JUSTICIA 2002

NÚMEROS 1, 2

Director:

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

Consejo de Redacción:
JOSÉ ALMAGRO NOSETE
JOSÉ M.ª ASENSIO MELLADO
M.ª DEL CARMEN CALVO SÁNCHEZ
MANUEL J. CACHÓN CADENAS
JUAN DAMIÁN MORENO
VALENTÍN CORTÉS DOMÍNGUEZ
JUST FRANCO ARIAS
JOSÉ GARBERÍ LLOBREGAT
JOSÉ VICENTE GIMENO SENDRA
JUAN L. GÓMEZ COLOMER
FERNANDO GÓMEZ DE LIAÑO
NICOLÁS GONZÁLEZ CUÉLLAR
FAUSTINO GUTIÉRREZ-ALVIZ CONRADI
ANTONIO M.ª LORCA NAVARRETE
JOSÉ S. MARTÍN OSTOS
JUAN MONTERO AROCA
VÍCTOR M. MORENO CATENA
MANUEL P. ORTELLS RAMOS
ERNESTO PEDRAZ PENALVA
PABLO SAAVEDRA GALLO
MANUEL SERRA DOMÍNGUEZ
JOSÉ L. VÁZQUEZ SOTELO
JOAN VERGER GRAU

2002

J. M. BOSCH EDITOR — BARCELONA

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

"JUSTICIA 2002"

ADMINISTRACIÓN (suscripciones), J. M. BOSCH EDITOR, Ronda Universidad, 11, 08007 Barcelona. Tel. 93 317 53 08. jmb@libreriabosch.es
DIRECCIÓN (originales, libros para recensiones), Dr. Francisco Ramos Méndez, Paseo de Gracia, 92, 08008 Barcelona. Tel. 93 487 11 12. Fax 93 487 35 62

Todos los originales deben ser enviados con soporte informático.

© 2002, J. M. BOSCH EDITOR
Librería Bosch, S.L.
Ronda Universidad, 11 - 08007 BARCELONA
http://www.libreriabosch.es/jmb
e-mail: jmb@libreriabosch.es

Depósito legal: B.38189-2002
ISSN: 0211-7754
ISBN: 84-7698-672-6

Printed in Spain / Impreso en España

ÍNDICE

DACIONES DE CUENTA

Los títulos extrajudiciales en la Unión Europea, por Mora Capitán Belén 5

El fundamento de la tutela provisional en el proceso penal, por Málaga Diéguez Francisco 111

Ejecución en España de una sentencia inglesa dictada en rebeldía contra un demandado español, por Ramos Méndez Francisco .. 263

EXEQUÁTUR DE TÍTULOS PUBLICADOS

Bibliografía procesal española (1978-2000) 273

Internationales Zivilprozessrecht 276

Fundamentos del sistema judicial penal del Common Law 279

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

DACIONES DE CUENTA

LOS TÍTULOS EXTRAJUDICIALES EN LA UNIÓN EUROPEA

(CONVENIO DE BRUSELAS DE 1968 Y REGLAMENTO CE N. 44/2001, BRUSELAS I)[1]

Dra. BELÉN MORA
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. — I. DOCUMENTOS PÚBLICOS 1. El concepto de "documento público": *a)* La terminología empleada en el Convenio de Bruselas; *b)* La interpretación ofrecida por los informes relativos al Convenio de Bruselas y al Convenio de Lugano; *c)* Posición del TJCE; *d)* La doctrina; *e)* Crítica a las interpretaciones restrictivas; *f)* Relevancia del lugar de formalización del documento. 2. La fuerza ejecutiva. 3. Los documentos públicos en el Reglamento Bruselas I. — II. DOCUMENTOS PRIVADOS 1. Consideraciones generales. 2. Régimen jurídico de la ejecución de los documentos privados: *a)* Reconocimiento de su eficacia ejecutiva; *b)* Necesidad de exequatur. 3. El juicio monitorio: Perspectivas de armonización 4. El denominado "Título Ejecutivo Europeo." — III. DOCUMENTOS QUE REQUIEREN ALGÚN

1. El presente trabajo ha sido realizado durante una estancia en el Istituto di Diritto Processuale Civile de la Università degli Studi di Milano, realizada gracias a la obtención de una beca del Programa Nacional de Personal Investigador del Ministerio de Educación, Cultura y Deportes, durante el curso 2000/2001. Quisiera agradecer al Prof. Giuseppe Tarzia su disponibilidad para aceptar la dirección del proyecto así como sus siempre sabios consejos. Debo también expresar mi agradecimiento al Prof. Edoardo F. Ricci, director del Istituto di Diritto Processuale Civile por su generosa acogida.

TIPO DE INTERVENCIÓN JUDICIAL. 1. Alcance de la intervención judicial para la calificación del título. 2. Los documentos que requieren algún tipo de intervención judicial y el art. 27 CB. — IV. LAS TRANSACCIONES DEL ART. 51 CB. 1. Transacciones judiciales. 2. Transacción v. Acuerdo. 3. Transacciones encubiertas. 4. Las transacciones en el Reglamento Bruselas I. — V. EL PROCEDIMIENTO EN EL REGLAMENTO Bruselas I. 1. Declaración de ejecutividad o reconocimiento de eficacia ejecutiva: *a)* Cuestiones generales; *b)* Partes; *c)* Competencia; *d)* Solicitud; *e)* La certificación de los Anexos V y VI: su valor probatorio; *f)* Resolución; *g)* Notificación de la resolución. 2. Recursos contra la resolución: *a)* Los recursos establecidos por el Reglamento; *b)* Recurso contra la resolución de la solicitud de exequatur (art. 43 R); *c)* El recurso del art. 44 R; *d)* Causas de denegación del exequatur: 1º Causas de oposición al exequatur y causas de oposición a la ejecución; 2º Causas de oposición al exequatur; *e)* Suspensión del procedimiento y ejecución provisional. 3. Medidas cautelares. 4. Coste del procedimiento: *a)* Justicia gratuita; *b)* Supresión tasas judiciales; *c)* Prohibición de la *cautio iudicatum solvi*. — VI. LA EJECUCIÓN PROPIAMENTE DICHA. 1. Alcance de la regla *lex fori regit processum*. 2. La oposición a la ejecución: *a)* Las causas de oposición; *b)* La impugnación de la validez del título: causa de oposición o motivo de suspensión; *c)* Límites de la competencia del juez de la ejecución (art. 16.5 CB). — VII. CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

El presente estudio tiene como objeto el análisis de los arts. 50 y 51 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas de 27 de septiembre de 1968 (CB), en los que se regula la ejecución en un Estado parte de los documentos públicos con fuerza ejecutiva y de las transacciones judiciales creados en otro Estado parte. Dichas normas, con alguna variación, se contienen en los arts. 57 y 58 del Reglamento (CE) n 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000[2], relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que entrará en vigor el 1 de marzo de 2002[3] y que está destinado a sustituir al Convenio de Bruselas[4].

2. DOCE n. L 12 de 16 de enero de 2001. Este Reglamento es conocido como Bruselas I. Para su estudio es de imprescindible lectura MERLIN, E., "Riconoscimento ed esecutività della decisione straniera nel Regolamento «Bruxelles I»", *Riv. Dir. Proc.*, 2001 (2), p. 433-461.

3. Art. 76 R n. 44/2001 (R). Posiblemente, cuando este trabajo vea la luz el Reglamento Bruselas I ya habrá entrado en vigor.

4. Art. 68 R: "1. El presente Reglamento sustituirá, entre los Estados miembros, a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, salvo en lo que respecta a los territorios de los Estados miembros comprendidos en el ámbito de aplicación territorial de dicho

El Convenio de Bruselas de 1968 ha sido objeto de atención por parte de la doctrina de Derecho internacional privado y de Derecho procesal en multitud de trabajos bien generales bien sobre aspectos particulares. En materia de reconocimiento y ejecución estos estudios se han ocupado principalmente de las resoluciones del art. 25 CB, siendo casi anecdóticas en algunos casos las referencias a los títulos ejecutivos extrajudiciales y a las transacciones[5]. Junto al escaso tratamiento doctrinal hay que señalar la también escasa jurisprudencia producida en relación con los arts. 50 y 51 CB.

No constituye el objetivo de este trabajo realizar un listado más o menos exhaustivo de los actos contemplados en las legislaciones de todos y cada uno, o de alguno de los Estados parte en el CB y que pueden ser calificados como documentos públicos con fuerza ejecutiva o transacciones judiciales a efectos de los arts. 50 y 51 CB y arts. 57 y 58 R[6]. El objetivo principal es establecer criterios que sirvan para identificar cuándo un documento o una transacción con carácter ejecutivo en virtud del ordenamiento del Estado de origen, parte en el Convenio de Bruselas de 1968, puede ser ejecutado en otro Estado parte acogiéndose al régimen de los artículos citados.

Convenio y que están excluidos del presente Reglamento en virtud del artículo 299 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea. 2. En la medida en que el presente Reglamento sustituye entre los Estado miembros a las disposiciones del Convenio de Bruselas de 1968, se entenderá que toda remisión a dicho Convenio se refiere al presente Reglamento." El Reglamento es directamente aplicable en todos los Estados miembros salvo en Dinamarca (v. en la exposición de motivos del Reglamento, el considerando n. 21).

En el art. 69 R, al igual que en el art. 55 CB, se contiene un elenco de los convenios bilaterales existentes entre los Estados miembros que quedarán sustituidos por el Reglamento, salvo en las materias a las que éste no sea aplicable. Asimismo, en el art. 71.1 R se salva la vigencia de los convenios sobre materias particulares en que los Estados miembros fueren parte, en forma análoga al art. 57.1 CB.

5. En palabras de DROZ: *"ils font un peu la figure de parents pauvres"* (DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun (Étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968)*, Librairie Dalloz, Paris, 1972, p. 386.

6. Esta tarea no se afronta por la imposibilidad de acceder al conocimiento de todos y cada uno de los ordenamientos jurídicos en cuestión. Se podría haber optado por identificar los documentos públicos o las transacciones sólo en algunos Estados de la UE, pero no he acertado a identificar un criterio de selección metodológicamente válido. Además, existe ya una obra en la que se halla un resumen de los elementos básicos de la ejecución y también de los títulos ejecutivos existentes en cada uno de los Estados de la UE: DE LEVAL, G. (ed.), *Seizure and Overindebtedness in the European Union*, Kluwer Law International, La Haya-Londres-Boston, 1997.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Generalmente los documentos públicos del art. 50 CB y las transacciones del art. 51 CB reciben un tratamiento separado. En el presente trabajo se ha optado por otorgarles, en la medida de lo posible, un tratamiento unitario bajo la denominación "títulos extrajudiciales" por contraposición a las resoluciones del art. 25 CB. En efecto, existen problemas comunes a estos tipos de títulos ejecutivos aunque vengan referidos principalmente, no a cuestiones de génesis del título, sino más bien al procedimiento de *exequatur* y a la ejecución propiamente dicha.

En la exposición se sigue la clasificación utilizada por RAMOS MÉNDEZ[7]: documentos públicos (I) (intervención de algún fedatario, autoridad u oficial público distinto del juez), documentos privados (II) y documentos que requieren algún tipo de intervención judicial (III). Las transacciones quedarían incluidas dentro de esta última categoría, cuyo análisis se dirige principalmente a dilucidar la relevancia de la intervención judicial en la calificación del título, es decir, cuándo la intervención judicial confiere la condición de resolución a efectos del art. 25 CB y cuándo la de documento público. No obstante, en relación con los títulos del art. 51 CB y 58 R surge el interrogante de cuál debe ser el contenido del acuerdo *inter partes*, razón ésta que justifica un tratamiento separado (IV). Por último se analiza el procedimiento de *exequatur* de los documentos públicos y de las transacciones judiciales (V) y se intentará también dar respuesta a algunas cuestiones que atañen a la ejecución propiamente dicha, como son las relativas a la oposición (VI). Dada la próxima entrada en vigor del Reglamento Bruselas I, la exposición del procedimiento se realiza con base a este texto sin perjuicio de hacer las oportunas referencias y señalar las innovaciones introducidas en relación con el Convenio de Bruselas.

Finalmente hay que indicar que atendiendo a la identidad existente entre los arts. 50 y 51 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988[8] (CL), y los arts. 50 y 51 del Convenio de Bruselas, en principio y con carácter general las consideraciones relativas a este Convenio son extensibles al de Lugano aunque no se haga mención expresa del mismo.

7. RAMOS MÉNDEZ, F., "Los títulos ejecutivos: presente y futuro", *JUSTICIA*, 1996, p. 494 y ss.

8. BOE n. 251, de 20 de octubre de 1994; corrección de errores BOE n. 8, de 10 de enero de 1995).

I. DOCUMENTOS PÚBLICOS

El art. 50 CB dispone:

> "Los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado contratante, serán declarados ejecutivos, a instancia de parte, en otro Estado contratante, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 31 y siguientes. La solicitud sólo podrá desestimarse cuando la ejecución del documento fuere contraria al orden público del Estado requerido.
>
> El documento presentado deberá reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el Estado de origen.
>
> Serán aplicables, en la medida en que fuere necesario, las disposiciones de la sección 3ª del Título III"[9].

Se regula la ejecución de los denominados "documentos públicos", sin hacer mención a su carácter judicial o extrajudicial, pero no de todos ellos, sino sólo de aquellos que tengan "fuerza ejecutiva". No obstante, y a diferencia del método empleado en relación con las resoluciones judiciales, el Convenio de Bruselas no ofrece una definición de lo que debe entenderse por documento público con fuerza ejecutiva. Sin duda el cometido era complicado en atención a las diferencias existentes en los distintos ordenamientos en cuanto a los diversos sistemas de documentación[10], a los títulos que en

9. La única variación fundamental que ha sufrido este artículo desde su originaria redacción en el Convenio de 1968, es la sustitución de la referencia a la "fórmula ejecutiva" (*"Gli atti autentici ricevuti ed aventi efficacia esecutiva in uno Stato contraente sono, su istanza di parte, muniti della formula esecutiva in un altro Stato..."*), por la actual mención a la fuerza ejecutiva. Dicha modificación, que fue introducida por el Convenio de Adhesión de España y Portugal, hecho en San Sebastián el 26 de mayo de 1989, tuvo la finalidad de adecuar el texto del Convenio de Bruselas al correspondiente artículo (también el número 50) del Convenio de Lugano (v. ALMEIDA CRUZ-DESANTES REAL-JENARD, "Infome sobre el Convenio de Adhesión de España y Portugal hecho en San Sebastián el 26 de mayo de 1989", DOCE n. 189, de 28 de julio de 1990, pár. 29, p. 48.)

10. Sobre las diferencias de la función notarial en los distintos sistemas de notariado y sobre la actividad notarial en las relaciones internacionales v. DROZ, G.A.L., "L'activité notariale internationale", *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye*, 1999 T. 280, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague-Boston-London, 2000 p. 9-133, esp. 23-96. Una exposición más sintética de los sistemas vigentes en Europa, así como de la posible unificación o armonización en la UE, puede verse en FUSARO, A., "Forme e volti del notariato", *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2001, n.2, p. 455-466; STÜRNER, R.,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cada Estado se consideran aptos para proceder a la ejecución y, en última instancia, a la propia concepción de la fuerza ejecutiva, puesto que también son muy variadas las estructuras de los distintos sistemas de ejecución vigentes en los Estados parte en el Convenio de Bruselas. A continuación se pretende analizar estos dos extremos: en primer lugar el concepto de documento público y, en segundo lugar, la fuerza ejecutiva a efectos del art. 50 CB.

1. *El concepto de "documento público"*

a) *La terminología empleada en el Convenio de Bruselas*

Como es sabido, los convenios internacionales de derecho uniforme constituyen sistemas autónomos y como tales deben ser interpretados. Ello implica que las nociones que en ellos se contienen deben ser reconstruidas a partir del propio texto internacional y, especialmente, evitando el recurso a los conceptos importados de los diversos derechos internos a menos que exista una remisión a los mismos. En relación con el Convenio de Bruselas esta idea es compartida unánimemente tanto por la doctrina como por el TJCE. No obstante lo dicho, como cuestión previa es conveniente analizar la terminología empleada para depurar posibles imprecisiones.

En el párrafo primero del art. 50 CB del texto en lengua española se utiliza la expresión "documentos públicos", mientras que los textos francés, italiano, inglés y portugués se refieren a "actos auténticos"[11].

"L'acte notarié dans le commerce juridique européen", *Revue internationale de Droit comparé*, 1996 (II), p. 515-532. En relación con la situación del notariado en la UE v. MARINHO, "Informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos sobre la situación y la organización del notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad", de 9 de diciembre de 1993, Doc-Es\RR\241\241442, así como la Resolución del Parlamento Europeo de 18 de enero de 1994: "La situación y la organización del Notariado en los doce Estados miembros de la Comunidad Europea", n. A-0422\93. En España, con especial referencia a las funciones de los Notarios y de los Corredores de Comercio v., entre otros, RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., "La fe pública y la Unión Europea", *La Ley*, 1995-1, p. 1093 y ss.; GÓMEZ-MARTINHO FAERNA, A., "La situación y la organización del Notariado en los países miembros de la Unión Europea", *La Ley*, 1995-2, p. 844 y ss. Y, más extensamente del mismo autor *La función del notario en la Unión Europea*, Ed. Consejo General del Notariado, Madrid, 1999, 2ª ed., obra en la que se expone la función del notario, la organización notarial y las características y efectos de los documentos públicos notariales en los países de la Unión Europea con sistema de notariado latino: Alemania, Austria, Bélgica, España, Francia, Grecia, Holanda, Italia y Luxemburgo.

11. Respectivamente *"actes authentiques"*, *"atti autentici"*, *"authentic instrument"* y *"actos autênticos"*.

Documentos públicos, según establece el art. 1216 del CC español, "son los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley"[12]. En similares términos y en relación con los "actos auténticos" se expresa el CC francés[13]. En Portugal, *"documentos autênticos"* son los otorgados por notario[14]. En cuanto a la versión inglesa hay que puntualizar que se desconoce en el Reino Unido una categoría de documentos o actos asimilables a los documentos públicos, y se realizó la traducción literal que no alude a ninguna institución interna[15]. El concepto equivalente al documento público español o al acto auténtico francés o portugués, en Italia recibe la denominación de *"atto pubblico"* y no *"atto autentico"*[16] como se lee en el art. 50 CB.

Sin embargo, el párrafo segundo del art. 50 CB en su versión española coincide con el resto de las versiones al hacer referencia a los requisitos de "autenticidad". La utilización de este término puede ser correcta en la versión francesa, inglesa o portuguesa, pero no en los textos español e italiano. En la versión italiana, si bien puede considerarse un error de traducción, al menos hay que decir que son coherentes con la traducción

12. El nuevo art. 317 LEC contiene un elenco de los documentos que deben ser considerados públicos a efectos de prueba en el proceso, que viene a ser una concreción de lo dispuesto en el art. 1216 CC.

13. Art. 1317 CC francés: *"L'acte authentique est celui qui a été reçu par officiers publics ayant le droit d'instrumenter dans le lieu où l'acte a été rédigé, et avec les solemnités requises"*.

14. V. LEBRE DE FREITAS, J., *A acçao executiva*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, 2ª ed. à luz do Código revisto, p. 45 y 46.

15. En Inglaterra, Gales e Irlanda no existe una categoría de documentos asimilables a la de documentos públicos. Como título extrajudicial ejecutivo, sólo operativo en Escocia, únicamente se encuentra el extracto emitido por el registrador público del documento en que se establezca *"a clearly defined obligation to perform a contract"* (DASHWOOD, A., HACON, R., WHITE, R., *A guide to the civil jurisdiction and judgements convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Antwerp-London-Frankfurt-Boston-New York, 1987, p. 179).

16. Art. 2699 CC italiano: *"L'atto pubblico è il documento redatto, con le richieste formalità, da un notaio o da altro pubblico ufficiale autorizzato ad attribuirgli pubblica fede nel luogo dove l'atto è formato"*. La norma italiana introduce un elemento que no aparece expresamente en los Códigos español y francés: la fe pública. *Cfr.* CRISI, G., "Atto pubblico (dir. civ.)", *Enc. Dir.*, T. IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 265-273 y la voz. "Autenticazione", *ibidem*, p. 331. Véase como el art. 68 de la Ley de 31 de mayo de 1995, n. 218, de Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, regula la ejecución de los *"atti pubblici ricevuti in uno Stato estero e ivi muniti di forza esecutiva"*.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

del párrafo primero del mismo artículo. En la versión española supone una imprecisión terminológica relevante, no tanto por sus consecuencias, cuanto por la evidencia del error con relación al párrafo primero y debida posiblemente a la realización de una traducción un tanto precipitada. Así es, la autenticidad de un documento alude a la certeza de su autor[17], que es una cuestión diversa al carácter público del mismo, puesto que la autenticidad puede también predicarse de un documento privado[18]. Evidentemente el Convenio pretende facilitar la circulación en la UE de los documentos auténticos, pero no constituye una categoría que pueda utilizarse a los efectos del art. 50 CB. En cualquier caso, la falta de autenticidad es una cuestión que corresponde alegar al ejecutado en el proceso concreto.

En el texto en español del Reglamento Bruselas I se mantiene la mencionada imprecisión en el art. 57.3 y en el texto italiano se corrige tan sólo el párrafo primero, mientras que en tercero sigue aludiendo a las *"condizioni di autenticità"*.

b) *La interpretación ofrecida por los informes relativos al Convenio de Bruselas y al Convenio de Lugano*

Para la interpretación de las normas del Convenio de Bruselas se suele acudir a los diversos informes emitidos sobre el mismo y sobre los posteriores convenios de adhesión. Los requisitos exigidos para que un documento público pudiera ser provisto de la fórmula ejecutiva[19] en otro Estado contratante, según el Informe JENARD[20] son los siguientes: *a)* que el documento tenga eficacia ejecutiva en el Estado de origen; *b)* que satisfaga los requisitos de "autenticidad" en dicho Estado; *c)* que su ejecución no sea

17. También se dice que un documento es auténtico cuando hace prueba de su contenido (v. RAMOS MÉNDEZ, F., *Enjuiciamiento civil*, T. I, Bosch, Barcelona, 1997, p. 356.

18. Por ejemplo, el art. 326 LEC, que regula la fuerza probatoria de los documentos privados, establece en su párrafo 1: "Los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen".

19. V. nota 9.

20. JENARD, J., "Informe sobre el Convenio relativo a la competenccia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", DOCE n. C 189 de 28 de julio de 1990, p. 122-179, esp. p. 171, también en DOCE n. C 59, de 5 de marzo de 1979, p. 1 y ss.

contraria al orden público del Estado requerido. A los efectos que ahora nos interesan, en virtud del mencionado informe el art. 50 CB únicamente requiere que el título reúna todas las condiciones para ser considerado auténtico, es decir, documento público, en el Estado de origen.

En el Informe JENARD-MÖLLER sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano el 16 de septiembre de 1988[21] (CL) se da una interpretación al art. 50 CL, idéntico en su formulación al actual art. 50 CB, que supone un importante salto cualitativo en relación con los requisitos exigidos al título para poder ser considerado documento público a los efectos del artículo citado: 1) La autenticidad del acto debe haber sido establecida por una autoridad pública; 2) La autenticidad debe abarcar el contenido del acto y no sólo, por ejemplo, la firma; 3) el título debe ser ejecutivo en el Estado en el que fue emitido[22].

Con independencia de la valoración que merezcan los requisitos transcritos, en especial el segundo de ellos, lo importante es destacar que, en relación con ambos textos internacionales (CB y CL), los autores de este último informe pueden estar restringiendo la noción de documento público que opera en algunos ordenamientos sin ofrecer ningún tipo de argumento que sirva como fundamento a dicha restricción. En efecto, más allá de la intervención de un funcionario o autoridad pública, el CB no establece ningún criterio que nos sirva para identificar cuando un título debe ser considerado público, ni establece, expresa o tácitamente, cual debe ser la calidad de la intervención del funcionario público. No se trata ahora de adelantar una opinión sobre la conveniencia o inconveniencia del requisito en cuestión,

21. JENARD, P., MÖLLER, G., "Informe sobre el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, celebrado en Lugano el 16 de septiembre de 1988", DOCE n. C 189, de 28 julio 1990, p. 57 y ss., esp. pár. 72 p. 80.

22. La traducción española del Informe JENARD-MÖLLER que suele utilizarse y reproducirse contiene dos errores graves relativos al primer ("la fuerza ejecutiva del documento deberá establecerla una autoridad pública") y segundo requisito ("dicha fuerza ejecutiva deberá abarcar..."). En cuanto al primero, la función de la intervención de la autoridad pública consiste en otorgar el carácter de auténtico o público al documento, se trata de un requisito formal y en ningún caso es dicha autoridad quien establece la fuerza ejecutiva del documento. En lo que respecta al segundo requisito, el error que por obvio dispensa el comentario, consiste en mantener que la fuerza ejecutiva debe abarcar el contenido y no sólo la firma.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

sino simplemente de dejar constancia de que no puede sostenerse su exigencia con base en el texto convencional[23].

c) Posición del TJCE

El Tribunal de Justicia de la CE (TJCE), en su sentencia de 17 de junio de 1999[24] parece admitir la interpretación contenida en el informe JENARD-MÖLLER con base en el siguiente razonamiento: puesto que el art. 50 CB se reformó para adecuarlo al texto del art. 50 CL, hay que entender que la interpretación dada a dicho artículo del CL es también válida para el Convenio de Bruselas. Pero en realidad la única idea que se asume en la sentencia, tanto en la argumentación cuanto en el fallo, es la de la necesaria intervención de una autoridad pública en la creación del documento:

23. Tal vez la interpretación restrictiva ofrecida por el Informe comentado se deba a las reticencias manifestadas por algunos Estados frente al art. 50. Como ha puesto de manifiesto DROZ, G.A.L., "L'activité notariale internationale", *Recueil...*, ob. cit., p. 122, el art. 50 del Convenio de Bruselas estaba concebido en función de seis países con sistema de notariado latino en los que se otorgaba y se otorga fuerza ejecutiva a los documentos notariales. Dicha norma no planteó serios problemas cuando se revisó el CB con motivo de la admisión en la CEE de Irlanda, Reino Unido y Dinamarca, a pesar de que contaban con sistemas sustancialmente diversos. Sin embargo, fue distinta la postura de los países nórdicos integrantes de la Asociación Europea de Libre Cambio (AELC) cuando se negoció el Convenio de Lugano, al pretender que el art. 50 fuera facultativo. Finalmente el art. 50 fue obligatorio, si bien en el Informe oficial del CL se dio a dicha norma la interpretación restrictiva que se acaba de exponer. Las actas de las sesiones del grupo conjunto CEE-AELC "*Exequatur*" que elaboró el proyecto de Convenio, los principales documentos de trabajo de dichas sesiones, y los documentos más relevantes y las actas de la Conferencia de Lugano pueden verse en Institut Suisse de Droit Comparé, *Convention on Jurisdiction and the Enforcement of Judgments in Civil and Commercial Matters done at Lugano on 16 September 1988*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1991. En particular, sobre las reticencias de los países nórdicos en relación con el art. 50, v. p. 18, 30, 44, 50, 71. En el Acta de la 4ª sesión del grupo CEE-AELC, celebrada los días 3 y 4 de junio de 1986 (p. 93), se recogen los requisitos que constan en el Informe JENARD-MÖLLER.

24. STJCE de 17 de junio de 1999, as. C-260/97, *Unibank A/S c. Flemming G. Christensen*. La cuestión prejudicial planteada fue la siguiente: «1)¿Constituye un documento público a efectos del artículo 50 del Convenio de Bruselas un documento de crédito —como el Gældsbrev danés (número 5 del apartado 1 del artículo 478 de la retsplejelov)— firmado por un deudor sin la intervención de un funcionario público, cuando en dicho documento se indica de modo expreso que puede servir de base para la ejecución forzosa y cuando, en virtud del Derecho nacional del Estado de origen, este documento puede constituir la base de una ejecución, aunque con la salvedad de que el Tribunal competente para despachar la ejecución puede desestimar la solicitud del acreedor a dicho efecto en el caso de que las objeciones formuladas contra la base de la ejecución generen dudas sobre la procedencia de acordarla?».

> "Un documento de crédito con fuerza ejecutiva en virtud del Derecho del Estado de origen, cuya autenticidad no ha sido establecida por una autoridad pública o por cualquier otra autoridad habilitada a tal fin por dicho Estado, no constituye un documento público en el sentido del artículo 50 del Convenio de 27 de septiembre de 1968...".

En las conclusiones emitidas en el asunto referido por el Abogado General LA PERGOLA, se ofrecen dos importantes argumentos. El primero de ellos está dirigido a fundamentar la exigencia de la participación de una autoridad pública en la elaboración del documento que debe considerarse "público" o "auténtico" a efectos del art. 50; y el segundo pretende determinar cual debe ser la calidad de esa intervención:

— El primer argumento se basa en la utilización de la palabra "formalizados", la cual, según el Abogado General, implica la participación en la elaboración del documento, junto a las partes interesadas, de un tercero que es la "persona encargada, precisamente, de autorizar el propio documento y conferirle el carácter de «documento público». Así pues, el tenor de la norma examinada —y especialmente la utilización del término «formalizados»— permite suponer que la misma se refiere a una categoría de documentos que son el resultado del ejercicio de la función de fe pública, asignada de diverso modo en el ordenamiento jurídico entre fedatario público y otras personas cuyas competencias están definidas por ley".
— El segundo argumento se elabora a partir de la asimilación del régimen previsto para la ejecución de las resoluciones judiciales y de los documentos públicos:

> "Además, esta conclusión me parece la única compatible y coherente con la lógica del Convenio. En efecto, este instrumento convencional pretendía «facilitar, en la mayor medida posible, la libre circulación de resoluciones, estableciendo un procedimiento de *exequatur* simple y rápido». Ahora bien, el artículo 50 del Convenio de que se trata asimila a las resoluciones judiciales los «documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado contratante». Por tanto, estos instrumentos pueden, por así decirlo, «circular» al igual que las sentencias, en el sentido de que, en virtud del citado artículo 50, se les reconoce un trato preferencial con respecto a su ejecución en otros Estados contratantes. Así, puede afirmarse que el régimen establecido

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en el Convenio para los documentos públicos es más favorable que el reservado a las resoluciones judiciales: en efecto, tal y como se establece en el propio artículo 50, la solicitud de *exequatur* de un documento público sólo puede desestimarse si su ejecución es contraria al orden público del Estado requerido, mientras que, en el caso de las sentencias, pueden invocarse otros motivos de desestimación.

Pues bien, habida cuenta de las consecuencias que se derivan de la calificación de un documento como «documento público», procede definir con cautela la categoría de que se trata. En efecto, el documento público se equipara a las sentencias. Y dicha asimilación está justificada precisamente en la medida en que el documento público es el resultado de la actividad intelectiva y valorativa de un fedatario público, es decir, en que emana —si bien indirectamente y a efectos de mera fe pública— de los poderes públicos. Así, si el Convenio reconoce unos efectos específicos propios del «documento público» es exclusivamente en razón de las características de dicha actividad y del hecho de que pueda atribuirse a personas especialmente cualificadas, a saber, a agentes como los órganos de la Administración o particulares investidos de una función pública. Por tanto, estos efectos tan sólo se justifican en la medida en que estén vinculados a la presunción de exactitud y certeza que se derivan de los actos representativos realizados por fedatarios públicos especializados. Y esta es la razón por la cual la calificación de «documento público» debe reservarse no a cualquier documento privado derivado de la voluntad autónoma de los particulares, sino sólo a aquellos en relación con los cuales estén previstos procedimientos apropiados de autenticación que justifiquen la asimilación de la categoría de que se trata a las resoluciones judiciales. En cambio, no sería coherente con la finalidad ni con el espíritu del Convenio que los Estados contratantes debieran otorgar a los documentos privados, en ausencia de cualquier autenticación, el mismo trato reservado a las resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales".

En cuanto a la necesidad de la intervención de una autoridad pública no hay nada que objetar. Si se hubiera pretendido dar cabida a todo tipo de documentos bastaba eliminar el adjetivo "públicos" o "auténticos". Es decir, aunque está bien hacerlo, no es necesario acudir al término formalización para concluir que los documentos estrictamente privados no tienen cabida en el art. 50 CB.

Cuestión distinta es la de la calidad de la intervención del funcionario, fedatario o autoridad pública. En efecto, según el Abogado General, parece que la única razón que puede justificar la asimilación del régimen de ejecución de los documentos públicos con el de las sentencias es que éstos sean "el resultado de la actividad intelectiva y valorativa de un fedatario público" o bien "la presunción de exactitud y certeza que se deriva de los actos representativos realizados por fedatarios públicos especializados".

Merece ser criticado el carácter excluyente de la afirmación sobre el fundamento del artículo 50 CB. En efecto, seguramente puede sostenerse que cuando se otorga fuerza ejecutiva a un título privado o formalizado con una mínima intervención de una autoridad (caso de los documentos autenticados), ello viene acompañado de la existencia de una cierta confianza en su autenticidad basada en la experiencia del tráfico civil y mercantil por cuanto ahora nos interesa. Pero los motivos que conducen a la asimilación de los efectos de un título extrajudicial a los de las sentencias pueden ser muy diversos y ajenos al criterio de la certeza del título. Como ha destacado LUISO, el legislador atribuye eficacia ejecutiva a un acto cuando considera que contiene un derecho "merecedor de tutela", y la certeza del derecho no es más que uno de los motivos que pueden fundamentar dicha conclusión[25].

25. LUISO, F. P., *Diritto Processuale Civile*, T. III: *Il processo esecutivo*, Giuffrè, Milano, 2000, 3ª ed., p. 21 y ss.; más extensamente en *L'esecuzione «ultra partes»*, Giuffrè, Milán, 1984, p. 85-89. El autor hace uso de un ejemplo muy clarificador: el art. 474.3 Codice di Procedura Civile (CPC). Esta norma atribuye eficacia ejecutiva a los actos otorgados por notario u oficial público en cuanto documenten una obligación pecuniaria, pero no cuando contengan otro tipo de obligación. Puesto que la certeza del derecho en ambos casos es la misma, es obvio que no puede ser el elemento que sirve de fundamento para otorgar fuerza ejecutiva. A título ejemplificativo, LUISO señala como otros posibles criterios que el derecho corresponda a un ente público, o a un sujeto que tenga necesidad de una tutela ejecutiva rápida o incluso fines tributarios.

En la misma línea, BONET NAVARRO, J., *El proceso cambiario*, La Ley, Madrid, 2000, p. 32, señala que la diversidad de tratamiento que la nueva LEC otorga a los títulos ejecutivos del art. 517 y a los títulos cambiarios no se justifica en la "posible fehaciencia del título documentado" por cuanto que si ello fuera así los títulos cambiarios intervenidos por fedatario público tendrían acceso al procedimiento ejecutivo común.

En contra, entre otros, VACCARELLA, R., "Diffusione e controllo dei titoli esecutivi non giudiciali", *Riv. Dir. Proc.*, 1992, p. 47-82, esp. p. 52 y ss., sostiene que la certeza, objetiva o subjetiva, del título no judicial constituye la causa de su reconocimiento como título ejecutivo. Para LIEBMAN, E.T., *Manuale di Diritto Processuale Civile. Principi*, Giuffrè Editore, Milán, 1992, 5ª ed., p. 203, el elemento relevante es la idoneidad para procurar una "garantía adecuada de la existencia del crédito".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Así es, en algunos países de la UE la ley confiere eficacia ejecutiva a algunos documentos estrictamente privados o en los que la intervención de la autoridad pública ha sido mínima[26]. Esta reflexión efectuada en relación con el derecho interno puede realizarse en el ámbito de la Comunidad Europea y/o de la Asociación Europea de Libre Cambio. Probablemente también puede sostenerse que la equiparación de los documentos públicos del art. 50 CB a las resoluciones judiciales del art. 25 CB en cuanto al régimen de ejecución es meramente procedimental, y que la finalidad de dicha norma es facilitar la circulación en el seno de la Unión Europea de los documentos que en materia civil y mercantil tienen otorgada fuerza ejecutiva en virtud del ordenamiento del Estado en el que han sido formalizados. Es decir, que se asume en el ámbito internacional los motivos que cada uno de los Estados tiene para otorgar fuerza ejecutiva a unos u otros documentos, y que el Convenio de Bruselas únicamente tiene la finalidad de facilitar su ejecución en un país distinto al de origen.

d) La doctrina

La doctrina se ha preocupado de delimitar el concepto de documento público a efectos del art. 50 CB, con mayor o menor éxito, en cuanto al *instrumentum* y al *negotium*.

En primer lugar, es una cuestión pacífica que la obligación documentada debe estar vencida, ser líquida y exigible. De otro lado, nadie discute que el Convenio de Bruselas no establece ninguna limitación en cuanto al tipo de obligación, en consecuencia, por la vía del art. 50 podrán ser ejecutadas tanto las de carácter dinerario como no dinerario. La única condición impuesta por el texto internacional es que el *negotium* se halle comprendido en su ámbito de aplicación, esto es, sólo tendrán cabida en el citado artículo los documentos públicos de carácter civil o mercantil dentro de los límites del art. 1 CB.

26. El caso del art. 517.5º LEC en el que el Corredor de Comercio se limita a intervenir la póliza del contrato mercantil. En relación con los Corredores de Comercio hay que recordar que la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, administrativas y del orden social (D.A. 24ª) prevé la integración de los Notarios y de los Corredores de Comercio en un único cuerpo de Notarios. En Francia, según PERROT, R., THÉRY, P., *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, París, 2000, p. 331, *"aux actes dressés par-devant notaire, il faut assimiler les actes sous seing-privé reconnus devant lui et deposés en son étude au rang de minutes: l'acte de reconnaissance signé par le notaire et les parties constitue un véritable titre exécutoire qui couvre de son autorité l'acte sous seign-privé ainsi reconnu"*, añadiendo que en estos casos el depósito debe acompañarse de un reconocimiento de escritura y de firma por el deudor.

En cuanto a la forma del acto, algunos de los autores no ofrecen más que un criterio de delimitación negativo o por exclusión que, aunque cierto, es insuficiente. Dicho criterio consiste en excluir del concepto de documento público toda "resolución" del art. 25 CB y las transacciones que quedan incluidas en el art. 51.[27]

No faltan obras en las que, tal vez por prudencia, se limitan a reiterar la remisión efectuada en el párrafo segundo del art. 50 CB, es decir, que el documento debe reunir los requisitos requeridos en el Estado de origen para ser considerado documento público.[28] En definitiva, se trataría de adoptar la posición del informe JENARD ya citado[29].

Otros autores únicamente hacen referencia a la necesidad de que intervenga un funcionario o autoridad o fedatario público, sin establecer cuál debe ser la función o la intensidad de dicha intervención[30]. También se ha definido el documento público en función de la calidad de la intervención

27. Así, O'MALLEY, S.; LAYTON, A., *European Civil Practice*, Sweet & Maxwell, London, 1989, p. 813; 102. BAUGNIET, J., "L'exécution des actes authéntiques dans les pays de la communauté économique européenne", AA.VV., *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, T. II, Bruylant, Bruxelles; LGDJ, París, 1972, p.711-716, esp. p. 714 y 715. No obstante, hay que decir que ambos trabajos no pudieron tener en cuenta el informe JENARD-MÖLLER.

28. DASHWOOD-HACON-WHITE, *A guide to the civil jurisdiction...*, ob, cit., p 179. Estos autores se limitan a concretar que los documentos públicos son una variedad de *"official enforceable document."* Tampoco puede descuidarse el dato de que esta obra es de 1987.

29. Seguido por RIGAUX, F. Y FALLON, M., *Droit International Privé*, T. II, *Droit positif belge*, Maison Lacier, Bruselas, 2ª ed. refondue, p. 242; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1993, 2ª ed. p. 318.; IRIARTE ÁNGEL, J.L. en su comentario al art. 50 CB en CALVO CARAVACA, A.L. y otros, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid y BOE, Madrid, 1984, p. 667 y 668).

30. Así DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire...*, ob. cit., p. 391: *"ce sont les actes reçus par les officiers publics ou ministériels, greffiers, notaires, huissiers, courtiers maritimes et commissaires priseurs (dans les pays où ils ont la qualité d'officier public) etc."*. Dicho autor, distingue entre el acto *"dressé"* en presencia del notario del acto *"reçu"* por el mismo, de forma que si bien ambos actos pueden ser considerados auténticos a efectos de fuerza probatoria, no pueden equipararse a efectos de la ejecución. Pero hay que indicar que esta distinción se efectúa al hilo de la comparación entre la figura del notario del sistema latino y el notario de EE.UU. (p. 392 (en nota). La definición de DROZ es seguida por BELLET, P., "Reconnaissance et exécution des décisions en vertu de la convention du 27 septembre 1968", *Revue trimestrelle de droit européen*, 1975 (1), p. 32-43, esp. p. 35, quien se pregunta si es necesario que el oficial público tenga un papel receptivo activo. Finalmente indicar que DROZ modifica su postura en una obra posterior en la que asume la interpretación del informe JENARD-MÖLLER.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la autoridad pública para diferenciarlo de la decisión. De este modo, se hace hincapié en que se trata de una actividad pasiva en el sentido de que se limitan a recibir la voluntad de los particulares[31]. De otro lado, no falta quien, recogiendo las exigencias manifestadas en el informe JENARD-MÖLLER, considera que la autenticidad no debe limitarse a la firma, sino también al contenido, es decir, que no basta con la intervención del funcionario público legalizando las firmas de las partes[32].

31. Con carácter general, se ha establecido la distinción entre actos públicos y actos cuasi-públicos (PAMBOUKIS, Ch., "L'acte quasi public en droit international privé", *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1993 (4), p. 565-590, esp. p. 570 y ss.). Los primeros serían los actos de derecho público, los actos administrativos extranjeros. Sin embargo, los actos de iniciativa privada pero de elaboración pública integrarían la categoría de actos cuasi-públicos, que serían los actos públicos del art. 50 CB. Según el citado autor (*ibidem*, p. 570 y 571) dichos actos no son privados en atención a la presencia formal de una autoridad pública, pero tampoco pueden considerarse actos públicos en cuanto han sido elaborados principalmente por particulares. Con el término acto cuasi-público se designa aquella categoría de actos en los que el órgano público interviene cumpliendo una función de "administración pública de derecho privado", pero sin que constituyan una expresión de su voluntad.

En esta línea MAYER, P., *Droit international privé,* Montchrestien, París, 1998, 6ª ed., p. 303, define acto público del siguiente modo: *"l'intervention d'un organe étatique, destinée à produire des effets juridiques de droit privé, mais ne prenant pas la forme d'une décision au sens strict, c'est-à-dire ne comportant pas l'affirmation expresse, pourvue d'une autorité propre, de l'existence d'un état de droit"*. Hay que destacar que el autor reconoce la dificultad de aplicar esta distinción en muchos casos.

32. Entre otros CARBONE, S.M., *Lo spazio giudiziario europeo. La Convenzione di Bruxelles (con la proposta di regolamento comunitario) e la Convenzione di Lugano*, Giappichelli, Turín, 2000, 3ª ed., p. 239; DE LEVAL, G., "Une harmonisation des procédures d'exécution dans l'Union Européenne est-elle concevable?", en ANDOLINA, I. (a cura di), *Transnational aspects of procedural law. Taormina 17-23 settembre 1995,* Vol. III, Giuffrè, Milano, 1998, p. 729-780, esp. p. 751; ID., "Reconnaissance et exécution dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", *Actualités du Droit. Revue de la Faculté de Droit de Liège (Act. Dr. Liège)*, 1994-1, p. 73-87, esp. p. 85; 114. DE LEVAL, G., GEORGES, F. Y MATRAY, J., "Le passage transfrontalier du titre exécutoire", en CAUPAIN, M,T, y DE LEVAL, G. (dirs.), *L'efficacité de la justice civile en Europe*, Ed. Larcier, Bruselas, 2000, p. 161-182, esp. p. 179; DONZALLAZ, Y., *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire des décisions en matière civile et commercial*, Vol. II, Staempfli Ed., Berna, 1997, p. 279-280; DROZ, G.A.L., "L'activité notariale internationale", *Recueil...*, ob. cit., p. 122-123; GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano. Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, Montchrestien, París, 1996, 2ª ed., p. 307, KAYE, P., *Law of the European Judgments Convention,* Vol. 5, Barry Rose Law Publishers Ltd., Little London (et. alt.), 1999, p. 3671; MARÍN LÓPEZ, A., "Los actos públicos extranjeros en los Convenios de Bruselas y Lugano", *Poder Judicial*, 1997, n. 46, p. 413-443; TEIXEIRA DE SOUSA, M., MOURA VICENTE, D., *Comentário à convenção de Bruselas de 27 de setembro de 1968 relativa à competência judiciária e à exexução de decisões em matéria civil e comercial e textos complementares,* Lex, Lisboa, 1994, p. 173-174.

Por último, tras la sentencia en el caso *Unibank A/S y Christensen*, algún autor ha dado por válida la argumentación contenida en las conclusiones del Abogado General.[33]

e) Crítica a las interpretaciones restrictivas

En cuanto a la necesidad de la intervención de una autoridad pública en la formación del documento, puede afirmarse que se trata de una cuestión fuera de discusión. En efecto, bastaba con hacer mención simplemente a "los documentos con fuerza ejecutiva" si se hubiera pretendido dar cabida incluso a los documentos estrictamente privados. El calificativo "público" o "auténtico", sumado a la referencia a la "formalización" del documento, tiene una significación generalmente admitida y ésta viene referida a la intervención de una autoridad pública. Además, como ya se ha dicho, esta es la solución adoptada en la STJCE de 17 de junio de 1999[34].

Sin embargo, la calidad de la intervención de la autoridad pública está aún pendiente de delimitación por la jurisprudencia comunitaria y no ha recibido una respuesta convincente por parte de la doctrina. A tal efecto, en primer lugar hay que establecer si en este punto en el Convenio se efectúa una remisión a los ordenamientos internos, o bien si hay que optar por reconstruir el concepto con base exclusivamente en el propio texto internacional.

En el párrafo segundo del art. 50 CB se establece que el documento "deberá reunir las condiciones necesarias de autenticidad en el Estado de origen". En consecuencia, es muy razonable sostener que es la ley del Esta-

33. V. BARONE, A., Comentario a "Corte di Giustizia delle Comunità Europee: sezione V; sentenza 17 giugno 1999, causa C-260/97", *Foro It.*, 1999 (IV), 513-515; MASEDA RODRÍGUEZ, J., "El concepto de documento público: jurisdicción territorialmente competente para la ejecución en el marco del Convenio de Bruselas de 1968", *La Ley*, 1999-3, p. 2144-2150. En esta línea también el Notario GARCÍA MÁS, F.J., "Ciertas reflexiones sobre el espacio jurídico europeo y el notariado", *Actualidad* Civil, n. 32, 3 al 9 de septiembre de 2001, p. 1123-1145, esp. p. 1132.

34. Otro de los argumentos aportados para sostener la necesaria intervención de funcionarios públicos o "individuos especialmente cualificados" vendría dado por la interpretación sistemática: en primer lugar, la remisión al régimen de las resoluciones judiciales (v. *supra* epígrafe dedicado a la interpretación ofrecida por el TJCE y, en especial, la opinión del Abogado General La PERGOLA) y, en segundo lugar, la ubicación en el mismo título del art. 50 y del art. 51 dedicado a las transacciones judiciales que requieren intervención judicial (MASEDA RODRÍGUEZ, J., "El concepto de documento público...", ob. cit.). Sin embargo, estos argumentos denominados sistemáticos no parecen ser definitivos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

do de origen la que establece y regula cuál debe ser la intervención de la autoridad pública para conferirle dicho carácter a un documento.

A pesar de que el dictado de la norma es claro, se podría mantener que de entre todos los documentos considerados públicos por un ordenamiento interno, el Convenio únicamente admite a efectos del art. 50 CB aquéllos que son el resultado de una "actividad intelectiva y valorativa de un fedatario público"[35], o bien aquéllos en los que la intervención pública va más allá de la mera legalización de las firmas (Informe JENARD-MÖLLER). Es decir, que el art. 50 CB establece un mínimo cualitativo en la intervención de la autoridad pública, por debajo del cual el documento no podrá acogerse al régimen del Convenio. Esta interpretación tiene diversos inconvenientes: En primer lugar, como ya se ha apuntado anteriormente, no tiene un fundamento claro ni en el texto ni en la "lógica" del Convenio. En segundo lugar, plantea un problema ulterior cual es el de tener que delimitar caso por caso cuando se considera que un documento es producto de esa actividad "intelectiva y volitiva". Sin duda se crea una zona gris en el concepto que no hace más que conducirnos a una cierta inseguridad jurídica.

Un criterio más seguro se halla en las mismas conclusiones del caso *Unibank A/S c. Christensen*, cuando se alude a la "presunción de exactitud y certeza". Se podría establecer que únicamente "merecen tutela", es decir, que únicamente deben ser considerados documentos públicos según el art. 50 CB, aquellos títulos que gozan de dicha presunción según los ordenamientos internos. Pero no hay que olvidar que lo que se pretende en las conclusiones del Abogado General LA PERGOLA es establecer un standard de "exactitud y certeza" autónomo y basado en la concurrencia de la actividad intelectiva y volitiva de la autoridad pública en la formación del título. El problema de nuevo se halla en que dicho criterio no se desprende del texto internacional y en que la equiparación con el régimen de ejecución de las resoluciones judiciales no es un criterio suficiente para adoptar una posición restrictiva.

Hasta el momento no se ha ofrecido ninguna razón válida para mantener un concepto restringido de documento público del que quedarían excluidos aquellos que, aun recibiendo tal calificación por la ley del Estado de origen, no cumplen con el requisito de la intervención "cualificada" de la autoridad pública.

35. Como sostiene el Abogado General LA PERGOLA en las conclusiones emitidas en el caso *Unibank A/S c. Christensen*, cit.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales se confía en que los procesos de los demás Estados parte ofrecen unas garantías mínimas. No obstante y como cláusula de salvaguarda, se exige que en el juicio se hayan respetado unas condiciones mínimas establecidas en los arts. 27 y 28 CB[36]. Nótese que estas exigencias mínimas que deben cumplirse en todo proceso para que la correspondiente resolución pueda ser reconocida en otro Estado parte, están expresamente previstas por el CB. Del mismo modo que los Estados establecieron estas condiciones mínimas que deben respetarse en el proceso que conduce a la resolución judicial que se pretende ejecutar, las podían haber establecido en relación con los documentos públicos. Lejos de ello, el art. 50.2 CB se remite a los ordenamientos intern[illegible] única exigencia es que no sean contrarios al orden público del Estado requerido. En consecuencia, la "lógica" del Convenio también puede llevar a una solución distinta de la sostenida por LA PERGOLA, esto es, que cada uno de los Estados parte está dispuesto a dar por buenos, si se permite la expresión, los títulos ejecutivos provenientes del resto de Estados de la UE. En otras palabras, que los Estados se han comprometido a asumir y ejecutar, sin más condiciones que la de no atentar contra el orden público del Estado requerido, los títulos que en virtud de la ley del Estado de origen tienen carácter público y fuerza ejecutiva.

Tal vez el fundamento de las interpretaciones restrictivas se reduce a una cuestión de falta de confianza en las normas de nuestros vecinos europeos antes que a diferencias jurídicas, históricas o culturales insalvables. Desconfianza, en definitiva, infundada por cuanto que puede sostenerse que los ordenamientos de todos los países de la Unión Europea garantizan unos estándares mínimos homogéneos.

Si en realidad se trata de un problema de solvencia de los títulos ejecutivos de algunos Estados miembros de la UE, la legislación española podría ser tachada de demasiado generosa en este aspecto. Esta duda se despeja rápidamente si se analizan determinados datos relativos a la utilización práctica de los títulos ejecutivos establecidos en la antigua LEC. No existen

36. A saber, que en caso de rebeldía el ejecutado haya sido notificado de la pendencia del juicio debidamente y en tiempo hábil para poder ejercitar su derecho de defensa; que se hayan respetado las normas de competencia internacional establecidas en la propia Convención y que se hayan respetado las normas de derecho internacional privado relativas a la ley aplicable en materia de estado o capacidad de las personasn físicas, regímenes matrimoniales, sucesiones y testamentos.

estadísticas que indiquen la frecuencia de utilización de cada uno de los títulos ejecutivos previstos en el ordenamiento español. No obstante, RAMOS MÉNDEZ considera que los usados con mayor frecuencia son las pólizas originales de contratos mercantiles (art. 1429 LEC de 1881), en segundo lugar los títulos cambiarios junto con los títulos hipotecarios y, por último, los títulos derivados del contrato de seguro[37]. De otro lado, según los datos que constan en el Libro Blanco de la Justicia elaborado por el Consejo General del Poder Judicial en 1998[38], el 95% de las sentencias dictadas en los juicios ejecutivos son estimatorias y el porcentaje de sentencias totalmente desestimatorias de las demandas ejecutivas es prácticamente despreciable (1,75%). Considerando especialmente la amplitud de las causas de oposición previstas tanto en la LEC de 1881 cuanto en la LEC de 2000, la conclusión que se impone es que los títulos que tienen reconocida fuerza ejecutiva según la legislación española son merecedores de dicha tutela, y que ello no es únicamente válido para los documentos notariales.

La utilización de un criterio restrictivo en la interpretación del art. 50 CB supone frenar la utilización de los títulos extrajudiciales en cuanto documenten relaciones con elementos extranjeros porque las partes van a prever dificultades en la ejecución. Además si diversos países de la UE tienen problemas de retraso acumulado y sobrecarga de trabajo en la Administración de Justicia, ¿por qué obligar a los ciudadanos a iniciar procesos, por más rápidos que éstos sean, para la obtención de un título ejecutivo judicial, pudiendo proceder directamente a través de los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales?

En esta línea resulta interesante traer a colación el resultado de los trabajos llevados a cabo por la Comisión creada en Italia para la revisión de las normas del Codice di Procedura Civile, presidida por el Prof. G. TARZIA y constituida en el Ministero de Grazia e Giustizia mediante el D.M. de 1 de diciembre de 1994. En el punto 32 del art. 2 del "Testo de Legge Delega", aprobado por dicha Comisión el 22 de junio de 1996[39], se recogen diversos principios que deben orientar la revisión de la disciplina del título ejecutivo, entre los cuales cabe destacar la ampliación de los títulos a los que la ley

37. RAMOS MÉNDEZ, F., "Los títulos ejecutivos: presente y futuro", ob. cit., p. 492.

38. Consejo General del Poder Judicial, *Libro Blanco de la Justicia,* Madrid, 1997, p. 155 y 156. Puede verse también en http://www.cgpj.es/actualidad.htm.

39. Puede verse en *Riv. Dir. Proc.,* 1996 (4), p. 948-970.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

debe reconocer eficacia ejecutiva, en particular, la necesidad de otorgar eficacia ejecutiva a los documentos privados autenticados (*scritture private autenticate*) que contengan obligaciones pecuniarias o de entrega de cosa específica (*consegna o rilascio*), limitando la exigencia de la fórmula ejecutiva. En el informe que acompaña a dicho texto[40] se explica que con esta medida, entre otras[41], se pretende disminuir la necesidad de acudir a un proceso contencioso ordinario para la obtención de un título ejecutivo. Asimismo, se considera que la intervención del funcionario público cuando autentica el acto constituye una garantía suficiente para justificar la facilitación de la ejecución de estos títulos.[42]

Más allá de lo que pueda considerarse interpretación más acertada conforme al tenor literal del art. 50 CB, el tema de los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales probablemente también debe ser analizado desde un punto de vista económico, y ello tanto desde la perspectiva de la Administración de Justicia como del ciudadano, especialmente cuando éste debe litigar en el extranjero[43]. Como ha puesto de manifiesto DE LEVAL, el art. 50 CB está infrautilizado y, teniendo en cuenta que permite evitar la vía con-

40. "Relazione", *Riv, Dir. Proc.,* 1996 (4), p. 971-1029, esp. p. 1000-1002. En el informe se cita el más osado, si se permite la expresión, proyecto de Carnelutti de 1926, en cuyo art. 468 se otorgaba fuerza ejecutiva a los documentos privados que contuvieran la declaración por parte del deudor de la existencia de una obligación incumplida y/o exigible.

41. Especialmente, la concesión de eficacia ejecutiva a los documentos públicos que contengan obligaciones de entrega de cosa específica (*consegna o rilascio*), puesto que en la actualidad dicha eficacia únicamente se otorga a dichos documentos en cuanto recogen una obligación pecuniaria.

42. En este orden de ideas, merece también ser citado el artículo de PROTO PISANI, A., "Possibile contributo del notariato al risanamento della giustizia civile", *Foro it*, 2000-V, 2-11, esp. 6, en el que se pone de relieve que la tutela de los derechos no tiene por qué ser atribuida en exclusiva a los jueces, sino que el legislador puede prever otros medios de tutela adicionales, no sustitutivos de la jurisdicción. Esto es, según el mencionado autor, constituye una exigencia constitucional atribuir a la jurisdicción la tutela de los derechos subjetivos a través de procesos declarativos, ejecutivos o cautelares, pero ello no impide que el legislador pueda atribuir a los notarios, a la autoridad administrativa o a los propios ciudadanos, el poder de crear títulos con eficacia ejecutiva pero privados de la eficacia de la cosa juzgada, de modo que tanto la declaración que contengan, cuanto su legitimidad formal puedan ser debatidos en un proceso jurisdiccional.

43. Al respecto v. Libro Verde de la Comisión: "Asistencia jurídica en litigios civiles: Problemas para el litigante transfronterizo", Bruselas, 9 de febrero de 2000, COM (2000) 51 final.

tenciosa, en un futuro podría alcanzar una gran relevancia especialmente en el ámbito del derecho mercantil[44].

Por último, si se mantiene una posición rígida en relación con el tema de la intervención del funcionario público, quizás lo más coherente es ser también estrictos con el tema de la fuerza ejecutiva, es decir, equiparar los efectos prácticos que tiene el conceder a un determinado tipo de documento la fuerza ejecutiva. En materia de ejecución se han asumido diferencias tal vez de más hondo calado por cuanto que determinan una mayor o menor eficacia de las resoluciones judiciales y, en definitiva, de la efectividad de la tutela jurisdiccional. ¿Por qué entonces hay que ser reticentes en materia de títulos ejecutivos?

Por todo ello parece que lo más razonable en estos momentos es no extraer del Convenio criterios excluyentes y sin un fundamento claro que no pueden originar más que jurisprudencias contradictorias, y dejar que sean los ordenamientos internos quienes nos suministren en cada caso los criterios para determinar si un documento tiene la calidad de público.

f) Relevancia del lugar de formalización del documento

El art. 50 CB impone claramente que el documento haya sido formalizado en un Estado parte y que reúna los requisitos exigidos por la ley del Estado de origen para ser considerado público. Se trata por tanto de un documento sometido, al menos en cuanto a la forma, al ordenamiento del Estado de origen que será también el que le conceda fuerza ejecutiva.

Los documentos formalizados en un Estado no parte en el Convenio, según el tenor literal del art. 50 CB, quedan excluidos de su régimen. Esta consideración que parece ser obvia, tiene una importante consecuencia, cual es la de excluir del régimen del citado artículo los documentos formalizados en un tercer Estado pero que son ejecutivos en un Estado parte en el CB en virtud de un tratado bilateral[45] o de una norma de origen interno. Con ello se evita que las obligaciones asumidas por un Estado parte en relación con terceros Estados se hagan extensibles al resto de los Estados parte en el Convenio de Bruselas.

44. De Leval, G., "Reconnaissance et exécution dans la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968", ob. cit., p. 86. En la misma línera, Droz, G.A.L., "L'activité notariale internationale", *Recueil...*, ob. cit., p. 125, indica que, especialmente con relación a los créditos, es preferible formalizar notarialmente la operación obteniendo un título ejecutivo, puesto que si bien supone un mayor coste inicial, evita el coste de un proceso sobre el fondo.

45. Así, O'Malley-Layton, *European Civil Practice*, ob. cit., p. 816.

2. *La fuerza ejecutiva*

Los documentos a los que se refiere el art. 50 CB no sólo han de ser públicos, sino que además deben tener "fuerza ejecutiva"[46]. Es interesante constatar que éste es un extremo que no plantea dudas a la doctrina. Tal vez ello es así porque se considera que tener fuerza o eficacia ejecutiva significa tener acceso directo a un proceso o a un procedimiento de ejecución, que es una noción que todos los Estados parte incorporan en sus respectivos ordenamientos procesales[47]. Pero con ello se está despreciando las enormes diferencias que existen entre los sistemas de ejecución de los diversos Estados[48] que es lo que en buena medida puede condicionar el otorgamiento de fuerza ejecutiva a un mayor o menor número de títulos.

46. *"efficacia esecutiva", "exécutoires", "enforceable".*

47. Según O'Malley-Layton, *European Civil Practice*, ob. cit., p. 817, *"enforceable"* debe ser equiparado a *"executory character"* dando la siguiente interpretación: *"This should be understood in the context of the civil law systems of execution, whereby an order for enforcement is endorsed on the instrument, which may then be enforced without further involvement by the court. In the context of authentic instruments, the requirement that the document should have an executory character means that it should be capable of enforcement without further formality"*. No se comparte la opinión de Droz, G.A.L., "L'activité notariale internationale", *Recueil...*, ob. cit., p. 118, según el cual la fuerza ejecutiva *"préconstitue le jugement que serait appelé à rendre l'autorité judiciaire si elle était saisie"*. Sostener que un documento público, notarial en este caso, opera preconstituyendo la sentencia parece excesivo por las diferencias existentes entre ambos títulos, tanto en relación con su formación, cuanto conn sus efectos y con su régimen procesal. Pero, sobre todo, hay que señalar que no es necesario asimilar los documentos públicos a las sentencias para justificar su fuerza ejecutiva, pues ésta deriva simplemente de la existencia de una norma que permite a determinados títulos acceder a un juicio o a un procedimiento de carácter ejecutivo.

48. Sobre el distinto rol del título ejecutivo en juicio, su relación con el derecho al cobro del crédito, el principio de la *pars condicio creditorum* y, en definitiva, las diversas formas de organizar la ejecución en los países de la UE v. Tarzia, G., "Les titres exécutoires et le recouvrement des créances dans l'Union Européene", *Act. Dr. Liége,* 1995 (2), p. 382-393, esp. p. 389 y ss.; Id., "Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella Comunità Economica Europea", *Riv. Dir. Proc.*, 1994, p. 205-219, esp. p. 209 y ss.; también pubicado en España: "Perspectivas de armonización de las normas sobre la ejecución forzosa en la Comunidad Europea", *Justicia,* 1993, p. 805-822; de Leval, G., "Une harmonisation des procédures d'exécution dans l'Union Européenne est-elle concevable?", ob. cit., p. 759 y ss.; Capponi, B., "Una prospettiva di armonizzazione: il titolo esecutivo euopeo", *Documenti Giustizia*, 1993, 1389-1400, esp. 1396 y ss., Krings, E., "Le délai raisonnable à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Vers un droit substantiel à l'exécution des décisions de justice", en Caupain-de Leval, *L'efficacité...*, ob. cit., p. 217-245, esp. p. 228 y ss.; Perrot, R., "L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union Europénne et les garanties des droits de la défense", en Caupain-de Leval, *L'efficacité...*, ob. cit., p. 415-436, esp. p. 428 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Así es, un sistema como el español en el que la ejecución en todo caso es competencia de los órganos jurisdiccionales y en el que el ejecutado tiene un gran abanico de causas de oposición a su disposición, puede ser más generoso a la hora de conceder fuerza ejecutiva a los títulos por cuanto que el control de legalidad y de autenticidad si no se realiza en el momento de formación del título, se puede efectuar en el momento de su ejecución. Por el contrario, ordenamientos en los que la ejecución tiene un carácter más administrativo que jurisdiccional, tienen que asegurar la corrección del título antes de iniciar la actividad ejecutiva[49].

Es por ello que pueden surgir disfunciones cuando un título proveniente de un Estado con un sistema de control en el momento de la ejecución[50], deba ser ejecutado en un sistema en el que se confía el control del

En el ámbito institucional y en relación con la ejecución de sentencias se ha puesto de manifiesto que la libre circulación de las sentencias puede ser ilusoria si no obtienen una eficacia equivalente en todos los Estados miembros de la Unión Europea (COMISIÓN EUROPEA, *Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento europeo: "Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union Européenne"*, DOCE n. C 33, de 31 de enero de 1998 (COM/97/0609 final), ap. 42 y ss.). Esta observación es extensible a la eficacia de los títulos ejecutivos extrajudiciales por cuanto que en definitiva se está aludiendo a las diferencias existentes entre los distintos sistemas de ejecución.

49. RAMOS MÉNDEZ, F., "Los títulos ejecutivos: presente y futuro", ob. cit., p. 490-491, expresa la idea de la compensación entre la intervención jurisdiccional o no en fase de ejecución y el mayor o menor número de títulos ejecutivos reconocidos por la ley.

50. En el ordenamiento español no está contemplada la fórmula ejecutiva o la expedición de los títulos en forma ejecutiva al estilo ya sea italiano, francés, alemán o austríaco. Ahora bien, el acreedor debe acudir al tribunal competente quien, una vez presentada la demanda, comprobará la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, que el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y que los actos de ejecución solicitados sean conformes con la naturaleza y contenido del título (art. 551 LEC). Asimismo, en el caso de que la persona que solicita la ejecución o la persona contra la cual se solicita no figuren en el título como acreedor y deudor respectivamente, se deberá aportar prueba sobre la legitimación y el tribunal decidirá despachar o no la ejecución (arts. 538 y ss. LEC). En consecuencia, en España el control de la regularidad del título y las personas legitimadas para ser parte en el proceso, se realiza al inicio de la ejecución y es efectuado en todo caso por el juez.

El sistema italiano prevé la expedición del título en forma ejecutiva mediante la inserción de la fórmula ejecutiva en la copia del documento original (arts. 474 y 475 CPC), pero ello constituye una mera formalidad que viene confiada al notario, al *cancelliere* o a otro funcionario público. En consecuencia, la fórmula ejecutiva en Italia no añade ningún elemento relevante desde el punto de vista del control del título. De otro lado, la ejecución se inicia con la notificación del título ejecutivo y del *precetto* al deudor y si éste no cumple

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

título al momento de su formación. Tampoco es deseable la situación opuesta, es decir, aquella en la que se origina un excesivo control de la regularidad del título al provenir éste de un sistema restrictivo y rígido en cuanto al reconocimiento y formación de títulos ejecutivos[51], cuando se haga valer en un Estado con un sistema de control del título en el momento de la ejecución. En el primer caso se puede facilitar en exceso la circulación de un título poco seguro y en el segundo se puede obstaculizar en exceso la tutela de un derecho merecedor de la misma. No hay que olvidar que, en países como España, la ejecución viene confiada al juez de instancia quien, tras verificar la regularidad formal del título, despacha la ejecución *inaudita parte* y posteriormente se da audiencia al ejecutado quien puede oponerse a la ejecución.[52] Sin embargo, en otros Estados la ejecu-

en el plazo concedido a tal efecto, el órgano ejecutivo, esto es, el *ufficiale giudiziario* será el encargado de llevar adelante las actuaciones. El control judicial únicamente se produce en el caso de que se plantee oposición por parte de la persona contra la que se dirige la ejecución. Por ejemplo, para la expedición la copia ejecutiva a favor de un sucesor del acreedor(art. 475 CPC), no hay que aportar prueba de la sucesión, basta con afirmarla. El control se realiza en sede de oposición a la ejecución (v. LUISO, P.L., *L'esecuzione «ultra partes»*, ob. cit., p. 39 y ss. Con carácter general sobre la ejecución c*fr*. LUISO, F.P., *Diritto Processuale Civile*, Vo. III, ob. cit., esp. p. 30-32; 42-44, 45 y ss.; MANDRIOLI, C., *Diritto Processuale Civile,* Vol. III, Giappichelli, Turín, 2000, 13ª ed., esp. § 6, 7, 10-12; 34-37; SATTA, S., PUNZI, C.,. *Diritto Processuale Civile*, Cedam, Pádua, 2000, 13ª ed., esp. p. 585-595, 716 y ss.).

51. Un ejemplo opuesto al sistema español en cuanto al momento de control de la regularidad del título viene dado por el derecho alemán. En Alemania, el título ejecutivo debe revestir la "fórmula ejecutiva" para poder proceder a la actuación del mismo (§724.I ZPO). Dicha fórmula ejecutiva se otorga *in personam* (§ 750 ZPO), y presupone un control de los requisitos de ejecutividad del título (requisitos relativos tanto al contenido del acto como a su eficacia) por parte, como norma, del secretario judicial, que es quien tiene otorgada la competencia en virtud del § 724.II ZPO. Y ello teniendo en cuenta que, junto con los títulos judiciales, los únicos títulos ejecutivos son: la conciliación judicial, la conciliación ante los abogados de las partes —que debe ser depositada en la secretaría del tribunal- los documentos notariales y los documentos administrativos. Dado que se establecen recursos contra la concesión y la denegación de la fórmula ejecutiva (§732 y 768 ZPO), las declaraciones sobre la regularidad del título no podrán posteriormente ser objeto de una apreciación diversa por parte de la persona encargada de la ejecución (el ejecutor judicial, § 753 ZPO), por lo que la tarea de ésta generalmente se reduce al examen de circunstancias formales (WOOPEN, H., "Le droit de l'exécution en Allemagne", en LEVAL, G. (editor), *Seizure and Overindebtedness in the European Union*, cit., p. 49 y ss., esp. p.65-66 y 73 y ss. La ZPO se halla traducida al español: EIRANOVA ENCINAS, E Y LOURIDO MÍGUEZ, M., *Código Procesal Civil Alemán*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2001).

52. La ejecución forzosa se halla regulada en el Libro III de la nueva LEC. El Título III del citado Libro contiene las denominadas disposiciones generales de la ejecución, básicamente, el procedimiento (art. 538 y ss.).

ción se confía a órganos no jurisdiccionales o a profesionales ajenos a la judicatura y a la oficina judicial porque el título se considera formalmente válido[53].

3. *Los documentos públicos en el Reglamento Bruselas I*

El art. 57 del Reglamento Bruselas I, al igual que el Convenio de Bruselas, no establece una definición de documento público ni tampoco exige la concurrencia de algún concreto requisito o circunstancia para que un documento pueda calificarse como público a efectos de dicha norma, sino que en cuanto a las "condiciones necesarias de autenticidad" se remite a la ley del Estado miembro de origen (art. 57.3 R).

El nuevo texto introduce una novedad relevante (art. 57.2 R):

> "También se considerarán documentos públicos con fuerza ejecutiva, en el sentido del apartado 1, los acuerdos en materia de obligaciones alimentarias celebrados ante las autoridades administrativas o formalizados por las mismas".[54]

En primer lugar, cabe destacar el acierto que supone la introducción de este segundo párrafo dada la frecuencia con que se producen los casos de ejecución transnacional de obligaciones alimenticias. No se trata de actos

53. Así, en Francia, en virtud de lo dispuesto en el art. 18.I L. N. 91-950, de 9 de julio de 1991 (*"Seuls peuvent procéder à l'exécution forcée et aux «saisies conservatoires» les huissiers de justice chargés de l'exécution"*) la ejecución es competencia de los *huissiers de justice*, salvo en casos específicos los que la realización de las medidas de ejecución viene atribuida a otros auxiliares de justicia (*commissaires-priseurs, courtiers en marchandises, greffiers...*). El *huissier* se caracteriza por tener una naturaleza híbrida, al ser al mismo tiempo mandatario del acreedor y *"offficier ministériel"* (v. PERROT-THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, ob. cit., p. 178 y ss.). El juez de la intervención, el Presidente del Tribunal de Grande Instance, interviene en caso de *"difficultés relatives aux titres exécutoires et des contestations qui s'élèvent à l'occasion de l'exécution forcée, même si elles portent sur le fond du droit à moins qu'elles n'échappent à la compétence des jurisdictions de l'ordre judiciaire"* (sobre la extensión de esta norma v. *ibidem*, p. 247-249).

54. En los textos italiano, francés, inglés y portugués, en el primer inciso del art. 57.2 R se omite la referencia a la fuerza ejecutiva: *"Sono parimenti considerati atti pubblici ai sensi del paragrafo 1..."*; *"Sont également considérées comme des actes authentiques au sens du paragraphe 1..."*; *"...shall also be regarded as authentic instruments within the meaning of paragraph 1"*; *"São igualmente considerados actos autênticos, na acepção do n.1..."*.

administrativos propiamente dichos, sino de acuerdos *inter privados*. La intervención de la autoridad administrativa correspondiente se limita a cuestiones formales, esto es, relativas al *instrumentum*.

Sin embargo, no parece muy acertada la redacción de la norma, especialmente en la versión española, porque permite una interpretación excesivamente literal en virtud de la cual cabría pensar que es el propio Reglamento la norma que otorga a los acuerdos en materia de alimentos no tanto la condición de documento público, sino la fuerza ejecutiva. Sin lugar a dudas, esta posible interpretación es del todo punto insostenible.

Los acuerdos en materia de alimentos, para poder acceder al régimen de ejecución del art. 57 deberán reunir los requisitos exigidos por la ley del Estado en que se concluyeron para ser considerados documentos públicos y, además, dicha ley debe otorgarles fuerza ejecutiva[55].

Tampoco en lo que respecta a este supuesto concreto de actos públicos el Reglamento establece un estándar mínimo de calidad de la intervención de la autoridad administrativa. Tienen cabida tanto los acuerdos "celebrados"[56] ante las autoridades administrativas o "formalizados"[57] por ellas. En realidad, puesto que no se establece en qué debe consistir la formalización o la autenticación, constituye una cuestión que debe ser resuelta por la ley del Estado de origen del título.

En otro orden de consideraciones y por cuanto hace referencia al procedimiento, como se verá más adelante, hay que indicar que se mantiene la remisión a las normas relativas al procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales en la medida en que sean aplicables. Una e las novedades más relevantes viene dada por la certificación del documento público que podrán expedir las autoridades nacionales conforme al modelo uniforme con-

55. Sin perjuicio de que pueda merecer una valoración positiva la existencia de una normativa uniforme en relación con los títulos ejecutivos y con los sistemas de documentación de los actos, lo cierto es que ello excede con mucho la finalidad del Reglamento, que se limita a favorecer la ejecución de los títulos que son ejecutivos en virtud de una legislación nacional, en un Estado distinto de aquel en el que fueron otorgados. A ello habría que añadir que el Reglamento no concreta requisitos formales que debe reunir el título, ni la autoridad competente, etc.

56. "*Convenzioni concluse davanti alle autorità amministrative*"; "*conventions conclues devant des autorités administratives*"; "*arrangements concluded with administrative authorities*"; "*acordos celebrados perante autoridades administrativas*".

57. En los textos italiano, francés, inglés y portugués se utiliza la expresión "autenticados".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tenido en el Anexo V del Reglamento y que, sin duda, contribuirá a agilizar la ejecución de estos títulos.

El Reglamento Bruselas I sustituirá al Convenio de Bruselas el 1 de marzo de 2002, no obstante, sus disposiciones únicamente se aplicarán a los "documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados con posterioridad a la entrada en vigor" del Reglamento según lo dispuesto en el art. 66 R. La única duda que puede suscitar este régimen transitorio se plantea para los casos en los que el ordenamiento del Estado miembro de origen hace depender "la fuerza ejecutiva" del título del otorgamiento de la fórmula ejecutiva o de cualquier requisito posterior a la estricta formalización del documento. Es decir, cabe preguntarse si en estos casos el Convenio de Bruselas se seguirá aplicando a todos los documentos públicos otorgados con anterioridad al 1 de marzo de 2002, o sólo a aquellos que hayan adquirido fuerza ejecutiva también con anterioridad a dicha fecha.

De un lado, la interpretación que puede parecer más razonable es la que toma en consideración la fecha del otorgamiento, esto es, la que identifica la formalización con el otorgamiento del documento con independencia de su carácter ejecutivo. Podría argumentarse que al redactar el art. 66.1 R se podía haber especificado este extremo y, por el contrario, no se hizo. Además, esta solución concede en principio una mayor certeza acerca del régimen aplicable[58].

Sin embargo, existen también motivos para considerar que la fecha relevante para determinar el régimen aplicable es el momento en el que título reúne los dos requisitos: ser documento público y tener fuerza ejecutiva. Si así fuera el Reglamento se aplicaría a los documentos públicos "formalizados" con anterioridad al 1 de marzo del 2002 siempre y cuando la fórmula ejecutiva hubiera sido otorgada con posterioridad a esta fecha. También aquí la interpretación literal puede operar si se considera que el art. 66.1 R podría haber obviado la referencia a la fuerza ejecutiva ("documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados") y, no haciéndolo, la formalización aludiría no sólo al otorgamiento del documento público, sino al cumplimiento de ulteriores requisitos preordenados a la ejecutividad del título. A ello podría añadirse que en relación con las resoluciones judiciales, el Reglamento favorece la aplicación de este texto en determinados casos en los que el proceso se inició con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del mismo[59].

58. La fecha del otorgamiento es conocida por todos los que intervinieron en el acto de formalización, mientras que la adquisición del carácter ejecutivo , esto es, la concesión de la fórmula ejecutiva dependerá del momento de un eventual incumplimiento o de cuándo el acreedor decida proceder a la ejecución.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

II. Documentos privados

1. *Consideraciones generales*

La ejecución de los títulos ejecutivos extrajudiciales estrictamente privados, entendidos como aquéllos en cuya formación no ha intervenido ningún fedatario, funcionario o autoridad pública ni, por consiguiente, el juez, queda absolutamente fuera del ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas. Así se desprende del tenor literal del art. 50 CB y así lo ha determinado el TJCE en el asunto *Unibank A/S c. Christensen*, ya comentado. Los arts. 50 y 51 CB están dirigidos a facilitar la ejecución en los Estados de la Unión Europea de aquellos documentos en los que en mayor o menor medida, ha intervenido un "control público".

En el Convenio se podía haber optado por contemplar los títulos ejecutivos extrajurisdiccionales con carácter general, de modo que todos los documentos, públicos y privados, que tuvieran fuerza ejecutiva en virtud de la legislación del Estado en el que fueron emitidos, pudieran ser ejecutados [illegible]lo de la Unión Europea. De este modo, por ejemplo, las letras de cambio y los cheques, en cuanto tuvieran reconocida eficacia ejecutiva por el Estado de origen, se hubieran beneficiado del régimen convencional. Lejos de esta solución, en el Convenio de Bruselas se optó por

59. El propio art. 66.1 R establece el régimen transitorio para las resoluciones judiciales tomando como punto de referencia, en principio, la fecha en que se inicia el proceso o, en palabras del propio Reglamento, cuando la acción judicial es ejercitada. No obstante, si en estos casos la resolución se dicta con posterioridad al 1 de marzo de 2002 se aplicará Reglamento en materia de reconocimiento y ejecución: "a) si la acción se hubiere ejercitado en el Estado miembro de origen tras la entrada en vigor del Convenio de Bruselas o del Convenio de Lugano en el Estado miembro de origen y en el Estado miembro requerido; b) en todos lo demás casos, si las reglas de competencia aplicadas se ajustaran a las previstas en el capítulo II o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción".

facilitar la circulación solamente de los documentos públicos. Tal vez uno de los motivos que condujeron a no afrontar la regulación de la ejecución de los documentos privados en el ámbito comunitario, fue el escaso o inexistente otorgamiento de fuerza ejecutiva a estos documentos por parte de los ordenamientos de los Estados miembros. Sin embargo, en la actualidad, la ampliación de Unión Europea y la evolución de las legislaciones nacionales, hacen que se haya percibido una cierta tendencia no sólo a la proliferación de títulos ejecutivos judiciales[60], sino también a facilitar la ejecución de documentos estrictamente privados[61] o a disminuir los requisitos formales del título[62]. En este contexto, la legislación española no deja de sorprender por cuanto que parece ir en contra del signo de las legislaciones europeas. En efecto, la LEC de 1881 era siempre citada como ejemplo de sistema amplio en el reconocimiento de títulos ejecutivos en comparación con los regímenes del resto de Estados miembros de la UE. Sin embargo, la LEC de 2000, en vigor desde el 8 de enero de 2001, es más restrictiva que su predecesora en la concesión de fuerza ejecutiva a los títulos extrajudiciales[63].

60. *Cfr.* TARZIA, G., "Les titres executoires et le recouvrement des créances dans l'Union Européenne", ob. cit., p. 382 a 393, esp. p. 385 y ss., quien señala la existencia de un fenómeno generalizado en los Estados de la Unión Europea de proliferación de títulos ejecutivos judiciales como resultado de procedimientos rápidos y sumarios, ya se trate de juicios especiales o de la anticipación con carácter provisional de la ejecución de la resolución definitiva. En esta línea, cabe citar la Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (DOCE n. L 200, de 8 de agosto de 2000, p. 35- 38). Según se expone en los considerandos de la citada directiva, los excesivos plazos de pago y la morosidad de un lado (en relación con las pequñas y medianas empresas especialmente), y las diferentes normas y prácticas de pago en los distintos Estados miembros, de otro, ocasionan distorsiones de la competencia y obstaculizan el buen funcionamiento del mercado interior. Con la finalidad de solventar dicha situación, la Directiva 2000/35/CE, se regulan los intereses de demora y la reserva de dominio. Asimismo, en el art. 5 se recoge una norma relativa a los procedimientos de cobro de créditos no impugnados, que será comentado en relación con el juicio monitorio.

61. En este sentido DE LEVAL-GEORGES-MATRAY, "Le passage transfrontalier du titre exécutoire", ob. cit., p. 167 y 168, citan diversos supuestos previstos en las legislaciones sueca, española, francesa, portuguesa y luxemburguesa, especialmente en relación con los títulos cambiarios.

62. En esta línea la propuesta italiana comentada *supra*.

63. V. la crítica de RAMOS MÉNDEZ, F., *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 515-516 y 728-729.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2. *Régimen jurídico de la ejecución de los documentos privados*

a) Reconocimiento de su eficacia ejecutiva

El principio *nulla executio sine titulo*[64] impone la exigencia de un título ejecutivo para iniciar un juicio que goce de dicho carácter. Según expone MORELLI, la fuerza ejecutiva de un título no se refiere al contenido de la relación obligacional, sino al modo de actuación de dicha relación[65]. Si ello es así, las normas relativas que confieren fuerza ejecutiva a un título concreto son normas procesales y, en consecuencia, la condición de título ejecutivo debe venir otorgada por la *lex fori*, es decir, por la ley del Estado en que se solicita la ejecución y ello con independencia de la ley aplicable a las obligaciones contenidas en el título.

El hecho de que los documentos privados se hallen excluidos del régimen de los arts. 50 y 51 CB/CL no implica que, en el ámbito de la UE y de la AELC, quede impedida la posibilidad de ejecutarlos en un Estado distinto al de origen. Únicamente conlleva que estarán sometidos al régimen que a tal efecto exista en el Estado en el que se pretenda llevar a cabo la ejecución. Es decir, la posibilidad de ejecutar en un Estado parte documentos privados que tienen reconocida fuerza ejecutiva en el Estado de origen está condicionada a la eventual existencia de un convenio bilateral entre los Estados afectados o bien a la existencia de una norma interna del Estado requerido que permita la ejecución en esos casos mediante la atribución de eficacia ejecutiva a determinados títulos emitidos en el extranjero.

1) Existencia de convenio bilateral. — Como ejemplo expositivo para este supuesto puede tomarse el Acuerdo hispano-italiano de 22 de mayo de 1973, sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 22 de mayo de 1973[66]. Este acuerdo en un principio resultaba de aplicación no sólo a las sentencias, sino también al resto de títulos ejecutivos sin hacer distinción en

64. Una revisión del principio puede verse en VERDE, G., "Attualità del principio «nulla esecutio sine titulo»", *Riv. Dir. Proc.*, 1999, p. 963-988.

65. MORELLI, G., "L'efficacia esecutiva della cambiale emessa all'estero", *Riv. Dir. Proc. Civ.*, 1935 (I), p. 263-268, esp. p. 264.

66. Ratificado por España el 27 de julio de 1977, BOE n. 273, de 15 de noviembre de 1977.

función de su carácter público o privado (art. 11), siempre que llevaran aparejada la ejecución según la ley del Estado de origen (art. 12, 6) y que su contenido no se opusiera al orden público del Estado requerido (art. 22.2). Actualmente, en virtud de lo dispuesto en los arts. 55 y 56 CB, la ejecución de resoluciones judiciales, documentos públicos y transacciones debe someterse al régimen del Convenio de Bruselas, y la ejecución de títulos privados con fuerza ejecutiva sigue regulada en el Acuerdo hispano-italiano[67]. En virtud de lo dispuesto en este Convenio los títulos ejecutivos extrajudiciales de carácter privado emitidos en Italia, fundamentalmente las letras de cambio, eran ejecutados en España. En cualquier caso lo relevante es que mediante este Convenio cada Estado parte otorga fuerza ejecutiva a los documentos privados emitidos en el otro.

El caso del Convenio hispano-italiano resulta paradigmático no sólo por lo que se acaba de exponer, sino por la situación originada con la entrada en vigor de la LEC 2000 en relación con las letras de cambio.

En efecto, en virtud de lo dispuesto en el art. 66 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque: "La letra de cambio tendrá aparejada ejecución a través del juicio cambiario que regula la Ley de Enjuiciamiento Civil en el Capítulo II, Título III, del Libro IV...". Si se atiende al primer inciso del enunciado de la norma, las letras de cambio españolas pueden ser ejecutadas en Italia en aplicación del Convenio hispano-

67. MONTERO AROCA, J., "L'esecuzione di titoli esecutivi italiani in Spagna", *Riv. Dir. Proc.*, 1993, p. 1134 y ss. también publicado en la obra de dicho autor *Ensayos de Derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1996, p.385-419, esp. p. 414-415. Sobre dicho Convenio puede consultarse RAMOS MÉNDEZ, F., "Eficacia ejecutiva en España de las letras de cambio extranjeras", *Justicia*, 1983 (2), p. 340-348; ID., "Ejecución de las letras de cambio extranjeras (Revisando una opinión)", *Justicia*, 1984 (1), p. 151-155; ID., "El Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (Balance de 10 años de vigencia)", *Justicia*, 1988 (I), p. 57-66; FERNÁNDEZ, M.A, "Perspectiva convencional de la ejecución cambiaria originada por títulos extranjeros (A propósito de la sentencia de la Audiencia Territorial de Valencia de 3 de abril de 1982)", *RCEA*, 1984 (I), p. 90-93; CASTELLANOS RUIZ, E., "Ejecución en España de la letra de cambio «extranjera» considerada como documento público con fuerza ejecutiva", *Poder Judicial*, n. 59 (2000), p. 415-454, esp. p. 444 y ss.

Tras la entrada en vigor del Reglamento Bruselas I y en virtud de lo dispuesto en sus arts. 69 y 70, el Convenio hispano-italiano continuará surtiendo sus efectos en relación con los títulos privados. En el mencionado art. 69 R se halla un elenco de los convenios vigentes entre los Estados miembros y que serán sustituidos por el Reglamento en todas las materias reguladas por éste.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

italiano en atención a su carácter ejecutivo. No obstante, ni las letras de cambio se hallan recogidas en el elenco de títulos ejecutivos del art. 517 LEC 2000[68], ni el juicio cambiario de la nueva LEC tiene carácter ejecutivo.

Como consecuencia de la nueva regulación las letras de cambio españolas no podrán acceder al régimen del acuerdo hispano-italiano, pero sí podrán hacerlo las letras de cambio italianas. Más allá de la diferencia de tratamiento que van a recibir estos títulos, el problema que se plantea es la determinación del procedimiento adecuado para ejecutar las letras de cambio italianas en España. El respeto al pacto internacional citado impone la utilización de un juicio de carácter ejecutivo, lo que excluye la vía del juicio cambiario en favor del régimen general de la ejecución dineraria[69].

2) Existencia de una norma de origen interno que reconoce la fuerza ejecutiva otorgada a un título privado por el ordenamiento del Estado de origen. — Un caso claro del supuesto planteado lo hallamos en la legislación italiana, concretamente en el art. 63 del R.d. 14 diciembre 1933, n. 1669, Modificazioni alle norme sulla cambiale e sul vaglia cambiario[70]: *"La cambiale emessa all'estero ha gli stessi effetti in quanto questi effetti siano ammessi dalla legge del luogo in cui la cambiale è stata emessa"*. Como ha puesto de manifiesto MORELLI, no se trata de una norma de Derecho internacional privado que, derogando el principio de territorialidad del Derecho procesal, incorpore normas procesales extranjeras. Antes bien, el mencionado artículo atribuye eficacia ejecutiva a las letras de cambio emitidas en el extranjero a condición de que se le atribuya también dicha eficacia por la ley del lugar de emisión. Según dicho autor se trata de una norma

68. Si que estaban incluidas en el listado del art. 1429 LEC 1881.

69. Se plantea el problema de la nueva configuración del juicio cambiario CASTELLANOS RUIZ, E., *Ejecución en España de las letras de cambio extranjeras*, Ed. Comares, Granada, 2000, p. 224 y ss., aunque da una solución diversa, por cuanto que, atendida la situación "transitoria" actual, remite a los artículos 951 a 958 LEC 1881. Ahora bien, hay que notar que dichos artículos regulan únicamente el procedimiento de *exequatur* y se remiten a las normas sobre ejecución para la tramitación de la ejecución propiamente dicha (p. 228). Además, dicha autora indica que las letras de cambio pueden acceder al régimen del Convenio de Bruselas sin efectuar ninguna consideración en atención al carácter público o privado del título (p. 227 y 228).

70. G.U. 19 diciembre 1933, n. 292.

de Derecho procesal internacional italiano que opera en conexión con las otras normas del ordenamiento de dicho país destinadas a determinar el concepto y requisitos esenciales de la letra de cambio, por lo que las letras de cambio emitidas en el extranjero para poder ser ejecutadas al amparo de la norma comentada, deberán cumplir las exigencias tanto de la ley italiana cuanto de la ley del Estado de emisión para la atribución de eficacia ejecutiva[71].

Es interesante destacar que el artículo transcrito condiciona la atribución de fuerza ejecutiva al título emitido en el extranjero, a la atribución de dicha eficacia por la ley del Estado de emisión. No obstante nada impediría que un Estado unilateralmente reconociera fuerza ejecutiva a los títulos con independencia de su origen. Esta no es una solución deseable por cuanto que permitiría la ejecución de documentos que carecen de fuerza ejecutiva en su país de origen[72], originando además una cierta inseguridad jurídica para las partes.

3) Ausencia de regulación expresa de la ejecución de títulos ejecutivos extranjeros de carácter privado. — Las normas recogidas en los códigos procesales en las que se establece cuáles son los títulos ejecutivos (art. 517 LEC, art. 474 CPC italiano) están pensadas para supuestos internos. No obstante, no habría obstáculo para que un título privado emitido en el extranjero fuera equiparado a los documentos privados nacionales. Como se ha puesto de manifiesto en el epígrafe anterior esta no es una solución aceptable por cuanto que implica la supresión de la exigencia de la condición de título ejecutivo en virtud de la ley del Estado de origen y, en consecuencia, resulta demasiado permisiva.

71. MORELLI, G., "L'efficacia esecutiva della cambiale emessa all'estero", ob. cit., p. 267-268; ARANGIO-RUIZ, G., voz "Cambiale (dir. int. priv.)", *Enciclopedia del Diritto*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 921-939, esp. p. 936. Sobre el tratamiento de la letra de cambio extranjera en Italia puede verse también ARANGIO-RUIZ, G., *La cambiale nel diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milán, 1946; LAUDISA, L., "Trattamento processuale della cambiale e dell'assegno esteri", *Riv. Dir. Proc.*, 1979, p. 378-396

72. FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. y SÁNCHEZ LORENZO, S., *Curso de Derecho Internacional Privado*, Civitas, Madrid, 1993, 2ª ed., p. 627. Además estos autores señalan que la ausencia de regulación internacional y la equiparación de los títulos extranjeros a los nacionales puede suponer también una solución restrictiva por cuanto que pueden existir documentos extranjeros que no tengan cabida en las categorías de títulos ejecutivos del foro.

b) Necesidad de exequatur

Partiendo de la idea de que la ejecución es una materia reservada a la soberanía nacional, se ha sostenido que todos los títulos ejecutivos extranjeros necesitan de reconocimiento para desplegar su fuerza ejecutiva en otro país[73] puesto que el *exequatur* confiere al título extranjero la fuerza ejecutiva propia de los títulos nacionales[74].

Sin embargo, también se ha mantenido que tratándose de documentos privados no es necesario el *exequatur* por cuanto que en estos casos simplemente nos hallamos ante un supuesto de conflicto de leyes, que se plantea para la determinación de la ley aplicable al negocio jurídico, pero no un conflicto de jurisdicciones[75]. El *exequatur* quedaría privado de finalidad al no existir ningún elemento público que nacionalizar.[76]

Independientemente de la posición que se adopte en relación con la cuestión planteada, lo cierto es que la ejecución de los títulos extrajurisdiccionales de carácter privado generalmente va a quedar sometida al reconocimiento de la fuerza ejecutiva por la ley del Estado de origen y, en cualquier caso, habrá que realizar un control de adecuación al orden público del Estado de la ejecución. Es por ello que, bien sea por el cauce de un procedimiento de reconocimiento *ad hoc*, o bien en el seno del propio juicio ejecutivo o procedimiento de ejecución, este control tiene que ser efectuado.

73. RAMOS MÉNDEZ, F., "Eficacia ejecutiva en España de las letras de cambio extranjeras", ob. cit., p. 345.

74. RAMOS MÉNDEZ, F., "El Convenio entre España e Italia sobre asistencia judicial y reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil (Balance de 10 años de vigencia)", ob. cit., p. 151.

75. Así, la opinión de RIGAUX, F. Y FALLON, M., *Droit International Privé*, ob. cit., p. 241, puede hacerse extensible a los títulos privados. Dichos autores consideran correcto que los arts. 50 y 51 CB prevean solamente la ejecución de los actos públicos y las transacciones judiciales. Según estos autores el "reconocimiento" no tendría lugar por cuanto que la fuerza obligatoria de estos actos deriva del acto jurídico privado concluido por las partes y ello atañe al conflicto de leyes. En la misma línea en relación con los documentos privados, pero no así respecto de los que gozan de la condición de públicos, parece situarse la obra de BATIFFOL, H. Y LAGARDE, P., *Droit International Privé*, T. II, L.G.D.J., París,, 1983, 7ª ed., p. 560, n. 716, en la que se justifica la necesidad de *exequatur* en la intervención de una autoridad pública que es la que confiere autenticidad y fuerza ejecutiva al título y, en dicha medida, el *exequatur* debe afectar únicamente al *instrumentum* y no a su contenido.

76. Así, MORELLI, G., "L'efficacia esecutiva della cambiale emessa all'estero", ob. cit., p. 265, aludiendo a las letras de cambio al hilo del análisis del art. 63 del R.d. 14 diciembre 1933, n. 1669, antes comentado.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Así, por ejemplo, en relación con las letras de cambio italianas cuya ejecución se solicitaba en España al amparo del convenio bilateral antes mencionado, tanto la jurisprudencia como la doctrina coincidían en que a falta de un procedimiento de *exequatur* previsto en nuestro sistema procesal para los títulos extrajudiciales, el control de la idoneidad del título para proceder a la ejecución lo realizaba el juez competente para conocer del juicio ejecutivo en el seno de dicho proceso[77].

3. *El juicio monitorio: Perspectivas de armonización*

A falta de un tratado internacional o de una norma interna que permita ejecutar un documento privado, la vía más efectiva para dar cumplimiento a estos títulos puede ser acudir al juicio monitorio[78] y posteriormente ejecutar la resolución, en su caso, a través del procedimiento de ejecución de resoluciones judiciales. Sin duda la vía más eficaz sería acudir directamente al juicio monitorio del Estado donde deba llevarse a cabo la ejecución, pero ello no va a ser siempre posible en atención a las normas de competencia judicial internacional.

En cualquier caso, el juicio monitorio no es una solución válida para dar respuesta a todas las exigencias prácticas que se pueden presentar, sobre todo teniendo en cuenta las divergencias existentes en la configuración de este proceso en los diversos países de la UE. En efecto, no es esta una vía que quede abierta en todos los casos. En primer lugar, hay que comprobar que dicho procedimiento se halle previsto en el Estado en el que pretendamos obtener el título ejecutivo judicial[79]. De otro lado, pueden existir obstáculos procesales internos, como por ejemplo la norma existente en algún ordenamiento que impide la utilización de este proceso cuando la notificación del requerimiento de pago debe efectuarse en el extranjero[80]. A ello hay que añadir que este tipo de procesos puede tener limitaciones en cuanto al tipo de obligación (únicamente para obligaciones pecuniarias) y a la cuantía del litigio (cinco millones de pesetas en España según dispone el art. 812.1 LEC).[81]

La oportunidad o necesidad de un juicio monitorio uniforme es una realidad sobre la que existen iniciativas doctrinales e institucionales[82] que se

77. V. MONTERO AROCA, J., "L'esecuzione di titoli esecutivi italiani in Spagna", ob. cit.; RAMOS MÉNDEZ, F., "Ejecución de las letras de cambio extranjeras (Revisando una opinión)", ob. cit., esp. p. 154.

78. *Procedimento d'ingiunzione*, en Italia (art. 633 y ss. CPC); *procédure d'injonction de payer*, en Francia (arts. 1405 y ss. NCPC) y Bélgica (art. 1338 y ss. *Code Judiciaire*); *Mahnverfahren* en Alemania (§ 688 y ss. ZPO) y *Mandatsverfahren*, en Austria (§ 548 y ss. ZPO).

79. Hay que advertir que en España únicamente está en vigor desde el 8 de enero de 2001, y que no existe en Dinamarca, Irlanda, Países Bajos y Reino Unido según DE LEVAL, G., "Les ressources de l'inversion du contentieux", en CAUPAIN-DE LEVAL, *L'efficacité...*, ob. cit., p. 90.

80. Nos estamos refiriendo al art. 633 Codice di Procedura Civile, último párrafo: *"L'ingiunzione non può essere pronunciata se la notificazione all'intimato di cui all'art. 643 deve avvenire fuori della Repubblica"*. La Pretura circondariale de Bologna planteó una cuestión prejudicial ante el TJCE, en orden a determinar si la norma transcrita debía considerarse "una restricción o medida de efecto equivalente, que puede obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, la libre circulación de mercancías, servicios y capitales garantizada por los artículos 34, 59 y 73 B del Tratado de Roma". Mediante la STJCE de 22 de junio de 1999, as. C-412/97, *as. ED Srl y Italo Fenocchio*, dicho Tribunal estableció: 1) El artículo 34 del Tratado CE (actualmente, tras su modificación, artículo 29 CE) no se opone a una legislación nacional que excluye la utilización del procedimiento de orden conminatoria de pago en el caso de que la notificación al deudor deba practicarse en otro Estado miembro de la Comunidad. 2) Una disposición procesal nacional como la controvertida en el asunto principal no constituye una restricción a la libertad de pagos". Cfr. GIORGETTI, M. C., "Il riconoscimento comunitario del decreto ingiuntivo", *Riv. Dir. Proc.*, 1996, pp. 592-618. Una norma equivalente a la del art. 633 italiano se encuentra en el art. 1344 del *Code judiciaire* belga, en el art. 624 del código procesal griego (citado por TARZIA, G., "Modelli europei per un processo civile uniforme", *Riv. Dir. Proc.*, 1999 (4), p. 947-962, esp. p. 956, en nota), y en el art. 688 de la ZPO alemana, pero con la excepción de que la notificación deba practicarse en un Estado miembro de la UE.

81. Como es sabido, básicamente existen dos modelos de juicio monitorio, el denominado modelo puro y el documental. No obstante, incluso entre los Estado que han adoptado un mismo modelo, las diferencias en la configuración del juicio monitorio pueden ser muchas (*cfr.* TARZIA, G., "Modelli europei per un processo civile uniforme", ob. cit., p. 956 y 957, en nota). Para un estudio comparado de los procesos monitorios italiano, francés y alemán puede verse CORREA DEL CASSO, J.P., *El proceso monitorio,* Bosch, Barcelona, 1998. Para un análisis del juicio monitorio español regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil, v., por todos, la obra del mismo autor: *El proceso monitorio en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2000. 3113. Anterior a la LEC de 2000 puede verse también LORCA NAVARRETE A.M., *El procedimiento monitorio civil. Bases para su introducción al ordenamiento procesal civil español*, San Sebastián, 1988, y posteriormente, del mismo autor: *El proceso monitorio regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil con particular referencia al proceso monitorio en materia de propiedad horizontal*, Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

82. Cfr. el denominado Proyecto Storme en Group de Travail sur le rapprochement du droit de la procédure civile en Europe, *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Marcel Storme (ed.)-Kluwer, Dordrecht (et. alt.), 1994, esp. p.108-109, 147-150

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

inscriben en un marco más amplio de armonización o acercamiento de las legislaciones procesales de los Estados miembros de la UE[83]. En el Proyecto Storme se considera que el instrumento más adecuado para alcanzar este acercamiento es la directiva, atendido el carácter no obligatorio de las recomendaciones y las limitaciones que presenta la elaboración de un tratado internacional a la vista de la experiencia del Convenio de Bruselas de 1968.[84] En el mencionado proyecto se configura un juicio monitorio de tipo documental, previsto únicamente para obligaciones pecuniarias aunque sin que se establezca ningún límite cuantitativo[85].

y 207-209 (en adelante Rapprochement...). Sobre la oportunidad de una unificación cfr. TARZIA, G., "Modelli europei per un processo civile uniforme", ob. cit., p. 955-958, donde se comenta el Proyecto Storme y el proyecto del denominado "título ejecutivo europeo"; ID., "Les titres exécutoires et le recouvrement des créances dans l'Union Européene", ob. cit., p. 385 y ss.; ID., "Prospettive di armonizzazione delle norme sull'esecuzione forzata nella Comunità Economica Europea", ob. cit., p. 209 y ss.; ID., "Le ingiunzioni di pagamento e il titolo esecutivo europeo", *Speciale Documenti Giustizia-I*, febbraio 1996: "La Cooperazione giudiziaria nell'Europa dei citadini. Situazione esistente. Prospettive di sviluppo (Atti del Seminario organizzato dall'Ufficio Legislativo del Ministero di Grazia e Giustizia. Roma, 11-12 dicembre 1995)", 119-130; DE LEVAL, G., "Les ressources de l'inversion du contentieux", en CAUPAIN-DE LEVAL, *L'efficacité...*, ob. cit., p. 83-97; PERROT, R., "L'efficacité des procédures judiciaires au sein de l'Union Europénne et les garanties des droits de la défense", en CAUPAIN-DE LEVAL, *L'efficacité...*, ob. cit., p. 433; Comunicación de la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento europeo: "Vers une efficacité..., cit. ap. 33 y ss.. Las ideas expresadas en este documento son recogidas por NORMAND, J., "Le rapprochement des procédures civiles à l'intérieur de l'Union Européenne et le respect des droits de la défénse", en AA.VV., *Nouveaux juges nouveaux pouvoirs. Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, París, 1996, p. 337-350.

83. Como explica NORMAND, J., "Il ravvicinamento delle procedure civili nell'Unione Europea", *Riv. Dir. Proc.*, 1998, p. 683-700, esp. p. 688 y ss., la intervención de la UE en el ámbito del proceso civil se basa en el art. 100 A del Tratado de Roma contemplado en el Acta Única Europea, según el cual las Autoridades comunitarias están legitimadas para adoptar medidas de acercamiento de los derechos de los Estados miembros cuando esta operación tiene por objeto la institución y el funcionamiento del mercado interno. De otro lado, se considera que el objetivo de la armonización no puede ser alcanzado suficientemente por los Estados miembros, por lo que el principio de subsidiariedad no puede obstaculizar la intervención comunitaria en este ámbito. Además hay que tener en cuenta el art. 2 de la Versión consolidada del Tratado Constitutivo de la Unión Europea que establece como objetivo de la UE el mantenimiento y desarrollo de la Unión en cuanto espacio de libertad, seguridad y justicia; junto con el art. 65 c) del mencionado texto, en virtud del cual corresponde al Consejo establecer las medidas dirigidas a eliminar los obstáculos al buen desarrollo de los procesos civiles, favoreciendo en su caso la compatibilidad de las reglas procesales civiles aplicables en los Estados miembros.

84. *Rapprochement...*, p. 24-26.

85. *Rapprochement...*, p. 207-209.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Es preciso hacer mención también de la Comunicación de 26 de noviembre de 1997 la Comisión Europea al Consejo y al Parlamento europeo: "Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union Européenne"[86], en la que se expone que existen menos retrasos en los pagos en los países donde la ejecución es eficaz, rápida y barata. Además, en dicho documento se considera que la generalización del juicio monitorio contribuiría a facilitar el reconocimiento de los títulos ejecutivos por cuanto que se trataría de un juicio conocido en todos los Estados, es más, la existencia de un proceso uniforme permitiría eliminar el *exequatur*. No se omiten las dificultades que entraña la unificación o la uniformización de los procesos monitorios pues deberían quedar solventadas cuestiones como el respeto del equilibrio procesal de las partes, a fin de no agravar las posiciones de inferioridad de mercado, así como definir el rol del juez, del personal que interviene en la ejecución, de los abogados, determinar la cuantía de estos juicios, etc.

La Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, supone un importante paso adelante, puesto que, junto a otro tipo de medidas como la regulación de los intereses de demora y la reserva de dominio, se establecen unas condiciones mínimas referidas a los procedimientos para la rápida creación de un título ejecutivo para los casos de créditos comerciales no impugnados. En efecto, en el art. 5 de la mencionada Directiva se establece:

> "1. Los Estados miembros velarán por que se pueda obtener un título ejecutivo, independientemente del importe de la deuda, normalmente en un plazo de 90 días naturales a partir de la presentación de la demanda o de la solicitud por parte del acreedor ante el Tribunal u otra autoridad competente, siempre que no haya habido impugnación de la deuda o de cuestiones del procedimiento. Los Estados miembros llevarán a cabo dicha tarea de conformidad con sus disposiciones legales, reglamentarias o administrativas nacionales.
>
> 2. Las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas nacionales se aplicarán en las mismas condiciones a todos los acreedores que se encuentren establecidos en la Comunidad Europea.

86. Cit., esp. n. 38-41.

3. En el plazo de 90 días naturales mencionado en el apartado 1 no se incluirán los períodos siguientes:

a) los plazos requeridos para notificación;

b) los retrasos ocasionados por el acreedor, como por ejemplo los plazos para subsanar demandas o recursos no admisibles."

Dos son las cuestiones que merecen ser destacadas en este momento. En primer lugar, que la Directiva únicamente impondría a los Estados la obligación de establecer un proceso en el que pudiera obtenerse un título ejecutivo en un plazo determinado. Ahora bien, teniendo en cuenta que la sentencia es el título ejecutivo por antonomasia, en principio, cualquier tipo de proceso sería válido para dar cumplimiento a la Directiva siempre que se respetaran los plazos en ella establecidos. De forma más específica, en el artículo transcrito no se dice si los Estados deben darle cumplimiento mediante la instauración de un juicio en el que se invierta el contradictorio, como es el juicio monitorio, o si se puede alcanzar la finalidad pretendida mediante un juicio ordinario cuando el deudor no se oponga, expresa o tácitamente, a la pretensión del demandante.

En segundo lugar, hay que prestar atención a la redacción de este artículo, por cuanto que cuando en el párrafo primero habla del plazo de 90 días, no se está refiriendo a la duración teórica del procedimiento, sino a "que se pueda obtener un título ejecutivo" "normalmente" en el plazo señalado. Ello obligará a los Estados miembros no sólo a realizar las oportunas modificaciones legislativas, sino también y muy especialmente a mejorar el funcionamiento ordinario de sus tribunales, o bien a establecer órganos especializados capaces de dar puntual cumplimiento a lo prescrito por la normativa comunitaria.

De otro lado, Estados como España, en donde el juicio monitorio tiene un límite cuantitativo, deberían revisar la regulación de este proceso, al menos en lo atinente a la reclamación de créditos derivados de "operaciones comerciales" en el sentido del art. 2.1 de la Directiva.[87]

Con posterioridad a la Directiva que se acaba de comentar, se han sucedido diversas iniciativas en orden a la armonización del juicio monitorio

87. Por operaciones comerciales se entiende, según el art. 2.1 de la Directiva: "las realizadas entre empresas o entre empresas y poderes públicos que den lugar a la entrega de bienes o a la prestación de servicios a cambio de una contraprestación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en el seno de la Unión Europea y ello vinculado a la creación del denominado "Título Ejecutivo Europeo" que se examina en el epígrafe siguiente.[88]

4. *El denominado "Título Ejecutivo Europeo"*

Tanto el Consejo Europeo[89] cuanto la Comisión de las Comunidades Europeas[90] consideran el principio de reconocimiento mutuo como piedra angular de la cooperación judicial en la Unión Europea y, en última instancia, de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea. Dentro de este ámbito se inscriben las iniciativas institucionales europeas en orden a la instauración de lo que se ha venido en denominar "Título Ejecutivo Europeo" (TEE).

En las conclusiones del Consejo Europeo de Tampere de 1999, dicho órgano pedía al Consejo y a la Comisión que, dentro de un programa de medidas más general encaminado a hacer efectivo el principio de reconocimiento mutuo, se incluyeran las tareas en torno a "un Título Ejecutivo Europeo y a los aspectos del Derecho procesal con respecto a los cuales se considera necesario contar con estándares mínimos comunes para facilitar la aplicación del principio del reconocimiento mutuo, respetando los principios jurídicos fundamentales de los Estados miembros"[91]. La Comisión,

88. En este sentido, puede verse el informe presentado por CORREA DEL CASSO en el Senado de Francia, los días 3 y 4 de julio de 2000, en las jornadas sobre "Reconocimiento Mutuo de las Resoluciones Civiles", publicado con el título "Principios del proceso de elaboración del título ejecutivo europeo mediante la técnica de la inversión del contradictorio", *La Ley* 2001-1 (*La Ley. Base de Datos de Bibliografía)*; y, del mismo autor, "Reclamación de deudas laborales en la Unión Europea a través del proceso monitorio y del título ejecutivo europeo", *La Ley* n. 5444, 20 de diciembre de 2001, trabajo éste que fue presentado en el Coloquio celebrado en Bruselas los días 5 y 6 de noviembre de 2001 sobre "Espacio Social y Judicial Europeo".

89. Consejo Europeo de Tampere, 15 y 16 de octubre de 1999, "Conclusiones de la presidencia", Doc. 200/1/99, punto 33 (puede consultarse en http://ue.eu.int/es/Info/eurocouncil/index.htm).

90. "Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo: Marcador para supervisar el progreso en la creación de «libertad, seguridad y justicia» en la Unión Europea", Bruselas, 24 de marzo de 2000, COM (2000) 167 final, p. 16.

91. Conclusiones del Consejo Europeo de Tampere, cit., punto 37. Asimismo, se invitó a la Comisión a presentar una propuesta para la creación de un sistema de Marcador como instrumento para ayudar a la creación y el desarrollo de la Unión Europea como un espacio de libertad, seguridad y justicia. La finalidad del sistema de Marcador es someter "a constante revisión los avances realizados en la ejecución de las medidas necesarias y el cumplimiento de los plazos" establecidos en el Tratado de Amsterdam, el Plan de Acción de

siguiendo la petición del Consejo, ha incluido los trabajos sobre el TEE entre las acciones necesarias para la consecución de un mayor grado de reconocimiento mutuo de decisiones y resoluciones judiciales[92].

Como ha expuesto DE STEFANO[93], pueden señalarse tres momentos en la evolución de dicho concepto. Siguiendo a dicho autor, en un principio dicha denominación alude a los títulos extrajudiciales emanados de las instituciones comunitarias, esto es, con un origen supranacional[94]. En un segundo momento, la noción de TEE responde al "núcleo de condiciones y presupuestos comunes o, por lo menos, afines a todos los títulos reconocidos como ejecutivos en los concretos ordenamientos de los Estados miembros de la Comunidad primero y, más tarde, de la Unión"[95]. Dando un paso más hacia la libre circulación de los títulos ejecutivos, se concibe el TEE como aquél que es el producto de una normativa supranacional, europea, susceptible de actuación directa en todos los Estados miembros[96].

Viena y las conclusiones de Tampere para la creación de un "espacio de libertad, seguridad y justicia". En respuesta a esta invitación, la Comisión presentó, la Comunicación de 24 de marzo de 2000, COM (2000) 167 final (cit.) y, posteriormente puede verse la Comunicación de 30 de noviembre de 2000: "Actualización semestral del Marcador para supervisar el progreso en la creación de un espacio de «libertad, seguridad y justicia» en la Unión Europea" (II semestre 2000), COM (2000) 782 final.

92. COM (2000) 167 final (cit.), p. 16 y COM (2000) 782 final (cit.), p. 16.

93. DE STEFANO, F., "Il titolo esecutivo europeo", *Rivista dell'esecuzione forzata*, 2000, n. 3, p. 422-431, esp. p. 425 y 426.

94. Se trataría de decisiones del Consejo, de la Comisión o del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que recogieran obligaciones pecuniarias a cargo de sujetos distintos de los Estados miembros. Sobre estos títulos puede verse CAPPONI, B., "Una prospettiva di armonizzazione: il titolo esecutivo europeo", ob. cit., 1389-1393; LADRON TABUENCA, Mª P., "Ejecución forzosa en España de títulos extrajudiciales emanados de las instituciones comunitarias", *La Ley*, 1995-4, p. 950 y ss.

95. DE STEFANO, F., "Il titolo esecutivo europeo", ob. cit., p. 425, quien recoge la noción de TEE que ofrece CAPPONI, B., "Una prospettiva di armonizzazione: il titolo esecutivo europeo", ob. cit., 1393-1394, y que viene referida al "valore *o alla* funzione *che un titolo esecutivo, formato in uno Stato europeo secondo le regole interne di questo, debe vedersi riconosciuto negli altri Stati; probema che rimanda alla struttura del titolo, alla possibile comunanza di elementi, alla omogeneità istituzionale e di nozione che il «titolo esecutivo» riveste nei varii ordinamenti*".

96. DE STEFANO, F., ob. ult. cit., p. 426. Esta última concepción del título ejecutivo europeo, según NORMAND, J., "Il ravvicinamento..., ob. cit., p. 696, en nota, apareció por primera vez en 1992, con motivo de la celebración en Francia de la Cámara Nacional de Oficilaes Judiciales, y posteriormente fue objeto de atención por parte de la Unión Internacional de los Oficiales Judiciales.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Actualmente, cuando se habla de TEE se alude a un título ejecutivo de carácter judicial dictado en virtud de una normativa procesal de origen comunitario y que, precisamente por ello, podría ser ejecutado en cualquier Estado miembro sin precisar el previo *exequatur*. Estos títulos recibirían el mismo tratamiento que si hubieran sido otorgados en el país en el que se solicita la ejecución.

Estas ideas generales, si bien constituyen un importante avance, no bastan para configurar el denominado TEE, puesto que las opciones que se presentan son múltiples[97]: *a)* un título homologado a través de un procedimiento simplificado; *b)* una resolución que emana de uno de los Estados miembros de la Unión Europea y revestido de una fórmula ejecutiva europea; *c)* un título obtenido en un Estado miembro como resultado de un proceso uniforme y revestido, de pleno derecho, de la fórmula ejecutiva europea.

De las opciones expuestas, la primera y la tercera son las que parecen tener más solidez. En cuanto a la homologación a través de un procedimiento simplificado, se ha querido ver en el Reglamento Bruselas I un primer paso en dicha dirección[98], pero lo cierto es que la concesión del *exequatur* en virtud de las normas reglamentarias sigue teniendo efectos limitados al territorio del Estado requerido[99]. Como se ha puesto de manifiesto, existe una cierta sensación de desconfianza frente a la supresión del procedimiento de *exequatur* entendido como procedimiento de control y limitado a la expedición de la fórmula ejecutiva entendida como acto debido[100]. Pero también es cierto que se han dado y pasos importantes en orden a facilitar la circulación de los títulos ejecutivos y que esta parece ser una tendencia consolidada dado que es una condición necesaria para el buen funcionamiento del mercado común europeo[101].

97. LAURENT, J., *Contentieux et voies d'exécution*, Université de Toulouse, 1997, p. 4, citado por DE LEVAL, G., "Les ressources de l'inversion du contentieux", ob. cit., p. 94.

98. En este sentido, según SALERNO, F., *La Convenzione di Bruxelles del 1968 la sua revisione*, Cedam, Padua, 2000, p. 166, la simplificación del procedimiento de ejecución operada en el Reglamento Bruselas I constituye ya un intento de creación de un título ejecutivo europeo.

99. Y, en consecuencia, en el Reglamento *"non v'è traccia, infatti, del «titolo esecutivo europeo»"* (MERLIN, E., "Riconoscimento ed esecutività..., ob. cit., p. 435 y 437).

100. BIAVATI, P., "Le prospettive di riforma della convenzione di Bruxelles", *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1201-1236, esp. p. 1208 y 1209.

101. V., por ejemplo, Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Tampere (cit.) puntos 34 y 37; "Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", *DOCE n. C 12* de 15 de enero de 2001, p. 1-9.

En estos momentos parece que la dirección en la que se mueven las distintas aportaciones realizadas entorno a la creación del TEE es la de crear un título ejecutivo resultado de un juicio monitorio para los casos en los que no exista oposición del deudor. Se trataría de establecer determinados requisitos procesales y sustantivos del título ejecutivo europeo, de forma que cuando el juez nacional en el seno de uno de dichos procesos debiera dictar un título ejecutivo, pudiera asimismo declararlo TEE tras el examen de la concurrencia de aquellos requisitos[102]. Por esta vía podría lograrse la ejecución de los títulos ejecutivos extrajudiciales, sin perder de vista que la posibilidad de acceder con una cierta celeridad a la ejecución quedaría siempre condicionada a la ausencia de oposición del demandado.

La Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, ya comentada, podría constituir un primer paso hacia la creación de un TEE mediante la instauración de un juicio monitorio uniforme. Ahora bien, en primer lugar, su ámbito de aplicación es reducido por cuanto que únicamente alude a créditos comerciales no discutidos y, en segundo lugar, ni el art. 5 de dicha norma establece elementos suficientes para poder hablar de un proceso uniforme, ni exime de *exequatur* al título ejecutivo que se puede obtener como resultado de dicho proceso.

Recientemente, en la Propuesta de Directiva del Consejo, presentada por la Comisión, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita y otros aspectos financieros vinculados a los juicios civiles, se ha anunciado que la Comisión asimismo presentará próximamente una propuesta de Reglamento cuyo objeto es la creación de un título ejecutivo basado en el proceso monitorio o, como se lee en el citado documento: "para los créditos no cuestionados"[103].

102. De Stefano, F., ob. ult. cit., p. 430-431.

103. Bruselas, 18 de enero de 2002, COM (2002) 13 Final (2002/0020 (CNS). Concretamente, en los objetivos que se relacionan en la Exposición de Motivos. El documento puede consultarse en http://europa.eu.int/eur-lex/es/com/reg/es_register_1920html.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

III. Documentos que requieren algún tipo de intervención judicial

1. Alcance de la intervención judicial para la calificación del título

El art. 25 CB engloba las decisiones judiciales ya tengan carácter contencioso o bien constituyan actos de jurisdicción voluntaria. No obstante la doctrina de Derecho internacional privado suele distinguir dos tipos de resoluciones de jurisdicción voluntaria: aquéllas en las que el juez en ejercicio de su autoridad adopta una decisión y aquéllas en las que, desempeñando un papel pasivo, se limita a recibir una manifestación de voluntad privada. Se considera que en este último supuesto no nos hallamos ante una decisión en el sentido del art. 25 CB, sino ante un documento público (art. 50 CB) o una transacción judicial (art. 51 CB).[104]

No se discute que determinadas resoluciones judiciales, entendidas en sentido lato, no pueden tener cabida en el concepto de decisión del art. 25 CB y, en consecuencia, deben acudir a la vía de los arts. 50 o 51 CB. Lo que se discute es cuál es el criterio que se debe utilizar para determinar cuándo nos hallamos ante un supuesto u otro. La doctrina de Derecho internacional privado utiliza como criterio la actividad del juez o la naturaleza esencialmente convencional del acto[105]. Pero este criterio no parece acertado, sobre todo cuando quien debe valorar la función o la actividad que ha llevado a cabo un juez en la elaboración de una resolución, es un juez de otro Estado. Además, presenta el inconveniente de generar una zona gris que crea inseguridad jurídica y el riesgo de que se produzcan jurisprudencias contradic-

104. En este sentido Gaudemet-Tallon, H., *Les Conventions de Bruxelles et Lugano...*, ob. cit., p. 333. En la misma línea, Muir Watt, H., "La rencontre dans l'espace de figures hybrides (variations autour du conflit international des décisions)", *Revue générale des procédures,* 1998 (4), p.711-725, esp. p. 714, sostiene que el carácter judicial que reviste el instrumento en que se documenta la transacción no influye en la calificación de éste, puesto que su "esencia convencional" la excluye de la categoría de las decisiones.

105. V. Holleaux, D., Comentario a la sentencia del Tribunal de grande instance de París de 12 de enero de 1978, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1979, p. 104-111.esp. p. 105-109; Pamboukis, Ch., "L'acte quasi public en droit international privé", ob. cit., esp. p. 570 y 571; Muir Watt, H., "La rencontre dans l'espace de figures hybrides..., ob. cit. p. 715. V. Holleaux, D., Comentario a la sentencia del Tribunal de grande instance de París de 12 de enero de 1978, *Rev. crit. dr. int. priv.*, 1979, p. 104-111. esp. p. 105-109; Pamboukis, Ch., "L'acte quasi public en droit international privé", ob. cit., esp. p. 570 y 571; Muir Watt, H., "La rencontre dans l'espace de figures hybrides..., ob. cit. p. 715.

torias, de modo que una resolución puede ser considerada en un Estado parte como decisión y en otro como documento público.

Si se analiza la cuestión desde una perspectiva estrictamente procesal se puede obtener un criterio más seguro y con un fundamento tal vez más sólido. En primer lugar, cuando el CB regula la ejecución de las resoluciones judiciales, de los documentos públicos y de las transacciones, es comúnmente admitido que lo que se pretende es que estos títulos ejecutivos puedan ser ejecutados en cualquier Estado de la Unión Europea como si se tratase del Estado de origen, es decir, que dentro de los límites propios derivados de cada legislación procesal, el acto sea ejecutado y alcance los mismos efectos que hubiera producido en el Estado de origen.

En segundo lugar hay que tener en cuenta los distintos efectos de las resoluciones judiciales y de los documentos públicos en cuanto al régimen de oposición. En este sentido puede resultar útil el criterio aportado por la doctrina para determinar cuando la intervención judicial confiere al título ejecutivo la condición de jurisdiccional. Según VACCARELLA[106] cuando en la oposición a la ejecución el deudor puede hacer valer hechos anteriores y posteriores a la formación del título, éste tiene carácter extrajudicial; de otro lado, la intervención del juez conferirá carácter judicial al título si únicamente se permite la alegación de hechos posteriores a su creación. Esta diferencia entre uno y otro tipo de título se manifiesta también en el sometimiento al régimen de nulidad propio del derecho civil o al de los medios de gravamen.

Utilizando este criterio, resulta que cuando el título ejecutivo queda sometido en el Estado de origen al régimen de impugnación de las resoluciones judiciales, deberá aplicarse el régimen previsto para las decisiones del art. 25 CB. Por el contrario, cuando el título está sujeto al régimen de nulidad propio del negocio jurídico que contiene, en ese caso estaremos ante un documento público del art. 50 CB o, en su caso, de una transacción del art. 51 CB.

La delimitación de los títulos judiciales de los extrajudiciales en función del régimen de impugnación o de nulidad presenta diversas ventajas: En primer lugar, facilita la calificación del título por parte del juez del Estado de la ejecución y, con ello, es más factible conseguir jurisprudencias uniformes. En segundo lugar, se consigue una mayor equiparación de los efectos del título en el Estado de origen y en el Estado requerido.

106. VACCARELLA, R., "Diffusione e controllo dei titoli esecutivi non giudiziali", ob. cit., p. 50-51.

2. *Los documentos que requieren algún tipo de intervención judicial y el art. 27 CB*

La calificación de los títulos formalizados con la intervención judicial como resolución del art. 25 CB o como pertenecientes a la categoría de documentos públicos, incluidas las transacciones, adquiere relevancia también en relación con el régimen de oposición a la ejecución de una resolución jurisdiccional. En efecto, en el art. 27.3° y 5° CB se recogen dos supuestos en los que puede denegarse el reconocimiento o la ejecución de una resolución judicial dictada en un Estado parte, por ser inconciliable con otra resolución dictada en un litigio en el Estado requerido o en un Estado no contratante cuando reúna las condiciones para ser reconocida en el Estado requerido.

Se ha planteado ante el TJCE si las transacciones pueden ser consideradas resoluciones a los efectos del art. 27.3° CB, pero el problema se puede abordar con carácter general en relación con todos aquellos actos en cuya formación a intervenido un juez, y no sólo a efectos del apartado 3° del art. 27 CB, sino también de su apartado 5°. La cuestión fue resuelta mediante la STJCE de 2 de junio de 1994, c. 414/92, *as. Solo Kleinmotoren GmbH y E. Boch*, en la que se concluyó que las transacciones judiciales no pueden ser consideradas resoluciones a los efectos del citado artículo[107].

La argumentación de la Corte de Justicia se basa en los siguientes puntos: 1) Del tenor literal del art. 25 CB se desprende que la noción de "decisión" que utiliza el CB únicamente se refiere a aquellas "efectivamente pronunciadas" por un juez de un Estado contratante; 2) El acto debe provenir de un órgano jurisdiccional perteneciente a un Estado contratante y que decide con poderes propios sobre cuestiones controvertidas entre las partes; 3) Las transacciones revisten un carácter esencialmente contractual, por cuanto que su contenido depende sobre todo de la voluntad de las partes.[108]

107. En concreto la cuestión planteada fue si se puede considerar decisión en el sentido del art. 27 n.3 del Convenio de Bruselas, en contraste con la decisión cuyo reconocimiento se solicita, la transacción susceptible de ejecución concluida entre las mismas partes ante un juez del Estado requerido para resolver un proceso pendiente.

108. Además el TJCE utiliza el criterio de una necesaria interpretación restrictiva del art. 27, y que la finalidad de sus n. 3 y 5 es la de evitar que una parte pueda hacer valer sentencias contradictorias.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La Corte alcanza una solución que merece aprobación, mas no así el fundamento de la misma, porque acude al criterio de la calidad de la intervención judicial que tal vez sea el idóneo para el análisis de otro tipo de cuestiones, pero que en este ámbito puede originar los problemas a los que se ha hecho mención en el epígrafe anterior. Teniendo en cuenta que se trata de dar respuestas estrictamente procesales tal vez sea más oportuno, una vez más, la utilización del método y de los conceptos propios del proceso civil. No se puede acudir a la noción de cosa juzgada por cuanto que la concepción de resoluciones inconciliables es más amplia[109] y, además, podría no ser operativa en algunos casos, como por ejemplo en relación con la ejecución provisional y especialmente con otro tipo de resoluciones en los que no existe acuerdo sobre si producen o no dichos efectos. Sin embargo, el criterio del sometimiento del acto al régimen de los medios de gravamen o al de nulidad en virtud del ordenamiento del Estado de origen, apto para discernir el régimen de ejecución (art. 25, o 50 y 51 CB), también resulta adecuado para la interpretación del art. 27.3° y 5° CB.

En consecuencia, una transacción o cualquier otro título creado con intervención judicial no podrá hacerse valer a través de la vía del art. 27 CB para impedir el *exequatur* de una resolución judicial, aunque si podrá ser alegada como hecho extintivo durante la ejecución.

IV. Las transacciones del art. 51

El artículo 51 CB dispone que:

> "Las transacciones celebradas ante el Tribunal durante un proceso y ejecutorias en el Estado de origen serán ejecutorias en el Estado requerido, en las mismas condiciones que los documentos públicos con fuerza ejecutiva"[110].

En múltiples ordenamientos procesales se recoge la transacción judicial como título ejecutivo. Se trata de un título que, aún participando el juez

109. V. Gaudemet-Tallon, H., *Les Conventions de Bruxelles et Lugano...*, ob. cit., p. 267-268 y la jurisprudencia comentada por la autora, en especial, la STJCE de 4 de febrero de 1988, as. 145/86, *Hoffmann c. Krieg, Rec.* 1988, p. 645.

110. Idéntica es la redacción del art. 51 del Convenio de Lugano de 1988.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en su creación, no recibe el tratamiento de título jurisdiccional y ello porque ni produce efectos de cosa juzgada ni está sometido al régimen general de impugnación de las resoluciones judiciales, sino que puede ser revocado en los mismos términos que un contrato[111].

Se trata por tanto de uno de los casos que se enmarcan en el epígrafe anterior, el de los actos o documentos que requieren algún tipo de intervención judicial para ser ejecutivos. Pero las transacciones, no sólo reciben un tratamiento diferenciado en el art. 51 CB, sino que además plantean una serie de cuestiones específicas.

En primer lugar, el alcance de la exigencia que la transacción tenga lugar "durante un proceso" y que se celebre ante un tribunal. En segundo lugar, hay que dar respuesta a si el término transacción debe ser entendido de forma estricta tal y como es concebida por los códigos civiles español, francés o italiano, o bien si es posible realizar una interpretación amplia que dé cabida otro tipo de acuerdos. Por último, hay que abordar el tratamiento que deben recibir las transacciones encubiertas, es decir, las resoluciones judiciales que bajo la forma de una decisión judicial no hacen más que recoger un pacto *inter partes* para poner fin al litigio.

1. Transacciones judiciales

La doctrina suele distinguir entre transacciones judiciales y extrajudiciales. Para poder calificar como judicial una transacción se requiere que tenga lugar una vez iniciado el pleito, dado que la transacción que tiende a evitarlo no tiene ninguna relevancia procesal. Se exige también la intervención judicial, ya que de otro modo estaríamos ante un documento extrajurisdiccional, privado o público en función de cómo se instrumentalice, pero no judicial, en cuyo caso las partes deberán acudir a un medio alternativo de finalización del proceso como el desistimiento o dejar que opere la caducidad[112].

111. En el Informe Jenard sobre el Convenio de Bruselas (cit. p. 172) se justifica la introducción del art. 51 CB en razón de los sistemas alemán y neerlandés, en los que las transacciones celebradas ante el juez en el curso de un proceso son ejecutivas. De otro lado, la equiparación de las transacciones judiciales al régimen de los documentos públicos se fundamenta en el aspecto contractual de aquéllas.

112. Sobre la transacción puede consultarse Gullón Ballesteros, *La transacción*, Madrid, 1964, así como la monografía de Peláez, F.J., *La transacción*, Bosch, Barcelona, 1987, en especial sobre la distinción entre transacción judicial y extrajudicial *cfr.* p. 59 y ss.

El art. 51 CB realiza una mención expresa de estos dos elementos, el del momento en que debe tener lugar la transacción ("en el curso de un proceso") y el de la intervención judicial: "celebrada" ante el juez[113]. Este último requisito no significa que el proceso de negociación deba realizarse ante el juez o que éste deba jugar un papel de mediador. El hecho relevante, siguiendo el texto inglés, es que el acuerdo haya sido aprobado u homologado[114] por el juez[115].

Hay que precisar que el art. 51 CB no hace ninguna mención al método seguido para alcanzar el acuerdo. Es decir, es irrelevante que las partes libremente hayan conseguido un acuerdo o que éste haya sido el producto de una conciliación o mediación bien del juez, bien de una persona totalmente ajena al juicio. A efectos del artículo mencionado, puede lograrse el acuerdo transaccional por vía de una mediación o de una conciliación[116].

Alguna legislación, como la española, puede inducir a error y plantear algún problema por el modo en el que se emplea la terminología. En efecto, la LEC reserva el término transacción para denominar al pacto al cual las partes pueden llegar en cualquier momento del juicio sin que exista una tarea judicial conciliadora, mientras que reserva la palabra "acuerdo" para denominar la transacción que puede tener lugar en determinados momentos del proceso. No obstante, la posible confusión queda salvada en el art. 517.2.3º LEC, en el que se recoge como título ejecutivo "las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso"[117].

113. En la versión italiana se lee: *"Le transazioni concluse davanti al giudice..."*; en la francesa: *"Les transactions conclues devant le juge"*; en la inglesa: *"A settlement which has been approved by a court..."*.

114. Homologación es el término empleado por la nueva LEC. El art. 19 en su párrafo primero establece que las partes están facultadas para disponer del objeto del juicio y, por tanto, para transigir, "excepto cuando la ley lo prohiba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero". Según lo previsto en el párrafo segundo, "si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin".

115. DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire...*, ob. cit., p. 399: *"L'acte est passé entre les parties devant le juge ou rémis au juge pour être consigné au procés-verbal"*.

116. Se trata de la distinción entre transacción propia e impropia (PELÁEZ, F.J., *La transacción*, ob. cit., p. 58).

117. Según DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, p. 40, la

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En cualquier caso, hay que ser cautos y no permitir que la utilización de una terminología diversa y carente de relevancia nos lleve a excluir del art. 51 del Convenio determinados actos, lo que puede suceder especialmente cuando es un juez extranjero el llamado a interpretar normas procesales internas.

2. *Transacción v. acuerdo*

La cuestión que ahora se plantea es la de si hay que interpretar que el art. 51 CB importa el concepto de transacción típico del derecho civil o si hay que elaborar un concepto estrictamente procesal, de contenido más amplio.

El concepto civilista de transacción judicial recogido en los códigos napoleónicos exige que cada una de las partes realice concesiones e implica la finalización del proceso.[118] La doctrina suele acudir a este concepto clásico al interpretar el art. 51 CB[119], puesto que en otro caso estaríamos ante una renuncia total del demandante o ante un total allanamiento del demandado. Pero no se agotan aquí todas las posibilidades.

El Convenio de Bruselas no alude a la distinción entre transacción pura y transacción compleja. Una transacción se considera pura cuando las recíprocas concesiones de las partes recaen sobre los derechos controverti-

distinción realizada en la norma transcrita no tiene implica ninguna diferencia en cuanto al contenido del acuerdo, sino más bien al momento y el método. Según el mencionado autor el art. 517.2.3º incluye "la resolución que homologa una transacción judicial, permitida a las partes en cualquier momento procesal (art. 19.1 y 2 LEC), como los acuerdos que la misma LEC prevé de modo expreso que se puedan producir, singularmente en la audiencia previa del juicio ordinario (arts. 415.2 y 428.2 LEC)".

118. Según el art. 1809 CC español, la transacción "es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que habían comenzado". Por su parte, el CC italiano en el art. 1965.1 establece que *"la transazione è il contratto col quale le parti, facendosi reciproche concessioni, pongono fine a una lite già incominciata o prevengono una lite che può sorgere tra loro"*. En el párrafo segundo de este artículo se prevé la denominada transacción compleja, que es aquella en la que "se pueden *"creare, modificare o estinguere anche rapporti diversi da quello che ha formato oggetto della pretesa e della contestazione delle parti"*. El art. 2044 CC francés dispone que *"la transaction est un contrat par lequel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contrstation à naître"*.

119. DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire...*, ob. cit., p. 399; BELLET, P., "Reconnaissance et exécution des décisions en vertu de la convention du 27 septembre 1968", ob. cit., p. 34.

dos, y compleja cuando para llegar a un acuerdo se compensa a una de ellas (o a ambas) con cosas o derechos extraños a la controversia (por ejemplo, el demandante cede al demandado la utilización de la marca en litigio, y, a su vez el demandado se compromete al pago de una suma de dinero)[120]. Puesto que en el texto internacional no se prevé ninguna limitación, se tratará de una cuestión de orden interno, es decir, que en el Estado de origen se permita este tipo de transacciones judiciales y que se les otorgue fuerza ejecutiva.

En virtud de lo dispuesto en el art. 19.1 LEC, las partes pueden transigir sobre lo que sea objeto del juicio, excepto cuando exista una prohibición o limitación legal. Este precepto ha recibido por parte de algún autor una interpretación restrictiva, en el sentido de que únicamente se puede transigir sobre lo que es objeto del juicio, con lo que quedarían excluidas las transacciones complejas[121]. A pesar de que dicha interpretación es discutible, es interesante ponerla de relieve por las consecuencias que puede tener en relación con el art. 51 CB. En efecto, en el caso de que la jurisprudencia española se decantara en dicho sentido, ello no impediría que transacciones complejas provenientes de otros Estados parte en el CB pudieran ser ejecutadas en España, por cuanto que tienen cabida en el art. 51 CB y lo relevante es que estén permitidas y tengan atribuida fuerza ejecutiva en el Estado de origen.

3. *Transacciones encubiertas*

La transacción encubierta o, como se ha denominado en Francia, el *contentieux simulé*, alude a supuestos de diverso alcance. En primer lugar, las partes, habiendo llegado a un acuerdo, en lugar de poner fin al proceso mediante el desistimiento o de solicitar la homologación de la transacción, piden al juez que recoja su pacto en la sentencia (*leur donner acte*). El segundo supuesto se trata de una verdadera simulación pues las partes fingen la existencia de una controversia cuando en realidad han preparado de mutuo acuerdo la estrategia procesal a fin de que el juez decida en un determinado sentido. En otros casos, las partes elaboran un proyecto de sentencia

120. El CC italiano recoge la transacción compleja en el art. 1965. II.

121. En este sentido LORCA NAVARRETE, A.M., Comentario al art. 19 LEC, en la obra dirigida por dicho autor: *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, Ed. Lex Nova, Madrid, 2000.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que presentan al juez para que éste lo adopte como si fuese su propia decisión. Se trata del denominado *jugement d'expédient*[122].

No se puede pretender que el juez del Estado requerido analice y juzgue si la función del juez ha sido meramente receptiva o si ha jugado un papel activo en la elaboración de la resolución de la controversia. Como se ha expuesto en el epígrafe anterior, lo relevante es comprobar qué tipo de efectos el ordenamiento jurídico del Estado de origen atribuye al acto. En el caso de que le conceda el mismo valor y los mismos efectos que al resto de resoluciones que se entienden comprendidas en el art. 25 CB, la ejecución debe someterse al régimen de las decisiones (art. 25 CB) y en otro caso, habrá que acudir a lo dispuesto en el art. 51 CB para las transacciones judiciales.

En [illegible]ier caso, ya se ha dado oportuna respuesta al problema entendiendo que en estos casos "la apariencia prima sobre la realidad"[123] y que deben recibir, en relación con el Convenio de Bruselas, el mismo tratamiento que las sentencias[124]. Pero no se puede compartir la argumentación utilizada por algún autor para llegar a dicha conclusión. En concreto, siendo coherentes con la posición mantenida a lo largo de este trabajo, no puede admitirse que el fundamento de la asimilación de los *jugements d'expédient* franceses, o cualquier figura análoga, a las de decisiones judiciales en materia de reconocimiento y ejecución, se halle en que el juez asuma como propia la decisión de las partes[125].

122. CORNU, G., FOYER, J., *Procédure civile*, Presses Universitaires de France (PUF), París, 1996, 3ª ed. refondue, p. 144.

123. CORNU, G., FOYER, J., *Procédure civile*, ob. cit., p. 144.

124. DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire...*, ob. cit., p. 400-401: *"Les jugements convenus ou d'expédient du droit français, qui constituent en réalité une transaction, seront quant à eux purement et simplement assimilés aux jugements et suivront le régime des articles 31 et suivantes"*. Se puede compartir el resultado al que llega este autor, pero no la vía. Así es, los *jugements d'expédient* deben recibir el mismo tratamiento que las resoluciones del art. 25 CB, no porque sean asimilados a éstas en el Estado requerido, sino porque dicha asimilación tiene lugar en el ordenamiento del Estado de origen. En la misma línea BELLET, P., "Reconnaissance et exécution des décisions en vertu de la convention du 27 septembre 1968", ob. cit., p. 34, indica que los actos de conciliación de derecho francés o belga deben ser asimilados a las transacciones, siempre que no se disimulen bajo la forma de *"jugement d'expédient ou de donné acte"*.

125. Como ha sostenido MUIR WATT, H., "La rencontre dans l'espace de figures hybrides..., ob. cit., p. 717: *"C'est bien pour cette raison que le jugement d'expédient relève également de la catégorie des décisions, car il implique aussi une «appropriation» par le juge des éléments qui lui sont soumis, même si le litige est simulé"*.

4. *Las transacciones en el Reglamento Bruselas I*

En el Reglamento Bruselas I se mantiene en el art. 58 la misma redacción del Convenio de Bruselas añadiendo la posibilidad de que, a instancia de parte, el tribunal en el que se haya celebrado la transacción expida una certificación de la misma utilizando el modelo unificado que se contiene en el Anexo V del Reglamento[126].

En el art. 66 R se establece el régimen transitorio aplicable a las acciones y resoluciones judiciales y a los documentos públicos pero no se alude a las transacciones. En virtud de lo dispuesto en dicho artículo, las soluciones posibles son diversas:

— aplicar el régimen transitorio de los documentos públicos y, en consecuencia, aplicar el Reglamento a todas las transacciones "formalizadas" con posterioridad a la entrada en vigor del mismo[127];

— aplicar el régimen transitorio propio de las resoluciones judiciales, de modo que el Reglamento se aplicaría siempre que el proceso en el que se produjo la transacción se hubiere iniciado con posterioridad al 1 de marzo de 2002 y, para el caso de que se hubiere iniciado con anterioridad a dicha fecha el Reglamento se aplicará siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el art. 66.2 R:

> "*a)* si la acción se hubiere ejercitado en el Estado miembro de origen tras la entrada en vigor del Convenio de Bruselas o del Convenio de Lugano en el Estado miembro de origen y en el Estado miembro requerido;
>
> *b)* en todos lo demás casos, si las reglas de competencia aplicadas se ajustaran a las previstas en el capítulo II o en un convenio en vigor entre el Estado miembro de origen y el Estado miembro requerido al ejercitarse la acción"

Teniendo en cuenta que la transacción es un contrato que deviene documento público debido a la actividad de homologación por el juez y que,

126. V. *infra* en el epígrafe relativo al procedimiento.

127. Se reproduciría en este caso el problema interpretativo que ya ha sido expuesto en relación con los documentos públicos para los casos en que la fuerza ejecutiva no se adquiere en el momento mismo del otorgamiento. En consecuencia, si el Reglamento se aplicará únicamente a las transacciones u acuerdos homologados con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, o si también puede aplicarse a los que, habiendo sido homologados con anterioridad, adquieren fuerza ejecutiva con posterioridad.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

precisamente por ello, el art. 58 asimila su régimen al de los documentos auténticos o públicos, tal vez parece más razonable reproducir dicha asimilación en cuanto al régimen transitorio.

V. El procedimiento en el Reglamento Bruselas I

En el presente epígrafe se pretende realizar un análisis del procedimiento de *exequatur* regulado en la normativa europea. Teniendo en cuenta el objeto del presente estudio, se hará especial hincapié en las particularidades que pudiera presentar el reconocimiento de documentos públicos y transacciones judiciales. Como ya se ha apuntado en la introducción, dada la próxima entrada en vigor del Reglamento Bruselas I, es éste el texto que se va a utilizar como punto de referencia en la exposición, constituyendo el objetivo principal indicar en qué medida se mantienen las reglas de los Convenios de Bruselas y Lugano o bien el alcance de la novedad introducida. Considerando las similitudes entre ambos textos, la amplia bibliografía producida sobre el Convenio de Bruselas y los valiosos comentarios a la jurisprudencia el TJCE sobre dicho tratado[128], no parece oportuno compen-

128. Dadas las grandes similitudes entre el nuevo procedimiento y el establecido en los citados convenios, la jurisprudencia del TJCE y la doctrina elaboradas en relación con aquéllos resulta de gran utilidad. Como obras generales pueden consultarse, entre otras: Calvo Caravaca, A.L. y otros, *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid y BOE, Madrid, 1984; Dashwood, A., Hacon, R., White,R., *A guide to the civil jurisdiction and judgments convention*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Londres y otros, 1987; Donzallaz, Y., *La Convention de Lugano du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire des décisions en matière civile et commercial*, Vol. II, Staempfli Ed., Berna, 1997; Gaudemet-Tallon, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano ...*, ob. cit.; Gothot, P., Holleaux, D., *La Convention de Bruxelles du 27 septembte 1968: compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, Jupiter, Paris, 1985, obra de la que existe traducción al español: *La Convención de Bruselas de 27 de septiembre de 1968: competencia judicial y efectos de las decisiones en el marco de la CEE*, trad. I. Pan Montojo, ed. La Ley, Madrid, 1986; O'Malley, S., Layton, A., *European Civil Practice*, ob. cit. Una recopilación de la jurisprudencia del TJCE sobre el Convenio de Bruselas, con extensa nota bibliográfica sistematizada por idiomas y recopilando las notas publicadas sobre cada una de las sentencias, puede verse en Watté, N. y Nuyts, A., *Les arrêts de la Cour de justice sur l'interprètation de la Convention di Bruxelles*, Kluwer, Diegem, 1998. Una valiosa recopilación de la jurisprudencia interna de los Estados miembros se halla en Kaye, P., *Law of the european judgment Covention*, Vol. V, ed. Barry Rose Law Publishers Ltd., Chichester, 1999.

diar con mayor o menor acierto todas las aportaciones ya realizadas sobre cada uno de los aspectos del procedimiento.

1. Declaración de ejecutividad o reconocimiento de eficacia ejecutiva

a) Cuestiones generales

En virtud de las remisiones efectuadas en los arts. 57 y 58 del Reglamento, el procedimiento para declarar en un Estado miembro la ejecutividad de los documentos públicos y de las transacciones judiciales provenientes de otro Estado miembro, es el mismo que el establecido para el *exequatur* de las resoluciones judiciales, esto es, el previsto en los arts. 38 y ss. R. También los arts. 50 y 51 CB/CL, como es sabido, se remiten al procedimiento previsto para la ejecución de resoluciones (arts. 31 y ss. CB/CL).

A pesar de que el art. 38 R utiliza la expresión "otorgado su ejecución", parece más adecuado hablar de reconocimiento del efecto ejecutivo o de otorgamiento de eficacia ejecutiva o de ejecutividad, entendiendo por tal el "acto de soberanía estatal a través del cual a un título extranjero se le reconoce en el foro el efecto ejecutivo"[129]. Ello por cuanto que este procedimiento únicamente tiene la finalidad de determinar si el documento público o la transacción pueden calificarse como tales a los efectos del Reglamento, si tienen eficacia ejecutiva en virtud de la ley del Estado de origen y, en su caso, si su ejecución no es contraria al orden público del Estado requerido. Cumplidos estos requisitos el título adquiere fuerza ejecutiva en el Estado requerido y, una vez declarada, puede procederse a su ejecución conforme al proceso establecido por la *lex fori* a tal fin.[130-131].

129. Apreciación ya realizada con motivo del Convenio de Bruselas: GARAU SOBRINO, F., "Comentario al art. 31 CB", en CALVO CARAVACA, ob. cit., p. 528.

130. Tal y como se expresa la exposición de motivos de la "Propuesta de Reglamento (CE) del Consejo, relativo a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil", presentado por la Comisión, Bruselas, 14 de julio de 1999, COM (1999) 348 final (DOCE C 376E, de 28 diciembre de 1999): "[...] la finalidad de este procedimiento es hacer ejecutorias las resoluciones que sean ejecutorias en el Estado de origen, sin prejuzgar en modo alguno los procedimientos de ejecución propiamente dicha de dichas resoluciones en el Estado miembro requerido".

131. Una descripción de la distinción entre *exequatur* y ejecución propiamente dicha puede verse en ATS de 23 de mayo de 2000, FD 5º (RAJ 2000\4382): "[...] El procedimiento de «*exequatur*» se caracteriza por la naturaleza meramente homologadora de los efectos propios de la decisión extranjera, singularmente los procesales —cosa juzgada, ejecutivos, preclusivos...—, que se encamina a lograr una resolución que, sin examinar el fondo del asunto más allá de lo que obligue el control de la competencia legislativa, cuando fuese procedente, y del orden público del foro —entendido en su sentido internacional—, autorice la eficacia de la resolución, desplegando sus efectos en España con el alcance y extensión que poseen en origen, sin otros correctivos que los derivados de su desconocimiento en el foro o del obligado respeto al orden público. La resolución decisoria del «*exequatur*» presenta, por tanto, un carácter netamente constitutivo-procesal, por cuanto su objeto es la homologación de los efectos procesales de la sentencia extranjera, y el procedimiento en el que recae es distinto del seguido en origen y del que pueda seguirse en España después de haber sido reconocida y declarada ejecutoria la decisión foránea para lograr la ejecución de los pronunciamientos de condena. Consecuentemente, la acción encaminada a realizar el derecho al reconocimiento —la acción de reconocimiento— es distinta y no puede confundirse con ellas, de la acción ejercitada en el pleito de origen que motiva la sentencia por reconocer y de la acción de ejecución de ésta, ya en el Estado de origen, ya en el foro, una vez reconocida."

En cuanto a las características del procedimiento, el TJCE manifestó en relación, obviamente, con el Convenio de Bruselas: "[...] *un des objectifs de la Convention, celle-ci visant precisement a rendre la procedure d'execution d'une decision judiciaire rendue dans un autre État contractant aussi simple et expeditive que possible*"[132]. Del mismo modo el procedimiento de *exequatur* establecido en el Reglamento Bruselas I "se ha concebido para que la adopción de la resolución sea muy rápida"[133].

Además, según el mencionado Tribunal, con el fin simplificar el procedimiento en el Estado requerido, el *exequatur* establecido en el Convenio de Bruselas constituye un sistema autónomo y completo, incluidos los medios de impugnación[134]. Sin duda, decir que el procedimiento de reconocimiento de eficacia ejecutiva regulado tanto en el Convenio de Bruselas como en el Reglamento, constituye un sistema "completo" es un tanto osado, por cuanto que en dichos textos no sólo se operan remisiones explícitas a los ordenamientos de los Estados miembros, sino que existen también lagunas que es preciso integrar[135].

132. STJCE de 27 de noviembre 1984, As. 258/83, *Fabrique de chaussures Brenner o Sas c. Wendel GmbH Schuhproduktion International, Rec.* 1984 p. 3971, edición especial española 1984 p. 867.

133. V. la Propuesta de Reglamento cit., comentario a la sección 2 del Capítulo 3.

134. STJCE de 2 de julio de 1985, As. 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank c. SA Brasserie du Pecheur, Rec.* 1985 p. 1981, edición especial española 1985 p. 755.

135. Para un estudio sobre la integración en España del procedimiento establecido en el Convenio de Bruselas v. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., *Ejecución de sentencias extranjeras en España: Convenio de Bruselas de 1968 y procedimiento interno*, Ed. Comares, Granada, 1998.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Si bien el Reglamento mantiene inalteradas la mayoría de las normas existentes en el Convenio de Bruselas sobre el procedimiento del *exequatur*, lo cierto es que las innovaciones introducidas son de hondo calado y de diversa significación. En particular, y en cumplimiento de un objetivo manifestado, la primera fase del *exequatur* "se convierte en una fase quasi automática", en la que no se puede plantear, ni de oficio ni a instancia de parte, ninguna causa de denegación[136]. Si a ello se añade que la prueba del carácter ejecutivo del título queda en principio colmada con la certificación de los Anexos V y VI R, lo cierto es que la cognición que debe llevar a cabo el tribunal o la autoridad competente para conocer del *exequatur* queda bastante reducida.

La reducción de la cognición del tribunal del *exequatur* en la primera fase del procedimiento, fase *inaudita altera parte*, que queda prácticamente limitada a un control formal de los documentos, especialmente de la certificación de los Anexos V y VI, ha provocado que la doctrina se plantee cual es su naturaleza jurídica. Los términos del problema son expuestos por MERLIN[137], quien, con las debidas reservas dada la novedad de la normativa, parece decantarse por su calificación como acto de jurisdicción voluntaria o incluso como resolución de carácter administrativo. Considerando la ausencia de control de las causas de denegación del *exequatur* en la primera fase del procedimiento y que la posibilidad de hacerlas valer por el deudor precluye con los recursos de los arts. 43 y, en su caso, 44 R, la mencionada autora afirma que en el Reglamento no sólo se opera una inversión del contradictorio y, en consecuencia, convierte el recurso del art. 43 en una "acción de no reconocimiento", sino que además la concesión del *exequatur* en la primera fase del procedimiento señala el momento inicial de un plazo de caducidad de dicha acción.

El mantenimiento de un procedimiento de *exequatur* para el reconocimiento del efecto ejecutivo de un documento público o de una transacción judicial no obsta a la presunción de regularidad del título. Así es, dicha presunción trae como consecuencia, de un lado, que el tribunal decide sobre la concesión del *exequatur inaudita parte* y realizando un mero control formal de los presupuestos. De otro lado, conlleva la prohibición de revisión del título en cuanto al fondo y la existencia de una única causa de denegación del efecto ejecutivo, cual es el ser contrario al orden público del Estado requerido[138].

136. V. la Propuesta de Reglamento cit., punto 4.2 y comentario a la sección 2 del Capítulo III.

137. MERLIN, E., "Riconoscimento ed esecutività..., ob. cit., p. 450 y ss.

Por último se debe hacer mención de la posibilidad de la declaración de eficacia total o parcial del título, de oficio o a instancia de parte, establecida en relación con las resoluciones judiciales en el art. 48 R[139]. Dicha norma es perfectamente aplicable a los documentos públicos y a las transacciones judiciales en la medida que el título, por ejemplo, puede contener diversas obligaciones de forma que no todas ellas queden incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento o del Convenio.

b) Partes

1º Legitimación activa: El art. 38 R, al igual que su equivalente en el CB (art. 31), establece que se declarará la eficacia ejecutiva del título a instancia de "parte interesada". Este es uno de los conceptos en los que se puede plantear la duda de si debe ser integrado conforme a la *lex fori*, es decir, conforme a la ley del Estado requerido o bien del Estado de origen, o si por el contrario procede elaborar un concepto autónomo. El TJCE no se ha pronunciado sobre este extremo en relación con el Convenio de Bruselas, pero la posición más sólida, teniendo en cuenta la tendencia del mencionado Tribunal, es la que conduce a elaborar un concepto autónomo desvinculado de la *lex fori*[140].

La doctrina sigue en este punto el Informe JENARD, en el que se adopta una interpretación muy amplia al considerar como parte interesada "cual-

138. Sobre la prohibición de revisión en cuanto al fondo y sobre el orden público en relación con la ejecución de resoluciones judiciales, v. entre otros, GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions*..., ob. cit., p. 240-242 y 252-256; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M., Comentario al art. 29 CB en CALVO CARAVACA, A.L., *Comentarios al Convenio de Bruselas*..., ob. cit., p. 506 y ss.; CARBONE, S.M., *Lo spazio giudiziario europeo*..., ob. cit., pp. 221-229; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., Comentario al art. 27 CB, *ivi*, p. 481 y ss.

Por el contrario, la ejecución propiamente dicha del título tendrá lugar conforme a las normas procesales existentes a tal efecto en el Estado requerido. Pero ello no significa que la única ley que deba ser aplicada en la ejecución sea la *lex fori* o ley del Estado requerido, puesto que algunas cuestiones vendrán resueltas en aplicación del la *lex causae* (causas de oposición a la ejecución) so pena de alterar los efectos otorgados al título en el Estado de origen, o incluso de la ley nacional de las partes (capacidad).

139. Idéntico en su formulación al art. 42 CB.

140. En este sentido GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions*..., ob. cit., p. 283.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

quier persona que pueda beneficiarse de la resolución judicial en el Estado de origen"[141]. De un modo más concreto, se ha entendido que puede instar el procedimiento el acreedor, como es obvio, y también los que sean titulares del crédito en virtud de una cesión, subrogación, así como los causahabientes *o "ayants-droit à un titre quelconque"*[142]. Por tanto, se admitiría cualquier tipo de sucesión ya sea ésta *inter vivos* o *mortis causa*. En palabras de GAUDEMET-TALLON, basta que el solicitante tenga un interés en obtener la ejecución forzosa. Esta autora, parece condicionar el interés en la ejecución forzosa a la existencia o probabilidad de existencia de bienes en el Estado requerido que sean propiedad de la persona contra la que se solicita la ejecución[143]. Se trata de una visión un tanto limitada de la ejecución por cuanto que únicamente está contemplando los supuestos de ejecución dineraria, mientras que ni el CB ni el Reglamento limitan la posibilidad de reconocer la eficacia ejecutiva de los títulos en función de la modalidad de la ejecución.

Aún manteniendo la necesidad o conveniencia de realizar una interpretación autónoma, parece evidente que la noción de "parte interesada" no puede desvincularse de los ordenamientos internos. Así es, sostener que dicho concepto está integrado por "cualquier persona que pueda beneficiarse" de la ejecución de la resolución, equivale a determinar, en función de las disposiciones de un concreto ordenamiento interno, qué personas pueden adquirir la condición de ejecutante.

Los casos en que la persona que solicita la ejecución coincide con la que consta en el título ejecutivo como acreedor no plantean ningún problema: su calificación como "parte interesada" a los efectos del art. 38 R derivará del propio título y, en su caso, de la certificación que la autoridad pública o el tribunal debe expedir (arts. 57 y 58 R en relación con los anexos V y VI).

Sin embargo, la identificación del legitimado activamente para solicitar el *exequatur* puede plantear problemas en los casos denominados, utili-

141. Informe JENARD, cit., p. 165. Se podría discutir que es lo que debe entender por "beneficiarse" del título, pero en principio cabe entender que únicamente tienen cabida las personas que pueden extraer un rendimiento directo de la ejecución.

142. GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions...*, ob. cit., p. 283. Hace referencia a los causahabientes GARAU SOBRINO, F., "Comentario al art. 31 CB", en CALVO CARAVACA, ob. cit., p. 533.

143. GAUDEMET-TALLON, H., ult. ob. cit., p. 283.

zando la terminología empleada por LUISO, de ejecución *ultra partes*, esto es, cuando legítimamente los efectos típicos de la ejecución forzosa se producen en la esfera jurídica de terceros, es decir, de personas que no constan en el título ejecutivo ni como acreedor ni como deudor[144]. Las situaciones que pueden plantearse son diversas en función de los requisitos establecidos en el Estado de origen en orden a otorgar ejecutividad a un título, ya sea éste judicial o extrajudicial.

En primer lugar, existen ordenamientos en los que para que un título sea considerado ejecutivo debe estar provisto de la fórmula o cláusula ejecutiva y ésta se expide nominativamente y tras un exhaustivo control de los requisitos de ejecutividad. El ejemplo típico es el sistema alemán[145], en el que la fórmula ejecutiva no constituye una mera formalidad, sino que se otorga tras el control de ciertos presupuestos y necesariamente se identifica la persona que puede ejercitar la acción ejecutiva y contra quien puede hacerlo. Si se ha producido una sucesión en la posición crediticia, el tercero respecto al título que pretende que sea expedida a su favor la fórmula ejecutiva debe probar dicho extremo con carácter previo y, en cualquier caso, el deudor tiene medios para oponerse a la concesión de ejecutividad al título. En consecuencia, si el Estado de origen es Alemania no se planteará ningún problema en relación con la legitimación activa, puesto que la "parte interesada" estará determinada en el propio título y, en su caso, también en la certificación de los Anexos V y VI R. El juez del *exequatur* únicamente deberá comprobar que la persona que solicita el reconocimiento del efecto ejecutivo del título coincide con la persona que consta como acreedor en la cláusula ejecutiva.

Sin embargo, existen otros países en los que o bien la fórmula ejecutiva es una mera formalidad (Italia) o simplemente no está contemplada (España). Cuando un título proveniente de uno de estos Estados sea sometido a *exequatur*, las posibilidades son dos:

144. Expresión utilizada en el sentido de *ultra partes tituli*: LUISO, F.P., *L'esecuzione «ultra partes»*, ob. cit., p. 2. El autor individualiza los supuestos de ejecución *ultra partes* no sólo en el ordenamiento italiano, sino también en el sistema alemán, austríaco, francés y brasileño, tomando como punto de referencia los títulos ejecutivos judiciales. No obstante la hipótesis se plantea también en relación con los títulos extrajudiciales. Los casos en los que una persona que aun no siendo acreedor según el título ejecutivo, puede ejercitar legítimamente la acción ejecutiva pueden verse en la obra citada, p. 33 y ss. (Italia), 107 y ss. (Alemania); 158 y ss. (Francia); 165 y ss. (Brasil).

145. Vid. nota 51.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

a) Una primera solución consistiría en exigir que la sucesión en la posición acreedora sea determinada en el Estado de origen y que quede plasmada en la certificación de los Anexos V y VI R. La ventaja que presenta esta opción es que generalmente la sucesión estará sometida a la ley del Estado de origen, por lo que es preferible que sea en este Estado en el que se resuelva. Además, con ello se facilitaría la función del tribunal de *exequatur*[146] lo que siempre favorece una mayor rapidez en la tramitación.

En este sentido, tal y como se desprende del modelo de certificación recogido en el Anexo V R en relación con el 58 R relativo a las transacciones judiciales, el tribunal o la autoridad que la expide debe determinar quienes son las partes en la transacción, pero también puede certificar la existencia de "otra(s) parte(s), en su caso". Dado que no se alcanza a comprender quienes pueden ser esas "otras partes" distintas del demandante y del demandado, bien puede considerarse que bajo dicho concepto tienen cabida los supuestos de sucesión, es decir, que permite incluir en la certificación las personas que se han subrogado en la posición acreedora o deudora. Sin embargo, por lo que respecta a los documentos públicos del art. 57 R, el Anexo VI R únicamente hace referencia a las partes del documento. Siendo así parece que en la certificación de los documentos públicos no ha lugar contemplar eventuales transmisiones del crédito. No obstante, también puede sostenerse que en el Reglamento se establece el contenido mínimo de la certificación y que nada impide que el tribunal o la autoridad competente acrediten dicho extremo.

Una importante objeción a esta solución viene dada por el hecho de que el Reglamento no exige que, tratándose de los documentos públicos del art. 57 R, la competencia para expedir la certificación sea atribuida a un juez, ni tampoco se prevé la posibilidad de oposición por parte del deudor. En consecuencia, habrá que estar a la implementación que los Estados miembros den a este extremo.

b) Si el acreedor solicitante de *exequatur* no está identificado ni en el título ejecutivo ni en la certificación del mismo[147], es el tribunal del

146. Sin perjuicio de que el deudor pudiera oponer hechos posteriores a la expedición de la certificación.

147. Como se verá, la aportación de la certificación no es indispensable (art. 55 R).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

exequatur quien deberá determinar si el solicitante constituye o no "parte interesada". A tal fin, entendemos que no basta con una mera afirmación de la condición de acreedor, sino que el solicitante debe aportar prueba suficiente de su legitimación en el momento de la presentación de la solicitud a fin de acreditar que se trata de persona "interesada" en la ejecución[148]. Puesto que la primera fase del procedimiento se desarrolla inaudita parte, el deudor podrá fundamentar su posterior oposición a la concesión del *exequatur* en la falta de legitimación activa.

La cuestión que surge inmediatamente es la de determinar si la posibilidad de contestar la legitimación activa precluye con la oposición al *exequatur* o bien si el deudor puede replantear la cuestión posteriormente mediante la oposición a la ejecución propiamente dicha. Según estableció el TJCE en su sentencia de 4 de febrero de 1988[149] interpretando el art. 36 CB, la parte que no interpuso el oportuno recurso contra la resolución de concesión del *exequatur* previsto en dicho artículo, no puede hacer valer en sede de oposición a la ejecución, una "razón válida" que pudo invocar en dicho recurso.[150] Si ello es así, la ausencia en el solicitante de la condición de "parte interesada" para solicitar el *exequatur* deberá plantearse en la oposición prevista en el art. 36 CB o 43 R.

2º Legitimación pasiva: Cuando en el Convenio de Bruselas y en el Reglamento se alude al sujeto activo, se emplea la expresión "parte interesada" (art. 31 CB, art. 38.1 R), que en principio resulta mucho más amplia que la que se usa para aludir al sujeto pasivo del procedimiento: "la parte contra la cual se solicitara la ejecución"[151].

148. De otro lado, la sucesión deberá valorarse en función de la *lex causae* reguladora de la obligación y/o del título. De otro modo se podrían restringir o ampliar los efectos del documento público o de la transacción judicial.

149. As. 145/1986, *H.L.M. Hoffmann c. A. Krieg, Rec.* 1988, p. 645.

150. El TJCE añade que esta regla debe ser aplicada de oficio por los tribunales del Estado requerido. La excepción vendría dada por los casos en los que el título ejecutivo no queda incluido en el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas por razón de la materia, en los que no precluye la posibilidad de alegar esta circunstancia o, incluso, de ser apreciada de oficio.

151. V. arts. 32, 36, 39, 40.2, CB y arts. 39.2, 41, 43.4 y 5, 46.1, 47.3 R.

Tanto la doctrina como el TJCE solamente se han ocupado de este extremo con ocasión del art. 36 CB, que regula el recurso contra la resolución de concesión del *exequatur*. Pero en realidad el TJCE únicamente estableció en su sentencia de 2 de julio de 1985[152] que aquella resolución no puede ser impugnada por terceros haciendo uso de la legitimación para impugnar eventualmente prevista por la *lex fori*. No se permite la utilización por parte de terceros (y también de las partes, cabría añadir) de recursos no previstos en el Convenio de Bruselas —léase también, por el Reglamento—, ni se permite tampoco la utilización por parte de terceros de los medios de impugnación reservados por dichos textos a las partes, pero ello no resuelve la cuestión de quién puede intervenir como parte en el proceso de *exequatur*. Quienes adquieran dicha condición podrán oponerse a la concesión del *exequatur* haciendo uso de las vías establecidas en los textos internacionales.

Por obvias razones de coherencia, si en relación con la legitimación activa se mantiene que hay que intentar elaborar un concepto autónomo, la misma postura se deberá adoptar en relación con la legitimación pasiva. De este modo, si se sostiene que el tenor literal del CB y del Reglamento permite conceder la legitimación activa a "cualquier persona que pueda beneficiarse" del título ejecutivo, podría paralelamente entenderse que está legitimado pasivamente para intervenir en el procedimiento de *exequatur* todo aquél que "pueda ser perjudicado" por el título ejecutivo o todo aquél que pueda sufrir legítimamente en su esfera jurídica los efectos típicos que la ejecución forzosa desde la perspectiva de la responsabilidad derivada de la obligación. Pero esta primera aproximación es, no sólo demasiado amplia, sino además inexacta.

Al igual que en relación con el solicitante del *exequatur*, el concepto de legitimado pasivo para el *exequatur* debe tener siempre como punto de referencia las personas que, en virtud de un ordenamiento interno, pueden adquirir la condición de parte ejecutada.

En este punto se plantean dos tipos de cuestiones: a) el alcance de la distinción entre parte ejecutada y persona que puede sufrir legítimamente los efectos típicos de la ejecución forzosa; b) la determinación y el control de la legitimación pasiva en el *exequatur*.

a) Como expone con meridiana claridad LUISO, el concepto de persona que sufre legítimamente los efectos de la ejecución forzosa, es

152. As. 148/84, *Deutsche Genossenschaftsbank c. SA Brasserie du Pêcheur* Cit.

más amplio que el de parte ejecutada[153]. De este modo, la persona que consta en el título como deudor será parte en la ejecución al igual que el ejecutado en virtud de uno de los supuestos denominados de ejecución *ultra partes* con contradicción. Pero en ocasiones el título despliega su eficacia respecto de terceros que no tienen acceso al proceso en calidad de parte, son los llamados casos de ejecución *ultra partes* sin contradicción. En estos casos la intervención de los terceros está limitada a la oposición contra concretos actos ejecutivos, pero no pueden oponerse a la ejecución. Si ello es así, probablemente el esquema de la legitimación pasiva en el *exequatur* deba reproducir el esquema de la legitimación pasiva en la ejecución, esto es, el procedimiento de *exequatur* deberá entablarse contra las personas que puedan devenir parte en la ejecución o, dicho de otro modo, los que estén legitimados para oponerse a la ejecución lo estarán para oponerse a la concesión del *exequatur*. Las mismas razones que pueden servir en un ordenamiento interno para limitar la intervención de un afectado por la ejecución deberían operar para justificar su exclusión como parte en el *exequatur*.

b) En cuanto a la determinación y el control de la legitimación pasiva, en primer lugar hay que decir que la solicitud deberá dirigirse contra la persona que conste en el título ejecutivo como obligado. En los supuestos de ejecución *ultra partes tituli*, como se ha expuesto en relación con el solicitante, dicho extremo no presenta ningún inconveniente cuando el título proviene de un Estado en el que el carácter ejecutivo del título deriva de la fórmula ejecutiva que se expide nominativamente, tras un control exhaustivo y con posibilidad de contradicción. En los supuestos en los que la fórmula ejecutiva no exista o sea una mera formalidad, como también se ha dicho, las posibilidades son dos, a saber, que el control de la legitimación pasiva se realice en el momento de la expedición de la certificación de los Anexos V y VI R o bien que la efectúe el tribunal del *exequatur*.

153. LUISO, F.P., *L'esecuzione «ultra partes»*, ob. cit., p. 2 y ss. Los supuestos previstos expresamente en el ordenamiento italiano de ejecución *ultra partes* con contradicción son los siguientes: herederos, tercero propietario del bien pignorado o hipotecado y algunos derechos constituidos sobre la cosa hipotecada: enfiteusis y superficie (p. 49 y ss.). Los casos de ejecución *ultra partes* sin contradicción son los derechos de servidumbre, usufructo, uso y habitación constituidos sobre la cosa hipotecada (p. 70 y ss.). Respecto del sistema alemán y francés v. p. 107 y ss. y 146 y ss. respectivamente.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

c) Competencia

El Reglamento regula la competencia en el art. 39 manteniendo los mismos criterios de competencia objetiva[154] (art. 39.1 en relación con el anexo II del Reglamento) pero introduce modificaciones en relación con los fueros de competencia territorial del art. 32 CB.

Los fueros se mantienen, por lo que la competencia se determina por el domicilio[155] de la parte contra la que se solicita la ejecución y por el lugar de la ejecución. En cambio, mientras que en el Convenio de Bruselas el segundo de los fueros indicado tiene carácter subsidiario, el art. 39.3 del Reglamento establece un sistema de fueros alternativos y, en consecuencia, hay que considerar que corresponde al solicitante de la declaración de ejecutividad elegir entre uno u otro fuero[156].

d) Solicitud

El art. 40 del reglamento, en el que se contiene la disciplina de la solicitud, es prácticamente idéntico al art. 33 CB, salvo cuestiones de estilo y la obvia modificación de la remisión a los artículos correspondientes relativos a la aportación de documentos.

Según dispone el párrafo primero del citado artículo del Reglamento: "Las modalidades de presentación de la solicitud se determinarán con arreglo a la ley del Estado miembro en el que se solicitara la ejecución"[157].

154. En cuanto a la competencia objetiva, mencionar tan sólo que es cuestión pacífica su carácter improrrogable y el examen de oficio por parte del tribunal. Vid., ad ex. ATS de 7 de diciembre de1999, en el que se solicitó ante el TS la ejecución de una sentencia alemana en la que se recogía una transacción judicial. El TS, considerando aplicable el Convenio de Bruselas en virtud de sus arts. 51 y 54.1, establece que (FD 2º): "[...] el artículo 32.1º del Convenio de Bruselas ... establece que las solicitudes de ejecución se presentarán «En España, ante el Juzgado de Primera Instancia», por lo que, en todo caso, el otorgamiento del «exequátur» no corresponde a esta Sala, que no es competente para pronunciarse sobre el mismo, sin perjuicio de reservar a la solicitante el derecho a acudir al órgano jurisdiccional pertinente. El ya indicado carácter de normas de «ius cogens» de las reguladoras de la competencia objetiva exige el examen de oficio de tal competencia por el órgano jurisdiccional que conozca el asunto, por lo que, y de conformidad con el art. 74 de la LEC, deberá abstenerse de conocer si se considera incompetente por razón de la materia...". La referencia al art. 74 LEC 1881 debe hoy entenderse efectuada al art. 48 LEC 2000. En idéntico sentido el ATS de 12 de septiembre de 2000, FD 2º, RAJ 2000\8058 en un supuesto de ejecución de sentencia también alemana. En ambos casos, las partes pretendían la atribución de competencia a la Sala 1ª del TS para el conocimiento de la solicitud de exequátur, en aplicación del Convenio sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones y transacciones judiciales y documentos públicos con fuerza ejecutiva en materia civil y mercantil, entre España y la República Federal de Alemania, hecho en Bonn, el 14 de noviembre de 1983 (BOE n. 40, de 16 de febrero de 1988) o en aplicación del régimen general previsto en los arts. 951 y ss. La razón por la cual los acreedores prefieren ejecutar su título en aplicación del régimen general y no del Convenio de Bruselas, estriba en que la LEC permite acudir directamente al TS, mientras que en aplicación de la normativa europea se pueden llegar a consumir dos instancias más la casación, con el consiguiente incremento de la duración y coste del proceso. Vid. *infra* epígrafe sobre el recurso de casación.

155. La determinación del domicilio de las personas físicas se mantiene invariable, siendo el art. 59 R idéntico al art. 52 CB. Se modifica en cambio el régimen del domicilio de las sociedades y otras personas jurídicas. Mientras que el art. 53 CB remitía a las normas de derecho internacional privado del tribunal del *exequatur*, en el art. 60 R se establece que se entenderá que tienen su domicilio en el lugar en que se encuentre *a)* su sede estatutaria, *b)* su administración central, *c)* su centro de actividad principal. Además se introduce una previsión expresa sobre lo que debe entenderse por "sede estatutaria" en Reino Unido y en Irlanda, al tiempo que se mantiene la norma sobre el domicilio del *trust*.

156. Según se expone en Informe JENARD (cit., p. 165), mediante el establecimiento del fuero del lugar de la ejecución en el CB se pretendía evitar que, en caso de desestimación del *exequatur* el acreedor pudiera reiterar la solicitud ante los otros tribunales del mismo Estado en cuyas jurisdicciones el deudor tuviera bienes. Sin embargo, la modificación introducida ha sido bien acogida por MERLIN, E., "Riconoscimento ed esecutività..., ob. cit., p. 443 y 444, al considerar que de este modo se facilita la concentración en un solo foro del procedimiento de *exequatur* y de la ejecución propiamente dicha.

157. En España no existe un procedimiento *ad hoc* para el reconocimiento de ejecutividad de títulos extranjeros y el Tribunal Supremo ha establecido que "no son normas de aplicación sustitutiva las correspondientes de los artículos 952 y ss. LEC [1881], ni del juicio sumario ejecutivo" (STS de 12 de noviembre de 1999, F.D. 3º, RAJ 1999\8864; sobre esta sentencia puede verse el comentario de GARCÍA VARELA, R., "Ejecución en España de una sentencia dictada en un Estado de la Unión Europea", *La Ley*, 1999-6 (BD La Ley Bibliografía). Hay que advertir que en virtud de lo dispuesto en la Disp. Derogatoria Única (1. 3ª) de la LEC 2000, los arts. 951 y ss. de la LEC de 1881 estarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil.

En consecuencia, se trata de un procedimiento sin más regulación que la establecida en los textos internacionales y a la que cabe aplicar las normas generales de nuestro proceso civil. Así, en relación con la forma, teniendo en cuenta que el primer acto procesal, el que da inicio a un proceso o procedimiento, como regla general en el ordenamiento español tiene carácter escrito, la solicitud deberá revestir dicha forma. En cuanto al contenido de la resolución, en defecto de regulación expresa, deberá expresar: *a)* Identificación de las partes y del tribunal; *b)* Identificación del título cuya declaración de ejecutividad se pretende; *c)* Mención del carácter de documento público o de transacción judicial y de su carácter ejecutivo, es decir, que se cumple el supuesto de hecho del art. 57 o 58. No obstante, estos extremos quedarían acreditados a través de la certificación prevista en el art. 57, por lo que bastaría la remisión a dicho documento.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En cuanto al momento de la solicitud de *exequatur*, hay que tener en cuenta que, como expone CONSOLO[158], la acción ejecutiva fundada sobre el *exequatur* no prescribe. Según dicho autor, el paso del tiempo puede consumir el derecho subjetivo sustancial pero no incide directamente sobre la eficacia procesal (también ejecutiva) de la sentencia de condena extranjera, por lo que toda la problemática del transcurso del tiempo se descarga sobre el juicio de oposición (no sobre el *exequatur*) a la ejecución, entendido como nuevo juicio sobre el fondo.

El art. 40.2 R dispone que el solicitante deberá elegir domicilio para notificaciones en un lugar que corresponda a la competencia del tribunal o de la autoridad que conozca de la solicitud. No obstante, si la ley del Estado miembro en el que se solicitara la ejecución no conoce la elección de domicilio, el solicitante designará un mandatario *ad litem*[159].

En relación con los documentos que se deben acompañar a la solicitud, hay que estar a lo dispuesto en los arts. 40.3, 53, 55 y 56 R en relación con los arts. 57 y 58 R y anexos V y VI R.

El art. 53 R reduce considerablemente la carga de aportación documental que pesaba sobre el solicitante. Así, con la solicitud de *exequatur* se debe presentar: *a)* una copia auténtica de dicha resolución, esto es, de la transacción judicial o del documento público a los efectos que nos ocupan; *b)* la certificación a la que se refiere el artículo 54 R, que sería la equivalente a la prevista en los artículos 57 y 58 R para los documentos públicos y para las transacciones respectivamente. La obligación de presentar traducción de los documentos se atribuye al arbitrio del Tribunal. En caso de que se acuerde que debe ser aportada, deberá estar certificada por una persona autorizada a tal fin en uno de los Estados miembros (art. 55.2 R).

Finalmente señalar que el art. 56 R, manteniendo lo dispuesto en el art. 49 CB, prohibe la exigencia de legalización ni formalidad análoga alguna de los documentos del art. 53 R que deben acompañar a la solicitud de *exequatur* ni al poder para pleitos en el caso de que este deba aportarse.

158. CONSOLO, C., "Limiti alla esecuzione di decisioni straniere", *Riv. trim. dir. Proc. civ.*, 2000, n. 2, p. 397-433, esp. p. 416-417 y 422-423. El problema de la prescripción, según dicho autor, se plantea por efecto de a) la concepción clásica de la delibazione como acción autónoma de cognición constitutiva y por b) la difundida idea de que la extinción por prescripción puede recaer sobre las acciones además de los derechos (no es la *actio iudicato* lo que prescribe, sino el derecho declarado).

159. El tema del domicilio permanece invariable (v. Art. 33.II CB).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

e) La certificación de los Anexos V y VI: su valor probatorio

Según disponen los arts. 54, 57 y 58 R, el tribunal o la autoridad competente del Estado miembro en el que se hubiere dictado una resolución, formalizado un documento público o celebrado una transacción expedirá, a instancia de cualquier parte interesada[160], una certificación conforme al formulario normalizado que figura en el anexo V (para las resoluciones y las transacciones judiciales) o en el anexo VI (para los documentos públicos) del Reglamento. El contenido de dicha certificación es el siguiente:

1. Estado miembro de origen.
2. Tribunal o autoridad competente que expide la certificación: Denominación, dirección, tel., fax, correo electrónico.
3. Identificación de la autoridad que interviene en la formalización del título.
   a) Transacciones judiciales: Tribunal que ratificó la transacción judicial: Tipo y sede del tribunal.
   b) Documentos públicos:
      — Autoridad ante la que se formalizó el documento público con fuerza ejecutiva (en su caso): Nombre, designación y sede de la autoridad.
      — Autoridad ante la que se registró el documento público con fuerza ejecutiva (en su caso): Tipo y sede de la autoridad.
4. Identificación del título.
   a) Transacciones judiciales:
      — Fecha y número de referencia.
      — Partes: demandante(s), demandado(s) y otra(s), en su caso
   b) Documento público con fuerza ejecutiva:
      — Denominación del documento.
      — Fecha de redacción/registro del documento y número de referencia.
      — Partes del documento público con fuerza ejecutiva: Designación del acreedor y del deudor.

160. En atención a la finalidad de esta certificación, la noción de "parte interesada" en su solicitud debe ser la misma que la de parte interesada en solicitar el *exequatur*.

5. Transacciones judiciales: Partes a las que se ha concedido el beneficio de justicia gratuita.
6. Texto de la transacción judicial o de la "obligación ejecutoria".
7. En último lugar la certificación contiene una cláusula de estilo en la que se declara que el título goza de eficacia ejecutiva suficiente en el Estado de origen frente a un deudor que viene identificado en este momento.

La certificación establecida en los arts. 54, 57 y 58 R constituye una novedad relevante en orden a la consecución de una mayor agilidad en el procedimiento de *exequatur*. En efecto, se crea un modelo unificado para todos los Estados miembros vinculados por el Reglamento que facilita, en primer lugar, la tarea del solicitante del *exequatur*[161], por cuanto que la certificación cabe esperar que dé fe de que el título se puede calificar como documento público o como transacción a efectos de los arts. 57 y 58 R respectivamente, y de que goza de "fuerza ejecutiva y es ejecutorio en el Estado miembro de origen". Consecuentemente, en principio, la prueba de estos extremos debería quedar colmada con la certificación. Ello simplifica en gran medida también la labor del tribunal del *exequatur*, no sólo en relación con los extremos indicados, sino también en cuanto a la identificación de los elementos subjetivos del título[162]. Por último, la utilización de estas certificaciones conducirá a una mayor seguridad jurídica y a un tratamiento uniforme de los títulos en los diversos países de la UE.

La certificación de los Anexos V y VI de Reglamento pretende fundamentalmente actuar facilitando tanto la prueba como la cognición en relación con determinados elementos del título cuya eficacia ejecutiva se pretende que venga reconocida, pero su aportación no condiciona la concesión

161. En el comentario al art. 44 que acompaña a la Propuesta de Reglamento (cit.) se indica expresamente que la finalidad de la certificación es "aligerar las formalidades procedimentales que pesan sobre el demandante". La dificultad de reunir la documentación exigida por el CB había sido criticada por voces tan autorizadas como la de DROZ, G.A.L., "Ce qui va et ce qui ne va pas en matière d'exécution des décisions", en AA.VV., *Mélanges en hommage à Fernand Schockweiler*, Nomos Verl., Baden-Baden, 1999, p. 61-72, esp. p. 68, y MERLIN, E., "Riconoscimento ed esecutività..., ob. cit., p. 444.

162. En el modelo de certificación previsto en el Anexo V para las resoluciones judiciales no se contiene una referencia a la firmeza de la resolución judicial y, en su caso, a los posibles medios de impugnación que pueden utilizarse contra la misma. Ello sería de gran utilidad en orden a la concesión de la suspensión del procedimiento.

o denegación del *exequatur*. Por ello, en el caso de que el solicitante del *exequatur* no la presente en el momento de la solicitud, el tribunal podrá optar por *a)* fijar un plazo para su presentación; *b)* aceptar documentos equivalentes; o *c)* dispensar de ellos si considerase que dispone de suficiente información (art. 55.1 R).

La mencionada certificación constituye un documento público cuya forma viene establecida en el Reglamento, correspondiendo a los Estados miembros la designación del tribunal o autoridad competente para la su expedición[163]. Necesariamente surge el interrogante del valor probatorio de dicha certificación, esto es, la eventual discrepancia del tribunal del *exequatur* o de las partes con la certificación de los Anexos V y VI y la cuestión de hasta qué punto dicha certificación vincula al juez del *exequatur*. Para ello hay que dilucidar: en primer lugar, el objeto de la certificación o bien qué es lo que se certifica; y, en segundo lugar, si puede entenderse que el valor probatorio de la certificación debe ser el mismo en todos los Estados miembros; es decir, si se desprende del texto del Reglamento o si en este punto hay que acudir a los ordenamientos del Estado de origen y/o del Estado requerido.

La primera cuestión que hay que plantearse, como se acaba de decir, es la determinación del objeto de la certificación, es decir, si además de los elementos que resultan del título (partes, fecha, tribunal que ratificó la transacción...) la autoridad que la expide da fe sólo del carácter ejecutivo, o también de que el título puede ser considerado como resolución/transacción judicial o documento público a los efectos del Convenio, y de que entra en el ámbito de aplicación material del mismo.

Según el tenor literal de los anexos V y VI: "La resolución/transacción judicial es ejecutoria en el Estado miembro de origen" (arts. 38 y 58 R); "El documento público con fuerza ejecutiva es ejecutorio en el Estado miembro de origen" (apartado 1 art. 57 R). La referencia a los respectivos artículos del Reglamento y el hecho de que la autoridad que expide la certificación tiene un mejor conocimiento de la naturaleza y efectos del título, aconsejan

163. El art. 57 dispone que la certificación será expedida por la "autoridad" competente, mientras que los arts. 54 y 58 R hablan de "tribunal o autoridad competente" en relación con las resoluciones judiciales y con las transacciones. Sin duda, como apunta MERLIN, E., "Riconoscimento ed esecutività..., ob. cit., p. 445, sería conveniente que la competencia viniera atribuida al tribunal que ha emitido la decisión cuyo *exequatur* se solicita. Esta opinión es sin duda extensible al caso de la transacción judicial.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que la certificación alcance a la calificación del título y a su eficacia ejecutiva.[164]

Cuestión distinta es la del ámbito de aplicación del Reglamento, en especial del ámbito de aplicación material, dado que en la certificación no se hace referencia expresa a este extremo. A pesar de que en los comentarios que acompañan a la Propuesta de Reglamento[165] se dice que la certificación "da al tribunal o a la autoridad competente del Estado requerido los elementos suficientes para poder otorgar el *exequatur*", tal vez lo más oportuno sea considerar que la certificación no alude al ámbito de aplicación; y ello no sólo porque en el texto no se hace mención a este extremo, sino sobre todo porque el ámbito de aplicación material debe ser controlado de oficio por parte del tribunal del *exequatur*. A ello se podría añadir que la autoridad competente para expedir la certificación no necesariamente debe ser un tribunal del Estado de origen, sino que bien pudiera realizar dicho cometido una autoridad administrativa.

En cuanto a la uniformidad del valor probatorio de la certificación, ante todo hay que manifestar que sería deseable que la certificación instaurada por el Reglamento recibiera el mismo tratamiento en todos los Estados miembros, con independencia de cuál sea el concreto Estado miembro de origen o requerido. Si la certificación se ha establecido con el objeto de facilitar la prueba que debe aportar el solicitante y agilizar el procedimiento de *exequatur*, parece obvio que los Estados deben procurar revestir a dicho documento de las máximas garantías en su elaboración. Es decir, en principio al juez del *exequatur* debe poder resolver a la luz de los datos que se desprenden de la certificación, correspondiendo a la persona contra la cual se solicita el *exequatur* el planteamiento de eventuales discrepancias y la aportación de la prueba oportuna a través del recurso del art 43 R.

164. En relación con las resoluciones judiciales, MERLIN (ob. ult. cit., p. 449 y 450) considera que la certificación vincula al juez en cuanto al carácter ejecutivo del decisión, pero no en cuanto a su calificación como decisión sometida al régimen del Reglamento ni al ámbito de aplicación de la normativa europea. Sin duda el juez del *exequatur* debe controlar el ámbito de aplicación del Reglamento y, en su caso, del Convenio de Bruselas. Cuestión distinta es la relativa a la calificación del documento por cuanto que el tribunal o la autoridad que expide la certificación se halla en una mejor posición, en atención al conocimiento del ordenamiento del Estado de origen, que el tribunal del *exequatur*. En consecuencia, tal vez el examen de este extremo debiera también dejarse a la iniciativa de la parte contra la cual se solicita el *exequatur*, como de otro lado se hace con las causas de denegación del otorgamiento de la ejecución.

165. Cit., comentario a los arts 50 y 51.

f) Resolución

La resolución de la solicitud de *exequatur* viene contemplada en el art. 41 R que se corresponde con el art. 34 CB. La regulación contenida en el Reglamento tiene una gran relevancia pues responde a la idea de la presunción de regularidad del título.

Siendo así, el tribunal debe realizar un mero control formal de los requisitos exigidos por el Convenio y de los presupuestos procesales, pero no debe determinar la concurrencia o no de las causas de denegación del *exequatur* previstas en los arts. 34 y 35 R para las resoluciones judiciales, que quedan reducidas a la adecuación al orden público del Estado requerido para el caso de los documentos públicos y de las transacciones judiciales. No deja de ser sintomático que mientras el Convenio de Bruselas insta al tribunal a resolver "en breve plazo"[166], el Reglamento es mucho más contundente: "Se otorgará inmediatamente la ejecución..."[167].

Según el tenor literal del art. 41 R, el tribunal del *exequatur* únicamente debe controlar "las formalidades previstas en el art. 53", esto es, la presentación de los documentos que deben acompañar la solicitud. En realidad dicho tribunal debe realizar una cognición un tanto más amplia por cuanto que deberá controlar, en primer lugar, el ámbito de aplicación del Convenio de Bruselas o del Reglamento; en segundo lugar y en defecto de la certificación, el carácter la calificación como documento público o transacción y su carácter ejecutivo; por último, determinadas cuestiones de ca-

166. Como bien se indica en el Informe JENARD (cit., p. 166), no fue posible "imponer a la jurisdicción que conoce del asunto, un plazo fijo para pronunciarse. Dicho plazo, que no existe en los usos judiciales, por otra parte, hubiera estado desprovisto de sanción". Se apunta un problema que es básicamente de orden interno y que atañe de forma especial al funcionamiento de la Administración de Justicia y a la responsabilidad de jueces y magistrados. Sin embargo, a nadie escapa que una cuestión tan simple como es el tiempo necesario para obtener la resolución de *exequatur* puede constituir un elemento de desigualdad en la aplicación del Convenio de Bruselas y del Reglamento en los distintos Estados miembros, así como un criterio para la elección del Estado de la ejecución, siempre que sea posible.

167. En el art. 34 CB se establece: "El tribunal ante el que se presentare la solicitud se pronunciará en breve plazo...", hallándose la concesión del *exequatur* supeditada a la inexistencia de uno de los motivos de los arts 27 y 28 que, para los títulos de los arts. 50 y 51 quedan reducidos a la contravención del orden público del Estado requerido. Puesto que en esta fase no se da audiencia a la persona contra la cual se solicita el reconocimiento del efecto ejecutivo del título, se entiende que el juez puede apreciar de oficio la concurrencia de uno de los motivos de denegación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rácter procesal, a saber, la jurisdicción y competencia, así como la legitimación de las partes y la regularidad de la comparecencia del solicitante. La regularidad del título.

Tanto en el Convenio de Bruselas como en el Reglamento se prevé la decisión *inaudita parte*. En efecto, la solicitud de *exequatur* no es notificada al deudor con la finalidad de mantener el efecto sorpresa[168]. Ello no significa que se elimine la contradicción, sino que únicamente queda pospuesta, de forma que la persona contra la que se dirige la ejecución podrá hacer uso de los medios de impugnación establecidos a fin de que pueda ejercitar oportunamente su derecho de defensa.

g) Notificación de la resolución

En virtud de lo dispuesto en el art. 42 R la resolución dictada sobre la solicitud de otorgamiento de la ejecución se pondrá de inmediato en conocimiento del solicitante, con independencia de cual sea el contenido de la misma. Sin embargo, en relación con la parte contra la que se solicita la ejecución únicamente se prevé la notificación de la resolución que concede el *exequatur* y no de la que lo deniega[169]. No obstante, puesto que contra ambas resoluciones se puede interponer un recurso contradictorio, es preciso que se notifique la resolución tanto al solicitante del *exequatur* como al deudor.

La notificación se realizará de conformidad con las modalidades determinadas por la ley del Estado miembro requerido. Hay que recordar que el art. 40.2 R impone al solicitante la obligación de designar un domicilio o un mandatario *ad litem* en el Estado requerido, por lo que en estos casos se deberá practicar una notificación ordinaria, en el sentido de que tendrá lugar en el Estado del foro[170]. Tratándose de la notificación a la persona contra la que se dirige la ejecución.

168. Así se justificaba la ausencia de contradicción en este primer momento del procedimiento en el Informe JENARD (cit. p. 166).

169. El art. 35 CB sólo prevé notificación resolución al solicitante en lo que sin duda constituía un olvido, pues acto seguido el art. 36 se regula la impugnación de la resolución que concede el *exequatur* por la parte contra la que se solicita la ejecución.

170. Recordar en este punto que si la notificación debe practicarse en otro Estado miembro, será de aplicación el Reglamento (CE) n. 1348/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la notificación y al traslado en los Estados miembros de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o mercantil (DOCE n. L160 de 30 de junio de 2000, p. 37-43), que entró en vigor el 31 de mayo de 2001.

2. Recursos contra la resolución

a) Los recursos establecidos por el Reglamento

Con carácter precio es preciso realizar una precisión terminológica, en el sentido de que en el presente epígrafe se mantiene la terminología del Reglamento y, consecuentemente, se habla de recursos. No obstante, como se ha expuesto con anterioridad, en atención a la nueva configuración de la primera fase del *exequatur*, el denominado recurso contra la resolución que reconoce la eficacia ejecutiva del título, se convierte más bien en una acción de no reconocimiento en palabras de MERLIN.

El Reglamento Bruselas I mantiene formalmente el sistema recursos establecido en el Convenio de Bruselas, consistente en un primer recurso contra la decisión que resuelve la solicitud de *exequatur* y uno posterior de carácter extraordinario[171].

Con carácter general en relación con el sistema de recursos establecido en el Convenio de Bruselas, hay que traer a colación la ya citada STJCE de 2 de julio de 1985, As. 148/*84 Deutsche Genossenschaftsbank c. SA Brasserie du Pecheur*, en la que el Tribunal en una decisión sobre la legitimación para recurrir, cierra el sistema de recursos del Convenio de Bruselas, es decir, contra las resoluciones dictadas en *exequatur* impide la interposición de recursos distintos de los establecidos en el propio texto internacional.

De forma más concreta, en dicha sentencia la Corte resolvió que el art. 36 CB excluye cualquier recurso por parte de terceros interesados contra la resolución que concede el *exequatur*, aunque el derecho interno del Estado en el que se ha concedido el *exequatur* conceda a dichos terceros un medio de impugnación. En realidad, parece que lo que el Tribunal pretendía era negar la legitimación a los terceros para impugnar la resolución que otorga el *exequatur*, que quedaría limitada a la parte contra la cual se ha solicitado la ejecución. Pero no se limitó a ello, sino que además declaró que el sistema de recursos es completo, de modo que las vías de impugnación, tanto de las partes como la de eventuales terceros, no son otras que las establecidas en el Convenio.

Los argumentos que conducen al TJCE a esta conclusión son los si-

171. Ahora bien, como ya se ha expuesto, el carácter automático de la primera fase del procedimiento y la inversión de la contradicción en relación con las causas de denegación del *exequatur* conllevan, según MERLIN, que al menos el recurso contra la decisión de concesión pronunciada tras la primera fase, se pueda configurar como una acción de no reconocimiento más que como un recurso.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

guientes: 1) El CB establece un procedimiento sumario para obtener el *exequatur*, siendo uno de los objetivos del texto internacional la simplificación del procedimiento; 2) A tal fin en el CB se regula un procedimiento que constituye un complejo autónomo y completo, incluidos los medios de impugnación, por lo que el art. 36 CB excluye las impugnaciones que el derecho nacional permita a terceros interesados; 3) Pretendiendo salvar la posición de los terceros, el TJCE argumenta que el CB no se ocupa de la ejecución propiamente dicha, que queda sujeta al derecho nacional del Estado requerido, de modo que los terceros interesados podrán hacer uso de las acciones que el derecho del Estado de la ejecución establezca contra las resoluciones o medidas de ejecución forzosa.

b) Recurso contra la resolución de la solicitud de exequatur (art. 43 R)

En el Convenio de Bruselas se regula en artículos separados los mecanismos de impugnación en función del sentido de la resolución de la solicitud de *exequatur*. Los arts. 36 y 37 CB regulan el recurso contra la resolución en la que se otorga la ejecución, mientras que el art. 40 CB recoge el recurso contra la resolución denegatoria. En realidad, el Convenio de Bruselas únicamente indica cuál es el tribunal competente en cada Estado para conocer de dicho recurso pero no establece un listado recogiendo el tipo de impugnación que procede en cada país. Lo único que se establece es la necesidad de que el recurso sea contradictorio y, para el caso del art. 36, los plazos en los que deberá iniciarse. Dichas reglas se reproducen, aunque con una diversa sistemática, en el art. 43 R.

Existe unanimidad en entender que corresponde a la legislación interna de cada Estado parte determinar el procedimiento que debe seguirse para la tramitación del recurso, con la única condición del respeto al principio de contradicción[172]. Pero tal vez esta disposición no sea suficiente puesto que es distinta la posición del acreedor y del deudor.

172. En España no existía norma expresa que señalara el procedimiento a seguir en estos casos y la entrada en vigor de la nueva LEC no ha supuesto ninguna variación respecto de la situación anterior. Ante el vacío legal y estando vigente la LEC de 1881, se habían sugerido como posibles alternativas el juicio de menor cuantía, el procedimiento de los incidentes y, por último el proceso de *exequatur* común de los arts. 956 a 958 LEC 1881, que continúan en vigor (vid. GARAU SOBRINO, F., Comentarios a los arts. 37y 40 CB, en CALVO CARAVACA, ob. cit., p. 572 y 597).

En efecto, mientras que el solicitante del *exequatur* ha sido oído, de forma que ha podido presentar sus alegaciones y pruebas antes de la resolución, la persona contra la cual se solicita la ejecución no ha tenido ninguna intervención en el proceso. Es más, el control de las causas de denegación del *exequatur* se deja a la iniciativa de la parte contra la cual se pretende ejecutar el título, por cuanto que queda excluido de la cognición del tribunal del *exequatur* en la primera fase del procedimiento. Es por ello que el CB y el Reglamento Bruselas I probablemente deberían exigir que el recurso del que puede hacer uso el sujeto contra el que se concede el *exequatur*, dado que todavía no se le ha dado audiencia, estuviera configurado como una primera instancia. Sin embargo, el recurso que se le debe conceder al solicitante en caso de denegación del *exequatur*, pudiera responder mejor a la idea de recurso de apelación. Ahora bien, si la legislación interna estableciera una vía de impugnación diversa en función de la parte que plantea el recurso, podrían surgir problemas en los casos en que la resolución impugnada conceda parcialmente el *exequatur*. En tal caso, ambas partes pueden impugnar la resolución y podría darse que se debieran tramitar simultáneamente un recurso y la oposición. Para evitar dichas situaciones, habría que optar por tramitar conjuntamente ambas impugnaciones conforme al procedimiento que ofrezca mayores posibilidades en orden a la alegación y prueba de la posición del sujeto pasivo, o bien directamente prever para ambas partes un recurso que suponga una total revisión de la decisión impugnada.

En cuanto al recurso contra la resolución que resuelve la petición, el Reglamento únicamente regula la competencia objetiva, el plazo de interposición y, como se ha expuesto, establece la exigencia del respeto al principio contradictorio.

La competencia objetiva para conocer del recurso contra la resolución de la solicitud de *exequatur* viene establecida en el propio Reglamento (art. 43.2 y Anexo III) al igual que en el art. 37 CB. Sin embargo, la competencia territorial habrá que determinarla en aplicación de las normas del Estado requerido.

El plazo establecido para interponer el recurso contra la resolución que concede el *exequatur* es de un mes, y se amplía a 2 meses en el caso de que la parte contra la que se solicitara la ejecución estuviere domiciliada en un Estado miembro distinto del Estado requerido (art. 43.5, art. 36.1 y

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2 CB)[173]. En cualquier caso el plazo correrá a partir de la fecha de notificación, especificándose, para el caso en que el deudor no tenga domicilio en el Estado requerido, que *el dies a quo* es el mismo tanto si la notificación se hizo en persona como en su domicilio, y que no admitirá prórroga en razón de la distancia.

En caso de incomparecencia del obligado por el título ante el tribunal que conoce del recurso, se deben aplicar las normas del art. 26.2 a 4 R, aunque dicha parte no estuviera domiciliada en uno de los Estados miembros (art. 43. 4 R). En consecuencia, el tribunal suspenderá el recurso en tanto no se acredite que la persona contra la que se dirige la ejecución ha recibido la oportuna notificación con tiempo suficiente para defenderse o que se ha tomado toda diligencia a tal fin, salvo si la notificación se ha realizado en aplicación del R 11348/2000, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en su art. 19. Si dicho reglamento no fuera aplicable, y la notificación se realizó conforme al Convenio de la Haya, de 15 de noviembre de 1965, relativo a la notificación o traslado de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, se aplicaría el art. 15 de este texto.

c) El recurso del art. 44 R

El art. 44 R, establece que la resolución que decidiera sobre el recurso sólo podrá ser objeto de los recursos previstos en el anexo IV, lo que supone para Estados como España o Italia, el acceso del asunto a la casación[174].

Más allá de cualquier consideración de orden doctrinal o dogmático sobre la necesidad de acceso a casación de este tipo de asuntos, se impone una consideración de orden práctico relativa a la duración de los procesos y a los retrasos derivados del funcionamiento de la administración de Justicia. Veámos un ejemplo que, aunque referido a una ejecución de sentencia, sirve para ilustrar la ineficacia del sistema:

— En marzo de 1993 la empresa *Holiday Autos, SA* obtuvo una sentencia definitiva de condena pecuniaria contra *Mustang Rent-a-Car, SA*.

173. No sin razón se ha echado en falta que la ampliación del plazo se aplique también en los casos en los que la parte contra la que se solicita el *exequatur* esté domiciliada en un Estado no miembro (MERLIN, E., "Riconoscimento ed esecutività..., ob. cit., p. 446, en nota).

174. Los recursos previstos en el Anexo IV del Reglamento son idénticos a los establecidos en el art. 41 CB, con la sola diferencia de Dinamarca, que queda excluida en el Reglamento.

— El 9 de septiembre de 1993 se solicita la ejecución en España que es concedida, en primera instancia el 25 de noviembre del mismo año.
— La sociedad contra la que se solicitó la ejecución, interpuso recurso de apelación que fue resuelto mediante resolución de 22 de diciembre de 1994[175].
— Finalmente, la sentencia de casación se dictó el 12 de noviembre de 1999[176].

Compárese el caso expuesto con el relativo a una solicitud de *exequatur* de un documento notarial de reconocimiento de deuda otorgado en Alemania, al que resultaba de aplicación, no el Convenio de Bruselas de 1968, sino el Convenio Hispano-Alemán de 14 de noviembre de 1983 (cit.), que atribuye la competencia objetiva en primera y única instancia al TS: Del número de expediente (*Exequatur* n. 1829/1998) se deduce que la solicitud tuvo lugar en 1998, mientras que el auto que resuelve concediendo el exequtur trae fecha de 2 de noviembre de 1999[177].

No se puede obviar el realizar una crítica al sistema de recursos establecido en el Convenio de Bruselas, puesto que se prevén dos posibles revisiones de la decisión, y ello simplemente para decidir si procede o no la ejecución y, en consecuencia, antes de que ésta se haya iniciado[178]. Aún en

175. Hay que constatar que la apelación se sustanció con relativa celeridad atendidos los plazos de espera habituales en las Audiencias Provinciales españolas. En el caso citado era competente la AP de Málaga que, según datos de 1997, padece un retraso inicial medio en el conocimiento de asuntos de ocho meses, frente a los 19 de la AP de Madrid y los 3 meses de Extremadura (Libro Blanco de la Justicia, cit., p. 177).

176. STS de 12 de noviembre de 1999, cit. En el caso resuelto por la STS de 21 de julio de 2000 (RAJ 2000\5501), la solicitud de reconocimiento y ejecución se presentó el 26 de febrero de 1993, y tenía por objeto dar cumplimiento a una condena al pago de alimentos establecida por un tribunal holandés.

177. RAJ 1999\7767. Similar duración cabe suponer al *exequatur*, también de un reconocimiento notarial de deuda otorgado en Alemania, resuelto mediante ATS de 19 de enero de 1999 (RAJ 1999\185) en aplicación del citado Convenio bilateral, así como al procedimiento resuelto mediante ATS de 22 de diciembre de 1998, en el que se deniega el reconocimiento de eficacia ejecutiva a un acta notarial alemana por quedar excluida del ámbito de aplicación temporal del Convenio bilateral y del Convenio de Bruselas. Otro caso resuelto en aplicación del Convenio Hispano-Alemán mediante ATS de 6 de febrero de 1996 (RAJ 1998\10661) constando como fecha de entrada en el Registro del TS el 21 de enero de 1994.

178. En este sentido FERNÁNDEZ ROZAS-SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho Internacional Privado*, ob. cit., p. 318.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el caso de una situación en la que los procesos tengan una duración razonable, el sistema casa mal con la filosofía que acompaña a los títulos ejecutivos, cual es la de su pronta actuación[179].

Esta situación impone un previo examen del régimen común aplicable a los documentos provenientes de Estados no miembros y con los que el Estado requerido no tenga suscrito un convenio internacional, porque puede resultar más beneficioso eludir el régimen del Convenio de Bruselas o del Reglamento. Por ejemplo, en España no existe un procedimiento específico de solicitud de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales. Ante esta laguna las posibilidades que se ofrecen son dos. En primer lugar el título puede acceder directamente al juicio ejecutivo de forma que, aunque se plantee oposición sobre la procedencia de la acción ejecutiva, el proceso de ejecución ya se ha iniciado y se han efectuado, en su caso, los embargos oportunos. La segunda posibilidad consiste en acudir al procedimiento de *exequatur* regulado en los arts. 951 y ss. LEC 1881 y que continúan en vigor hasta la aprobación de una ley en materia de cooperación jurídica internacional en materia civil. Dicho procedimiento está previsto para resoluciones judiciales pero tiene una gran ventaja: la competencia para conocer del mismo se atribuye al Tribunal Supremo directamente, con lo que desaparece la posibilidad de dilatar el proceso mediante la utilización de recursos.

No parece razonable que el régimen previsto para facilitar la circulación de títulos ejecutivos en la Unión Europea resulte menos beneficioso, no ya que los mecanismos establecidos en tratados bilaterales, sino incluso que el régimen general.

La posibilidad de obviar la aplicación del Convenio de Bruselas en favor de un régimen más favorable ha sido ya planteada por la doctrina[180]. En

179. En este sentido DROZ, G.A.L., "Ce qui va et ce qui ne va pas en matière d'exécution des décisions", ob. cit., p. 67, indica que *"[i]l ne suffit pas que l'on soit quasiment certain d'obtenir un jour l'exequatur, il faut obtenir cet exequatur de manière à ce que le demandeur puisse exécuter concrètement la condamnation. Or, si la procédure a duré trop longtemps, si l'effet de surprise par la requête unilatérale a fait long feu, il est fort possible que l'on ait l'exequatur, mais qu'il ne serve à rien parce qu'il n'y a plus de biens à saisir dans le pays requis!"*

180. Plantea los términos del problema GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions...*, ob. cit., p. 280, quien aporta, de un lado, la posición contraria de DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire et effets...*, ob. cit., n. 427, para quien la obligatoriedad de la aplicación del Conveniode Bruselas constituye el único medio de asegurar su eficacia y, de otro lado, la opinión de GOTHOT, P., HOLLEAUX, D., *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968: compétence judiciaire et effets des jugements dans la CEE*, ob. cit., n. 388, para quienes el problema en realidad no existe por cuanto que el régimen común establece un procedimiento contradictorio que es más beneficioso para el deudor que el procedimiento *inaudita parte* del Convenio. Por último, GAUDEMET-TALLON condiciona la posibilidad de acudir al régimen común al mantenimiento, como mínimo, del control previsto por el Convenio de Bruselas. Para CARBONE, S.M., *Lo spazio giudiziario europeo...*, ob. cit., p. 206 y 207, el *exequatur* establecido en el Convenio de Bruselas constituye un procedimiento "exclusivo, necesario y alternativo respecto de los procedimientos nacionales". Únicamente admite la posibilidad de iniciar el *exequatur* con audiencia del deudor por cuanto que ello supone un aumento de las garantías.

realidad, el procedimiento es la cuestión menos relevante del *exequatur* previsto en el Convenio de Bruselas y en el Reglamento. Las cuestiones verdaderamente relevantes son la presunción de regularidad del título, la limitación de las causas de oposición al *exequatur*, la prohibición de revisión de la decisión en cuanto al fondo y la garantía de un procedimiento contradictorio. En consecuencia, quizás sea más eficaz sostener la posibilidad de acudir a un cauce procedimental diverso que respete, o incluso refuerce, las garantías procesales de las partes, y en el que el control del título sea idéntico[181], al efectuado en aplicación del Convenio de Bruselas y, en su día, del Reglamento Bruselas I.

Una de las objeciones que se pueden realizar a la posibilidad de acudir a un procedimiento de *exequatur* alternativo es la falta de uniformidad que se generaría. No obstante, hay que considerar, en primer lugar, que el acreedor siempre puede acudir a la vía del Convenio de Bruselas y, en segundo lugar, que el objetivo de la libre circulación de los títulos aparece como prioritario respecto del de la uniformidad del procedimiento.

Una segunda objeción vendría dada por una merma en las expectativas procesales y en las garantías de las partes, especialmente del demandado. Pero la crítica no se sostiene si se compara el régimen del Convenio de Bruselas y del Reglamento Bruselas I con el establecido en los arts. 951 y ss. LEC 1881, por cuanto que en éste la contradicción se instaura ya desde la primera fase del procedimiento, y en definitiva es el acreedor quien voluntariamente renuncia a los posibles beneficios de un procedimiento *inaudita parte* en sus primeras actuaciones. En segundo lugar, la garantía que puede ofrecer el sistema europeo al configurar un sistema de recursos que finali-

181. El respeto a la normativa comunitaria exige que no se admitan causas de oposición previstas en el Convenio de Bruselas o en el Reglamento, pero que tampoco se elimine ninguna de las establecidas en dichos textos.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

za, en España, con el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, se mantiene por cuanto que el régimen común de *exequatur* otorga a dicho tribunal el conocimiento de la solicitud.

En esta discusión no se puede obviar la STJCE de 30 de noviembre de 1976 en el caso *de Wolf*[182]. En dicha sentencia el Tribunal estableció que las disposiciones del Convenio de Bruselas impiden que la parte que ha obtenido en un Estado miembro una decisión judicial a su favor y puede ser revestida de la fórmula ejecutiva en otro Estado miembro en virtud del art. 31 CB, no puede iniciar en este último Estado un nuevo juicio con el mismo objeto. Las razones que aporta la Corte europea son las siguientes: *a)* Admitir la posibilidad de iniciar un nuevo e idéntico juicio en el Estado de la ejecución es incompatible con las disposiciones del Convenio, en particular, con el reconocimiento automático del art. 26.1 CB; con la prohibición de revisión del fondo de la decisión (art. 29 CB). Dado que admitir dicha posibilidad podría conducir a la obtención de resoluciones contradictorias, llevaría al incumplimiento de la obligación de reconocimiento. *b)* El art. 21 CB sobre la litispendencia demuestra la intención de evitar que las jurisdicciones de dos Estados miembros conozcan de juicios idénticos. *c)* Admitir la duplicidad de juicios conduciría a posibilitar la obtención por parte del acreedor de dos títulos ejecutivos en razón del mismo crédito. El Tribunal, además, indica en la fundamentación de la sentencia que el hecho de que un nuevo juicio sobre el fondo en el Estado de la ejecución pueda resultar más beneficioso en términos económicos que el *exequatur*, no justifica una solución contraria, es más, que los Estados deberían velar para que los gastos del *exequatur* se correspondan con el objetivo de simplificación del procedimiento.

El caso resuelto en la sentencia comentada difiere de la solución propuesta, por cuanto que en el caso resuelto se trataba de eludir el *exequatur* mediante el inicio de un juicio idéntico, mientras que lo que se propone es acudir a un régimen de *exequatur* más beneficioso en relación con la duración y al coste del mismo.

Si se niega al acreedor la facultad de optar por un procedimiento alternativo que asegure un igual control del título y las mismas garantías procesales de las partes, no queda más que augurar una reforma del Reglamento

182. As. 42/76, *Josef de Wolf c. Harry Cox BV, Rec.* 1976, p. 1759; edición especial española 1976, p. 577.

en el sentido de agilizar el procedimiento, concretamente, el sistema de recursos.

d) Causas de denegación del exequatur

1º Causas de oposición al *exequatur* y causas de oposición a la ejecución: se trata de establecer si el CB y el Reglamento están pensando en un sistema cumulativo o en un sistema disociado de causas de oposición, o lo que es lo mismo, si en el procedimiento de *exequatur* el deudor puede únicamente alegar los motivos que se oponen al otorgamiento de eficacia ejecutiva al título o si puede también en este momento utilizar causas propias de la oposición a la ejecución, como por ejemplo, la extinción de la obligación. Esta última opción a su vez admite dos posibilidades, que la acumulación de las causas de oposición sea eventual o necesaria[183].

En el Informe JENARD[184] se dice que quien formula el recurso "podrá presentar válidamente medios que se funden en hechos posteriores a la resolución extranjera, por ejemplo, probando que se ha liberado de la deuda después de que se pronunciara la resolución extranjera".

Parece existir un cierto consenso en admitir que el Convenio de Bruselas, y ahora el Reglamento, no imponen a los Estados un modelo concreto por lo que cualquiera que sea la solución adoptada será compatible con la normativa comunitaria. Pero no es menos cierto, como ha expuesto CONSOLO en relación con las decisiones judiciales, pero que es perfectamente extensible a los títulos extrajudiciales, que un sistema que concibe el *exequatur* como un mero control extrínseco de la regularidad procesal de la sentencia extranjera (control formal del título extrajudicial) casa mal con la acumulación de las

183. O lo que se ha denominado por CONSOLO, C., "Limiti alla esecuzione di decisioni straniere", ob. cit., p. 423 y ss., acumulación eventual o necesaria de demandas. El autor expone el sistema alemán, que respondería a una acumulación necesaria por cuanto que la persona contra la cual se solicita el *exequatur* debe proponer de manera preclusiva en esta sede la oposición sobre el fondo.

184. Cit., p. 167. Asimismo, en el Informe SCHLÖSSER se admite que en el ámbito del recurso del art. 36 CB se pueda alegar, además de la inaplicación del Convenio o la falta de eficacia ejecutiva del título, el pago del crédito (SCHLÖSSER, P., "Informe sobre el Convenio relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia", DOCE n. C 189, de 28 de abril de 1990).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

causas de oposición. No se puede discutir, como pone de relieve dicho autor, que existen importantes razones de oportunidad para negar la posibilidad de introducir en el *exequatur* las causas de oposición a la ejecución, no sólo porque con ello se opera en contra de la agilidad y rapidez pretendida, sino también porque puede ser utilizado por el deudor de forma abusiva[185-186].

Tal vez la solución más acertada sea la aportada por REQUEJO[187] quien, con base en el Informe SCHLÖSSER[188], concluye que "el Convenio no tolera en realidad que se introduzca en fase de declaración de ejecutividad motivos propios de la ejecución (o que nosotros consideramos, en tanto que juristas españoles, como propios de la ejecución), salvo en la medida en que tales motivos tengan traducción posible, o sean susceptibles de ser absorbidos o arropados, en una de las causas taxativamente enunciadas en los arts. 27 y 28 para la denegación de la ejecutividad." Tratándose de documentos públicos y de transacciones, dado que la única causa de oposición al *exequatur* es la vulneración del orden público, quedaría prácticamente vedada la entrada a las causas de oposición. Pero ello no es del todo cierto porque, con independencia del título que se pretenda ejecutar, lo cierto es que el tribunal del *exequatur* además de las causas de oposición establecidas en el Convenio o en el Reglamento, como ya se ha dicho, debe asimismo efectuar un control de los presupuestos procesales, y en este ámbito también puede producirse un solapamiento entre las causas de oposición a la declaración de ejecutividad y a la ejecución propiamente dicha.

185. Ult. Cit., p. 427 y ss.

186. En España el Tribunal Supremo se ha decantado por un sistema no cumulativo en atención al objeto del *exequatur*. En este sentido ATS de 23 de mayo de 2000, FD 5º, cit.. Aunque referido al *exequatur* de los arts. 951 y ss. LEC 1881, la construcción es válida: "Esta autonomía e independencia de la acción de reconocimiento frente a las demás, puesta de relieve por la Sala en anteriores ocasiones (cfr. AATS de fecha 21-4-1998, 5-5-1998, 8-9-1998 y 27-4-1999), es la que determina el rechazo del argumento que se opone, pues la prescripción que se invoca no es la de la acción de «*exequatur*», sino la que rige para la ejecución de los derechos —de crédito, en este caso— declarados o reconocidos en la sentencia extranjera, respecto de los cuales el trámite del «*exequatur*» se presenta como requisito y presupuesto necesario. La causa de oposición que se esgrime, por ello, no es propia de este específico cauce procesal, pues no se refiere a él, sino que habría de hacerse valer, en su caso en un momento posterior, después de obtenida la declaración de ejecutoriedad, si se reconoce que, en efecto, el derecho nacido de la sentencia es diferente del que se ejercitó judicialmente y dio lugar a ella, siempre de acuerdo con la ley que resulta de aplicación al caso y atendiendo a los plazos prescriptivos establecidos en ella. La prescripción con virtualidad obstativa del «*exequatur*» ha de estar referida al derecho al reconocimiento de la resolución extranjera o, si se quiere referir al instituto de la acción, al derecho a pedir su reconocimiento, y no es esto lo que hace la parte oponente, lo que es suficiente para rechazar este motivo de oposición."

187. REQUEJO ISIDRO, M., "Sobre ejecución y exequatur. Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 29 de abril de 1999 (As. C-267/97, Coursier v. Fortis bank)", *La Ley*, 1999-5, *Base de datos de Bibliografía La Ley*, punto n. 6.

188. Cit., punto n. 220 b): "no obstante, la fiscalización del contenido de la resolución que debe ejecutarse... sólo es posible en los límites previstos en los artículos 27 y 28".

Por último, que traer a colación la STJCE de 4 de febrero de 1988, As. 145/86, *H.L.M. Hoffmann c. A. Krieg*[189] en la que, interpretando el art. 36 CB, se establece que la parte que no ha interpuesto los recursos previstos en el Convenio contra la decisión que concede el *exequatur*, no puede hacer valer en la ejecución propiamente dicha defensas que hubiera podido plantear en dichos recursos, salvo que la excepción planteada se base en que el título queda excluido del ámbito de aplicación del Convenio. Es decir, que se establece un principio de preclusión, apreciable de oficio, para el planteamiento de las causas de oposición. En consecuencia, si bien los textos internacionales dejan libertad a los Estados para configurar el *exequatur*, en el caso de que estos opten por la acumulación en el tratamiento de las causas de oposición, la preclusión opera inexorablemente.

2º Causas de oposición al *exequatur*: El juez, *inaudita parte*, resolverá sobre la concesión o la denegación de la ejecución (art. 34 CB), teniendo en cuenta que, según el art. 50 CB/57 R, la solicitud únicamente podrá ser desestimada cuando la ejecución del título fuere contraria al orden público del Estado requerido. Ello es así no sólo por la previsión expresa de dichos artículos, sino también porque las demás causas de desestimación establecidas en los arts. 27 y 28 CB no pueden operar cuando lo que se pretende ejecutar es un título extrajudicial o una transacción judicial. De otro lado, el concepto de orden público que debe utilizarse con los títulos extrajudiciales no difiere del elaborado entorno a las resoluciones judiciales del art. 25 CB.

En este punto el art. 57 R reduce en teoría el ámbito de esta causa de oposición, en la medida en que en el nuevo texto se exige que el documento público o la transacción sean "manifiestamente" contrarios al orden pú-

189. *Rec.* 1988, p. 645.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

blico del Estado miembro requerido[190]. Únicamente puntualizar que no puede utilizarse para rechazar la ejecución de un documento público sobre la base de que en el Estado requerido la ley no reconoce en general los documentos públicos o los de la clase en concreto[191].

No obstante, el orden público no constituye la única causa de denegación de la ejecución del título extrajurisdiccional puesto que es en este momento procesal cuando corresponde realizar un control de la regularidad título, en el bien entendido que dicho control debe limitarse a la comprobación de que el título aportado por el solicitante constituye un documento público o una transacción en el sentido de los arts. 50 y 51 CB y, además, que tienen atribuida eficacia ejecutiva en virtud del ordenamiento del Estado de origen[192]. Además hay que entender que puede revocarse el otorgamiento o denegarse la solicitud en el caso de que exista algún defecto procesal, como la falta de jurisdicción o competencia, o la falta de legitimación de las partes.

El art. 34.III CB establece que el tribunal de la ejecución no debe revisar el contenido de las resoluciones, y se ha sostenido que dicho principio debe ser aplicado también a los documentos públicos[193] y a las transacciones judiciales de los arts. 50 y 51 CB. En el Reglamento se mantiene idén-

190. Decimos que sólo teóricamente se reduce la operatividad del orden público como causa de denegación del *exequatur* porque hasta el momento ha recibido una interpretación acorde con la modificación introducida, esto es, se había ya interpretado que la violación debía ser de especial gravedad en cuanto referida a un principio fundamental del ordenamiento del Estado requerido y es éste el sentido del adverbio "manifiestamente" incluido en el art. 57 R (v. por todos MERLIN, E., "Riconoscimento ed esecutività..., ob. cit., p. 441). En cualquier caso, la limitación del ámbito de esta causa de oposición no sería suficiente para quienes, como BIAVATI, P., "Le prospettive di riforma della Convenzione di Bruxelles", ob. cit., p. 1212 y ss. abogaban por su absoluta supresión, aún admitiendo que no ha constituido un obstáculo a la libre circulación de los títulos.

191. O'MALLEY-LAYTON, *European Civil Practice*, ob. cit., p. 817.

192. En este sentido, DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire...*, ob. cit., p. 396 entiende que cuando se solicita el *exequatur* de un acto público extranjero el juez no puede verificar más que el origen del acto y su conformidad con el orden público.

Para MAYER, P., *Droit international privé,* ob. cit., 304 y 305, el CB y el CL sobordinan el *exequatur* de los actos auténticos formalizados en un Estado parte a la verificación de la regularidad intrínseca y la conformidad con el orden público. La misma solución vale para las transacciones judiciales ejecutivas en el Estado de origen. Este autor entiende por regularidad intrínseca, las cuestiones atinentes a 1) competencia *ratione materiae* o *ratione loci*; 2) el cumplimiento de las formalidades previstas por la *lex auctoris*.

193. O'MALLEY-LAYTON, *European Civil Practice*, ob. cit., p. 818.

tica norma (art. 45.2 R), y nada obsta para considerar que debe ser aplicada a los títulos ejecutivos de los arts. 57 y 58 R.

Tampoco ha lugar controlar la competencia del funcionario, autoridad o fedatario público que otorgó el documento, puesto que las normas de competencia contenidas en el CB únicamente están destinadas a regular la competencia judicial y, de otro lado, dichas personas pueden intervenir en relación con materias que quedan excluidas de la jurisdicción de su Estado[194].

e) Suspensión del procedimiento y ejecución provisional

La suspensión del procedimiento está prevista únicamente en relación con el *exequatur* de resoluciones judiciales, por cuanto que dicha posibilidad se hace depender de la firmeza del título judicial, esto es, de si ha sido o puede ser objeto de recurso en el Estado de origen (art. 46.1 R y art. 38 CB). Hay que puntualizar que en el art. 46.1 R se está previendo la posibilidad de suspender el procedimiento de reconocimiento del efecto ejecutivo, y no la suspensión de la ejecución propiamente dicha. Así es, si el título ejecutivo judicial está pendiente de impugnación (mediante un recurso ordinario) y el procedimiento de *exequatur* no ha finalizado, el tribunal podrá suspender dicho procedimiento. Ahora bien, si ha recaído ya resolución favorable a la solicitud de concesión del efecto ejecutivo, el tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución, o bien permitir que la ejecución siga adelante subordinándola, en su caso, a la prestación de una garantía en virtud del art. 46.3 R.

Obviamente, el presupuesto exigido tanto para la suspensión del *exequatur* cuanto para la suspensión de la ejecución, o para subordinar ésta a la constitución de una garantía, no puede concurrir jamás tratándose del *exequatur* de una transacción judicial o de un documento público, por cuanto que estos títulos no se hayan sometidos al régimen de impugnación propio de las resoluciones judiciales. No obstante, podría sostenerse la aplicación analógica del art. 46.1 R cuando exista contemporáneamente al *exequatur* o a la ejecución propiamente dicha un proceso pendiente en el que se discuta la validez del título.

La ejecución provisional del título procede en dos casos: en primer lugar, cuando habiendo finalizado el procedimiento de *exequatur* con una

194. DROZ, G.A.L., "L'activité notariale internationale", *Recueil...*, p. 125.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

resolución de reconocimiento de la eficacia ejecutiva del título, éste sea objeto de impugnación (caso de las resoluciones judiciales) o de una acción de nulidad (para las transacciones judiciales y documentos públicos); y, en segundo lugar, cuando se haya interpuesto el recurso del art. 44 R. Si embargo, parece ser interpretación común que, en virtud de la norma del art. 47.3 R (39.I CB), durante el plazo para interponer el recurso del art. 43.5 R y en tanto éste no haya sido resuelto, no es posible acordar la ejecución provisional, aunque si es posible la adopción de medidas cautelares. La solución parece razonable en atención a la ausencia de contradicción y al carácter casi automático de la primera fase del procedimiento de *exequatur*. No obstante, la existencia de una certificación acerca del carácter ejecutivo del título y, en su caso, una eventual exigencia de caución al acreedor podría consentir la concesión de la ejecución provisional.

3. *Medidas cautelares*

En materia de medidas cautelares el Reglamento ha introducido una novedad muy relevante, especialmente teniendo en cuenta la duración en algunos Estados miembros de la primera fase del *exequatur*.

El Convenio de Bruselas (art. 39) únicamente preveía la posibilidad de adoptar medidas cautelares tras la obtención de una resolución favorable en la primera fase del *exequatur*. En efecto, según dispone el párrafo segundo de dicho artículo, la decisión que concede el *exequatur* implica la autorización para la adopción de dichas medidas, y en el párrafo primero se aludía al período que media entre la obtención de una decisión favorable al *exequatur* y la resolución del recurso. El CB no impedía la adopción de medidas tendentes a asegurar la eficacia del título con anterioridad a la resolución favorable de la solicitud de *exequatur*, pero precisamente por no estar prevista quedaba sometida a las normas procesales internas del Estado requerido y, en consecuencia, las garantías de la eficacia de la ejecución diferían en función del Estado miembro en el que se solicitara la ejecución[195].

195. La doctrina había puesto de manifiesto la necesidad de evitar que el deudor pudiera frustrar la ejecución del título mediante la adopción de las medidas oportunas sobre la base de la sentencia (DROZ, G.A.L., "Ce qui va et ce qui ne va pas en matière d'exécution des décisions", ob. cit., p. 68), lo que es extensible al resto de títulos ejecutivos.

Sin embargo, el art. 47.1 R establece que:

> "Cuando debiere reconocerse una resolución con arreglo al presente Reglamento, nada impedirá al solicitante instar la adopción de medidas provisionales, incluidas las medidas cautelares, de conformidad con la legislación del Estado miembro requerido, sin que resulte necesario el otorgamiento de la ejecución conforme al art. 41".

Hay que destacar que la norma transcrita no condiciona la adopción de medidas cautelares a la efectiva presentación de la solicitud. La expresión "cuando debiere reconocerse" da cabida a una petición de medidas cautelares tanto anterior, como simultánea o posterior a la solicitud del *exequatur*. En todo caso, la determinación de los presupuestos de adopción y las medidas concretas a adoptar quedan sometidas a la ley del Estado requerido. Pero en materia de presupuestos de las medidas cautelares en estos supuestos y en orden a garantizar la eficacia del título y la concesión de una tutela similar en los diversos Estados miembros, sería conveniente una cierta homogeneidad de los ordenamientos internos, en el sentido de que la aportación de la certificación de los Anexos V y VI constituyera prueba suficiente para integrar el *fumus boni iuris* y que el *periculum in mora* tuviera un carácter absolutamente objetivo que vendría dado por el necesario lapso de tiempo que debe consumir el procedimiento.

El segundo párrafo del art. 47 R mantiene, con alguna modificación básicamente de estilo, la norma del art. 39.II CB, en virtud de la cual la concesión del *exequatur* en la primera fase del procedimiento constituye título suficiente para la adopción de medidas cautelares. En consecuencia, dado que el otorgamiento del *exequatur* comporta (CB) o incluye (R) la autorización para proceder a garantizar la eficacia del título ejecutivo, quedan directamente obviados los presupuestos relativos al *periculum in mora* y al *fumus boni iuris*[196].

196. Sin embargo, parece discutible si el tribunal del Estado requerido puede subordinar la adopción de medidas cautelares a la constitución de una caución por parte del ejecutante. En primer lugar, cuando en el art. 46 se regula la ejecución provisional para el caso de que la resolución judicial esté pendiente de una impugnación en el Estado de origen, se prevé expresamente la posibilidad de subordinar la ejecución provisional a una caución y, sin embargo, nada se dice al respecto en el art. 47.2. Además, hay que tener en cuenta que estamos en presencia de un título que es ejecutivo en el Estado de origen y que no se está discutiendo sobre el fondo del asunto, sino sobre el reconocimiento de su eficacia ejecutiva en

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Finalmente, en el párrafo 3 del art. 47 R se reproduce el art. 39.I CB, se establece una limitación relativa a las medidas cautelares que es posible adoptar en el período que media entre la decisión que concede el *exequatur* y, en su caso, la resolución del recurso establecido en el art. 43.5 R. Durante dicho período, según la mencionada norma, "solamente se podrán adoptar medidas cautelares sobre los bienes de la parte contra la que se hubiere solicitado la ejecución".

4. *Coste del procedimiento*[197]

El art. 2 TUE establece como uno de los objetivos del a Unión el mantenimiento y desarrollo de un espacio de libertad, seguridad y justicia. Es generalmente admitido que ello comporta, de un lado, que los ciudadanos europeos puedan hacer valer sus derechos en cualquier Estado de la UE con las mismas garantías que ante los tribunales de su país y, de otro lado, que puedan ser parte en un juicio en un Estado miembro en igualdad de condiciones con los ciudadanos de ese Estado miembro. Si este es el objetivo, no cabe la menor duda de que el coste del proceso constituye un elemento de capital importancia para la consecución de la igualdad de trato[198]. En este

un sistema que parte de la base de la regularidad del título y en el que las causas de denegación del *exequatur* son muy limitadas. Todo ello hace pensar que no debiera exigírsele caución al solicitante, no obstante, el mantenimiento de un cierto equilibrio entre la posición de ambas partes abogaría en pro de la posibilidad de exigir al solicitante que garantizara su eventual responsabilidad derivada de la adopción de medidas cautelares. Tal vez la solución más prudente sea la de dejar a la consideración del tribunal, atendidas las circunstancias del caso, la necesidad o no de exigir caución.

197. Sobre la relevancia del coste del procedimiento de *exequatur*, es especialmente contundente DROZ, G.A.L., "Ce qui va et ce qui ne va pas en matière d'exécution des décisions", ob. cit., p. 67: *"L'élément temps est donc important. L'élément coût ne l'est pas moins. Si le demandeur doit dépenser une fortune pour prendre des mesures conservatoires à l'étranger, puis faire exécuter le jugement, la Convention ne sera pas respectée."*

198. En el seno de la UE y con motivo de la creación de un espacio europeo de justicia, existe una efectiva preocupación por el coste del proceso como elemento fundamental para la consecución de la igualdad de acceso a la justicia. En relación con la cooperación judicial en materia civil, en el "Plan d'action du Conseil et de la Commission concernant les modalités optimales de mise en oeuvre des dispositions du traité d'Amsterdam relatives à l'établissement d'un espace de liberté, de sécurité et de justice" *Doc. N. 13844/98* (http://ue.eu.int/ejn/data/vol_a/1_programmes_de_travail_plans_d_action/13844fr.html) se prevé como medida a adoptar en el plazo de cinco años, individuar las normas procesales con implicaciones transfronterizas que es necesario armonizar a fin de facilitar el acceso de

sentido, tanto en el Convenio de Bruselas como en el Reglamento Bruselas I, se recogen disposiciones relativas a la asistencia jurídica gratuita, a la prohibición de la *cautio iudicatum solvi* y a la no-exigencia de tasas judiciales.

No obstante, no hay que olvidar que la ejecución de un título ejecutivo, judicial o extrajudicial, al amparo del CB, CL o, en un futuro próximo, del Reglamento Bruselas I comporta, en relación con la ejecución en el país de origen, una serie de costes adicionales derivados del carácter transfronterizo del proceso. Dichos costes son, fundamentalmente, 1) los derivados de la necesidad de contar con los servicios de dos abogados —uno en el Estado de origen del título y otro en el Estado requerido—, 2) los originados con motivo de traducciones y/o intérpretes, y 3) finalmente podrían citarse otros gastos varios, generados en su mayor medida por la necesidad de trasladarse de los testigos, partes, abogados...[199] Recuperar dichos costes dependerá del sistema de condena en costas vigente en cada uno de los Estados de la UE, por lo que las normas relativas al coste del proceso incluidas en los textos mencionados, no son suficientes para mitigar los costes adicionales que implica efectuar la ejecución en un Estado miembro distinto del de origen.

a) *Justicia gratuita*

El art. 50 R[200] dispone que el solicitante que en el Estado miembro de origen hubiere obtenido total o parcialmente el beneficio de justicia gratuita o una exención de costas y gastos gozará, en el procedimiento previsto en la presente sección, del beneficio de justicia gratuita más favorable o de la exención más amplia prevista por el Derecho del Estado miembro requerido.

los ciudadanos europeos a la justicia, así como la adopción de medidas dirigidas a mejorar la compatibilidad de los procesos civiles. En particular se hace mención a los aspectos relacionados con el coste del proceso: constitución de cauciones para los gastos judiciales y los gastos del demandado, la concesión de asistencia jurídica y otros eventuales obstáculos de naturaleza económica. V. en esta línea la reciente Propuesta de Directiva del Consejo, presentada por la Comisión, destinada a mejorar el acceso a la justicia en los litigios transfronterizos mediante el establecimiento de reglas mínimas comunes relativas a la justicia gratuita y otros aspectos financieros vinculados a los juicios civiles, Bruselas, 18 de enero de 2002, cit.

199. Libro Verde de la Comisión: "Asistencia jurídica en litigios civiles: Problemas para el litigante transfronterizo", Bruselas, 9 de febrero de 2000, COM (2000) 51 final.

200. Dicho artículo se corresponde con el art. 44 CB.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Esta norma está pensada básicamente para el supuesto de ejecución de resoluciones y de transacciones judiciales, pues obviamente no tiene lugar en relación con los documentos públicos. Así es, la ejecución de una resolución o de una transacción judicial al amparo del Reglamento o del CB presupone la existencia de un proceso en un Estado miembro distinto al Estado requerido, en el que el acreedor ha podido obtener el beneficio de justicia gratuita. Sin embargo, tratándose de la ejecución de un documento público, el solicitante de *exequatur* tendrá necesariamente que solicitar la justicia gratuita en el Estado requerido, por lo que no habrá lugar a la aplicación del mencionado art. 50.

Hay que señalar que el art. 50 R alude al reconocimiento automático de la asistencia jurídica al "solicitante" y únicamente referido al procedimiento de reconocimiento de eficacia ejecutiva del título. Según el Informe JENARD relativo al Convenio de Bruselas, el automatismo en el reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita establecido el art. 44 CB —paralelo al art. 50 R— únicamente alcanza a la solicitud de *exequatur* y no cubre ni los eventuales recursos de dicho procedimiento ni, en su caso, la ejecución del título. Ello se justifica indicando que el objetivo de este reconocimiento automático es no hacer de peor condición al litigante que carece de los suficientes recursos económicos, quien de otro modo no podría beneficiarse de la rapidez del procedimiento de *exequatur* y del efecto sorpresa que se pretende con el mismo.[201] La interpretación que se ofrece en dicho informe es restrictiva por cuanto que el art. 44 CB alude a todo el procedimiento, incluidos los recursos. No obstante, si el único que puede beneficiarse de este reconocimiento automático según el tenor literal de la norma es el solicitante, necesariamente debe restringirse la norma a la primera instancia del procedimiento pues, en otro caso, hubiera supuesto un trato desigual en relación con la persona contra la que se solicita la ejecución.

Otra interpretación posible consistiría en entender que el reconocimiento automático de la asistencia jurídica gratuita alcanza a todo el procedimiento de *exequatur* y, dado que se otorga un trato discriminatorio e injustificado al deudor, este debería poder beneficiarse también de la

201. Para la obtención de la asistencia jurídica gratuita en la fase de impugnación y para le ejecución propiamente dicha, habría que aplicar las oportunas disposiciones del Convenio de la Haya de 1 de marzo de 1954.

norma.[202] Podría añadirse que el Reglamento bien hubiera podido ser más generoso en este punto, incluso haciendo extensiva la norma a la ejecución propiamente dicha.

De un estudio comparativo de los regímenes de asistencia jurídica vigentes en los Estados miembros se desprende que los sistemas nacionales presentan grandes diferencias en cuanto a su "filosofía, la organización y la gestión"[203], por lo que todavía estamos lejos de conseguir una equiparación de los justiciables europeos en este punto. Tal vez el obstáculo más relevante, por cuanto que afecta a la posibilidad misma de obtener la asistencia jurídica, radica en la exigencia de requisitos de nacionalidad o residencia del solicitante en el Estado en el que se solicita tal beneficio. Siguiendo la opinión expuesta en el mencionado Libro Verde de la Comisión, en aplicación del art. 12 TCE y teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJCE sobre cuestiones análogas, no puede invocarse contra un ciudadano comunitario una norma que restrinja la concesión de la asistencia jurídica a los nacionales, a los residentes o a los que estén presentes en el Estado de acogida[204].

Por último, indicar que la norma contenida en el art. 50 R presenta la gran ventaja de establecer un reconocimiento automático de la asistencia jurídica en el Estado requerido, sin necesidad de tener que iniciar el procedimiento establecido a tal efecto en dicho Estado, con los problemas que ello pudiera comportar debido sobre todo a los diferentes presupuestos y al tiempo que se precisa para la tramitación de este expediente. Pero hay también que señalar que dicha norma puede originar una discriminación positi-

202. Nótese que en la certificación del carácter ejecutivo de las resoluciones judiciales y transacciones recogida en el Anexo V del Reglamento, se prevé que debe constar: "5. Nombre de *las partes* a las que se ha concedido el beneficio de justicia gratuita".

203. Libro Verde de la Comisión: "Asistencia jurídica..., cit. Así, por ejemplo, la asistencia jurídica gratuita puede consistir en: 1º la prestación de la asesoría jurídica o de la representación ante los tribunales a título gratuito o a bajo coste; 2º la exención total o parcial de otras costas procesales; 3º la asistencia económica directa destinada a sufragar las costas. En cuanto a la "filosofía", mientras en unos países el objetivo de la asistencia jurídica gratuita es permitir a todos los ciudadanos el acceso a la tutela judicial, en otros únicamente alcanza a los ciudadanos de peor condición económica puesto que constituye un complemento de la asistencia social.

204. Como acertadamente se señala en el reiteradamente citado Libro Verde, la exigencia de residencia o de presencia en el Estado en el que se solicita la asistencia jurídica constituiría una discriminación encubierta aun aplicándose tanto a nacionales como a extranjeros, por cuanto que en la práctica es mucho más probable que el requisito sea cumplido por los nacionales.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

va del litigante extranjero respecto del nacional dado que se le aplica siempre el régimen más beneficioso.

b) Prohibición de la cautio iudicatum solvi

El art. 51 R[205], establece que "a la parte que instare en un Estado miembro la ejecución de una resolución dictada en otro Estado miembro no podrá exigírsele caución o depósito alguno, sea cual fuere su denominación, por su condición de extranjero o por no estar domiciliado o no ser residente en el Estado miembro requerido. En consecuencia, es irrelevante que el solicitante tenga su domicilio o residencia en un Estado miembro puesto que el único elemento relevante a efectos del art. 51 R es la solicitud de ejecución de un título proveniente de otro Estado parte.

c) Supresión tasas judiciales

El art. 52 R establece, como medida que coadyuva a la efectiva circulación de los títulos ejecutivos, que el "Estado miembro requerido no percibirá impuesto, derecho ni tasa alguna, proporcional al valor del litigio, en los procedimientos relativos al otorgamiento de la ejecución"[206].

VI. La ejecución propiamente dicha

1. Alcance de la regla lex fori regit processum

Nadie discute que, en virtud del principio *lex fori regit processum*, es la ley procesal del Estado requerido la que debe regular la ejecución o el juicio ejecutivo necesario para dar cumplimiento al título y, como se ha apuntado, las diferencias entre los distintos sistemas procesales en este ámbito son grandes. No obstante, el Convenio asegura que los títulos ejecutivos contemplados en el art. 50 CB puedan circular en los países de la UE, lo que implica necesariamente tener que superar determinadas limitaciones que eventualmente pueden venir impuestas por la ley que debe regir la ejecución. En otras palabras, no se aplican todas aquellas normas

205. Al igual que el art. 45 CB.

206. Esta norma no estaba incluida en el texto del CB, pero sí en el Protocolo anejo, art. III.

procesales internas que limiten las disposiciones del Convenio de Bruselas. En particular, no deberán ser aplicados los preceptos que excluyen la ejecución de un título en función de las características de la obligación que contienen, como por ejemplo, la exigencia de una cuantía mínima de la deuda (art. 520 LEC), o la exclusión de la ejecución de las obligaciones no dinerarias (474.3 CPC).

Otro de los problemas que puede plantear la ejecución de un documento público es la elección del procedimiento adecuado. Puede darse que en el Estado requerido coexistan diversos juicios o procedimientos de carácter ejecutivo establecidos en función del título ejecutivo o de la obligación que se pretende actuar. Así, por ejemplo, en España existe una regulación general de la ejecución dineraria (Título IV Libro III LEC) y unas normas especiales que deben aplicarse cuando deba recaer sobre bienes hipotecados o pignorados (arts. 681 y ss. LEC). Las especialidades establecidas para la ejecución hipotecaria y pignoraticia no son meramente formales, sino que afectan a cuestiones tan relevantes como pueden ser las causas de oposición a la ejecución, por lo que la elección de uno u otro procedimiento puede tener trascendencia en relación con la eficacia del título. Para que este procedimiento especial resulte de aplicación la LEC exige, entre otros requisitos, que en la escritura de constitución de la hipoteca "conste un domicilio, que fijará el deudor, para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones" (art. 682.2.2° LEC). Supongamos que se pretende ejecutar en España una hipoteca instrumentada en un documento público con fuerza ejecutiva según el ordenamiento del Estado de origen, y que en dicho documento falta el requisito de la determinación del domicilio. La cuestión que se plantea es si se debe acudir sin más al procedimiento común de ejecución dineraria o si existe alguna razón que justifique la aplicación del procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

Sin duda la solución más sencilla es la aplicación de las normas procesales del foro otorgando igual tratamiento al título extranjero que al nacional, lo que supone, en el caso planteado, que la hipoteca extranjera se tenga que ejecutar conforme a lo dispuesto en los arts. 571 y ss. LEC, en lugar de los arts. 681 y ss. LEC, si falta alguno de los requisitos exigidos para la aplicación del procedimiento especial. Otra opción, probablemente más acorde con la finalidad de la libre circulación de los títulos, consistiría en examinar qué clase de tutela ejecutiva confiere el Estado de origen al título que se pretende ejecutar y aplicar el procedimiento del Estado requerido

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

que presente mayores analogías. En definitiva, se trata de aplicar el criterio según el cual el documento público debe gozar en el Estado requerido, en la medida de lo posible, de la misma eficacia que en el Estado de origen[207].

Pero esta solución, aún siendo preferible, plantea problemas de no fácil solución. En primer lugar, la comparación entre dos procedimientos o vías de ejecución obliga a sopesar no sólo la tutela ofrecida al acreedor ejecutante, sino también las posibilidades de defensa otorgadas al deudor e, incluso, la posible intervención de terceros, de forma que la opción por uno u otro procedimiento del foro puede suponer un perjuicio únicamente para uno de los posibles sujetos de la ejecución. En segundo lugar habrá que establecer quién, cuando y cómo se realiza la opción por un proceso u otro. Por último, habría que valorar si la falta de concurrencia de los presupuestos exigidos por la *lex fori* para acceder a un determinado procedimiento pueden o no ser subsanados. Es decir, siguiendo con el ejemplo planteado, si la ausencia del domicilio del deudor a efectos de notificaciones en el documento supone un defecto de tal entidad que impide seguir los trámites de la ejecución hipotecaria o si, por el contrario, dicho requisito puede ser cumplido de algún modo sin que se resientan las garantías de las partes.

2. *La oposición a la ejecución*

a) Las causas de oposición

Hay que distinguir los requisitos exigidos por el Convenio de Bruselas para que en un Estado parte pueda procederse a la ejecución de un título otorgado en otro estado parte, de las causas de oposición a la ejecución. Mientras que los primeros se hallan establecidos en el texto internacional (fuerza ejecutiva, reunir los requisitos del Estado de origen para ser considerado documento público o transacción judicial y no contravenir el orden público del Estado requerido) y deben ser examinados con anterioridad a la concesión de la ejecución en el Estado requerido, las causas de oposición a la ejecución vienen dadas por la ley del foro al tratarse de una cuestión estrictamente procesal.

207. Este principio ha sido establecido por el TJCE en relación con el reconocimiento de las resoluciones judiciales (STJCE, de 4 de febrero de 1988, c. 145/86, *as. Hoffman y Krieg*).

En consecuencia, no se opone al Convenio, aunque tal vez sí a su eficacia práctica, la existencia de un régimen interno que prevea una amplia gama de causas de oposición: pluspetición, nulidad del título, compensación, pago... Lo que no parece aceptable es que el deudor pueda oponerse a la ejecución por carecer el título de requisitos exigidos por la ley del Estado requerido pero no por el Estado de origen en orden a la concesión de la eficacia ejecutiva. Los requisitos del título deben venir impuestos por la ley del Estado de origen y no por la ley del Estado de la ejecución, porque en el caso de que ésta fuera más estricta necesariamente conduciría a la negación de eficacia ejecutiva a títulos que la tienen reconocida en el Estado de origen. Así, por ejemplo, si la exigencia de una cuantía mínima de la obligación es un presupuesto desconocido en el Estado de origen o si en el Estado de la ejecución la cuantía mínima exigida es más elevada.

También es preciso puntualizar la diferencia existente entre la ley reguladora de las causas de oposición y la ley aplicable para la resolución de las mismas. En efecto, como ya se ha dicho, la amplitud de la oposición o las normas que determinan las eventuales causas de oposición son normas procesales y, por lo tanto, hay que buscarlas en la *lex fori*. Si dichas causas de oposición tienen por objeto defectos de carácter procesal (comparecencia de las partes, competencia,...) es cuestión pacífica que deben ser resueltas conforme a la *lex fori*. El problema se plantea, como bien expone CONSOLO[208], cuando el ejecutado plantea oposición sobre el fondo, de modo que se discute el derecho a proceder a la ejecución forzosa por la extinción sobrevenida del crédito contenido en el título.

Pero la ley aplicable al *negotium* o a los requisitos exigidos al *instrumentum* como presupuestos de la ejecución deben determinarse en función de la oportuna norma de conflicto.

Por último, cabe mencionar STJCE de 4 de febrero de 1988, asunto 145/86, *Hoffmann c. Krieg*, en la que se estableció que en la oposición a la ejecución no se pueden hacer valer todas aquellas cuestiones que, pudiendo haber sido alegadas en el procedimiento de *exequatur*, no se alegaron. Si bien esta sentencia se refería a la ejecución de una resolución judicial el principio resulta plenamente aplicable a los títulos extrajudiciales.

208. CONSOLO, C.,"Limiti alla esecuzione di decisioni straniere", ob. cit., p. 399.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) La impugnación de la validez del título: causa de oposición o motivo de suspensión

La cuestión de la validez del título como presupuesto de su eficacia ejecutiva fue suscitada por primera vez por Droz[209], quien consideraba que por acto auténtico en el sentido del art. 50 CB hay que entender un acto público válido. Así, la validez del acto constituiría una condición positiva del *exequatur*. El propio autor sostenía que el juez del *exequatur* no puede controlar de oficio la validez del título, sino que para poder proceder a su examen se requiere instancia de parte. Es más, niega la competencia del juez ante el que se solicita la ejecución para conocer del juicio de nulidad, por cuanto que éste quedará sometido a las normas de competencia judicial internacional del CB.

Esta es también la opinión de DE LEVAL[210], para quien la fuerza ejecutiva sólo puede desplegarse a favor de un acto válido, pero la concesión de la eficacia ejecutiva a un título público extranjero no depende de un control *a priori* de su validez, puesto que la validez o nulidad del acto es una cuestión de fondo que debe plantearse ante el juez competente en función de las normas de competencia directa.

En la obra de O'MALLEY-LAYTON[211] parece que se exige la validez del acto como presupuesto de la ejecución del título, o al menos algún autor así lo ha interpretado. En realidad en esta obra se distingue, correctamente, entre *"validity of the instrument"* y *"substance of the obligation"*. Así es, en primer lugar, la persona contra la cual se pretende ejecutar el documento puede oponerse alegando que carece de las condiciones exigidas por el art. 50 CB, es decir, que no tiene la condición de documento público o que no es ejecutivo según la ley del Estado de origen. En segundo lugar, el ejecutado puede fundar su oposición en causas atinentes no al título, sino a la obligación, en cuyo caso debe iniciar el proceso oportuno ante la jurisdicción que resulte de la aplicación de las normas de competencia judicial internacional del título segundo del CB. En cualquier caso, tanto la validez del instrumento cuanto las causas de oposición en cuanto al fondo, según la obra citada, no constituyen presupuestos cuya concurrencia el juez deba examinar antes de conceder la ejecución, sino que son cuestiones que se plantean en el momento de la oposición a la ejecución del título[212].

No puede sostenerse que FRAGISTAS[213] considere la validez del título como presupuesto que debe ser examinado con carácter previo a la concesión de la ejecución, cuando manifiesta que a la ejecución de un acto "auténtico", válido y con eficacia ejecutiva en el país de origen, únicamente se puede oponer su contrariedad al orden público. No obstante, hay que puntualizar que el autor no alude, o no debería aludir, a la oposición a la ejecución propiamente dicha, sino al trámite previo de control de la regularidad del título.

c) Límites de la competencia del juez de la ejecución (art. 22.5 R y 16.5 CB)

Según disponen los arts. 22.5 R y 16.5 CB, en materia de ejecución de las resoluciones judiciales son exclusivamente competentes, sin consideración del domicilio, los tribunales del Estado contratante del lugar de la ejecución. El problema que plantea esta norma es establecer el alcance de la expresión "en materia de ejecución".

Es una cuestión pacífica que la ejecución se reserva con carácter exclusivo a los tribunales del Estado en el que deba tener lugar. Nadie pondría en tela de juicio que a dichos órganos corresponde, por ejemplo, practicar los oportunos embargos, asegurar la traba,...[214] En el informe JENARD[215] so-

209. DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire...*, ob. cit., p. 393 y ss. Según este autor, el hecho de que un acto notarial francés esté revestido de la fórmula ejecutiva no implica que necesariamente pueda ser ejecutado en otro país de la UE "contra toda defensa". Ello implicaría otorgar al documento público una especie de inmunidad que el buen sentido rechaza admitir. En consecuencia, es necesario permitir a la persona contra quien se insta la ejecución alegar la nulidad del acto bien por motivos de fondo o de forma. Opiniones éstas mantenidas por el autor en fechas más recientes: "L'activité notariale internationale", *Recueil...*, ob. cit., p. 128.

210. LEVAL, G. De, "Une harmonisation des procédures d'exécution dans l'Union Européenne est-elle concevable?", ob. cit., p. 752.

211. O'MALLEY-LAYTON, *European Civil Practice*, ob. cit., p. 818 y 820.

212. En la misma línea se sitúa MUIR WATT, H., "La rencontre dans l'espace de figures hybrides..., ob.cit. p. 719: El *exequatur* permite al acto extranjero beneficiarse de la fuerza probatoria o ejecutiva de los instrumentos públicos del foro, pero no prejuzga la validez del acuerdo.

213. FRAGISTAS, C., "Deux conventions multilaterales recentes sur la reconnaissance des jugements étrangers", *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1968, p. 745-779, esp. p. 774: *"A l'exécution d'un acte authentique, valide et exécutoire dans le pays de son origine, on ne peut opposer que sa contrariété à l'ordre public de l'Etat requis"*.

214. Así, por ejemplo, PERROT-THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, ob. cit., p. 40, n. 37 y 38, exponen que el art. 16.5 CB hace referencia a todas las medidas de ejecución forzosa: las medidas de ejecución practicadas sobre bienes sitos en Francia sólo pueden ser las contempladas por la ley francesa, y la discusión sobre la validez y regularidad de esas medidas es competencia exclusiva de los tribunales franceses.

215. Cit., p. 154.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

bre el Convenio de Bruselas se entiende que quedan incluidos en el ámbito de la competencia exclusiva del art. 16.5 CB "los litigios a que puede dar lugar «el recurso a la fuerza, al apremio o a la expropiación de bienes muebles e inmuebles con vistas a garantizar la ejecución material de las resoluciones judiciales, de los actos» [] Las dificultades originadas por dichos procedimientos serán de la competencia exclusiva del tribunal del lugar de la ejecución".

El problema al que en el mencionado informe no se da respuesta, se halla en determinar hasta donde alcanza la competencia de los órganos jurisdiccionales del Estado de la ejecución en función de las causas de oposición alegadas. En efecto, la oposición supone un cauce a través del cual se puede introducir en el juicio de ejecución una controversia cuyo conocimiento, si fuera planteada de forma independiente de la ejecución, vendría atribuido a los tribunales de un Estado distinto en aplicación de las normas de competencia judicial internacional establecidas en el propio Reglamento (o en el CB). Si ello es así hay que determinar si el art. 22.5 R (o el art. 16.5 CB) debe prevalecer sobre las normas de competencia judicial internacional contenidas en el Capítulo II R (o Título II CB).

Como cuestión previa hay que puntualizar que aunque los arts. 22.5 R y 16.5 CB se refieren a la ejecución de resoluciones judiciales, puede aplicarse analógicamente a la ejecución del resto de títulos.

Sobre esta cuestión existe jurisprudencia del TJCE relativa a la compensación de créditos. En primer lugar hay que hacer referencia a la STJCE 4 de julio de 1985 C 220/84, as. *Autoteile Service Gmbh c. P Malhé*[216],

216. La sentencia puede consultarse en el sito internet del TJCE (curia.eu.int/es/index.htm), así como en *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1986, III, p. 714-717.

Los hechos relevantes del caso pueden resumirse como sigue: Autoteile obtiene una condena pecuniaria en Alemania contra Malhé, pero en apelación se revoca la sentencia por falta de jurisdicción con base en el art. 2 CB, y posteriormente en casación se confirma la sentencia de apelación. Tras la apelación, el tribunal de 1ª instancia establece mediante una resolución ejecutiva la liquidez costas a cargo de Autoteile, quien se opone a la ejecución haciendo valer el § 767 ZPO. Este precepto establece: 1. Las excepciones sobre el fondo relativas al derecho de crédito declarado en la sentencia deben ser alegadas por el deudor mediante demanda que se propone ante el juez que ha conocido de la primera instancia. 2. Dichas excepciones son admisibles sólo cuando los motivos que las fundan sean posteriores al debate en el cual debieron hacerse valer y siempre que no puedan alegarse mediante Einspruch (art. 700 ZPO). 3. En la demanda el deudor debe proponer todas las excepciones sobre el fondo de pueda hacer valer en ese momento.

en la que se dilucida si en el ámbito de un proceso de ejecución una parte puede hacer valer como excepción, un crédito para el cual los jueces del Estado de la ejecución no serían competentes en el caso de que se reclamase de forma autónoma. Según la corte internacional el análisis de la cuestión debe partir de la puesta en relación de los arts. 2 y 16 CB: el art. 16 CB introduce concretas derogaciones a la norma general del art. 2 CB bajo la forma de competencias exclusivas, para algunas controversias que presentan particulares elementos de vinculación con el territorio de un Estado parte distinto del designado por el art. 2 CB. Este carácter específico de la vinculación exigida por el art. 16 CB, impide hacer uso de la competencia que el art. 16.5 CB atribuye al juez de la ejecución para someter a éste, mediante la formulación de excepciones, una pretensión que hecha valer como acción vendría atribuida a la jurisdicción de otro Estado parte en aplicación del art. 2 CB. En consecuencia, si bien se considera que las oposiciones a la ejecución contempladas en el § 767 ZPO alemana quedan incluidas en la norma de competencia del art. 16.5 CB, el TJCE excluye la posibilidad de prórroga de jurisdicción que tenga su causa en el planteamiento de un incidente sobre el fondo en el seno de la ejecución. Con ello la Corte no sólo pretende proteger los intereses del demandado, sino también impedir una desviación fraudulenta o abusiva del proceso, como en el caso planteado[217].

Autoteile alega la compensación de las costas con el crédito que constituyó el objeto del juicio en el que se produjo la condena en costas, esto es, esgrime en la oposición un crédito para cuyo conocimiento la jurisdicción alemana ya se había declarado incompetente. En consecuencia, el tribunal se declara incompetente con base en que la oposición planteada era conexa a una demanda ya declarada inadmisible por incompetencia de los jueces alemanes. Posteriormente, en casación se plantean las cuestiones prejudiciales siguientes: 1) Si la oposición a la ejecución del art. 767 ZPO se encuadra en el art. 16.5 CB. 2) Si, según el art. 16.5 CB, se puede alegar ante el juez de la ejecución la compensación del crédito por el cual se debe proceder a la ejecución con un crédito que, si se hiciera valer autónomamente, los jueces del Estado de la ejecución no serían competentes. 3) Si la competencia del art. 16.5 se extiende a un procedimiento en el que el deudor, alegando la inadmisibilidad de la ejecución forzosa, pretende la restitución del documento del que resulta la caución ofrecida por el propio deudor para evitar la ejecución.

217. Si se admite la jurisprudencia del TJCE, habría que preguntarse, con Droz, si el juez de la ejecución o del *exequatur* puede decidir sobre la nulidad cuando ésta se debe a cuestiones sobre la capacidad de las personas, régimen matrimonial o sucesiones, es decir, en relación con las materias del art. 27.4 CB, excluidas del ámbito de aplicación del CB. Droz, G.A.L., *Compétence judiciaire...*, ob. cit., p. 396 y 397.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Siguiendo esta doctrina y en relación con los documentos públicos y con las transacciones de los arts. 50 y 51 CB / 57 y 58 R, la determinación de la competencia judicial internacional para conocer de la nulidad del título basada en un defecto bien del *negotium*, bien del *instrumentum*, no puede basarse en la regla del art. 16.5 CB o del nuevo art. 22.5 R, sino que deben ser aplicadas las restantes normas de competencia contenidas en el Convenio[218]. En tal caso, aplicando analógicamente los arts. 38 y 39 CB / 46 y 47 R, cabe la posibilidad de suspender la ejecución hasta que se haya resuelto sobre la validez del título. El juez podrá establecer un plazo para iniciar el juicio correspondiente y, a fin de evitar solicitudes de suspensión con efectos meramente dilatorios, podrá acordar las medidas cautelares que considere oportunas en orden a garantizar la eficaz ejecución del título. Sin embargo, todas las cuestiones de carácter procesal, en concreto, la oposición a los actos de ejecución o la concurrencia de los presupuestos procesales para el ejercicio de la acción ejecutiva, están en todo caso atribuida al juez de la ejecución, mientras que la oposición sobre el fondo quedaría sometida a las reglas generales de competencia del Convenio.

La doctrina del TJCE que se ha expuesto no ha estado exenta de críticas por parte de la doctrina. Una primera observación viene dada por las propias circunstancias del caso en el que se pronunció la corte europea. En efecto, tal y como se ha expuesto en nota precedente, el deudor pretendía realizar una utilización fraudulenta de la oposición, pero parece excesivo elevar a norma general una solución que es válida únicamente para un grupo especial de casos.

218. En este sentido DROZ, G.A.L., *Compétence judiciaire...*, ob. cit., p. 393 y ss., quien considera que este es un modo de evitar que se falseen las normas de competencia judicial internacional, y de evitar acciones de nulidad con simples efectos dilatorios. No obstante (p. 396-397), el autor se pregunta si el juez del *exequatur* puede decidir sobre la nulidad cuando ésta se debe a cuestiones sobre la capacidad de las personas, régimen matrimonial o sucesiones, es decir, en relación con las materias del art. 27.4 CB, excluidas del ámbito de aplicación del CB, puesto que dado que las normas de conflicto deberían ser aplicadas por el juez de la oposición. En "L'activité notariale internationale", *Recueil...*, ob. cit., p. 128 y 129 el autor mantiene su postura. También puede verse DE LEVAL, G., "Une harmonisation des procédures d'exécution dans l'Union Européenne est-elle concevable?", ob. cit., p. 752. O'MALLEY-LAYTON, *European Civil Practice*, ob. cit., p. 818 y 820 sostienen que el juez requerido tiene competencia para decidir sobre el carácter de documento público del título y sobre si goza o si carece de fuerza ejecutiva conforme a la ley del Estado de origen. Sin embargo, si lo que se discute es la *substance of the obligation* hay que acudir a las normas de competencia del Título II CB.

PERROT y THÉRY[219], se manifiestan a favor de la aplicación de la regla del *forum arresti*, no en materia de medidas cautelares, pero sí en sede de ejecución. Y ello con base en la regla según la cual *"le juge de l'action* est *le juge de l'exception"* que ha sido admitida en el ámbito internacional, y en la consideración de que la oposición constituye un incidente de la ejecución y, en esta medida, es razonable admitir la competencia internacional. También se ha desaprobado la jurisprudencia del TJCE por cuanto que impide la concentración en un mismo tribunal de todas las cuestiones relativas a un mismo litigio[220] o, en otras palabras, porque conduce al fraccionamiento de una cuestión unitaria[221].

VII. CONCLUSIONES

El Derecho procesal civil está siendo objeto de una transformación como consecuencia de las exigencias impuestas por el tráfico civil y, sobre todo, mercantil. Las estructuras tradicionales del juicio declarativo o juicio de cognición no son capaces de dar una respuesta satisfactoria a las necesidades de las partes y ello se ve agravado por la lentitud que padece más de una Administración de Justicia de los países de la UE. En la actualidad una adecuada protección del crédito, una tutela eficaz del acreedor exige tal vez no generalizar, pero si incrementar los supuestos en los que se invierte la tradicional lógica del proceso, según la cual la ejecución sigue a la declaración. En este contexto se está produciendo una proliferación de títulos judiciales resultado de juicios rápidos y sumarios, y se está dibujando una tendencia al reconocimiento de fuerza ejecutiva a títulos privados o con una escasa intervención pública, como respuesta a las exigencias mencionadas.

219. PERROT-THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, ob. cit., p. 47 y ss., n. 43 y 44. Además, dichos autores indican que el alcance práctico de la interpretación restrictiva ofrecida por el TJCE es limitada por cuanto que, tratándose de oposición, el acreedor ocupará siempre la posición de demandado y, en la mayoría de los casos, no tendrá ningún interés en denunciar la falta de competencia del juez de la ejecución.

220. HUET, A., Observ., *Journal de Droit International*, 1986, p. 451-453. No se decanta por una u otra postura GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventios...*, cit., p. 72 y 73.

221. MARI, L., *Il Diritto processuale civile della Convenzione di Bruxelles*, T. I "Il sistema della competenza, CEDAM, Padova, 1999, p. 557 y ss., esp. p. 559 y 560.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Pero, atendida la libre circulación de mercancías y capitales en la UE, las medidas internas no bastan para dar un adecuado tratamiento tanto a la creación de títulos ejecutivos cuanto a la ejecución de los ya contemplados por los ordenamientos internos.

El Convenio de Bruselas y el Reglamento Bruselas I, en efecto, aseguran la ejecución en un Estado miembro de las resoluciones judiciales, de los documentos públicos y de las transacciones provenientes de otro Estado miembro. Si tenemos en cuenta la evolución señalada en materia de títulos ejecutivos en los distintos países de la UE, parece que se imponga la necesidad de dar una interpretación a los arts. 50 y 51 CB lo más amplia posible o, cuando menos, una interpretación no restrictiva.

En definitiva, dos son los criterios fundamentales que han de guiar la aplicación de los arts. 50 y 51 CB. En primer lugar, calificar los títulos formalizados en otro Estado en función de los efectos procesales que el ordenamiento del Estado de origen le confiere y, en segundo lugar, procurar que en cuanto sea posible el título alcance en el Estado requerido una eficacia equivalente a la que le tendría en el Estado de origen.

Tal y como está configurada la ejecución de los documentos públicos y de las transacciones judiciales en el Convenio de Bruselas, puede resultar absolutamente ineficaz. Y ello porque resulta desproporcionado que el acreedor que posee un título ejecutivo, esto es, con un documento que en virtud de uno de los ordenamientos de los Estados miembros le permite acceder directamente a la ejecución, pueda verse obligado incluso a llegar hasta la casación para obtener una resolución que le diga que su título es válido en el Estado requerido y que puede iniciar la ejecución a través de un proceso en el que normalmente el deudor podrá oponerse o, en cualquier caso, habiendo ya empleado demasiado tiempo. Desde luego no se desconoce que para paliar los efectos negativos derivados de la duración del proceso existen los mecanismos de la ejecución provisional y de las medidas cautelares, pero o bien exigen la prestación de una garantía o bien no otorgan una total satisfacción al acreedor.

En materia de armonización de las legislaciones procesales aunque se han realizado importantes estudios y a pesar de los loables esfuerzos que se están dedicando, lo cierto es que aún queda gran parte del camino por recorrer como consecuencia de la complejidad del empeño.

Dada la importancia que han adquirido los títulos ejecutivos y los procesos de ejecución, una eventual armonización procesal en el ámbito de la UE no debería eludir estas cuestiones.

En concreto, y sin perjuicio de posteriores avances en la armonización, debería optarse de un modo más contundente por facilitar la circulación de todos los títulos que en virtud de las legislaciones internas tengan aparejada la ejecución. Pero para que dicha circulación sea real y efectiva se precisa el acercamiento de los procesos de ejecución en sus principios fundamentales, especialmente en cuanto atañe al mantenimiento o supresión del principio de la *pars condicio creditorum* y a la amplitud de la oposición.

Por último, es preciso secundar la propuesta de creación de un juicio monitorio uniforme en los Estados de la Unión Europea, que permita al acreedor, en primer lugar, realizar el oportuno requerimiento de pago en el extranjero y, en segundo lugar, ejecutar el título jurisdiccional obtenido sin necesidad de recorrer previamente dos grados de jurisdicción más un posible recurso extraordinario.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EL FUNDAMENTO DE LA TUTELA PROVISIONAL EN EL PROCESO PENAL*

DR. FRANCISCO MÁLAGA DIÉGUEZ
Profesor Titular de Derecho Procesal de la
Universitat Pompeu Fabra

SUMARIO

I. Introducción. 1. La tutela provisional en el proceso penal ante la inminente reforma de la ley de enjuiciamiento criminal. 2. Dificultades que suscita el estudio conjunto de las medidas provisionales en nuestro sistema procesal penal. *2.1. La tutela provisional y el doble objeto del proceso penal. 2.2. Medidas cautelares y medidas provisionales*. 3. Justificación, objetivos y metodología de la investigación.— II. Los fundamentos constitucionales y legales de la tutela provisional en el proceso penal. 1. La pluralidad de finalidades de las medidas provisionales en el proceso penal. *1.1. La puesta a disposición judicial.1.2. La prevención de la fuga. 1.3. La prevención de la reiteración delictiva. En especial, la protección personal de las víctimas y sus allegados. 1.4. El aseguramiento de la prueba. 1.5. La prevención general y la alarma social. 1.6. La prevención de la insolvencia.1.7. La protección*

---

* El presente estudio constituye el segundo ejercicio que presenté en el concurso para la provisión de una plaza de Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad Pompeu Fabra, celebrado el día 25 de febrero de 2002 ante una comisión integrada por los profesores F. RAMOS MÉNDEZ, J.M.ª RIFÁ SOLER, J. SOLÉ RIERA, J.F. HERRERO PEREZAGUA y M.ª P. COLLADO YURRITA. Mi sincero agradecimiento a todos ellos por las valiosas observaciones que efectuaron durante el transcurso de dicho ejercicio, las cuales han sido tenidas en cuenta en la medida posible para la publicación del trabajo.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

económica de las víctimas. 1.8. Recapitulación. 2. Incidencia de las finalidades de las medidas provisionales en sus características y presupuestos. *2.1. Características de las medidas provisionales.*2.1.1. Excepcionalidad-Necesidad. 2.1.2. Instrumentalidad-Accesoriedad. 2.1.3. Provisionalidad-Temporalidad. 2.1.4. Proporcionalidad-Idoneidad. 2.1.5. Legalidad-Tipicidad. 2.1.6. Jurisdiccionalidad. 2.1.7. Variabilidad-Modificabilidad. 2.1.8. Homogeneidad. *2.2. Presupuestos de las medidas provisionales.* 2.2.1. Fumus boni iuris. 2.2.2. Periculum in mora. 2.2.3. Litispendencia. 3. La relevancia de la motivación. — III. El fundamento de las medidas provisionales personales. 1. La detención. *1.1. Detenciones judiciales y no judiciales. El fundamento de la tutela provisional en las detenciones no ordenadas judicialmente.* 1.1.1. La duración de la detención. 1.1.2. Supuestos de improcedencia de la detención no judicial. *1.2. La motivación de las órdenes judiciales de detención.* 2. La prisión provisional. *2.1. La motivación del riesgo de fuga.* 2.1.1. La incomparecencia y el intento de fuga. 2.1.2. El criterio de la gravedad del delito: límites a su utilización. 2.1.3. Las circunstancias personales del imputado. 2.1.4. Inadmisibilidad de otros criterios para motivar el riesgo de fuga. 2.1.5. La gradación del riesgo de fuga: remisión. 2.1.6. El riesgo de fuga y la prórroga de la prisión provisional. *2.2. La motivación de la necesidad de asegurar la prueba. 2.3. La motivación del peligro de reiteración delictiva.* 3. La libertad provisional condicionada. 3.1. El problema de la fianza personal. 3.2. La motivación del deber de comparecencia apud acta. 4. El alejamiento respecto de la víctima. 5. La suspensión provisional de derechos. *5.1. Privación provisional del permiso de conducir. 5.2. Suspensión provisional en el ejercicio de empleos o cargos públicos. 5.3. Clausura temporal de empresas o establecimientos, y suspensión de actividades societarias, empresariales, asociativas o fundacionales.*— IV. El fundamento de las medidas provisionales patrimoniales. 1. La fianza y el embargo. 2. El secuestro y la ocupación de bienes. 3. La fijación de pensiones provisionales a las víctimas. 4. La anotación preventiva de querella. 5. Otras medidas provisionales patrimoniales. Bibliografía.

Introducción

1. *La tutela provisional en el proceso penal ante la inminente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal*

1. En los albores del siglo veintiuno, nuestro vigente sistema de tutela provisional en el proceso penal puede calificarse sin titubeos de obsoleto, pobre, defectuoso e incluso contradictorio, por lo que se encuentra urgentemente necesitado de una profunda revisión. Las causas de esta insostenible situación son muy variadas, pero entre ellas ocupa un lugar preeminente la ausencia, hasta el momento, de una reforma global de nuestra antigua Ley de Enjuiciamiento Criminal; una reforma que, amén de mejorar y completar la arcaica regulación de las medidas cautelares contenida en ese cuerpo legal desde el punto de vista técnico, podría y debería haber incorporado al mismo una nueva concepción de fondo más acorde con

nuestra Constitución, los textos internacionales ratificados por nuestro país, las recomendaciones del Consejo de Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En los últimos años, han sido varias las leyes procesales y sustantivas que han introducido modificaciones en nuestro ordenamiento cautelar penal, pero se ha tratado siempre de reformas parciales y aisladas que, a cambio de la pretendida mejora de algún aspecto concreto del articulado, han generado una progresiva alteración del sistema e introducido en el mismo un sinfín de disfunciones, lagunas y problemas interpretativos.

2. Como en parte podrá comprobarse a lo largo del presente estudio, las críticas que pueden hacerse a la actual regulación positiva de las medidas provisionales penales son muy numerosas, por más que muchas de ellas hayan sido o estén en vías de ser superadas por vía interpretativa. Sin embargo, el principal problema existente en esta materia radica más bien en las carencias del articulado, carencias que no sólo inciden en aspectos parciales de la regulación de figuras ya previstas por la Ley[1], sino incluso y sobre todo en el propio catálogo de medidas personales y patrimoniales, en el que se aprecian importantes ausencias[2].

Por lo que se refiere a las medidas provisionales de naturaleza personal, se echan en falta alternativas legales a la libertad y la prisión provisionales, que bien podrían situarse en un punto intermedio entre ellas o complementar sus efectos. Así, por ejemplo, debería ser posible sustituir la prisión provisional, cuando las circunstancias así lo aconsejen, por un mero arresto domiciliario con vigilancia policial, con o sin posibilidad de salidas,

1. Como por ejemplo su parca, dispersa y a veces inexistente regulación sobre el procedimiento a seguir para la adopción, modificación y alzamiento de las medidas. Sirva como botón de muestra el reciente artículo 544 bis LECrim, introducido por la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, que introduce la medida de alejamiento respecto de la víctima sin establecer norma alguna sobre su dinámica procesal, ni tan siquiera de remisión.

2. Así se viene denunciando reiteradamente en la doctrina científica: cfr. por todos Barona Vilar, S.: ***Prisión provisional y medidas alternativas***, Bosch, Barcelona, 1988, pp. 207 y ss.; *idem,* en ***Derecho Jurisdiccional***, T. III (*Proceso Penal*) (con J. Montero Aroca, J.-L. Gómez Colomer, y A. Montón Redondo), 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 471, y Tirado Estrada, J.: **"Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal"**, *La Ley*, núm. 4888 (21 septiembre 1999) (pp. 1-8), p. 8.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

el internamiento en un centro de curación, tratamiento o desintoxicación, o incluso por un régimen abierto, bien en el propio centro penitenciario, bien en algún establecimiento de nueva creación para personas encausadas, que permita a estas últimas continuar con su actividad laboral. Del mismo modo, la privación de libertad podría evitarse en muchos casos si, entre lo efectos de la libertad provisional, fuese posible acordar restricciones de la libertad ambulatoria superiores a la mera y obsoleta comparecencia *apud acta*[3], como la prohibición de abandonar una determinada localidad o ámbito territorial sin autorización previa, incluida la prohibición de expatriación con retirada del pasaporte y otros documentos identificativos, la supervisión por una agencia o entidad jurídico-pública creada *ad hoc*, o cualquier tipo de prohibiciones o limitaciones en el ejercicio de profesiones, actividades, funciones o derechos. Con todas estas medidas y otras similares, podría alcanzarse en numerosos juicios la misma finalidad cautelar o tuitiva que caracteriza a las figuras ya existentes, pero de forma menos gravosa para el encausado, lo que indudablemente resultaría más acorde con los principios de excepcionalidad y proporcionalidad que deben regir esta materia[4].

En el caso de las medidas provisionales de naturaleza patrimonial, la escasez del texto legal resulta aún más patente, y contrasta con la completa regulación de las medidas cautelares y provisionales contemplada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. En esta materia, lo deseable sería aumentar el reducido catálogo actual, limitado a la fianza, el embargo preventivo y algunas otras medidas para supuestos concretos, introduciendo en aquél las mismas posibilidades que ya se contemplan en la legislación procesal civil: anotaciones preventivas, prohibiciones, suspensiones de

3. Cuestiona la eficacia práctica de esta comparecencia RAMOS MÉNDEZ, F.: ***El proceso penal. Sexta lectura constitucional***, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 182. De mantenerse en la futura reforma, debería ser posible cuando menos que el encausado pudiera presentarse ante organismos que le resulten más próximos, como por ejemplo la comisaría de policía que le corresponda en función de su domicilio (vgr. la de su barrio, pueblo, etc.), o el Juzgado de ese mismo lugar, posibilidad esta última que ya viene utilizándose en la práctica mediante auxilio judicial.

4. Cfr. en este sentido los apdos. b), c) y g) del punto 1.º de la Resolución núm. (65) 11, de 9 de abril de 1965, y los principios 9.º y 15.º de la Recomendación núm. R (80) 11, ambas del Comité de Ministros del Consejo de Europa, en las que ya se exhortaba a los Estados miembros a incorporar a sus ordenamientos ese tipo de medidas alternativas a la prisión provisional, que se reputaba absolutamente excepcional.

acuerdos, secuestros y depósitos, administraciones judiciales, etcétera. Sería aconsejable, asimismo, contemplar para determinados supuestos la adopción de medidas patrimoniales para la protección económica de las víctimas del delito o sus familiares, de modo paralelo a lo que ya sucede con las medidas personales. Como seguidamente se verá, estas medidas serían provisionales en lugar de cautelares, pero en muchos aspectos podrían regirse por las mismas normas procedimentales que estas últimas.

3. Sentado lo anterior, hay que añadir que la introducción de todas esas nuevas medidas provisionales en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no debería efectuarse de forma aislada, como por desgracia ha ocurrido en tiempos recientes, sino que debe ir acompañada de una revisión del sistema que lo dote de uniformidad y coherencia, unifique reiteraciones innecesarias y permita integrar las eventuales lagunas normativas. Pues bien, es indudable que el momento más adecuado para efectuar esa revisión del sistema es con ocasión de la elaboración de una nueva Ley rituaria, lo que como es notorio está teniendo lugar en la actualidad. Partiendo de esta importante circunstancia, el presente trabajo pretende adoptar como punto de partida una perspectiva global válida para todas las medidas de carácter provisional que pueden adoptarse en el proceso penal, con independencia de su naturaleza personal o patrimonial, y con abstracción también de su finalidad cautelar, aseguratoria o tuitiva-coercitiva. Se ambiciona, de este modo, que la investigación efectuada pueda servir, en el particular ámbito que constituye su objeto, para alcanzar soluciones válidas de cara a la futura regulación de la tutela provisional en el proceso penal.

2. *Dificultades que suscita el estudio conjunto de las medidas provisionales en nuestro sistema procesal penal*

4. Lógicamente, el estudio del fundamento de la tutela provisional exige realizar una investigación de conjunto sobre las diversas medidas cautelares, de aseguramiento, tuitivas y coercitivas que pueden adoptarse en las diversas etapas de nuestro enjuiciamiento criminal. Sin embargo, esta circunstancia ya comporta en sí misma dos dificultades iniciales: la primera de ellas surge como consecuencia de la duplicidad de objetos que presenta nuestro proceso penal (acción penal y acción civil), mientras que la segunda proviene de la frecuente pero incorrecta asimilación entre medidas

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

provisionales cautelares y medidas provisionales con finalidad no cautelar. Ambas cuestiones merecen un breve análisis de carácter preliminar.

2.1. La tutela provisional y el doble objeto del proceso penal

5. El proceso penal español presenta la particularidad, poco frecuente en el Derecho comparado, de servir de cauce tanto a la acción penal como a la pretensión civil de resarcimiento por los daños y perjuicios causados por el hecho delictivo. De hecho, el mero ejercicio de la primera lleva implícita la utilización de la segunda, por lo que, si ésta no se reserva o renuncia expresamente, el Ministerio Fiscal formula ambas al ejercer la acusación, sin perjuicio de las peticiones efectuadas por la acusación particular (arts. 108 y 112 LECrim). Esta circunstancia determina que, en la mayor parte de los casos, el proceso penal tenga dos objetos perfectamente diferenciados: una "acción penal para el castigo del culpable", y una "acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible" (art. 100 LECrim).

Que el proceso penal acostumbre a tener dos objetos tan diferenciados es algo que no se halla exento de polémica. En la doctrina, han sido muchas las voces que han criticado el hecho de que un único juicio se utilice para tramitar pretensiones tan dispares, puesto que las normas sustantivas aplicables a cada una de ellas son radicalmente distintas, como también lo son los principios procesales y constitucionales que rigen las acciones penales y las de naturaleza civil. Sin entrar por el momento en esta polémica, que excede con creces los objetivos del presente estudio[5], lo cierto es que esa disparidad también se manifiesta en el ámbito de la tutela provisional en general, y cautelar en particular.

6. En efecto, las medidas cautelares adoptadas en el proceso penal tienen por finalidad garantizar la ejecución de una eventual sentencia condenatoria, evitando que el paso del tiempo facilite conductas o maniobras que puedan provocar la ineficacia del juicio. Sin embargo, la coexistencia en un único pleito de dos objetos litigiosos de naturaleza tan dispar impide configurar un único *periculum in mora*. En el caso de la acción penal, que

5. Sobre esta cuestión, *vid.* por ejemplo PEDRAZ PENALVA, E.: ***Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español***, Trivium, Madrid, 1985, pp. 20-30.

suele tener por finalidad la imposición de una pena privativa de libertad al acusado, el principal riesgo radica en que éste se sustraiga físicamente a la acción de la Justicia, por lo que la medida cautelar "estrella" es la privación o restricción de libertad, que garantiza por igual la presencia del encausado durante el proceso y en el momento de ejecutar la eventual sentencia condenatoria. En el caso de la acción civil, por el contrario, no es la ausencia del imputado la que puede provocar la ineficacia del juicio, sino más bien su insolvencia, por lo que las medidas cautelares deben ir dirigidas a afectar bienes suyos —o de un tercero obligado a responder subsidiariamente— al resultado del proceso, de modo que sus hipotéticas responsabilidades queden aseguradas de antemano.

Como es lógico, esta importante diferencia no incide únicamente en la tipología de las medidas a adoptar, sino también en los principios procesales aplicables a unas y otras, y, sobre todo, en los derechos y garantías constitucionales que se ven afectadas en cada caso. Esta circunstancia configura una primera dificultad a la hora de abordar una cuestión que afecta a la generalidad de las medidas provisionales que pueden acordarse en el proceso penal, como la que constituye el objeto de la presente investigación, máxime cuando se trata de una problemática en la que, como veremos, el doble objeto del proceso penal tiene una especial incidencia.

2.2. Medidas cautelares y medidas provisionales

7. Probablemente, uno de los factores que mayores confusiones ha producido y sigue produciendo en la materia objeto de estudio es el total desconocimiento que nuestro legislador procesal penal viene mostrando hacia la distinción entre medidas cautelares y medidas provisionales, distinción que sí se contempla en nuestro sistema procesal civil. Si medidas cautelares son aquellas que tienen por finalidad garantizar la eficacia de la sentencia que previsiblemente será un dictada en un proceso pendiente o de inmediata iniciación, es evidente que no lo serán las que persiguen otros objetivos completamente distintos, como por ejemplo la protección *lite pendente* de las víctimas actuales o potenciales del presunto autor del delito. Desde esta perspectiva, ni siquiera serían cautelares las medidas que tratan de asegurar la práctica de pruebas (vgr. evitando su ocultación o supresión durante la fase de instrucción, o bien garantizando su práctica en el acto del juicio), puesto que lo que con ellas se pretende no es tutelar la eficacia del

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

proceso en su conjunto, sino únicamente el completo desenvolvimiento de una de sus etapas[6].

8. En la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, la distinción que se ha descrito brilla por su ausencia[7]. Por un lado, las medidas tradicionalmente consideradas cautelares pueden acordarse con objetivos distintos de los que caracterizan a estas últimas, por lo que también actúan como medidas provisionales. La detención, por ejemplo, puede ordenarse para asegurar la presencia del imputado durante el proceso, pero también para evitar la desaparición, destrucción u ocultamiento de pruebas, para garantizar la protección de víctimas o personas relacionadas con las mismas (*vid.* art. 544

6. En este sentido, pero ampliamente y con ulteriores argumentos, ORTELLS RAMOS, M.: **"Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal"**, *RGLJ*, 1978, núm. 5 (pp. 439-489), pp. 445 y ss., 452 y ss., y 468-472, cuyas conclusiones se suscriben excepto en lo referente a la concepción como cautelar de la práctica anticipada de pruebas, que no puede reputarse una medida provisional conforme al significado que aquí se mantiene, porque: 1) no tiende a evitar una conducta dañosa o nociva del imputado, sino un hecho extraprocesal ajeno a este último; y 2) porque tampoco supone una limitación o restricción de sus derechos.

7. No así en la doctrina científica, donde es frecuente encontrar la matización apuntada, si bien es cierto que con distinta terminología y sin llevarla a sus últimas consecuencias. V. MORENO CATENA [en ***Derecho Procesal Penal*** (con GIMENO SENDRA, V. y CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.), 3.ª ed., Colex, Madrid, 1999, p. 540], por ejemplo, considera que medidas como el alejamiento de la víctima, la suspensión de cargos públicos, la suspensión de actividades o cierre de empresas o establecimientos, o la privación del permiso de conducir, son "medidas que difieren de la detención, libertad provisional y prisión provisional, no sólo por los bienes jurídicos sobre los que recaen, que no afectan a la libertad ambulatoria, sino esencialmente porque son medidas perfectamente idénticas a las penas; su naturaleza, por tanto, se asemeja más a las medidas provisionales o anticipatorias que a las medidas cautelares". También BARONA VILAR (en *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, pp. 444 y 475) parece limitar la función cautelar a la detención, la prisión provisional y la libertad provisional, así como a las fianzas y el secuestro en ciertos casos, pese a reconocer que no son cautelares las medidas que tienen la finalidad de satisfacer "un sentimiento colectivo de indignación, venganza o inseguridad (...) o de prevención de futuros delitos cometidos por el inculpado (...); funciones que justifican conceptos tales como alarma social, reincidencia, frecuencia, entre otros, a los que se refiere la ley al configurar los presupuestos de la prisión y libertad provisionales".

Dejando a un lado que también la prisión provisional presenta, se quiera o no, una evidente naturaleza anticipatoria de la ejecución, lo cierto es que también las tres medidas que estos autores conceptúan como cautelares pueden presentar una finalidad no cautelar, como seguidamente se verá.

bis IV LECrim), e incluso para asegurar la presencia de testigos y peritos durante la instrucción y el juicio oral (cfr. arts. 420 y 463 LECrim)[8]. Algo similar ocurre con la prisión provisional, que nuestra vigente Ley procesal permite acordar para prevenir la fuga del reo, pero también para atenuar la alarma social, evitar la reiteración delictiva o impedir la ocultación o manipulación de material probatorio (cfr. arts. 503, 2.ª y 504 II LECrim, cuya constitucionalidad se halla actualmente en tela de juicio)[9].

Por otro lado, existe una medida, y por cierto la de más reciente creación, que en la Ley se concibe como cautelar pese a no presentar en modo alguno esta naturaleza: el alejamiento respecto de la víctima regulado en el artículo 544 bis LECrim. En este caso, nos encontramos ante una típica medida provisional de naturaleza tuitiva-coercitiva o de seguridad, cuya finalidad es exclusivamente la protección de la víctima del presunto delito, sus familiares y allegados mediante la intimación al imputado para que se mantenga alejado de los mismos. Sin embargo, el legislador introduce el precepto en el título dedicado a la libertad provisional, define la medida como cautelar en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica que la crea[10], y efectúa diversas alusiones a ese pretendido carácter cautelar a lo largo del precepto[11]. Sin demérito del indudable acierto que ha supuesto la introducción en nuestro sistema de esta nueva medida provisional, debe denunciarse desde este momento el importante error que su configuración como cautelar comporta desde el punto de vista dogmático[12].

8. Sobre las distintas clases de detenciones, cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, F.: **"Detención y Retención"**, *Justicia* 2001, n.º 2, en prensa, apdo. II.

9. Por lo tanto, no se trata siempre de una medida cautelar, en contra de lo que acostumbra a afirmar el Tribunal Constitucional (cfr. vgr. STC 67/1997, 7 abril, FJ 2.º). De acuerdo BANACLOCHE PALAU, J.: ***La libertad personal y sus limitaciones***. *Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1996, p. 379, que a su vez sigue a RODRÍGUEZ RAMOS, L.: **"La prisión provisional: ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?"**, *La Ley*, 1984-II (pp. 1056-1059), p. 1059.

10. LO 14/1999, de 9 de junio.

11. En los párrafos 1.º y 2.º se establece que la medida se impondrá "cautelarmente", cuando debería decirse "provisionalmente", y en el último se alude a las "nuevas medidas cautelares" que pueden acordarse en caso de incumplimiento de la medida ya acordada, lo que implica que también ésta se reputa cautelar.

12. Cfr. recientemente en esta misma línea, LEAL MEDINA, J.: **"La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad"**, *La Ley*, núm. 5409, 1 noviembre 2001 (pp. 1-6), p. 4.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

9. Es innegable que las medidas provisionales cautelares y las medidas provisionales no cautelares presentan numerosas similitudes, pudiendo incluso coincidir, como ha podido comprobarse, en la concreta actuación acordada. Sin embargo, una normativa procesal avanzada debe distinguir nítidamente entre unas y otras, porque sólo comprendiendo la autonomía conceptual de las segundas puede justificarse su existencia. De hecho, puede afirmarse que la confusión entre ambas figuras es uno de los factores que ha llevado a un importante sector doctrinal a dudar de la constitucionalidad de ciertas medidas provisionales no cautelares, cuestión esta que será objeto de estudio en la sección siguiente.

Una vez aclarada esa distinción, que será objeto de un ulterior desarrollo en las páginas que siguen, debe advertirse no obstante que el objeto del presente trabajo se refiere a la totalidad de las medidas provisionales, con independencia de su finalidad cautelar, aseguratoria de la prueba, tuitiva o de prevención de la reiteración delictiva, habida cuenta de las importantes analogías que median entre ellas y del hecho que su regulación positiva sea en gran medida coincidente. Precisamente por ello y en lo referente a la terminología empleada, se ha optado por aludir de forma genérica a las "medidas provisionales" y a la "tutela provisional", prescindiendo por lo tanto de utilizar las tradicionales expresiones "medidas cautelares" y "tutela cautelar" como contrapuestas a las primeras. No puede negarse que esta opción terminológica difiere de la más extendida entre los operadores jurídicos, así como de la que se utiliza en el ámbito del proceso civil. Sin embargo, hay que recordar que las medidas cautelares son en definitiva medidas provisionales, en tanto que perduran únicamente durante la pendencia del proceso, por lo que nada obsta a incluirlas en esa denominación genérica, sin perjuicio de distinguirlas ulteriormente de las medidas que presentan otras finalidades diferentes en los términos ya indicados, pero siempre como un subgénero de las medidas provisionales en sentido amplio.

3. *Justificación, objetivos y metodología de la investigación*

10. La elección del fundamento de la tutela provisional en el proceso penal como tema de la presente investigación es el fruto de un proceso de maduración de varios meses. En un primer momento, se llevó a término un estudio inicial del conjunto de las medidas provisionales penales, en el que se incluía una teoría general de las mismas, su análisis particularizado y un

capítulo dedicado al examen unitario de su dinámica procesal. Sin embargo, esa primera aproximación al tema no tardó en revelar que un análisis mínimamente riguroso de una materia tan amplia habría exigido un esfuerzo en tiempo y extensión que desbordaba con creces las posibilidades de un ejercicio de oposición. A la vista de ello, quedaban básicamente dos opciones: analizar una medida provisional concreta, o elegir un tema transversal que permitiese examinar aspectos relevantes de todas ellas.

La primera de dichas opciones era la más atractiva a primera vista, pero fue rápidamente descartada por dos motivos: en primer lugar, porque las medidas provisionales de mayor interés teórico y práctico ya habían sido objeto de diversos estudios monográficos, algunos de ellos muy recientes. Es el caso de la detención[13], la prisión provisional[14] o las medidas cautelares de naturaleza patrimonial o reales[15], por poner algunos ejemplos. En segundo término, pudo constatarse que algunos de los grandes problemas actuales de la tutela provisional afectan a varias medidas simultáneamente, por lo que su solución exigía un estudio conjunto de todas ellas que, curiosamente, sí brillaba por su ausencia en nuestra doctrina científica reciente.

Una vez se hubo optado por un aspecto relativo a la teoría general de las medidas provisionales, la elección de su fundamento como tema de investigación vino propiciada por diversos factores. Para empezar, se trata de una cuestión cuya importancia dogmática está fuera de toda duda, pero que también presenta una gran relevancia práctica, como lo acredita el ingente número de resoluciones judiciales recaídas en la materia. En particular, la incorrecta o inexistente fundamentación de las medidas en muchos de los autos que las decretan ha sido el factor desencadenante de infinidad de revocaciones en vía de recurso, así como de numerosas sentencias estimato-

13. Cfr. BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, *op. cit.*; SALIDO VALLE, C.: ***La Detención policial***, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, y DE HOYOS SANCHO, M.: ***La Detención por Delito***, Aranzadi, Pamplona, 1998, sin mencionar las diversas monografías que analizan aspectos parciales del régimen jurídico de la detención, como el *habeas corpus* o el estatuto jurídico del detenido.

14. ASENCIO MELLADO, J.M.: ***La prisión provisional***, Civitas, Madrid, 1987, y BARONA VILAR, *Prisión provisional y medidas alternativas*, *op. cit.*

15. PEDRAZ PENALVA, *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, *op. cit.*, y ARANGÜENA FANEGO, C.: ***Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español***, J.M. Bosch, Barcelona, 1991.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rias de demandas de amparo, lo que revela la existencia de un problema procesal de entidad que era preciso abordar. En segundo lugar, pero en íntima relación con lo anterior, se consideró provechoso realizar un esfuerzo de clarificación y sistematización en un sector del ordenamiento tan sensible para los ciudadanos, y a la vez tan plagado de conceptos que, por su vaguedad o indeterminación, vienen generando una considerable inseguridad jurídica entre quienes se ven sometidos a la ya de por sí desagradable condición de imputados en un proceso penal. Ese esfuerzo parecía especialmente necesario en vísperas de una reforma global de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, previsiblemente, introducirá importantes novedades en el ámbito de la tutela provisional. Por último, el analisis del fundamento de la tutela provisional permitía abordar una serie de problemas reales de indudable actualidad sin entrar en cuestiones procedimentales que, pudiendo ser de gran interés, resultan excesivamente dependientes de una regulación que hoy se encuentra sometida a un proceso de reforma, por lo que adolecen de una manifiesta levedad.

11. A partir de las consideraciones efectuadas en los párrafos precedentes, la presente investigación tiene por objeto el fundamento de la tutela provisional en el proceso penal y, en particular, las finalidades constitucionales y legales que justifican la adopción de medidas provisionales durante la pendencia del juicio y su plasmación en su normativa reguladora, así como en la motivación de las resoluciones que las acuerdan o modifican. A tal efecto, el estudio comienza con una sección dedicada a la sistematización de esas finalidades a partir del articulado de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la jurisprudencia de los Tribunales Constitucional y Supremo, a la que sigue un análisis relativo a la incidencia del fundamento de las medidas en sus características y presupuestos esenciales. El objetivo de todo ello no era otro que el de establecer una teoría general válida para todas las medidas, que sirviera como punto de partida para el examen particularizado de la justificación de cada una de ellas. A su vez, como es lógico, esta justificación debe ponerse de manifiesto por el órgano jurisdiccional en la fundamentación jurídica de las resoluciones en las que se decretan, modifican, prorrogan o alzan las medidas provisionales, por lo que esta primera parte de la investigación se ha completado con un apartado dedicado a la relevancia de la motivación en relación con la cuestión objeto de estudio.

Las secciones tercera y cuarta tienen por objeto la traslación de las

conclusiones alcanzadas en el segundo a cada una de las concretas medidas provisionales previstas en nuestro sistema procesal, y ello con un doble objetivo: por un lado, se ha examinado hasta qué punto las normas reguladoras de dichas medidas responden a su fundamento y son compatibles con el mismo; por otro, se ha analizado cómo debe efectuarse la motivación de los autos que otorgan o deniegan tutela provisional, cuáles son los factores a tener en cuenta en aquélla y hasta qué punto se están respetando los mínimos exigibles en esta materia en la práctica diaria de nuestros Tribunales. A tales efectos, razones de espacio, más que de sistema, han aconsejado analizar en secciones separadas las medidas provisionales personales y las medidas provisionales reales.

Se ha pretendido, en definitiva, elaborar un estudio sistemático y completo del fundamento de la tutela provisional en el proceso penal, que permita al lector determinar, para cualquier supuesto particular, la viabilidad y admisibilidad de una determinada medida cautelar o tuitiva, así como detectar si la motivación de una medida ya acordada es suficiente y adecuada desde el punto de vista constitucional y legal. Al mismo tiempo, se ha efectuado una revisión de los aspectos de las normas reguladoras de dichas medidas en las que incide su fundamento, al efecto de determinar hasta qué punto aquéllas son de recibo o deberían ser modificadas con ocasión de la inminente reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

12. Como no podía ser de otro modo, la metodología empleada para la elaboración del presente estudio se caracteriza principalmente por la primacía de las fuentes jurisprudenciales. En particular, la sección segunda se ha desarrollado a partir de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Supremo, mientras que para la tercera se han utilizado asimismo numerosas resoluciones de Tribunales inferiores, incluidos los propios autos en los que se acuerdan, prorrogan, modifican o alzan medidas provisionales, procedentes en su mayor parte de órganos jurisdiccionales de la provincia de Barcelona. No obstante lo anterior, en la elaboración del estudio se ha tenido en cuenta asimismo la profusa literatura jurídica existente en relación con la cuestión objeto de examen, tanto en España como en los países de nuestro entorno, cuyas normas de Derecho positivo también han sido objeto de atención al efecto de determinar hasta qué punto pueden suponer un punto de referencia para la mejoría de nuestro sistema procesal en esta materia.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

II. Los Fundamentos Constitucionales y Legales de la Tutela Provisional en el Proceso Penal

1. La pluralidad de finalidades de las medidas provisionales en el proceso penal

13. En el proceso penal, constituyen medidas provisionales todas aquéllas que recaen sobre la persona o el patrimonio del imputado, de un responsable civil o incluso de un tercero, limitando sus derechos personales o patrimoniales, y que se acuerdan con el objetivo de impedir, durante la pendencia del juicio, determinadas actuaciones de sus destinatarios que se estiman dañosas o perjudiciales.

Con carácter general, puede afirmarse desde ahora que el fundamento de la existencia de todas esas medidas es la inevitable duración temporal inherente al proceso jurisdiccional, puesto que, de ser éste instantáneo, estas actuaciones no deseadas serían o podrían ser impedidas por la propia ejecución de la sentencia firme, o sencillamente no podrían producirse. Sin embargo, unas y otras se diferencian en las concretas finalidades perseguidas. En el caso de las medidas cautelares, el objetivo no es otro que garantizar la eficacia de esa eventual sentencia condenatoria, por lo que los hechos que se trata de evitar son los que podrían impedir dicha eficacia penal y civil, que se concretan en la fuga del imputado y su insolvencia. En el caso de las medidas provisionales, que pueden coincidir externamente con las de naturaleza cautelar, las finalidades que pueden perseguirse son diferentes, y se resumen básicamente en dos: el aseguramiento de la prueba y la protección de las víctimas actuales o hipotéticas del presunto delincuente, mediante la prevención de la reiteración delictiva.

14. Sin duda alguna, el principal obstáculo con el que colisiona la adopción de cualquier medida provisional frente al inculpado en un proceso penal es la garantía constitucional de la presunción de inocencia. Ello se debe a que, en última instancia, este tipo de medidas se asientan en una presunción de signo contrario: la de que el imputado ha cometido el hecho delictivo (*fumus boni iuris*) y podría intentar, bien eludir sus responsabilidades penales y civiles —ya sea mediante el bloqueo del propio proceso o a través de la frustración de la ejecución de la eventual sentencia condenatoria—, o bien reincidir en su ilícita conducta movido por un sentimiento de

venganza, un impulso patológico, un estado de necesidad o de desesperación, etcétera (*periculum in mora*). Este temor, fundado en una experiencia acumulada y en gran medida incontestable, resulta difícil de conciliar con la presunción constitucional de que toda persona acusada de un delito es inocente hasta que se declare su culpabilidad en una sentencia judicial firme. Nos encontramos, de este modo, ante un dilema de muy difícil superación, puesto que, desde el punto de vista práctico, resultaría impensable prescindir de la tutela provisional en el proceso penal, pese a que ésta supone para el encausado, se quiera o no, un auténtico juicio "previo" o "intermedio" de culpabilidad[16]. Desde este punto de vista, es comprensible que el Tribunal Constitucional se haya visto en la necesidad de pronunciarse expresamente en favor de la plena compatibilidad entre la presunción de inocencia y la adopción motivada de medidas cautelares[17], por más que esa compatibilidad sea más que cuestionable desde una perspectiva estrictamente dogmática[18].

16. La expresión "juicio intermedio" proviene de Serra Domínguez, M.: "**Función del indicio en el proceso penal**", en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969 (pp. 699-711), p. 700, y aparece recogida recientemente, con idéntico significado, por Solé Riera, J.: ***La tutela de la víctima en el proceso penal***, J.M. Bosch, Barcelona, 1997, pp. 131-132. Afirma el primero que, si bien "sólo cuando termine el proceso podrá afirmarse la culpabilidad o inocencia del acusado (...), incluso en fase sumarial pueden formarse juicios intermedios sobre dicha culpabilidad, partiendo de los elementos ya recogidos. Si esos elementos por sí mismos *indican* en forma objetiva y racional la culpabilidad, puede adoptarse una medida intermedia". También se refiere al "prejuzgamiento" en torno a la culpabilidad del imputado subyacente a la adopción de cualquier medida provisional Gimeno Sendra, V.: ***Los procesos penales*** (con C. Conde-Pumpido Tourón, y J. Garberí Llobregat), T. IV, Bosch, Barcelona, 2000, p. 17, e *idem, Derecho Procesal Penal*, cit., p. 472.

17. STC 108/1984, 26 noviembre, FJ 2.º: "en definitiva, la presunción de inocencia es compatible con la aplicación de medidas cautelares siempre que se adopten por resolución fundada en Derecho que, cuando no es reglada, ha de basarse en un juicio de razonabilidad acerca de la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, pues una medida desproporcionada o irrazonable no sería propiamente cautelar sino que tendría un carácter punitivo en cuanto al exceso". En idénticos términos, por todas, las SSTC 66/1989, 17 abril, FJ 6.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 2.º, y 71/1994, 3 marzo, FJ 7.º, en la que se afirma que "lo que (...) puede llegar a violar la presunción de inocencia es *sólo* la condena sin pruebas o en virtud de pruebas irregularmente obtenidas o hechas valer en la causa sin las garantías debidas" (la cursiva es mía). Cfr. asimismo el ATC 650/1984, 7 noviembre, FJ 3.º, referido a la comparecencia *apud acta*.

18. Todo ello se pone especialmente de manifiesto en relación con la prisión provisional, que es donde el referido dilema entre tutela provisional y presunción de inocencia adquiere unos tintes más "dramáticos". En efecto, resulta harto difícil justificar que una perso-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

15. Como es lógico, el conflicto entre tutela provisional y presunción de inocencia que acaba de describirse se produce con total independencia de la concreta finalidad perseguida mediante la tutela provisional: cautelar, aseguratoria de la prueba o protectora de la víctima. Dicho de otro modo, si las medidas provisionales se admiten en los sistemas procesales penales actuales, ello se debe sencillamente a la necesidad de sacrificar parcialmente esa presunción en aras de un fin que se reputa legítimo; pero es evidente en todo caso que ese sacrificio se produce con independencia del concreto objetivo elegido. No obstante lo anterior, lo cierto es que nuestra doctrina científica adopta actitudes contrapuestas a la hora de justificar o rechazar el fundamento de las medidas provisionales de tipo personal. La prisión preventiva, en concreto, suele reputarse constitucionalmente legítima cuando tiene finalidad cautelar (evitar el riesgo de fuga) o de aseguramiento de la prueba (prevención del peligro de obstrucción a la investigación o de supresión o manipulación de material probatorio)[19], mientras que se considera injustificada cuando pretende evitar la reiteración delictiva[20], o cuando se acuerda con base en la alarma social generada o la frecuencia con que el delito suele perpetrarse en la circunscripción del tribunal[21]. A la vista de esta situación, parece conveniente llevar a cabo un análisis sistemático de las distintas finalidades de la tutela provisional existentes en nuestro sistema procesal, al efecto de delimitar su alcance y valorar hasta qué punto justifican la restricción de los derechos de sus destinatarios. A este objetivo se han dedicado los apartados que siguen.

na que se presume inocente pueda verse encarcelada *lite pendente,* lo que explica la existencia de una amplia corriente doctrinal, iniciada en el siglo XIX, que reputa esta medida inmoral e incompatible con una interpretación rigurosa de la referida presunción (vgr. CARRARA, ILLUMINATI). Es más, para los autores que llevan esta afirmación hasta sus últimas consecuencias, como L. FERRAJOLI, la prisión preventiva constituye una medida ilegítima, lo que debería conducir a su supresión en términos absolutos. Cfr. una revisión reciente de esta evolución doctrinal en ANDRÉS IBÁÑEZ, P.: **"Presunción de inocencia y prisión sin condena"**, en AA.VV: *Detención y prisión provisional*, CGPJ, Madrid, 1996 (pp. 13-46), pp. 24 y ss. En nuestra literatura procesal, también se refieren a la grave contradicción existente entre presunción de inocencia y prisión provisional ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional,* cit., pp. 29 y 136; CALVO SÁNCHEZ, M.ª C.: **"De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre"**, *La Ley* 1985-I (pp. 1178-1185), pp. 1179 y 1181; PÉREZ GORDO, A.: **"Libertad provisional y prisión provisional en la Constitución, en la LECr. y en los textos legales y jurisprudenciales"**, *Justicia* 1984 (pp. 7-37), pp. 8-9, u ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización...*, cit., p. 459, entre otros, mientras que AGUILERA DE PAZ, E.: ***Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal***, Reus, Madrid, 1924, T. IV, p. 190, considera esta medida un "mal necesario e irremplazable", al igual que MORENO CATENA, V.: **"En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980"**, *RDProcIb.* 1981, núm. 4 (pp. 637-668), p. 640.

19. Para BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, cit., pp. 22-23; MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 524-525, u ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización...*, cit., pp. 448-454, por ejemplo, sólo estas dos finalidades son constitucionalmente legítimas a la hora de justificar la prisión provisional.

20. Entienden que el criterio de la reiteración delictiva se asienta en una presunción de culpabilidad consistente en estimar que el imputado seguirá cometiendo delitos, lo que constituye una finalidad de prevención especial inaceptable, ASENCIO MELLADO, J.M.: ***Derecho Procesal Penal***, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pp. 187-188; *idem*, *La prisión provisional*, cit., pp. 98-99; MORENO CATENA, *En torno a la prisión provisional...*, cit., p. 649; *idem, Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 522-523 y 526; MORENO CATENA, V.; COQUILLAT VICENTE, A.; DE DIEGO DÍEZ, A.; JUANES PECES, A.; DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E..: ***El Proceso Penal. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios***, vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 1662; LEAL MEDINA, *La prohibición...*, cit., pp. 4 y 5, o SALIDO VALLE, *La detención policial...*, cit., p. 79, entre otros.

21. Cfr. ARAGONESES MARTÍNEZ, S. [en ***Derecho Procesal Penal*** (con A. DE LA OLIVA SANTOS; R. HINOJOSA SEGOVIA; J. MUERZA ESPARZA, y J.A. TOMÉ GARCÍA), 4.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999, p. 424], en cuya opinión estos criterios "otorgan a la prisión provisional una función de prevención, que recuerda a las medidas de seguridad, y que desvirtúa su carácter cautelar"; ILLESCAS RUS, A.-V.: **"Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal"**, *RDProc.*, 1995, núm. 1 (pp. 63-140), p. 102, y ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización...*, cit., pp. 456-458, 460 y 464. En el mismo sentido, en particular alusión al criterio de la alarma social, ASENCIO MELLADO, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 188-189; BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, cit., pp. 25-27 y 59-60; MORENO CATENA, *En torno a la prisión provisional...*, cit., p. 651; *idem*, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 523 y 526, y MORENO CATENA, *et al.*, *El Proceso Penal*, cit., p. 1665-1666.

1.1. La puesta a disposición judicial

16. Siguiendo un orden lógico basado en la propia cronología del proceso, el primer objetivo que puede perseguir una medida provisional es indudablemente la puesta a disposición judicial de su destinatario. En tal caso, lo que se pretende mediante la actuación acordada es garantizar la presencia física de un ciudadano ante el órgano jurisdiccional, cuando existen indicios razonables para sospechar que aquél no comparecerá voluntariamente cuando sea llamado. En muchos casos, esos indicios provienen sencillamente de una incomparecencia producida en incumplimiento de una citación ya practicada. En otros, sin embargo, el riesgo de no presentación se determina en función de las circunstancias personales del destinatario de la medida (vgr. antecedentes penales o policiales, intento de fuga ante la pro-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ximidad de los agentes), de las características del presunto hecho delictivo (vgr. flagrancia o inmediatez del hecho delictivo, importancia de la pena prevista legalmente), o de ambos factores a la vez. Como es obvio, ninguno de estos criterios permite adquirir una certeza absoluta sobre una negativa a comparecer que aún no se ha producido, pero todos ellos justifican en nuestro Derecho la privación de libertad que, como seguidamente veremos, exige la consecución de la finalidad objeto de estudio.

17. En efecto, la medida provisional mediante la que se garantiza la puesta a disposición judicial de un determinado sujeto es la detención. Como ya se ha advertido con anterioridad[22], esta breve privación de libertad puede ordenarse para asegurar la presencia física del sujeto imputado, en cuyo caso se articula como un paso previo a la prisión provisional o a la libertad condicionada o incondicionada, pero también para garantizar la comparecencia de testigos o peritos durante la instrucción o en el acto del juicio. Ahora bien, lo primero que llama la atención en ambos casos es que la puesta a disposición judicial que persigue la detención no agota los fines de la medida, sino que aquélla se configura como un medio para alcanzar un objetivo ulterior. Cuando la detención recae sobre el imputado, esta finalidad mediata podrá ser cautelar, si la medida se acuerda para garantizar la disponibilidad física de aquél *lite pendente*[23], o tuitiva-coercitiva, si lo que se pretende es proteger a su presunta víctima, sus familiares o sus allegados de una previsible reiteración de la conducta ilícita. Por el contrario, cuando los detenidos sean testigos o peritos, la medida tendrá una finalidad asegurativa de la prueba, que sólo podría conceptuarse como cautelar asumiendo una noción muy amplia de "eficacia del juicio", que en la presente investigación no se suscribe.

Hay que concluir, en definitiva, que la detención presenta una duplicidad de finalidades: una inmediata, que es la puesta a disposición judicial, y otra mediata, variable en función de la persona a la que se dirige y de los

22. Cfr. *supra*, Intr., apdo. 2.2.

23. En estos supuestos, la detención constituye desde luego una medida de naturaleza cautelar, pero, si bien se mira, lo que con ella se pretende no es garantizar la eficacia de la futura sentencia, sino más bien la de otra medida cautelar que el Juez debe adoptar una vez que el detenido está a su disposición (libertad condicionada o prisión provisional). Con otras palabras, la detención es, en estos casos, *una medida cautelar de otra medida cautelar* o, si se quiere (en terminología de FOSCHINI y DE LUCA, según cita de ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización...*, cit., p. 468), una medida *precautelar*.

motivos de su adopción. Para que concurra la primera, deben verificarse los indicios de incomparecencia a los que se aludía anteriormente, mientras que la segunda depende además de otros factores, cuya existencia no siempre consta en el preciso momento de la detención.

18. Sentado lo anterior, debe matizarse asimismo que la detención es la *única* medida provisional que tiene por finalidad la puesta a disposición judicial de su destinatario. No se comparte, por lo tanto, la opinión de quienes también conciben como medida provisional la citación, o "citación cautelar"[24]. Pese a aparecer regulada en el mismo Título de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la detención y la prisión provisional, hay que entender que la citación constituye un mero acto de comunicación que no limita ni restringe ningún derecho del imputado, como tampoco exige para su emisión un peligro de incomparecencia. Precisamente por ello, la citación carece de las características y presupuestos propios de las medidas provisionales (vgr. excepcionalidad, proporcionalidad, *periculum in mora*...), teniendo [illegible]alidad principal la de dar audiencia al imputado para que alegue lo que tenga por conveniente a su derecho (cfr. art. 486 LECrim), todo ello sin perjuicio de que, en el curso de esa comparecencia o a consecuencia de lo acaecido en ella, puedan adoptarse verdaderas medidas provisionales contra dicho imputado.

1.2. La prevención de la fuga

19. Probablemente, la finalidad a la que con mayor frecuencia se recurre a la hora de adoptar medidas provisionales de tipo personal es la prevención de la fuga[25]. De hecho, en algunos casos se trata de la *única* finali-

24. Cfr. por todos ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 413-414; FENECH, M.: ***El proceso penal***, Agesa, Madrid, 1982, p. 145 (§120); GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V.: Derecho Procesal Penal, 10.ª ed., Madrid, 1987, p. 207, e ILLESCAS RUS, *Las medidas cautelares...*, cit., p. 81. En cambio, niegan la concepción de la citación como medida cautelar GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., y GUTIÉRREZ ZARZA, M.A., en AA.VV.: ***Enjuiciamiento Criminal*** (dir. C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO), T. II, Trivium, Madrid, 1998, p. 1688, y GIMENO SENDRA, *Los procesos penales,* cit., T. IV, p. 3, quienes citan también en contra a M. ORTELLS RAMOS y F. GÓMEZ DE LIAÑO.

25. La considera la "primordial finalidad" de la prisión provisional la STC 19/1999, 22 febrero, FJ 5.º. En la misma línea en la doctrina, BARONA VILAR, *Prisión* provisional..., cit., pp. 20 y ss., y los que cita.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dad que a la que puede acudirse para justificar una determinada medida, como ocurre cuando lo que se pretende es prorrogar una situación de prisión provisional (cfr. art. 504 IV LECrim). En este caso, nos encontramos ante un objetivo de naturaleza eminentemente cautelar, pues lo que con él se persigue es garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, mediante la disponibilidad física del acusado durante la pendencia del juicio. Sin embargo, las particulares características del proceso penal determinan que la prevención de la fuga coadyuve asimismo a facilitar la celebración del juicio oral y la práctica de las pruebas, puesto que, en la mayor parte de los casos, la presencia del inculpado resulta imprescindible a tales efectos[26]. De este modo, mediante la prevención de la huida, al tiempo que se garantiza la disponibilidad del acusado en caso de dictarse sentencia condenatoria, se facilita el normal desarrollo del proceso penal y la verificación de los hechos presuntamente delictivos[27].

26. Concretamente, siempre que la pena solicitada por alguna de las acusaciones exceda de un año de privación de libertad o, si fuera de distinta naturaleza, cuando su duración exceda de seis años: cfr. art. 793.1 II LECrim.

27. Desde una perspectiva estrictamente dogmática, es discutible hasta qué punto esta facilitación del desarrollo del juicio, exclusiva del enjuiciamiento criminal, constituye una finalidad verdaderamente cautelar. Parecen entenderlo así, v.gr., BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, cit., p. 20 —que cita a MATTES, H.: ***La prisión preventiva en España***, CEU, 1975, p. 19—, y BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones...*, cit., p. 287. En todo caso, lo que sí está claro es que la evitación de la huida contribuye en muchos casos al aseguramiento de la prueba o, mejor, de su práctica, por lo que es evidente que no se trata de un objetivo *exclusivamente* cautelar (cfr. *infra*, apdo. 1.4).

En cualquier caso, sí interesa advertir que no convence la opinión de quienes entienden que el aseguramiento de la comparecencia del acusado en el juicio oral es la finalidad primordial de la prisión provisional, como es el caso de GIMENO SENDRA, V.: "**La necesaria reforma de la prisión provisional**", *La Ley,* núm. 5412 (5 noviembre 2001), pp. 1-5, o la STC 29/2001, 29 enero, FJ 2.º Esa finalidad primordial podría ser acaso la prevención del riesgo de fuga, pero en el bien entendido que a través de este objetivo se asegura tanto la comparecencia del acusado en el juicio oral como su disponibilidad física en el momento de la ejecución. Si no fuese así, es evidente que la medida nunca podría mantenerse más allá del acto del juicio, lo que obligaría a dejar en libertad al encausado durante el período que media entre dicho acto y la firmeza de la sentencia, incluido el tiempo que ésta tarda en publicarse y el período de tramitación de los eventuales recursos, con lo que, en caso de fuga, se vería frustrado el objetivo característico de toda medida cautelar: el aseguramiento o garantía de la eficacia del proceso en general, y de la eventual sentencia condenatoria en particular. En esta línea, entendiendo que la función de asegurar la presencia del imputado durante el proceso es accesoria respecto a la de aseguramiento de la ejecución y carece de justificación por sí misma, ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización...*, cit., pp. 448-452 y 462-463.

20. La concurrencia del riesgo de fuga que exige esta finalidad se valora atendiendo a una serie de indicios externos, que son en gran medida coincidentes con los que se utilizan para apreciar el peligro de incomparecencia que subyace al objetivo de la puesta a disposición judicial, analizado en el apartado anterior. No es de extrañar que así sea, habida cuenta que la huida comporta siempre una negativa a comparecer y que, al mismo tiempo, esta última es difícilmente diferenciable *prima facie* de una verdadera fuga cuando concurre en el imputado, al menos desde la perspectiva del órgano jurisdiccional. Por consiguiente, el principal indicio del peligro de sustracción del imputado de la acción de la justicia es la incomparecencia injustificada a un llamamiento del órgano jurisdiccional; pero en su defecto debe estarse a la gravedad del presunto hecho punible y a las circunstancias personales del destinatario de la medida, factores ambos que han sido objeto de una especial atención en la jurisprudencia constitucional.

No obstante, también debe advertirse que existen elementos de signo contrario, "contraindicios" cuya concurrencia dificulta o impide la apreciación de riesgo de fuga. Así, por ejemplo, este riesgo difícilmente se verificará cuando la pena prevista para el presunto delito no sea privativa de libertad, o bien exista la posibilidad de que se acuerde una suspensión de condena[28]. No es que en estos casos esté vedada o pueda excluirse totalmente la adopción de una medida cautelar privativa de libertad; lo que ocurre es que dicha medida no podrá tener por finalidad garantizar la eficacia de una futura sentencia condenatoria, habida cuenta que ésta no requeriría en ningún caso la presencia física del imputado para poder ser ejecutada, por lo que el Juez deberá motivar que existe cuando menos un peligro de incomparecencia que impedirá la celebración del juicio (vgr. imputado en situación de rebeldía, cuando por la pena prevista para el presunto delito no puede ser juzgado en ausencia)[29].

28. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 473; *idem*, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 17; *idem, La necesaria reforma...*, cit., p. 5.

29. En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en al menos dos resoluciones: las SSTC 85/1989, 10 mayo, FJ 2.º, y 66/1989, 17 abril, FJ 5.º, en las que se admite la posibilidad de decretar la prisión provisional y la libertad provisional bajo fianza para delitos castigados con penas no privativas de libertad sino pecuniarias, aunque en la segunda se rechaza para el caso concreto por no existir esa referida motivación específica (lo que por cierto contrasta con el hecho de que se sí se admita la imposición de una elevada fianza, pese a que ésta también se fundamenta en el riesgo de fuga: cfr. art. 531 LECrim).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

21. Como se advertía en el párrafo anterior, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre los indicios que permiten apreciar la existencia de un riesgo de fuga en varias ocasiones, casi siempre en relación con la prisión provisional. El principal referente en esta materia es desde luego la Sentencia 128/1995, de 26 de julio, cuya doctrina ha sido recogida por numerosas resoluciones posteriores[30], y extendida por alguna de ellas a la libertad provisional bajo fianza[31]. En el cuarto Fundamento Jurídico de ese pronunciamiento se realizan dos importantes aportaciones en esta materia: por un lado, la necesidad de tomar en consideración tanto la gravedad del delito imputado como las circunstancias concretas del caso y las personales del encausado. En concreto, el Tribunal reconoce que la gravedad de la penalidad solicitada por la acusación es un criterio útil porque puede indicar una mayor tentación de huida, un mayor daño en caso de reiteración y una mayor frustración de la Justicia en caso de materializarse la fuga; pero también se advierte que no puede operar como único elemento de juicio, ya que también hay que tener en cuenta las circunstancias personales del imputado, tales como su arraigo familiar, profesional y social, sus conexiones con otros países o sus medios económicos[32]. En segundo lugar y matizando lo anterior, la Sentencia reconoce la existencia de dos estadios diferentes a la hora de valorar esos criterios: en un primer momento, la gravedad del delito podría constituir un criterio suficiente para apreciar riesgo de fuga, habida cuenta de la escasez de datos con que puede contar el Juez instructor cuando acuerda la medida; sin embargo, con el paso del tiempo ese elemento sería insuficiente para fundamentarla, resultando necesario valorar además las circunstancias particulares del caso enjuiciado[33].

30. Cfr. SSTC 14/1996, 29 enero, FJ 4.º; 37/1996, 11 marzo, FJ 6.º; 62/1996, 15 abril, FJ 5.º; 44/1997, 10 marzo, FJ 5.º; 66/1997, 7 abril, FFJJ 1.º, 4.º y 6.º; 67/1997, 7 abril, FJ 2.º; 146/1997, 15 septiembre, FJ 5.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 4.º; 33/1999, 8 marzo, FFJJ 3.º y 7.º; 47/2000, 17 febrero, FJ 3.º; 29/2001, 29 enero, FJ 4.º; 60/2001, 26 febrero, FJ 3.º; 61/2001, 26 febrero, FJ 3.º; 94/2001, 2 abril, FJ 6.º; 145/2001, 18 junio, FJ 5.º; 146/2001, 18 junio, FJ 5.º; 217/2001, 29 octubre, FJ 3.º, y los AATC 187/1996, 8 julio, FJ 5.º; 259/1996, 24 septiembre, FJ 2.º, y 85/1998, 30 marzo, FJ 3.º Debe matizarse, no obstante, que la alusión a la finalidad de evitar riesgo de fuga también aparecía enunciada de forma genérica en resoluciones anteriores, como por ejemplo en la STC 40/1987, 3 abril, en cuyo FJ 2.º se hace referencia a la necesidad de una "justificación de la medida para asegurar la comparecencia del acusado al acto del juicio, en su caso, para la ejecución del fallo, o para impedir otra infracción".

31. Cfr. STC 14/2000, 17 enero, FFJJ 3.º y ss.

32. FJ 4.º, con diversas citas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Sin perjuicio de que algunos de los razonamientos que efectúa el Tribunal puedan resultar discutibles[34], la doctrina sentada por esta Sentencia es encomiable porque establece unas mínimas pautas a seguir por los Jueces y Tribunales a la hora de motivar la existencia de riesgo de fuga, matizando de este modo el criticable tenor literal del artículo 503 LECrim. No obstante, y si bien se mira, lo que el Tribunal Constitucional viene a consagrar en última instancia no es otra cosa que la posibilidad de *presumir el riesgo de fuga* cuando el presunto delito tenga atribuida una pena grave y la medida

33. En el supuesto resuelto por la Sentencia no había ocurrido así: en el auto de la Audiencia Nacional que se recurría, confirmatorio a su vez de otro dictado por el Juzgado Central de Instrucción, se apreciaba la concurrencia del riesgo de fuga atendiendo exclusivamente a la gravedad de la pena. El Tribunal declara dicho auto carente de motivación razonable, y por lo tanto vulneratorio del derecho a la libertad del recurrente, habida cuenta que habían transcurrido ocho meses desde que se acordara la prisión en primera instancia, y que concurrían una serie de circunstancias que el recurrente había puesto de manifiesto en su recurso de apelación y deberían haberse valorado (*vid.* FJ 5.º). Idéntica solución se alcanza en las SSTC 37/1996, 11 marzo (cfr. FJ 6.º); 67/1997, 7 abril, FJ 3.º; 146/1997, 15 septiembre, FJ 5.º; 156/1997, 29 septiembre (cfr. FJ 5.º); 29/2001, 29 enero, FJ 4.º, y 61/2001, 26 febrero, FJ 4.º (en este último caso, los autos recurridos ni tan siquiera aludían a la finalidad que se está analizando o a otra constitucionalmente legítima). Por el contrario, en la STC 44/1997, 10 marzo, puede encontrarse un ejemplo de medida de prisión provisional motivada atendiendo exclusivamente a la gravedad de la pena legalmente prevista para el presunto delito (tráfico de estupefacientes), que el Tribunal Constitucional considera justificada por haber sido adoptada menos de un mes después del inicio de la instrucción (*vid.* FJ 7.º). En este contexto, resulta cuando menos sorprendente la STC 157/1997, 29 septiembre, en la que se consideran correctos unos autos en los que el riesgo de fuga se fundamenta exclusivamente en la gravedad de la pena, pese a haber sido dictados muy avanzada la fase de instrucción (cfr. FFJJ 3.º *in fine* y 4.º).

34. Como por ejemplo la afirmación de que, una vez acordada la prisión provisional, el riesgo de fuga se va atenuando porque disminuyen "las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso", pues, siendo cierto esto último por aplicación de las normas sobre abono de condena, la experiencia práctica de muchos Juzgados y Tribunales demuestra que el riesgo de fuga puede perfectamente perdurar. También es criticable la ausencia de una distinción nítida entre la prevención de la fuga y el aseguramiento de las pruebas, que constituye una finalidad autónoma de la tutela provisional que debe verificarse mediante los correspondientes indicios, y no un elemento que concurra de forma automática al principio de la instrucción cuando el delito es grave, tal y como se insinúa en el FJ 4.º *in fine*, y en la posterior STC 37/1996, 11 marzo, FJ 6.º, apdo. A).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se acuerde en un momento inicial[35], retrasando a un estadio posterior la verdadera motivación de ese riesgo, que exige indefectiblemente estar a las circunstancias personales del imputado. En efecto, la gravedad del delito puede ser el detonante de un mayor peligro de huida, pero se trata en todo caso de una mera probabilidad estadística de tipo sociológico, que no tiene en cuenta la concreta situación económica, familiar y laboral del imputado, sus antecedentes o las circunstancias del hecho delictivo, factores todos ellos imprescindibles a la hora de justificar cumplidamente la concurrencia de aquel peligro de fuga en cada caso concreto. Sin perder de vista esta importante matización, en la sección siguiente habrá ocasión de profundizar en el contenido específico de esos criterios o indicios que justifican la adopción de la medida en ese segundo momento, así como en el modo y medida en que éstos se han ido plasmando en la motivación de los autos de prisión.

22. Como es lógico, la evitación del riesgo de huida pasa necesariamente por la adopción de medidas de naturaleza personal. Sin embargo, estas medidas no tienen porqué ser necesariamente privativas o restrictivas de libertad, como ocurre con la detención y la prisión provisional. En nuestro ordenamiento, el riesgo de huida también puede combatirse, al menos teó-

35. Ni que decir tiene que por "momento inicial" debe entenderse momento inicial de la instrucción o, como mucho, momento incial desde la aparición de los indicios de criminalidad que justifican dirigir el proceso contra quien va a ser destinatario de la medida. Por el contrario, no parece aceptable prescindir de una motivación exhaustiva y personalizada cuando la medida se adopta avanzado el procedimiento, por más que dicha medida pueda haberse acordado por vez primera, pues en ese momento ya es posible contar con toda la información sobre el imputado que resulta necesaria para efectuar aquella motivación individualizada. En este sentido, debe matizarse la doctrina establecida por la STC 62/1996, 15 abril, en la que se justifica la falta de motivación en que ya existía condena en primera instancia y la prisión provisional nunca se había acordado con anterioridad (cfr. FFJJ 6.º y 7.º), y por los AATC 50/1992, 18 febrero, FFJJ 3.º—4.º, y 187/1996, 8 julio, FFJJ 3.º—5.º, donde el riesgo de fuga se deduce exclusivamente de la existencia de una sentencia de instancia condenatoria y de la gravedad de las penas previstas para el hecho punible, sin tener en cuenta las circunstancias personales del imputado (*vid.* en el mismo sentido las SSTC 44/1997, 10 marzo, FJ 5.º; 66/1997, 7 abril, FJ 6.º; 108/1997, 2 junio, FJ 4.º; 146/1997, 15 septiembre, FJ 7.º, y 207/2000, 24 julio, FJ 6.º). Como veremos (cfr. *infra*, apdo. 2.2.1, §58), la existencia de una sentencia condenatoria que ha sido recurrida refuerza la apariencia de buen derecho, pero en modo alguno elimina la necesidad de justificar la existencia de una finalidad constitucionalmente legítima en la adopción de la medida provisional, por lo que esa doctrina no puede convencer.

ricamente, mediante la libertad provisional condicionada a la comparecencia periódica *apud acta*, acompañada o no de fianza[36]. De hecho, el artículo 531 LECrim establece que, para determinar la calidad y cantidad de la fianza, hay que tener en cuenta las circunstancias "que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste (el imputado) para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial", lo que, dicho sea de paso, suscita importantes problemas prácticos en aquellos casos en los que, habiéndose excluido la prisión provisional por no existir riesgo de fuga, la Ley obliga al Juez a fijar una fianza al decretar la libertad provisional del inculpado (cfr. art. 504 II LECrim)[37]. Por lo tanto, la finalidad de prevención de la fuga puede alcanzarse en nuestro sistema procesal penal mediante tres diferentes medidas provisionales personales de carácter cautelar: la detención, la libertad provisional condicionada y la prisión provisional[38].

1.3. La prevención de la reiteración delictiva. En especial, la protección personal de las víctimas y sus allegados

23. Una tercera finalidad que puede perseguirse mediante la tutela provisional es la prevención de la reiteración delictiva. En este caso, la

36. Así lo tiene establecido el Tribunal Constitucional, según el cual "la libertad bajo fianza constituye una medida cautelar destinada a asegurar que los acusados no se sustraerán a la Administración de Justicia y a la celebración del juicio y en su caso al cumplimiento de la Sentencia condenatoria" (ATC 158/2000, 15 junio, FJ 2.º, y las Sentencias que cita). Por otro lado, considera las comparecencias periódicas con pequeños intervalos de tiempo (e incluso diarias) un medio eficaz para combatir el riesgo de fuga, aunque no lo excluyan totalmente, la Instrucción FGE 11 enero 1988 (*BIMJ* 15 febrero 1989, núm. 1518, supl.), apdo. 3. En contra RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal*, cit., p. 182, en cuya opinión la medida es ineficaz a esos efectos y sólo sirve para dar papeleo y aumentar la circulación de personas por nuestros tribunales, por lo que debería suficiente con que el imputado designase un domicilio fijo y comunicase los cambios en el mismo, y con que estuviese localizable telefónicamente.

37. Sobre esta cuestión, cfr. *infra*, ep. III.3.3.1.

38. Hay que matizar, por lo tanto, el tenor literal de la STC 85/1989, 10 mayo, FJ 1.º, en la que se afirma que la finalidad de "garantizar que la persona contra la que se dirige el proceso no intente sustraerse de la acción de la justicia" puede alcanzarse mediante "las medidas cautelares de aseguramiento, *personales o reales*, previstas en el ordenamiento jurídico" (la cursiva es mía). Sólo entendiendo esa "sustracción de la acción de la justicia" en un sentido muy amplio, comprensivo tanto de la fuga como de la insolvencia, puede aceptarse esa afirmación, puesto que las únicas medidas que evitan la primera son las de naturaleza personal.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

adopción de la medida responde al propósito de impedir que su destinatario incurra en ulteriores hechos punibles, que previsiblemente serían idénticos o análogos a aquél que ha provocado la incoación del proceso, o bien que consume o amplíe los efectos del delito objeto de enjuiciamiento. Precisamente por ello, este objetivo engloba o comprende otro más específico, cual es la protección personal de las víctimas y sus allegados, pues en muchos casos esa reiteración delictiva puede tener como objetivo a la misma persona que ya sufriera el primer hecho punible, o bien a las personas que la rodean, protegen o frecuentan.

Al igual que en los casos anteriores, la detección del peligro de reiteración puede provenir de diversos indicios, tales como los antecedentes penales o policiales del presunto delincuente, su perfil psicológico (vgr. personalidad psicopática), el tipo de delito (piénsese vgr. en el delito de malos tratos habituales o continuados del artículo 153 CP, o en la conducción bajo los efectos del alcohol), una posición social o laboral que facilite la reincidencia, las circunstancias de la detención (p.ej. el sujeto porta objetos sustraídos en distintos hurtos), o una conducta manifiestamente agresiva o peligrosa.

24. En numerosas ocasiones, la consecución de esta finalidad de la tutela provisional exige privar de libertad al encausado mediante su detención y ulterior prisión provisional, o cuando menos limitarla al efecto de garantizar su alejamiento respecto de la víctima del presunto delito ya cometido, o de otras personas que, por su estrecha relación con esta última, podrían verse amenazadas durante la pendencia del juicio. Sin embargo, en otros casos es suficiente con privar al inculpado del derecho a realizar determinadas actividades o funciones, como por ejemplo la conducción de vehículos, el ejercicio de un cargo o profesión, o el desempeño de una determinada actividad asociativa o societaria, a cuyos efectos nuestro ordenamiento contempla diversas suspensiones provisionales de derechos o actividades [cfr. vgr. arts. 383-384 bis, 529 bis y 785, 8.ª c) LECrim, y arts. 129.2 y 556 CP]. En algunas ocasiones, la finalidad que se está analizando puede alcanzarse incluso mediante la simple adopción de medidas de naturaleza provisional, como ocurrirá cuando resulte necesario secuestrar o aprehender determinados bienes para evitar la consumación o los efectos de un determinado delito (cfr. art. 816 LECrim).

25. En la introducción al estudio de las finalidades de la tutela provisional, se ha hecho alusión al rechazo que ciertos sectores doctrinales vienen mostrando a este objetivo de impedir la reiteración delictiva, cuando se utiliza como fundamento para la adopción de medidas de naturaleza personal. Sin embargo, ese rechazo no puede convencer. Es evidente que este propósito no tiene naturaleza cautelar sino tuitiva, puesto que su razón de ser es la protección de las víctimas actuales o potenciales del encausado, como también lo es que presupone un juicio previo o intermedio de culpabilidad que colisiona con la presunción de inocencia. Sin embargo, ya se ha advertido que ese prejuzgamiento es consustancial a la imputación y concurre por igual en todas las medidas provisionales, pues no sería posible apreciar riesgo de fuga, por ejemplo, sin presumir que el imputado ha cometido el hecho delictivo y pretende eludir sus responsabilidades. Por otro lado, si la presunción de inocencia impidiese adoptar medidas para la protección de las víctimas pasadas o hipotéticas, tampoco sería posible el alejamiento, el cual puede acordarse, no lo olvidemos, tanto respecto de la víctima como en relación con sus familiares y allegados, que no han sido objeto del delito que se encuentra *sub judice*[39]. Por consiguiente, la evitación de la reiteración delictiva constituye una finalidad completamente legítima y justificada, que no choca con la presunción de inocencia en mayor medida que cualquier otro objetivo de la tutela provisional, y que debe reputarse aceptable en tanto en cuanto responde a la importante necesidad de proteger a las víctimas del presunto delito, sus allegados o las personas que podrían verse afectadas por la hipotética reincidencia producida *lite pendente*. Todo ello, claro está, sin perjuicio de matizar la utilización de dicho criterio mediante la aplicación de los principios de proporcionalidad y excepcionalidad, que obligan a limitar la utilización de las medidas provisio-

39. Por este motivo, la postura más coherente en quienes no aceptan el criterio de la prevención de la reiteración delictiva para la prisión provisional es el rechazo de la medida de alejamiento, como es el caso de MORENO CATENA (*Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 541-542), en cuya opinión el legislador está autorizando con esa medida "una imputación indiciaria realizada por la autoridad judicial frente a quien está amparado por la presunción de inocencia". Por el contrario, la tesis que aquí se sostiene es la de que esta imputación concurre igualmente en las medidas de naturaleza cautelar, pues no se aprecia diferencia alguna, a este respecto, entre acordar una medida para evitar la reiteración delictiva y hacerlo para impedir la fuga del encausado; en ambos casos se parte de la presunción de que éste ha delinquido, si bien en el primero se teme que pueda reincidir durante el proceso, y en el segundo que pueda tratar de eludir el cumplimiento de la condena.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nales de seguridad a aquellos casos en que el peligro de reiteración delictiva se refiere a delitos de una especial gravedad, y aparece acreditado por indicios concretos y suficientemente sólidos. En la línea que aquí se defiende se viene pronunciando de forma reiterada el Tribunal Constitucional[40], en la línea que ya habían diseñado el Comité de Ministros del Consejo de Europa[41] y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[42], así como un sector minoritario de nuestra doctrina científica[43]. Del mismo modo, el peligro de reiteración delictiva también constituye uno de los objetivos de la detención y la prisión provisional en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno[44].

40. Cfr. por todas SSTC 217/2001, 29 octubre, FJ 3.º; 146/2001, 18 junio, FJ 5.º; 145/2001, 18 junio, FJ 5.º; 94/2001, 2 abril, FJ 6.º; 61/2001, 26 febrero, FJ 3.º; 207/2000, 24 julio, FJ 6.º; 165/2000, 12 junio, FJ 4.º; 164/2000, 12 junio, FJ 5.º; 33/1999, 8 marzo, FJ 3.º; 14/2000, 17 enero, FJ 4.º; 177/1998, 14 septiembre, FJ 3.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 4.º; 66/1997, 7 abril, FJ 4.º; 44/1997, 10 marzo, FJ 5.º; 128/1995, 26 julio, FJ 3.º, y 40/1987, 3 abril, FJ 2.º, y los AATC 179/1996, 26 junio, FJ 4.º; 249/1996, 16 septiembre, FJ 3.º; 332/1996, 11 noviembre, FJ 2.º; 4/1997, 13 enero, FFJJ 2.º-3.º, y 191/2000, 24 julio, FJ 4.º También entiende que el peligro de reiteración delictiva constituye una finalidad constitucionalmente legítima, que debería consagrarse en una futura reforma de la prisión provisional para determinados delitos graves, GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, cit., p. 5, aunque este autor matiza que dicha finalidad no aparece recogida en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal con carácter general, por lo que sólo permitiría adoptar la medida de prisión provisional en los casos de incumplimiento de un auto de alejamiento (art. 544bis IV LECrim).

41. Cfr. Recomendación núm. R (80) 11, §3.

42. Cfr. SSTEDH 10 noviembre 1969 (As. *Matznetter*) y 28 marzo 1990 (As. *B. c. Austria*).

43. *Vid.* por todos AGUILERA DE PAZ, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal,* cit., T. IV, p. 190; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y GUTIÉRREZ ZARZA, en AA.VV., *Enjuiciamiento criminal*, cit., T. II, pp. 1762 y 1790, y RODRÍGUEZ RAMOS, *La prisión provisional...*, cit., p. 1059, quien no obstante critica que la configuración de la prisión provisional como medida de seguridad se realice de forma "oculta o encubierta en una naturaleza aparente de medida cautelar".

44. Como por ejemplo la República Federal de Alemania: cfr. §112a *Strafprozeßordnung* (en adelante, StPO), cuya compatibilidad con la Ley Fundamental de Bonn ha sido expresamente declarada por el Tribunal Constitucional alemán: cfr. KLEINKNECHT, T.; MEYER, K.; MEYER-GOßNER, L.: ***Strafprozeßordnung***. *Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 43.ª ed., C.H. Beck, München, 1997, p. 383 (§1), y PFEIFFER, G. (director): ***Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung*** *und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 4.ª ed., C.H. Beck, München, 1999, p. 574 (§2). En contra en la doctrina, *vid.* por todos ROXIN, C.: ***Strafverfahrensrecht***, 24.ª ed., C.H. Beck, München, 1995, p. 222 (§14). Y lo mismo ocurre en Italia —*vid.* art. 274.1 c) del *Codice di*

1.4. El aseguramiento de la prueba

26. Un cuarto objetivo que puede perseguirse cuando se acuerda una medida provisional es el aseguramiento de la prueba o, para ser más precisos, el aseguramiento de los medios de prueba o de su práctica en el acto del juicio. Por lo que al imputado se refiere, esta finalidad se manifiesta en dos momentos procesales diferentes. Durante la instrucción del sumario o diligencias previas, se trata de garantizar que aquél no protagoniza ninguna actuación o confabulación que tenga como resultado la imposibilidad de recoger el imprescindible material incriminatorio, es decir, que no lleva a cabo una "obstrucción de la investigación". En la fase de juicio oral, el objetivo es evitar que el inculpado impida o dificulte con su conducta la práctica de los medios de prueba en general, y de las declaraciones de testigos o peritos en particular (vgr. mediante coacciones, violencia, etc.), pero también asegurar la presencia física de aquél en el acto del juicio oral, y no sólo al efecto de que pueda prestar declaración o utilizar su derecho a la última palabra, sino también para que el conjunto de la prueba pueda practicarse con todas las garantías constitucionales, principalmente las de audiencia, contradicción y defensa[45]. Por otro lado, la finalidad de aseguramiento de la prueba también puede requerir tutela frente a testigos y peritos, como ocurrirá cuando unos u otros se nieguen a acudir a declarar ante el instructor o ante el Tribunal sentenciador.

procedura penale (en adelante C.p.p.), en la redacción resultante de la reforma operada en el mismo por la Ley 8 agosto 1995, núm. 332—, o en Francia —cfr. art. 144, 2.º *Code de procédure penale* (en adelante, CPP). Cfr. asimismo CADENAS CORTINA, C.: **"La prisión provisional en el Derecho comparado y en la experiencia europea continental"**, en AA.VV: *Detención y prisión provisional*, cit. (pp. 103-147), pp. 128 y ss., de cuyo análisis comparativo se desprende que esta finalidad también se contempla en las legislaciones portuguesa, inglesa, belga, holandesa y danesa.

45. En esta línea se ha manifestado el Tribunal Constitucional, en concreta alusión a la prisión provisional, en su STC 157/1997, 29 septiembre, FJ 3.º, donde se afirma que "la finalidad esencial de la prisión provisional no puede ser otra que la de garantizar la presencia del inculpado en el acto del juicio oral, puesto que la prueba ha de surgir bajo la vigencia de los principios inherentes al proceso penal de inmediación, contradicción, oralidad, defensa, de tal manera que, si el acusado no está presente, el juicio no se puede celebrar, salvo supuestos muy excepcionales, que no son del caso, con grave daño de la justicia". Como consecuencia de esta particularidad del proceso penal, la finalidad que se está analizando puede solaparse en estos casos con el objetivo cautelar de prevención de la fuga, tal y como ya hubo ocasión de advertir al examinar este último (cfr. *supra*, apdo. 1.2).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

27. Desde una perspectiva estrictamente temporal, la primera medida provisional personal que puede acordarse al efecto de asegurar los medios de prueba es la detención. Mediante esta breve privación de libertad es posible traer al proceso a los testigos o peritos que no comparecen voluntariamente, así como al propio imputado cuando exista el peligro de que haga desaparecer material incriminatorio o se confabule con otras personas a tal efecto. Sin embargo, si este riesgo de obstrucción de la investigación subsiste más allá de los breves plazos legalmente previstos para la detención, la finalidad que se está analizando puede alcanzarse asimismo mediante la prisión provisional del encausado.

En efecto, si bien es cierto que nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla el aseguramiento de la prueba en su regulación de la prisión preventiva[46], la posibilidad de acordar esta medida para lograr dicho fin ha sido reiteradamente admitida por nuestra jurisprudencia constitucional[47]. En esta materia, la polémica surge más bien a la hora de determinar si la prisión puede ordenarse con la única finalidad de asegurar la prueba, esto es, en supuestos en los que no concurre riesgo de fuga en los términos previstos por la Ley rituaria. En la doctrina científica es mayoritario el rechazo de esta eventualidad, rechazo que se justifica precisamente en el texto de los artículos 503 y 504 LECr, que no contemplan el peligro de ocultación o alteración de los medios de prueba como presupuesto de la prisión provisional[48]. En la práctica forense, por el contrario, la posibilidad de decretar esta

46. A diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en Alemania (cfr. §112.3 StPO), Francia (*vid.* art. 144, 1.º CPP) o Italia (art. 274.1.a C.p.p.). Cfr. ulteriores referencias de Derecho comparado en CADENAS CORTINA, *La prisión provisional...*, cit., pp. 128 y ss.

47. Contempla la obstrucción de la instrucción penal como uno de los riesgos que trata de conjurarse mediante la prisión provisional la STC 128/1995, 26 julio, FJ 3.º, a la que siguen a su vez las SSTC 44/1997, 10 marzo, FJ 5.º; 66/1997, 7 abril, FJ 4.º; 67/1997, FJ 2.º; 98/1997, 20 mayo, FJ 9.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 4.º; 177/1998, 14 septiembre, FJ 3.º; 14/2000, 17 enero, FJ 4.º; 33/1999, 8 marzo, FJ 3.º; 164/2000, 12 junio, FJ 5.º; 165/2000, 12 junio, FJ 4.º; 207/2000, 24 julio, FJ 6.º; 61/2001, 26 febrero, FJ 3.º; 94/2001, 2 abril, FJ 6.º; 145/2001, 18 junio, FJ 5.º; 146/2001, 18 junio, FJ 5.º; 217/2001, 29 octubre, FJ 3.º, y los AATC 179/1996, 26 junio, FJ 4.º; 4/1997, 13 enero, FFJJ 2.º-3.º, y 191/2000, 24 julio, FJ 4.º, entre otras. En la STC 14/2000, concretamente, se contempla un caso en el que la prisión provisional se había acordado al único efecto de "asegurar el normal desarrollo de la instrucción" (cfr. FJ 7.º).

48. En este sentido, entendiendo que el "oscurecimiento de la prueba" no se recoge en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por lo que la prisión provisional adoptada con ese exclusivo sustento infringe el principio de legalidad y debería reputarse contraria al derecho a

medida con el único fin de evitar la obstrucción de la investigación o la confabulación se ha visto facilitada por la jurisprudencia anteriormente referida, que no condiciona la adopción de la prisión preventiva a la existencia de riesgo de fuga.

28. En ambos casos (detención y prisión preventiva), la Ley rituaria prevé un instrumento complementario destinado impedir esa posibilidad de confabulación entre el inculpado y terceras personas: la incomunicación[49]. En efecto, la incomunicación de detenidos o presos se acuerda precisamente cuando existe el peligro de que estas personas se pongan en contacto con el exterior, poniendo en peligro el éxito de la investigación que tiene lugar durante la fase de instrucción. A tal efecto, se prohíben las comunicaciones orales del detenido o preso y se limitan las escritas; se le impide elegir Abogado y se le nombra uno de oficio, con el que no podrá entrevistarse en privado al terminar la diligencia en la que aquél hubiera intervenido[50], y se evita su asistencia a diligencias sumariales cuando su presencia pudiera frustrarlas o facilitar la confabulación (*vid.* arts. 506 II, 509-511 y 527 LE-

la libertad, GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, cit., pp. 2 y 5, e *idem*, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 130, aunque este autor reconoce la existencia de la jurisprudencia constitucional citada, y además considera esta finalidad constitucionalmente legítima, *de lege ferenda,* en determinados supuestos (criminalidad organizada, delincuencia económica...). En la misma línea con anterioridad, cfr. ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización...*, cit., pp. 453-454, y MORENO CATENA, *En torno a la prisión provisional...*, cit., p. 647, a quienes siguen a su vez ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional,* cit., pp. 36-37 y 191, y BARONA VILAR, *La prisión provisional...*, cit., pp. 22-23. Cfr. asimismo MORENO CATENA, *et al.*, *El Proceso Penal*, cit., p. 1668, y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y GUTIÉRREZ ZARZA, en AA.VV., *Enjuiciamiento criminal*, cit., T. II, p. 1790.

49. Monográficamente sobre esta medida y su finalidad, *vid.* SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "**Incomunicación de detenidos**", en *Estudios...*, cit., pp. 712-715. En realidad, la incomunicación no es el único instrumento que puede emplearse al efecto de impedir la confabulación. Idéntica finalidad persigue el secreto de las actuaciones o "secreto del sumario", que puede decretarse durante ciertos períodos de tiempo al efecto de preservar la investigación del conocimiento del encausado y las demás partes personadas (art. 302 II LECrim). Sin embargo y pese a su carácter "provisional", esta medida no afecta a la persona ni al patrimonio de este último, por lo que no será objeto de estudio en la presente investigación.

50. El Tribunal Constitucional declaró la constitucionalidad de esta medida, prevista en el artículo 527 a) LECrim, en su Sent. 196/1987, 11 diciembre, FJ 7.º, resolución no exenta de polémica, como lo revelan los dos votos particulares que se formularon a la misma, con los que se muestra de acuerdo ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 422.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Crim). Resulta obvio, por lo tanto, que la finalidad de esta medida de refuerzo no es otra que el aseguramiento de los medios de prueba, ya se trate de declaraciones de testigos o coimputados, o de los que pudieran obtenerse a través de cualesquiera otras diligencias de investigación o comprobación (vgr. entradas y registros, intervención de comunicaciones, inspecciones oculares, etc.).

En todo caso, debe advertirse desde ahora que el riesgo de obstrucción de la investigación necesario para que se pueda acordar esta medida de refuerzo es muy superior al que justifica la mera detención o prisión comunicadas, y suele presentarse en unos ámbitos delincuenciales muy localizados (vgr. grupos terroristas, delincuencia organizada). En la mayor parte de los casos, es suficiente con privar al imputado de libertad, pues con ello se impide que pueda realizar actuaciones dañosas por sí mismo. En esos otros sectores, por el contrario, lo habitual es que existan otros sujetos que puedan actuar en lugar del inculpado una vez advertidos por este último, por lo que no queda otro remedio que impedir las comunicaciones entre ellos. Como veremos, ese distinto riesgo de obstrucción de la investigación debe plasmarse en la motivación de la resolución judicial por la que se acuerda la medida[51].

29. Debe advertirse, por último, que la finalidad de asegurar los medios de prueba puede también requerir la adopción de medidas provisionales de carácter real o patrimonial. Así ocurrirá, en particular, cuando resulte necesario que determinados objetos o piezas de convicción permanezcan a disposición del Juez o Tribunal para poder ser investigados y posteriormente utilizados como prueba documental durante el juicio oral. A tal efecto, nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la posibilidad de acordar el secuestro o aprehensión de bienes y su posterior depósito [cfr. vgr. arts. 330, 334 y ss., 567 y ss., 785, 8.ª, c), y 786, 2.ª a) y c)], medida que debe diferenciarse nítidamente de la ocupación de bienes con finalidad cautelar, a la que se hará alusión en el apartado dedicado a la prevención de la insolvencia.

51. La incomunicación debe ser acordada por un órgano jurisdiccional o, si lo es por la autoridad gubernativa, ha ser objeto de una simultánea solicitud de conformación al Juzgado o Tribunal judicial competente: cfr. STC 199/1987, FJ 11.º

1.5. La prevención general y la alarma social

30. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla, quizás ya por poco tiempo, dos ulteriores finalidades en aras a las cuales es posible decretar la prisión provisional de un imputado: la prevención general y la alarma social. En el primer caso, la medida provisional obedece al propósito de reducir la frecuencia con la que se cometen hechos idénticos o análogos al que se encuentra *sub judice* en la jurisdicción del Tribunal, pero con la particularidad de que no se exige que conste en modo alguno que esos otros hechos sean imputables al encausado. En el caso de la alarma social, la prisión se acuerda para satisfacer un sentimiento colectivo de indignación, sobrecogimiento o preocupación, propiciado por las especiales características del hecho delictivo (gravedad, ensañamiento, notoriedad, repercusión mediática, desprestigio para las instituciones o funciones del Estado, etcétera). Su análisis en un único apartado se debe sencillamente a que, en última instancia, el apaciguamiento de la alarma social también tiene como propósito la prevención general, por lo que ambas finalidades pueden reconducirse a este último objetivo.

31. Por lo que a estos dos criterios se refiere, debe convenirse con los autores citados anteriormente en que se trata de parámetros difícilmente compatibles con nuestra Constitución; pero no porque carezcan de naturaleza cautelar, lo que *a priori* resulta irrelevante, sino sencillamente porque permiten la adopción de medidas coercitivas con base en circunstancias por completo ajenas al imputado, lo que a su vez las priva de toda justificación. En efecto, si las medidas provisionales persiguen evitar que el encausado incurra en determinadas actuaciones que se estiman dañosas, es evidente que su objetivo no concurre cuando se recurre a estos criterios, puesto que la alarma social no comporta de por sí un peligro de reiteración delictiva, pudiendo producirse por factores tan aleatorios como lo aparatoso del delito, su cobertura mediática o la notoriedad de sus autores, y la frecuencia tampoco permite relacionar ese peligro con el inculpado, por lo que la medida adoptada con base en este criterio nunca podría tener por finalidad impedir conductas imputables al mismo. Hay que concluir, en definitiva, que los dos criterios mencionados no justifican en modo alguno la adopción de medidas provisionales de tipo personal o patrimonial, porque otorgan a estas últimas una finalidad ejempla-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

rizante o de escarmiento que no es de recibo en un sistema procesal avanzado[52].

32. En el sentido aquí postulado, aunque en concreta alusión a la alarma social, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia, que aparece resumida en su reciente Sentencia 47/2000, de 17 de febrero. Como ya se ha indicado, en el Fundamento Jurídico tercero de esta resolución se insiste en que los únicos fines constitucionalmente legítimos que justifican la adopción de esa medida son el riesgo de fuga, la obstrucción de la instrucción penal y la reiteración delictiva, sin perjuicio de acudir a la mera gravedad de la pena en un primer momento procesal. Por el contrario, el Tribunal rechaza el criterio de la alarma social, entendiendo que implica atribuir a la prisión provisional una finalidad de prevención general que es exclusiva de la pena, y que "presupone un juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad del correspondiente órgano judicial tras un procedimiento rodeado de plenas garantías de imparcialidad y defensa" (FJ 5.º)[53]. Por este y otros motivos, que serán objeto de análisis en otro lugar, el Tribunal se cuestiona la constitucionalidad de determinados incisos de los artículos 503 y 504 LECrim.

Sin perjuicio de que la conclusión del Tribunal se comparte plenamente, debe insistirse en la imposibilidad de suscribir el argumento del "juicio previo de antijuridicidad y de culpabilidad" al que se alude en la Sentencia, habida cuenta que dicho juicio concurre igualmente, en mayor o menor medida, en las demás finalidades que justifican la adopción de medidas provisionales y cautelares. El criterio de la alarma social es desde luego rechazable, pero no por los motivos apuntados en la Sentencia referida y

52. Parece contraria DE HOYOS SANCHO, *La detención por delito*, cit., p. 175, cuando admite la viabilidad de las detenciones para mitigar la alarma social, aun matizando que la finalidad de las mismas no sería ejemplarizante, sino más bien la de preservar el orden público o proteger al detenido de un "linchamiento" por parte de la población. Esta opinión no puede convencer: si la reacción social ante el delito hace necesaria la protección personal de su presunto autor, la forma de hacerlo nunca deberá ser una detención, sino en todo caso la pura y simple protección policial mediante las medidas necesarias para ello (vgr. vigilancia, cambio de domicilio o identidad, etc.).

53. Idénticas consideraciones se vertían en las SSTC 66/1997, 7 abril, FJ 6.º; 98/1997, 20 mayo, FJ 9.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 6.º; 33/1999, 8 marzo, FJ 6.º, y 14/2000, 17 enero, FJ 6.º Cfr. asimismo la STC 177/1998, 14 septiembre, FJ 4.º

en las que la precedieron, sino sencillamente porque excluye el fundamento último de toda medida provisional o cautelar, cual es el de evitar una conducta dañosa o perjudicial del imputado durante la pendencia del proceso.

1.6. La prevención de la insolvencia

33. La finalidad más característica de las medidas provisionales de naturaleza patrimonial o real es desde luego la prevención de la insolvencia. En este caso, nos encontramos ante un objetivo puramente cautelar, que además es análogo al que caracteriza a las medidas que se adoptan en el proceso civil, pues consiste en asegurar la eficacia de una eventual condena a la responsabilidad pecuniaria derivada del delito objeto de enjuiciamiento, tanto frente al imputado como frente a cualquier tercero civilmente responsable.

En principio, podría pensarse que el riesgo de una insolvencia sobrevenida no puede apreciarse de forma automática, sino que exige la concurrencia de ciertos indicios, como la falta de arraigo, maniobras fraudulentas o conductas evasivas. Nada más lejos de la realidad. En nuestro ordenamiento, las medidas cautelares patrimoniales requieren únicamente la concurrencia de la apariencia de buen derecho que proporciona la imputación, pero el *periculum in mora* se encuentra completamente objetivado, de modo que el Juez acuerda dichas medidas, de oficio frente al imputado y a instancia de parte frente al responsable civil subsidiario, pero en ambos casos con independencia de las concretas circunstancias de estas personas (cfr. arts. 589 y 615 LECrim). Como es lógico, este régimen normativo exime al órgano jurisdiccional de motivar la adopción de las medidas en lo referente a su finalidad de prevención de la insolvencia, lo que convierte a esta última en un enunciado genérico vacío de contenido. De este modo, nos encontramos una vez más ante una situación difícilmente compatible con la presunción de inocencia y los principios de excepcionalidad y necesidad, puesto que la mera imputación en un proceso penal conlleva para el acusado y el responsable civil subsidiario la obligación de afianzar el total del importe de las posibles responsabilidades pecuniarias más una tercera parte del mismo (art. 589 II LECrim). Por fortuna, esta situación normativa no ha sido llevada hasta sus últimas consecuencias en la práctica, como habrá ocasión de comprobar más adelante en esta misma investigación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

34. Las medidas patrimoniales mediante las que puede prevenirse la insolvencia en el proceso penal son muy variadas, pero la regla general es la prestación de fianza, en defecto de la cual se procede al embargo de bienes (cfr. arts. 589 y ss. LECrim). Junto a estas medidas "estrella", las responsabilidades civiles también pueden asegurarse a través del secuestro de bienes en general, y la intervención de vehículos en particular, así como mediante la anotación preventiva de querella (o del escrito en el que se ejercitan acciones tras el correspondiente ofrecimiento).

1.7. La protección económica de las víctimas

35. En nuestro sistema procesal penal, la tutela provisional también puede tener por finalidad la protección económica de las víctimas del presunto delito durante la pendencia del proceso, si bien es cierto que, en el momento presente, ese objetivo sólo puede perseguirse en procesos que se sustancian por el procedimiento abreviado y se refieren a hechos derivados del uso y circulación de vehículos a motor. Así se desprende del artículo 785, 8.ª d) LECrim, que autoriza al Juez de instrucción, en las circunstancias descritas, a acordar pensiones provisionales a las víctimas y a las personas que están a su cargo.

Al igual que las restantes finalidades estudiadas hasta ahora, la protección económica de la víctima responde a la necesidad de evitar que la duración del proceso redunde en daño de quienes se ven obligados a acudir al mismo. En este caso se trata, en particular, de garantizar la subsistencia de quienes pretenden una indemnización por los daños sufridos a consecuencia del delito, cuando estas personas se encuentran en una situación de necesidad o desamparo económico provocada directa o indirectamente por el propio hecho delictivo (vgr. colisión que produce el fallecimiento de la persona que sostenía a la familia). Sin embargo, debe advertirse que ese objetivo presenta una importante particularidad que lo diferencia de todos los estudiados hasta ahora y pone en entredicho su admisibilidad con carácter general, a saber: la fijación de pensiones provisionales no persigue evitar una actuación dañosa o perjudicial del imputado, sino que se acuerda con total independencia de la conducta futura o previsible de este último. Lógicamente, esta circunstancia no justifica rechazar totalmente este tipo de medidas, habida cuenta que la situación de necesidad de las víctimas trae causa en el hecho objeto de enjuiciamiento y constituye una circunstancia de

gravedad que puede desdeñarse[54], pero sí obliga a limitarlas a aquellos casos en los que existe un tercero civilmente responsable para el que el pago de la pensión provisional no supone un quebranto económico (vgr. una compañía aseguradora), puesto que obligar al imputado a sufragarla supondría un gravamen desproporcionado en relación con el fin perseguido. En efecto, la fijación de una pensión provisional comporta en definitiva un anticipo de la previsible indemnización, por lo que el inculpado sólo debería verse obligado a soportarla si aquélla respondiese a la necesidad de conjurar un peligro proveniente del mismo (vgr. un riesgo de insolvencia). De lo contrario, se estaría adelantando la condena a indemnizar al momento inicial del proceso con base en la mera imputación, lo que debe reputarse desproporcionado a la luz de la presunción de inocencia de que goza todo encausado. Siendo ello así, necesariamente hay que concluir que la única forma de paliar la situación de necesidad de las víctimas radica en acudir al tercero civilmente responsable, cuya obligación de indemnizar deriva de una particular relación contractual o administrativa con el inculpado, y para el que la pensión provisional no supone *prima facie* un trastorno económico tan grave como lo sería para este último. De ahí la opción adoptada por nuestro legislador, que, aun siendo mejorable, debe reputarse plenamente compatible con el fundamento de la tutela provisional.

1.8. Recapitulación

36. Puede afirmarse, a modo de recapitulación, que las medidas provisionales presentan un fundamento preeminente, la necesidad de evitar determinadas actuaciones perjudiciales en que el imputado podría incurrir durante el transcurso del proceso, y distintos fines, que en el caso de las medidas de naturaleza cautelar se concretan en el objetivo de garantizar la eficacia del proceso evitando la fuga o la insolvencia del encausado, y en el caso de las de restantes en el aseguramiento de la recogida del material probatorio y la ulterior práctica de pruebas durante el juicio oral, así como en la protección de las víctimas actuales o potenciales del delito y sus familiares o allegados, mediante la prevención de la reiteración delictiva. Excep-

54. A diferencia de la prevención general y la alarma social, que no sólo no persiguen evitar una conducta dañosa del inculpado, sino que además se basan en circunstancias por complejo ajenas al mismo (cfr. *supra*, apdo. 1.5).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

cionalmente, la tutela provisional puede dirigirse incluso frente a terceros no imputados, como ocurrirá cuando así lo exija la protección de alguna de las finalidades descritas (vgr. el aseguramiento de la prueba), o la situación de desamparo económico de las víctimas del delito. Las restantes finalidades previstas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal deben reputarse inconstitucionales y eliminarse *de lege ferenda*, o mediante el inminente pronunciamiento del Tribunal Constitucional al que se ha aludido anteriormente, mientras que cualquier otro objetivo atípico sería igualmente contrario a la Constitución, tal y como reiteradamente viene advirtiendo este mismo Tribunal[55].

Por otro lado, ya ha habido ocasión de comprobar que no todas las finalidades de la tutela provisional que aquí se reputan admisibles cuentan con el mismo respaldo en la doctrina científica. Sin embargo, interesa advertir que, sea cual sea la postura dogmática que se mantenga a este respecto, resulta imprescindible analizar todos aquellos objetivos que admite o reconoce nuestro Tribunal Constitucional. Limitarse a negar la legitimidad de determinadas finalidades sin entrar a examinarlas no sólo implica volver la espalda a la realidad, sino también privar a los operadores jurídicos de un análisis científico riguroso relativo a cómo deben motivarse esas finalidades en cada caso concreto. Por este motivo, todos los fines constitucionalmente legítimos que se han descrito serán objeto de estudio cuando se analice pormenorizadamente el fundamento cada una de las medidas provisionales existentes en nuestro Derecho.

2. *Incidencia de las finalidades de las medidas provisionales en sus características y presupuestos*

37. Como puede suponerse, las finalidades de las medidas provisionales susceptibles de ser adoptadas en el proceso penal, examinadas en el epígrafe precedente, condicionan y delimitan tanto las características como

55. Por ejemplo en la STC 128/1995, 26 julio, FJ 3.º, donde se afirma que "lo que en ningún caso puede perseguirse con la prisión provisional son fines punitivos o de anticipación de la pena (STC 41/1982), o fines de impulso de la instrucción sumarial, propiciando la obtención de pruebas de declaraciones de los imputados, etc.". En el mismo sentido, las SSTC 67/1997, 7 abril, FJ 2.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 2.º, y 177/1998, 14 septiembre, FJ 3.º

los presupuestos de dichas medidas. No podía ser de otro modo, habida cuenta que esos fines revelan la razón de ser de la tutela provisional y justifican su existencia. Sin embargo, también debe tenerse en cuenta que la restricción de derechos individuales que exige esa tutela determina que sus objetivos entren a menudo en conflicto con otros principios o valores constitucionales igualmente dignos de protección, lo que obliga a moderar e incluso excluir la adopción de ciertas actuaciones en determinados supuestos particulares. De lo anterior se colige que las medidas provisionales sólo serán aceptables en tanto en cuanto su concreta configuración legal se ajuste a la consecución de las referidas finalidades, modulada a su vez por la influencia de esos otros valores constitucionales o legales que se sacrifican en aras de la eficacia de la tutela provisional.

A la vista de lo anterior, se ha considerado oportuno efectuar una breve revisión de esas características y presupuestos de las medidas cautelares, tuitivas y de aseguramiento de la prueba que pueden decretarse en el proceso penal, al efecto de examinar su relación con las finalidades de la tutela provisional y comprobar si están justificadas a la luz de estas últimas. Como podrá comprobarse, la mayor parte de esas características y presupuestos son coincidentes con las que pueden predicarse de las medidas cautelares y provisionales que se adoptan en el proceso civil. Sin embargo, el desarrollo de algunas de ellas constituye el fruto de una ya abundante jurisprudencia constitucional, elaborada en relación con las medidas de naturaleza personal. De hecho, una de las cuestiones más relevantes en esta materia consiste precisamente en dilucidar si esas notas distintivas se extienden a las medidas patrimoniales por razón de su adopción en un proceso penal, o si, por el contrario, éstas mantienen su plena autonomía en lo relativo a las particularidades que las caracterizan.

2.1. *Características de las medidas provisionales*

2.1.1. Excepcionalidad-Necesidad

38. Pese a que la presunción de inocencia no tiene en nuestro ordenamiento la suficiente fuerza jurídica como para impedir la adopción de medidas provisionales durante el proceso penal, su eficacia sí se manifiesta en este primer binomio característico. En efecto, si el imputado debe reputarse inocente hasta que su culpabilidad es establecida de forma irrevocable en una sentencia firme, tras un proceso rodeado de todas las garantías cons-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

titucionales y en el que se lleve a cabo la mínima actividad probatoria necesaria para desvirtuar la presunción, la adopción de cualquier medida que restrinja sus derechos durante el juicio debe reputarse excepcional, y verse limitada a los supuestos en que resulta absolutamente necesaria para evitar un mal que se prevé como probable. Esta íntima relación entre presunción de inocencia y excepcionalidad es generalmente admitida[56], y encuentra su razón de ser, en última instancia, en el juicio previo de culpabilidad que subyace a todas las medidas provisionales en mayor o menor grado, y al que ya se ha aludido con anterioridad[57].

39. En la jurisprudencia constitucional, se viene insistiendo de forma reiterada en la excepcionalidad que caracteriza a las medidas provisionales de naturaleza personal, y muy señaladamente a la prisión provisional[58]. Como consecuencia de ello, el Tribunal tiene declarado que la interpretación de las normas reguladoras de dichas medidas debe realizarse con carácter restrictivo y siempre otorgando la primacía al derecho fundamental a la libertad, lo cual comporta, por un lado, que en caso de duda sobre la medida a acordar deberá optarse por la de menor intensidad coactiva

56. Así, por ejemplo, en el primer punto de la ya citada Recomendación núm. R (80) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, se afirma: "*Being presumed innocent until proved guilty, no person charged with an offence shall be placed in custody pending trial unless the circumstances make it strictly necessary. Custody pending trial shall therefore be regarded as an exceptional mesure...*". El mismo Comité de Ministros hace hincapié en la excepcionalidad de la prisión provisional en el apdo. 1, b)-c), de la Resolución núm. (65) 11, de 9 de abril de 1965. Cfr. asimismo BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, cit., pp. 27-28.

57. Cfr. *supra*, ep. 1, §14.

58. *Vid.*, en concreta alusión a esta medida, SSTC 29/2001, 29 enero, FJ 3.º; 305/2000, 11 diciembre, FJ 3.º; 164/2000, 12 junio, FJ 5.º; 147/2000, 29 mayo, FJ 3.º; 72/2000, 13 marzo, FJ 6.º; 71/2000, 13 marzo, FJ 5.º; 14/2000, 17 enero, FJ 4.º; 33/1999, 8 marzo, FJ 3.º; 19/1999, 22 febrero, FJ 4.º; 18/1999, 22 febrero, FJ 2.º; 177/1998, 14 septiembre, FJ 3.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 4.º; 98/1997, 20 mayo, FJ 7.º; 67/1997, 7 abril, FJ 2.º; 66/1997, 7 abril, FJ 6.º; 44/1997, 10 marzo, FJ 5.º; 62/1996, 15 abril, FJ 5.º; 37/1996, 11 marzo, FJ 4.º; 128/1995, 26 julio, FJ 3.º; 241/1994, 20 julio, FJ 5.º; 13/1994, 17 enero, FJ 6.º; 9/1994, 17 enero, FJ 6.º; 3/1992, 13 enero, FJ 5.º; 88/1988, 9 mayo, FJ 1.º; 40/1987, 3 abril, FJ 2.º; 34/1987, 12 marzo, FJ 2.º; AATC 32/2000, 31 enero, FJ 2.º; 85/1998, 30 marzo, FJ 2.º; 332/1996, 11 noviembre, FJ 2.º; 187/1996, 8 julio, FJ 5.º; 179/1996, 26 junio, FJ 4.º; 183/1991, 17 junio, FJ 2.º, y con especial detenimiento la STC 32/1987, 10 marzo, FJ 3.º. *Vid.* asimismo, refiriéndose a la detención, la STC 71/1994, 3 marzo, FJ 13.º, y en alusión a la libertad provisional las SSTC 56/1997, 17 marzo, FJ 9.º, y 169/2001, 16 julio, FJ 4.º

para su destinatario o por la libertad incondicionada (principios de *favor libertatis* y de *in dubio pro libertate*)[59], y, por otro, que en caso de sucesión de leyes en el tiempo no regulada por las correspondientes normas de Derecho transitorio, deberá aplicarse la regulación más beneficiosa para el imputado[60].

40. Sin embargo, hay que entender que el binomio excepcionalidad-necesidad también es predicable de las medidas provisionales de tipo patrimonial. Ello se debe sencillamente a que, a diferencia de lo que ocurre en los juicios civiles, la responsabilidad civil que se reclama en el proceso penal una consecuencia directa de un hecho constitutivo de delito, y éste a su vez no puede estimarse cometido hasta que así se declara en la sentencia firme. En efecto, contrariamente a lo que sucede cuando la acción civil de resarcimiento se ejercita de forma separada, su acumulación a la acción penal tiene como principal consecuencia que el objeto de aquélla venga estrechamente condicionado por el de la segunda, toda vez que los daños reclamados no lo son ya en virtud de un simple hecho dañoso, sino que derivan específicamente de una conducta tipificada como delito o falta en el Código

59. SSTC 88/1988, 9 mayo, FJ 1.º; 9/1994, 17 enero, FJ 6.º; 147/2000, 29 mayo, FJ 5.º; 305/2000, 11 diciembre, FJ 3.º, y las que citan. De ahí que la prisión provisional se considere una medida de aplicación subsidiaria: cfr. SSTC 60/2001, 26 febrero, FJ 3.º; 29/2001, 29 enero, FJ 3.º; 305/2000, 11 diciembre, FJ 3.º; 165/2000, 12 junio, FJ 3.º; 164/2000, 12 junio, FJ 5.º; 147/2000, 29 mayo, FJ 3.º; 33/1999, 8 marzo, FJ 3.º; 18/1999, 22 febrero, FJ 2.º; 177/1998, 14 septiembre, FJ 3.º; 67/1997, 7 abril, FJ 2.º; 62/1996, 15 abril, FJ 5.º, y 128/1995, 26 julio, FJ 3.º, entre otras muchas.

60. SSTC 32/1987, 10 marzo; 34/1987, 12 marzo; 117/1987, 8 julio, y 88/1988, 9 mayo, donde se planteaba la cuestión relativa qué ley debe aplicarse para valorar la prórroga de la prisión provisional, cuando entre el primer auto de prisión y la solicitud de dicha prórroga tiene lugar un cambio normativo (el operado por la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre) que perjudica al imputado, careciendo la ley posterior de un precepto transitorio que determine su eficacia normativa en relación con las situaciones de prisión provisional formalizadas antes de su entrada en vigor y que se encuentran pendientes. Como no podía ser de otro modo, el Tribunal concluye (corrigiendo su doctrina anterior: cfr. ATC 933/1985, 18 diciembre, FJ 2.º) que la ley vigente en el momento de comenzar la privación de libertad extiende su vigencia hasta la conclusión de esta situación dado su carácter más beneficioso, por lo que los órganos judiciales deberían haber aplicado la norma menos restrictiva de la libertad individual y denegado la prórroga de la prisión provisional, lo que le lleva a otorgar el amparo (cfr. FFJJ 3.º y 4.º de la primera sentencia citada, 2.º de la segunda, 2.º y 3.º de la tercera, y 1.º de la cuarta, y *vid.* asimismo los votos particulares en contra de los Magistrados RUBIO LLORENTE y DÍEZ-PICAZO).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Penal[61]. De este modo, puede afirmarse incluso que la presunción de inocencia debe extender en cierta medida sus efectos al objeto civil del proceso penal, impidiendo la adopción irreflexiva o maquinal de medidas provisionales de naturaleza patrimonial, y obligando a que esa adopción se lleve a cabo de forma motivada y únicamente cuando resulte imprescindible para asegurar las eventuales responsabilidades civiles —en el caso de las medidas cautelares—, para el aseguramiento de la prueba, o para la protección personal o económica de las víctimas del delito[62].

Como veremos, nuestro Derecho positivo deja mucho que desear a este respecto, puesto que prevé un automatismo en la adopción de las medidas cautelares reales dirigidas al imputado o a los terceros civilmente responsables que no se compadece con lo que acaba de indicarse. En particular, el artículo 589 I de la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la orden inmediata y *ex officium* de prestación de fianza —y el embargo subsiguiente para caso de impago de la misma—, con la simple concurrencia de "indicios de criminalidad contra una persona", y sin tener en cuenta por tanto el mayor o menor riesgo de insolvencia del encausado en atención a sus circunstancias personales. Lo mismo ocurre cuando existe un tercero civilmente responsable, aunque en este caso sí es necesaria instancia de parte (cfr. art. 615 LECrim). Sin entrar en este momento a valorar la referida posibilidad de adopción de oficio, la total objetivación del *periculum in mora* que se contempla en los artículos mencionados, que no rige ni tan siquiera en el ámbito del proceso civil (cfr. art. 728.1 LEC), choca frontalmente con el principio de excepcionalidad, por lo que no resulta de recibo y debería ser matizada con ocasión de la próxima reforma de la Ley rituaria[63].

41. No obstante lo que acaba de indicarse, debe tenerse en cuenta asimismo que la característica objeto de examen no se manifiesta con la misma intensidad en las medidas reales y en las medidas personales, habida cuenta que estas últimas excluyen o restringen un derecho fundamental en el que las primeras no interfieren, cual es el de la libertad personal (art. 17 CE). A consecuencia de ello, la excepcionalidad y la necesidad aparecen especialmente reforzadas en el caso de las medidas de naturaleza personal, obligando al órgano jurisdiccional a justificarlas con una motivación más exigente que la que requiere el artículo 24.1 CE, y a optar siempre por la solución legal menos gravosa para su destinatario en los términos ya expuestos. Como veremos, esa diferente intensidad ha tenido su principal repercusión, en nuestra práctica forense, en la adopción de medidas provisionales atípicas, muy frecuente en las de naturaleza patrimonial y hoy vedada para las de carácter personal.

61. Así se desprende inequívocamente de los arts. 100 LECr, 1092 CC y 109 CP, y a ello no obsta en modo alguno el hecho de que, en nuestro derecho, la acción de resarcimiento pueda interponerse de forma autónoma en un proceso civil. Téngase en cuenta que, cuando ese ejercicio precede al proceso penal, la pretensión civil no es más que una reclamación de responsabilidad extracontractual, que no comporta *per se* imputación delictiva alguna frente al demandado; y cuando es posterior ocurre lo mismo que en el caso precedente si el proceso penal ha terminado sin condena, mientras que, de lo contrario, la acción civil sí será estrictamente *ex delicto*, pero sin que juegue la presunción de inocencia, que ya habrá sido desvirtuada en el juicio penal precedente. No pretende afirmarse aquí que la responsabilidad civil nazca del delito y no del hecho calificado como tal, lo que supondría ir en contra de una doctrina asentada y pacífica (cfr. por todos GÓMEZ ORBANEJA, E.: ***Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal***, Bosch, Barcelona, 1947, T. I, p. 59, e *idem* con HERCE QUEMADA, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 92-93, a quienes a su vez siguen muchos otros), sino únicamente incidir en el hecho de que la acción civil, al acumularse en el proceso penal, se subordina lógicamente a la previa calificación de una conducta como delictiva, pues en ella se concreta el título que sustenta la pretensión civil de resarcimiento acumulada, lo que a su vez determina que ambas pretensiones no sean totalmente autónomas. A mi entender, esa subordinación lógica, que se desprende claramente de diversos preceptos de la LECr además del ya citado (vgr. los arts. 111, 112, 114 o 116), debe "contagiar" parcialmente la excepcionalidad característica de las medidas personales a las medidas de naturaleza patrimonial o real.

62. Cfr. en este sentido la STC 108/1984, 26 noviembre, FJ 4.º *in fine*, donde se precisa que el juicio de razonabilidad que el órgano jurisdiccional debe llevar a cabo para adoptar cualquier medida provisional, que constituye una exigencia derivada de la presunción de inocencia y refleja la excepcionalidad de dichas medidas, no sólo es necesario cuando se trata de medidas privativas de libertad, sino también en el caso de las que impiden la libre disposición de bienes, tales como la fianza de la libertad provisional o condicionada.

63. En efecto, esa objetivación del *periculum* puede ser aceptable en determinados supuestos concretos, como por ejemplo aquellos en los que la propia duración del juicio genera *per se* un riesgo de ineficacia de la eventual condena civil, en cuyo caso la concesión automática de la medida puede estar justificada (vgr. anotación preventiva de querella en los supuestos en los que la previsible sentencia condenatoria tendrá trascendencia registral). Sin embargo, cuando la medida real suponga un menoscabo del patrimonio del inculpado, su adopción debería ir precedida de una mínima valoración del riesgo de insolvencia, que además deberían acreditar las partes acusadoras. En este sentido se pronuncian también MORENO CATENA, *et al.*, *El Proceso Penal*, cit., p. 1791.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2.1.2. Instrumentalidad-Accesoriedad

42. Si la tutela provisional persigue impedir determinadas conductas dañosas del imputado que podrían tener lugar durante el transcurso del proceso, con la finalidad de garantizar la eficacia del mismo o su normal desenvolvimiento, es evidente que las medidas que se adoptan cumplen una función instrumental y accesoria respecto del juicio[64]. Esta doble característica comporta la imposibilidad de solicitar medidas provisionales de forma autónoma, es decir, sin que exista un proceso jurisdiccional en el que aparezcan enmarcadas. La única excepción a lo anterior la constituye la detención pre-procesal no judicial, que por su carácter urgente y provisionalísimo tiene lugar antes incluso de que comience la fase de instrucción; pero lo cierto es que, incluso en este caso, la medida tiene como finalidad inmediata la de garantizar la presencia del futuro imputado ante el órgano jurisdiccional, por lo que también presenta una clara instrumentalidad respecto del inminente proceso penal.

Es lícito preguntarse, no obstante, hasta qué punto la instrumentalidad es una característica propia de las medidas provisionales que tienen por finalidad la protección de la víctima y de sus allegados (vgr. alejamiento, pensiones provisionales), ya que este objetivo no está intrínsecamente relacionado con la eficacia del proceso o de su período de prueba. Sin embargo, no debe olvidarse que este tipo de medidas no pueden solicitarse de forma autónoma, sino que están íntimamente ligadas a la condena penal o civil que persiguen las partes acusadoras, condena de la que en última instancia son anticipatorias. Por lo tanto, su concesión sólo puede concebirse en el seno de un proceso jurisdiccional y por razón de la inevitable duración temporal que caracteriza a este último, lo que determina su accesoriedad.

2.1.3. Provisionalidad-Temporalidad

43. Siendo las medidas provisionales instrumentales y accesorias respecto de un proceso "principal", es evidente que su vigencia temporal

64. En este sentido se ha manifestado, en concreta alusión a las medidas de naturaleza cautelar, el Tribunal Constitucional en su Auto 1340/1987, 9 diciembre, FJ 1.º, donde se afirma que esas medidas "responden, dentro del proceso, a la necesidad o conveniencia de asegurar la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano jurisdiccional. Revisten, por consiguiente, un carácter instrumental, esto es, de subordinación respecto de la definitiva resolución sobre el fondo...".

deberá estar inevitablemente condicionada a la pendencia de este último[65]. Por lo tanto, las medidas nunca podrán ser adoptadas con anterioridad al inicio de la litispendencia —salvo en el caso de la detención pre—procesal no judicial, por las razones ya indicadas en el apartado precedente—, y deberán extinguirse en todo caso cuando el proceso penal finalice con la firmeza de la sentencia, de un auto de sobreseimiento o de un auto de archivo.

Sin embargo, la provisionalidad y temporalidad que caracteriza a las medidas provisionales no sólo viene determinada por la duración del juicio en el que éstas se insertan. En el caso de las medidas de tipo personal que comportan una privación del derecho fundamental a la libertad ambulatoria (detención y prisión provisional), el legislador ha establecido además unos plazos máximos para su vigencia, los cuales actúan como un ulterior refuerzo a su excepcionalidad y tratan de prevenir eventuales abusos en su utilización. Como veremos, estos plazos pueden calificarse de excesivamente prolongados en nuestro Derecho, si bien es cierto que tan sólo actúan como un límite temporal máximo, y no excluyen en modo alguno el imperativo alzamiento de la medida cuando desaparecen las circunstancias que han justificado su adopción, e incluso cuando sencillamente se supera un "plazo razonable", que puede ser sensiblemente inferior al tope legalmente establecido[66].

2.1.4. Proporcionalidad-Idoneidad

44. Al efecto de lograr su finalidad del modo menos gravoso para el imputado, las medidas provisionales deben ser idóneas y proporcionadas, es decir, deben resultar adecuadas para alcanzar ese objetivo y no emplear para ello técnicas o medios innecesariamente lesivos para su destinatario, o desmesurados en relación con el delito o falta presuntamente cometidos y la posible condena. Esta exigencia, que se asienta en una reiterada jurisprudencia constitucional[67], obliga al órgano jurisdiccional a llevar a cabo un

65. *Vid.* ATC 1340/1987, 9 diciembre, FJ 1.º, donde se afirma que las medidas cautelares "son esencialmente temporales, guardando relación con la pendencia del proceso al que se conectan".

66. Cfr. por todas SSTC 8/1990, 18 enero, FJ 4.º; 206/1991, 30 octubre, FJ 4.º; 41/1996, 12 marzo, FJ 2.º; 44/1997, 10 marzo, FJ 3.º; 66/1997, 7 abril, FJ 3.º; 147/2000, 29 mayo, FJ 4.º; 305/2000, 11 diciembre, FFJJ 3.º y 4.º, y las que citan. En particular sobre esta cuestión, *vid. infra*, ep. III.2.1.5.

67. Cfr. SSTC 60/2001, 26 febrero, FJ 3.º; 29/2001, 29 enero, FJ 3.º; 305/2000, 11 diciembre, FJ 3.º; 165/2000, 12 junio, FJ 3.º; 164/2000, 12 junio, FJ 5.º; 147/2000, 29 mayo,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

"juicio de razonabilidad" en el que debe ponderar, por un lado, la legítima finalidad que se persigue con la restricción de la libertad personal o de la libre disposición de bienes del imputado, y, por otro, las circunstancias de cada caso concreto (vgr. antecedentes y situación económica, laboral, familiar y de salud del encausado, gravedad del hecho punible, tiempo transcurrido desde la primera imposición de la medida, etc.), todo ello al efecto de encontrar la medida adecuada para garantizar la eficacia del juicio, asegurar la prueba o proteger a las víctimas actuales o potenciales y sus allegados, preservando al mismo tiempo al imputado de una situación excesivamente onerosa a la luz de dichas circunstancias particulares[68]. En última instancia, la proporcionalidad es una nota característica cercana a la excepcionalidad, puesto que, al igual que esta última, se encuentra íntimamente relacionada con la presunción de inocencia, que es la que obliga a minimizar los perjuicios que las medidas provisionales originan al inculpado durante la pendencia del juicio.

45. Nuestra jurisprudencia ha tenido ocasión de señalar numerosas manifestaciones específicas del principio de proporcionalidad en el ámbito de la tutela provisional. Es ese principio el que determina, por ejemplo, que la duración de la prisión provisional deba guardar "la debida proporción con la duración máxima de la pena privativa de libertad que habría de abonar el preso preventivo caso de resultar condenado"[69], sin exceder en ningún caso los plazos máximos establecidos por la Ley[70], o que el mantenimiento de una fianza personal cuando se ha dictado una sentencia absolutoria en instancia deba fundarse en un expreso juicio de razonabilidad[71]. En la doctrina científica, se ha aludido a la proporcionalidad, verbigracia, para rechazar la adopción de la prisión provisional cuando el hecho punible objeto de enjuiciamiento tiene señalada una pena de arresto de siete a quince fines de semana, atendiendo a que esta pena puede ser sustituida por una multa o por trabajos en beneficio de la comunidad, todo ello por más que el artículo 504 IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permita acordar la medida en estos casos con una duración máxima de tres meses[72]. En cualquier caso, la proporcionalidad constituye de una exigencia de obligatorio cumplimiento en todos los autos en los que se acuerdan medidas provisionales, y que además se concreta para cada caso en función de las particulares circunstancias que concurren en él, por lo que sería imposible ofrecer un elenco exhaustivo de las consecuencias de su aplicación[73].

FJ 3.º; 14/2000, 17 enero, FJ 4.º; 33/1999, 8 marzo, FJ 3.º; 18/1999, 22 febrero, FJ 2.º; 177/1998, 14 septiembre, FJ 3.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 4.º; 98/1997, 20 mayo, FJ 7.º; 67/1997, 7 abril, FJ 2.º; 66/1997, 7 abril, FJ 6.º; 44/1997, 10 marzo, FJ 5.º; 62/1996, 15 abril, FFJJ 2.º y 5.º; 37/1996, 11 marzo, FJ 4.º; 128/1995, 26 julio, FJ 3.º; AATC 32/2000, 31 enero, FJ 2.º; 85/1998, 30 marzo, FJ 2.º; 187/1996, 8 julio, FFJJ 4.º y 5.º; 179/1996, 26 junio, FJ 4.º, y las que citan, aunque también se recoge, para la prisión provisional, en la Recomendación núm. R (80) 11, del Comité de Ministros del Consejo de Europa (§§ 7 y 13).

68. Como puede observarse, la proporcionalidad se concibe aquí en sentido estricto, y no en el amplio que engloba dentro de la misma, junto a la exigencia descrita, los principios de legalidad, idoneidad y necesidad. Para un completo estudio sobre esta segunda acepción, cfr. GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: ***Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal***, Colex, Madrid, 1990, *passim*, a quien a su vez sigue BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones...*, cit., pp. 208-222.

69. STC 9/1994, 17 enero, FJ 3.º, y ATC 346/1995, 18 diciembre, FJ 3.º Precisamente en aras de la proporcionalidad, el Tribunal introduce en esta resolución ciertos criterios correctores al criterio de la "pena considerada en abstracto", que se utiliza para determinar la duración de la prisión provisional, obligando a tener en cuenta determinadas circunstancias que son evidentes al principio de la instrucción, como la atenuante privilegiada de minoría de edad o el grado de consumación del delito (cfr. *ibid*, FJ 2.º y 4.º).

70. SSTC 234/1998, 1 diciembre, FJ 2.º; 71/2000, 13 marzo, FJ 5.º; 72/2000, 13 marzo, FJ 6.º; 147/2000, 29 mayo, FJ 4.º; 231/2000, 2 octubre, FJ 5.º; 305/2000, 11 diciembre, FJ 4.º; 28/2001, 29 enero, FJ 4.º, y las que citan: "el respeto y cumplimiento de los plazos legales máximos de prisión provisional constituye una exigencia constitucional que integra la garantía consagrada en el art. 17.4 CE, de manera que la superación de dichos plazos supone una limitación desproporcionada del derecho a la libertad y, en consecuencia, su vulneración".

71. STC 108/1984, 26 noviembre, FJ 4.º

72. ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 426; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, p. 466, y MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 527 y 535, que a su vez sigue a GÓMEZ-COLOMER.

73. Subraya la relevancia del principio de proporcionalidad en relación con la prisión provisional BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, cit., pp. 18-19 y 67 y ss., en cuya opinión sólo desde ese principio puede estudiarse esta medida provisional.

2.1.5. Legalidad-Tipicidad

46. Conforme a los principios de legalidad y tipicidad, son inadmisibles en nuestro enjuiciamiento criminal las medidas provisionales atípicas, innominadas o indeterminadas, tanto de naturaleza personal como de índole patrimonial. De este modo, las opciones con que cuenta el órgano jurisdiccional a la hora de perseguir una de las finalidades de la tutela provisional

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

son aquéllas que la Ley señala expresamente, ya que cualquier otra debe reputarse no sólo ilegal, sino también inconstitucional, y ello por más que pueda ser análoga a alguna de las futuras penas, o más beneficiosa para el imputado que las legalmente previstas. El principio de legalidad comporta, al mismo tiempo, que las medidas provisionales que sí están expresamente previstas en una norma de Derecho positivo sólo puedan adoptarse cuando concurren los motivos legalmente previstos para ello[74], y con estricta observancia del procedimiento establecido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal[75].

El principal argumento que justifica estas exigencias es el carácter restrictivo de derechos que presentan todas esas medidas, el cual determina su excepcionalidad y obliga a que su adopción cuente con una base legal específica. A su vez, esta exigencia aparece reforzada en el caso de las medidas de tipo personal, que al ser limitativas de un derecho fundamental deben contemplarse en una Ley con carácter de orgánica[76]. Por consiguiente, la ausencia de esa previsión normativa excluye la medida, obligando al órgano jurisdiccional a adoptar alguna de las que sí recoge nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal —que en caso de duda deberá ser la menos gravosa para el encausado, como ya se ha indicado—, o bien a decretar su libertad incondicionada[77].

47. Probablemente, la medida personal atípica más controvertida y notoria de cuantas se han utilizado en nuestra práctica forense es la prohibición de extraditarse sin autorización judicial, con o sin retirada del pasaporte. La aceptación de esta medida cautelar entre nuestros Tribunales había llegado hasta tal punto, que incluso la Fiscalía General del Estado se

74. GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, cit., p. 2; *idem*, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 129.

75. Así lo advierten, para la prisión provisional, las SSTC 305/2000, 11 diciembre, FJ 3.º, y 147/2000, 29 mayo, FJ 4.º

76. Cfr. arts. 17 y 81.1 CE, y SSTC 140/1986, 11 noviembre, FJ 6.º; 160/1986, 16 diciembre, FJ 4.º; 32/1987, 12 marzo, FJ 3.º; 86/1996, 21 mayo, FJ 2.º; 147/2000, 29 mayo, FJ 4.º, y 169/2001, 16 julio, FJ 6.º, entre otras. En el mismo sentido en la doctrina, aunque matizando los argumentos del Tribunal Constitucional, BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones...*, cit., pp. 209-216.

77. En esta línea y con similares argumentos, TIRADO ESTRADA, *Violencia familiar...*, cit., p. 2, que critica la admisión de las medidas innominadas que intentó fundamentarse en la Circular 1/1998, de la Fiscalía General del Estado, para los delitos de malos tratos. Este autor añade un importante razonamiento en contra de esta tesis: la inadmisibilidad de que el Juez pueda convertirse por esta vía en diseñador de tipos penales, como ocurriría con el quebrantamiento de medida del artículo 468 del Código Penal.

refería a ella en sus Circulares e Instrucciones, en ocasiones exhortando a los Fiscales a solicitarla expresamente como medida accesoria en los autos de libertad provisional[78]. Por fortuna, la utilización de prohibición de extraditarse ha sido expresamente vedada y reprobada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en su conocida Sentencia de 15 de octubre de 1999, en la que se condena por prevaricación al Magistrado J. GÓMEZ DE LIAÑO, y donde uno de los motivos de dicha condena es precisamente la imposición a uno de los imputados de esa medida cautelar atípica y como tal inadmisible[79]. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en su reciente Sentencia 169/2001, de 16 de julio, en la que declara que la medida cautelar consistente en la prohibición de que los extranjeros abandonen el territorio nacional y la retirada del pasaporte es inconstitucional, por limitar el derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17.1 CE sin una habilitación legal específica que así lo autorice[80].

48. En el ámbito de la tutela provisional de carácter patrimonial o real, la situación es más llamativa si cabe, puesto que las medidas atípicas se encuentran absolutamente a la orden del día, habiendo recibido incluso la bendición de nuestro Tribunal Constitucional[81]. Así, en la práctica foren-

78. Cfr. Instrucción FGE 1/1988, 11 enero (*BIMJ* 15 febrero 1989, núm. 1518, supl.), apdo. 4.b, donde la prohibición de abandonar el territorio nacional se considera la regla general y se advierte de la necesidad de notificar los autos de libertad provisional al Ministerio del Interior, al efecto de que se impida la huida mediante los correspondientes controles policiales fronterizos y aeroportuarios. *Vid.* asimismo la Circular FGE 2/1995, 22 noviembre (*BIMJ* 1 febrero 1996, núm. 1767, supl.), apdo. IV.b, y BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, cit., p. 236.

79. Cfr. STS 2.ª 15 octubre 1999, FD 4.º, apdo. B, II, b).

80. Cfr. STC 169/2001, 16 julio, espec. FFJJ 7.º y ss. A la vista de la jurisprudencia citada, resulta cuando menos sorprendente seguir encontrando referencias a esta medida en la doctrina, máxime cuando provienen de miembros de la Carrera judicial (cfr. BALLESTEROS MARTÍN, J.M.: **"Cuestiones relativas a la prisión provisional en el Derecho español"**, *La Ley*, núm. 5452, 3 enero 2002 (pp. 1-6), p. 2), o autos de libertad condicionada en los que todavía se acuerda la retirada del pasaporte a fin de evitar la expatriación (Auto AP Barcelona, Sección 6.ª, 13 febrero 2002, Rollo 58/02).

81. ATC 1340/1987, 9 diciembre, FJ 1.º, donde se considera correcta desde el punto constitucional la medida consistente en el precinto del instrumental odontológico de un médico acusado de intrusismo por un Colegio Oficial, no regulada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En este caso, el Tribunal estimó que la medida no era arbitraria, ni irrazonable, ni vulneradora del derecho a la tutela judicial efectiva, ni desproporcionada, ni contraria al principio de legalidad penal, por lo que la reputó correcta sin hacer alusión alguna a

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

se es muy habitual encontrarse con actuaciones carentes por completo de soporte legal en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como las prohibiciones de disponer o de ejercer determinadas actividades o profesiones, las anotaciones preventivas, ciertas administraciones judiciales de bienes, y un largo etcétera.

A nadie se le escapa que esta situación tiene su origen en la manifiesta insuficiencia de nuestra Ley rituaria en esta materia, una insuficiencia que contrasta con la incuestionable necesidad práctica de asegurar las eventuales responsabilidades pecuniarias frente a determinados hechos dañosos que podrían tener lugar durante la pendencia del proceso (vgr. la insolvencia del imputado o la desaparición de unos determinados bienes). Ante esta grave carencia normativa, la doctrina científica ha tratado de justificar la adopción de medidas patrimoniales atípicas con diversos argumentos: en unos casos se alude a la supletoriedad de la Ley de Enjuiciamiento Civil (cfr. arts. 4 LEC y 614 LECrim)[82]; en otros a la normativa del Código Penal sobre las consecuencias accesorias del delito (cfr. art. 129 CP), mientras que otros autores buscan la base legal de esas medidas en el artículo 13 LECrim, en el que se regulan las primeras diligencias. Sin embargo, es muy discutible que la supletoriedad o una más que dudosa analogía puedan justificar la adopción de medidas atípicas cuando éstas son limitativas de derechos, máxime si se tienen en cuenta las especialidades que en el objeto civil del proceso penal introduce la vigencia del principio de excepcionalidad y la presunción de inocencia[83]. Del mismo modo, resulta difícil admitir que el artículo 13 LECr permita adoptar verdaderas medidas patrimoniales, y mucho más aún que el Juez de instrucción pueda utilizar este precepto para crear *ex novo* medidas provisionales reales no contempladas en la Ley[84].

la característica que se está analizando. Cabe citar asimismo la STC 27/1995, 6 febrero, FJ 5.º, y el ATC 211/1998, 13 octubre, en los que no se rechaza expresamente la utilización de diversas medidas atípicas (anotación preventiva de querella, prohibición de disponer y administración judicial de empresas no cautelar).

82. *Vid.* por todos GARBERÍ LLOBREGAT, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 510, y MORENO CATENA, *et al.*, *El Proceso Penal*, cit., p. 1779 *in fine*.

83. Cfr. *supra*, apdo. 2.1.1.

84. En efecto, este precepto se limita a contemplar las primeras actuaciones que pueden adoptarse una vez incoada la causa, como la recogida de pruebas, la detención y la protección personal de la víctima y sus allegados, así como de los "perjudicados" por el delito, lo que para un determinado sector de la doctrina permitiría al Juez de instrucción adoptar cualesquiera medidas tendentes a "restituir al presunto ofendido por el hecho que se in-

Hay que concluir, en suma, que lo ideal *de lege ferenda* sería que todas esas medidas patrimoniales, cuya necesidad y eficacia no se pone en tela de juicio, fuesen objeto de una regulación de validez general, expresa y detallada, que contemplase las particularidades del proceso penal, y que incluso podría venir acompañada en su caso de una cláusula de cierre similar a la prevista en el artículo 727, 11.ª LEC para las hipótesis no previstas por el legislador. En su defecto, sería aconsejable cuando menos una remisión expresa y terminante de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a favor de la de Enjuiciamiento Civil en esta materia. Sólo así se respetarían plenamente en nuestro sistema procesal penal los principios de legalidad y tipicidad.

2.1.6. Jurisdiccionalidad

49. La jurisdiccionalidad o judicialidad que caracteriza a las medidas provisionales deriva del hecho de que todas ellas deban ser acordadas por un Juez o Tribunal en el ámbito de un proceso penal. Se trata, por lo tanto, de actos procesales del órgano jurisdiccional, que están vedados a las partes en general, y al Ministerio Fiscal en particular[85]. La mayor parte de las veces, ese órgano será el Juez —o Magistrado, en caso de aforamiento—

vestiga en la situación perturbada por ese mismo hecho" (cfr. por todos PEDRAZ PENALVA, *Las medidas cautelares reales...*, cit., pp. 161, 164-170, 172, y en general 140 y ss., y SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima...*, cit., pp. 85-94, 123, 146, 153 o 155-156, quienes a su vez siguen a SÁINZ DE ROBLES). Sin embargo, es muy discutible que el artículo citado permita la adopción de medidas provisionales reales distintas de la mera aprehensión u ocupación de objetos que puedan servir para la comprobación del delito y la identificación del delincuente, o que deban ser devueltos a su legítimo propietario; medidas de coerción directa que, por lo demás, también aparecen previstas en otros artículos de la propia Ley rituaria (cfr. *infra*, ep. IV.2). Cualquier otra interpretación del precepto supondría convertir al Juez instructor en un diseñador de subtipos penales del delito de quebrantamiento de medida previsto en el artículo 468 del Código Penal, lo que, como ya hemos visto, debe reputarse totalmente inadmisible por atentar contra el principio de legalidad en materia penal. En contra de la postura del Prof. PEDRAZ se pronuncia también ARANGÜENA FANEGO, *Teoría general de las medidas cautelares reales...*, cit., p. 269, en cuya opinión el artículo 13 LECr sólo autorizaría la ordenación de "simples medidas precautorias cuya puntual adopción posibilita que en el futuro puedan acordarse medidas cautelares en sentido estricto".

85. STC 215/1992, 1 diciembre, FJ 3.º, donde se señala que "en un proceso penal es de apreciación judicial la procedencia de dichas medidas, así como su contenido y el tiempo de su adopción", aunque también se advierte que la petición de medidas provisionales efectuada por la acusación debe proveerse por el órgano judicial en un plazo razonable bajo pena de incurrir en dilaciones indebidas. *Vid.* en la misma línea para la prisión provisional la STC 147/2000, 29 mayo, FJ 4.º

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

competente para la instrucción de la causa, pero, concurriendo circunstancias que lo justifiquen, la medida provisional también puede ser acordada por el Juez o Tribunal competentes para el fallo, e incluso por los que conocen del asunto en vía de recurso.

La única excepción a lo anterior la constituye, una vez más, la detención pre-procesal no judicial, que puede ser decretada por el Ministerio Público o practicada directamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, e incluso por particulares. En estos casos, es evidente que no cabe hablar de jurisdiccionalidad, por más que este tipo de detenciones se acuerden o practiquen en relación con la presunta comisión de un hecho aparentemente delictivo, y su finalidad primordial sea la puesta del detenido a disposición del órgano jurisdiccional para que éste pueda adoptar una decisión sobre su situación personal en el seno del inminente proceso penal[86]. A pesar de ello, nuestro sistema procesal penal parece configurar las detenciones pre-procesales como verdaderas medidas cautelares o provisionales[87], por más que esta opción pueda generar ciertos problemas de índole práctica[88].

50. Sin perjuicio de esta salvedad, nuestro Tribunal Constitucional se ha mostrado siempre especialmente estricto con la exigencia de jurisdiccionalidad cuando ésta se refiere a medidas provisionales de naturaleza personal, como la detención y la prisión provisional. Ese rigor, que tiene su razón de ser en la restricción que dichas medidas comportan del derecho fundamental a la libertad personal, se encuentra íntimamente relacionado con la excepcionalidad que también las caracteriza, y se pone de manifiesto, en cuanto a la detención, en la exigencia de que más allá de las setenta y dos horas sea un órgano judicial el que decida acerca del mantenimiento o no de la limitación de la libertad[89], y, respecto de la prisión provisional, en

86. Es precisamente esta finalidad la que las diferencia de las detenciones gubernativas, que son las que efectúa la Administración un interés jurídico-público propio y distinto del deber de cooperación con la Justicia: cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, *Detención y Retención*, cit., p. 5. En contra de esta distinción, *vid.* BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones...*, cit., pp. 280-281.

87. Así parece desprenderse, por analogía, de la doctrina jurisprudencial que incluye las diligencias policiales en el término "procedimiento judicial": cfr. STS 27 julio 1999 (Ar. 6658) y las que cita.

88. Como el relativo a si la fuga de un detenido es constitutiva del delito de quebrantamiento de medida previsto y penado en el artículo 468 del Código Penal.

89. STC 115/1987, 7 julio, FJ 1.º

la necesidad de que sea siempre un Juez el que la adopte, prorrogue o confirme[90].

51. Cuestión bien distinta a la que acaba de analizarse es la relativa a si las medidas provisionales deberían poder acordarse de oficio por el propio órgano jurisdiccional o si, por el contrario, debería exigirse siempre instancia de alguna de las partes acusadoras. Como es sabido, en nuestro Derecho rige un sistema mixto, de tal modo que ciertas medidas requieren ineludiblemente instancia de parte (vgr. prisión provisional o libertad provisional bajo fianza), mientras que otras pueden decretarse *ex officium* (vgr. detención, libertad provisional sin fianza pero con obligación de comparecer *apud acta*), existiendo incluso actuaciones para las que la Ley no prevé una solución expresa, como es el caso del alejamiento (cfr. art. 544 bis). En cualquier caso, la solución que se dé a este interrogante, cuyo análisis en profundidad excede del objeto de la presente investigación, no afecta en modo alguno a la jurisdiccionalidad de dichas medidas, que concurre por igual en ambos casos.

2.1.7. Variabilidad-Modificabilidad

52. Sin perjuicio de su limitada duración temporal, las medidas provisionales se caracterizan asimismo por su variabilidad o modificabilidad, de modo que, una vez acordadas y llevadas a efecto, pueden ser modificadas cuantas veces sea necesario e incluso alzadas en cualquier momento del proceso, siempre que así lo justifique un cambio en las circunstancias fácticas que justificaron su adopción[91]. Ello se debe sencillamente a que dichas

90. Cfr. STC 71/1994, 3 marzo, FJ 13.º, donde se declaró inconstitucional el artículo 504 bis LECrim, que había sido introducido por la LO 4/1988, y en el que se suspendían, durante un período máximo de un mes, las decisiones judiciales de excarcelación de presos o detenidos por pertenencia o relación con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes, siempre que el Ministerio Fiscal hubiera recurrido dicha excarcelación. El Tribunal concluye, acertadamente desde luego, que ese artículo suponía dejar la eficacia de la decisión judicial de excarcelación en manos del Fiscal, con la consiguiente vulneración del derecho del detenido o preso a que todo lo relativo a su situación personal sea decidido por una autoridad judicial (cfr. en contra el voto particular del Magistrado L. LÓPEZ GUERRA, apdo. 3.º).

91. *Vid.* STC 128/1995, 26 julio, FJ 3.º, que se refiere a esta característica como "provisionalidad", y ATC 187/1996, 8 julio, FJ 4.º, donde se advierte que "del art. 539 LECrim se deduce que toda medida de aseguramiento ha de adaptarse permanentemente a las sucesivas circunstancias por las que atraviesa el proceso".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

medidas no son más que un medio para la obtención de un determinado fin (garantizar la eficacia del proceso, asegurar la prueba o proteger a las víctimas actuales o potenciales del imputado), por lo que carecen de sentido cuando ese fin desaparece, en cuyo caso deben alzarse, cuando ya no son efectivas para lograrlo, en cuyo caso deben sustituirse por otras de mayor calado, o cuando resultan desproporcionadas a la luz de las nuevas circunstancias, en cuyo caso deben sustituirse por otras menos gravosas para el encausado.

53. En nuestro Derecho positivo, la modificabilidad que caracteriza a las medidas provisionales aparece recogida en diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el más relevante de los cuales es sin duda alguna el artículo 539, relativo a las medidas de naturaleza personal, en el que se establece que "los autos de prisión y libertad provisionales y de fianza serán reformables durante todo el curso de la causa", y que, por consiguiente, "el imputado podrá ser preso y puesto en libertad cuantas veces sea procedente, y la fianza podrá ser modificada en lo que resulte necesario para asegurar las consecuencias del juicio"[92]. Así pues, la situación personal del encausado se rige por la regla *rebus sic stantibus*[93], es decir, puede variar en cualquier momento de la instrucción y del juicio oral, en atención a las circunstancias sobrevenidas de que pueda tenerse conocimiento a lo largo del proceso.

2.1.8. Homogeneidad

54. En el sistema procesal español, al igual que en los de otros países, las medidas provisionales suponen en muchas ocasiones una suerte de anticipación de la ejecución de la eventual condena, por lo que son homogéneas con las medidas ejecutivas. Esta nota característica, que ha sido objeto de diversas críticas en la doctrina científica[94], es evidente en las medi-

92. Véanse asimismo los artículos 611 y 612 LECrim, en los que se establece la modificabilidad de las fianzas y embargos, o el art. 544 bis IV LECrim, en el que se prevé la posibilidad de agravar el auto de alejamiento o sustituirlo por medidas de mayor entidad.

93. Instrucción FGE 1/1988, 11 enero (*BIMJ* 15 febrero 1989, núm. 1518, supl.), apdo. 2, y GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, cit., p. 2, e *idem*, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 131, quien matiza que, en el caso de la prisión provisional, el Juez debe vigilar de oficio el cumplimiento permanente de los presupuestos materiales que la justifican.

94. Cfr. por todos, refiriéndose en particular a las medidas cautelares privativas de libertad, GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 475, e *idem*, *Los procesos penales*, cit., T. IV, pp. 20, 264-265 y 277, en cuya opinión "*de lege ferenda* debiera modificarse

das que comportan una privación de libertad, como la detención y la prisión provisional[95], pero también en otras que coinciden plenamente con algunas de las penas que pueden imponerse en la sentencia, como las privaciones de derechos, o las diversas modalidades de alejamiento respecto de la víctima y sus allegados. La homogeneidad es manifiesta asimismo en el caso de las medidas de naturaleza patrimonial, como por ejemplo en el embargo preventivo de bienes, que es prácticamente idéntico al embargo ejecutivo y que, de hecho, se convierte en este último sin solución de continuidad una vez que la condena deviene firme.

2.2. *Presupuestos de las medidas provisionales*

2.2.1. Fumus boni iuris

55. En el proceso penal, la apariencia de buen derecho necesaria para la concesión de cualquier medida provisional frente al imputado se resume en una sola palabra: la imputación. En efecto, el *fumus boni iuris* concurre cuando existen indicios racionales y fundados de que el destinatario

(...) esta pretendida nota esencial de las medidas cautelares y transformarlas en menos homogéneas o más autónomas que las de ejecución, porque la vinculación del imputado al proceso, el obtener su futura personación en el juicio oral, no tiene siempre que pasar por la negación de su derecho a la libertad".

95. De hecho, el tiempo que el imputado pasa privado de libertad durante el proceso se le abona en su totalidad para el cumplimiento de la condena: cfr. art. 58 CP. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha reconocido que el contenido material de la prisión provisional "coincide básicamente" con el de las penas privativas de libertad (SSTC 128/1995, 26 julio, FJ 3.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 4.º, y 147/2000, 29 mayo, FJ 5.º), y ha subrayado "la analogía que existe entre la privación provisional de la libertad, adoptada por el Juez como medida cautelar, y la que es producto de una sanción penal por Sentencia que pone fin a un proceso. Se trata, en efecto, de situaciones que afectan de la misma manera, en sentido negativo, a la libertad del inculpado aunque difieran desde luego entre sí por el título jurídico que autoriza al Estado a establecer la privación de libertad, y el alcance de la misma, en uno y otro caso. La propia ley penal ha tenido en cuenta esta similitud de efectos que para el imputado tienen unas y otras medidas de negación de su libertad, al disponer en el art. 33 del Código Penal que el tiempo de prisión preventiva sufrida por el delincuente durante la tramitación de la causa se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta. No es posible ignorar, por lo demás, que la exigencia constitucional de Ley orgánica tanto para establecer penas privativas de libertad como para fijar medidas cautelares que afectan el mismo bien jurídico es una manifestación adicional de la referida semejanza sustancial que para el reo tienen ambas determinaciones legales" (STC 32/1987, 10 marzo, FJ 3.º).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la medida ha participado en la comisión del presunto hecho punible objeto de enjuiciamiento, y esos indicios se verifican precisamente cuando esa persona se encuentra imputada o procesada[96]. Por este motivo, no es de extrañar que, en la práctica, la adopción de dichas medidas acostumbre a producirse en el mismo momento en el que se formaliza la imputación, habida cuenta que ambas se asientan en una primera y provisional atribución al encausado de la comisión del hecho punible, de cuyas consecuencias penales y civiles se presenta *prima facie* como responsable. Ni que decir tiene que es precisamente en ese prejuzgamiento donde se manifiesta en toda su crudeza la ya aludida colisión entre la tutela provisional y la presunción de inocencia[97].

56. La identificación entre imputación y apariencia de buen derecho es pacífica tanto en la jurisprudencia como en la doctrina científica. Por lo que a la primera se refiere, nuestro Tribunal Constitucional tiene estableci-

En la misma línea en la doctrina, MORENO CATENA (*Derecho Procesal Penal*, cit., p. 522) advierte que, pese a que la prisión provisional no tiene la función de anticipar la pena ni supone una sanción, "resulta un castigo anticipado sobre la condena, porque el aislamiento sufrido como consecuencia de la imposición de una pena de privación de libertad equivale al aislamiento del imputado durante el proceso (CARNELUTTI)". *Vid.* asimismo RODRÍGUEZ RAMOS, *La prisión provisional...*, cit., pp. 1056-1057, quien afirma que "la prisión preventiva es material o realmente una pena privativa de libertad" anticipada.

96. Por el contrario, cuando una medida provisional se acuerda frente a terceros (vgr. detención de testigos o peritos, embargo de bienes de responsables civiles subsidiarios), el *fumus boni iuris* se desprende directamente de su relación con el proceso o con el propio imputado.

97. Y ello por más que el Tribunal Constitucional haya declarado que "la apreciación de indicios racionales de criminalidad en la fase de investigación no significa establecer una presunción de culpabilidad del imputado sino que únicamente implica afirmar la existencia de motivos razonables que permiten afirmar la posible comisión de un delito por el eventual destinatario de la medida por lo que ninguna objeción cabe hacer a dicha apreciación que, correspondiendo al órgano judicial encargado de la investigación o el enjuiciamiento, no supone vulneración de la presunción de inocencia" (STC 156/1997, 29 septiembre, FJ 2.º). En la misma línea se expresa el ATC 191/2000, 24 julio, donde sin embargo se reconoce que "la existencia de elementos de prueba de los que inferir la existencia de indicios racionales de intervención del recurrente en el delito imputado" es el "*único aspecto en el que puede conectarse el derecho a la presunción de inocencia y la prisión provisional*" (FJ 5.º, la cursiva es mía).

Es precisamente ese prejuzgamiento el que ha llevado a algunos autores a aconsejar, *de lege ferenda*, que el órgano que acuerda las medidas cautelares sea distinto del que instruye la causa: cfr. nuevamente GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 472, e *idem*, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 17.

do en numerosos pronunciamientos que el *fumus boni iuris* "ha de consistir necesariamente en la existencia de razonables sospechas de la comision de un delito por el eventual destinatario de la medida"[98]. En algunas de esas resoluciones, parece haberse querido dar un paso más en el refuerzo del *fumus boni iuris* cuando la medida a adoptar es la prisión provisional, exigiendo que ésta "no recaiga sino en supuestos donde la pretensión acusadora tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad; pues, de lo contrario, vendría a garantizarse nada menos que a costa de la libertad, un proceso cuyo objeto pudiera desvanecerse"[99]. Lo cierto es, sin embargo, que cuando no existen indicios racionales de criminalidad no procede imputar formalmente a ninguna persona, por lo que ni tan siquiera concurriría el mínimo *fumus boni iuris* necesario para la adopción, no ya de la prisión provisional, sino de cualquier medida provisional personal o real.

En la dogmática, identifican expresa o tácitamente apariencia de buen derecho e imputación autores como ARMENTA DEU-ORMAZÁBAL SÁNCHEZ[100], ASENCIO MELLADO[101], BANACLOCHE PALAO[102], GIMENO SENDRA[103],

98. STC 62/1996, 15 abril, FJ 5.º, que recoge a su vez la doctrina sentada en las SSTC 128/1995, 26 julio, FJ 3.º y 108/1984, 26 noviembre, FJ 3.º, todas ellas en concreta alusión a la prisión provisional. En términos análogos, cfr. SSTC 67/1997, 7 abril, FJ 2.º; 98/1997, 20 mayo, FJ 7.º, y 14/2000, 17 enero, FJ 4.º

99. Cfr. SSTC 128/1995, 26 julio, FJ 3.º; 67/1997, 7 abril, FJ 2.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 2.º, y 177/1998, 14 septiembre, FJ 3.º

100. ARMENTA DEU, T.; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G.: ***Lliçons de dret processal penal***, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 1999, p. 184.

101. ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, cit., pp. 63 y 108-109; *idem, Derecho Procesal Penal*, cit., p. 175.

102. BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones...*, cit., p. 288.

103. GIMENO SENDRA, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 17, e *idem*, *La necesaria reforma...*, cit., p. 4, en cuya opinión nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal distingue dos grados de apariencia de buen derecho: los "indicios racionales de criminalidad", que serían suficientes para acordar medidas como la libertad provisional con o sin fianza, y los "motivos bastantes sobre la responsabilidad penal del imputado", que supondrían un *plus* material y deberían concurrir para poder acordar la prisión provisional (cfr. art. 503, 3.ª LECrim), evitando la posibilidad de decretar la medida cuando su destinatario está exento de esa responsabilidad criminal (vgr. demente). Sin embargo, esta interpretación del texto de la Ley no puede convencer tal y como está formulada. La eventual concurrencia de una causa de exención de la responsabilidad criminal, cuando es controvertida, no impide la apertura del juicio oral y, consiguientemente, tampoco elimina la posibilidad de acordar medidas que tiendan a asegurar la eficacia de una futura sentencia condenatoria o a garantizar la comparecencia del imputado en el acto del juicio, ni impide la adopción de medidas tuitivas (vgr. protectoras de la víctima) o de aseguramiento de la prueba. Si, por el contrario, esa cau-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ILLESCAS RUS[104], MORENO CATENA[105], ORTELLS RAMOS[106], SALIDO VALLE[107], SOLÉ RIERA[108] o TIRADO ESTRADA[109], entre otros muchos.

57. En el procedimiento ordinario para el enjuiciamiento de delitos, la imputación se plasma en una resolución judicial específica, que es genuina de nuestro sistema procesal y no está exenta de polémica[110]; se trata del auto de procesamiento, que debe dictarse "desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona", declarándola procesada (art. 384 I LECrim). Precisamente porque contiene una imputación formalizada, es en este auto donde suelen adoptarse medidas provisionales frente al procesado[111], por lo que no es de extrañar que la jurisprudencia se haya detenido en el contenido que aquél debe tener para justificar la adopción de dichas medidas frente a una persona determinada, configurando de este modo el ámbito y alcance del *fumus boni iuris* en el proceso penal ordinario. En este sentido, cabe mencionar la STC 66/1989, de 17 de abril, en la que se exige que en la motivación del auto de procesamiento conste: "a) la presencia de unos hechos o datos básicos; b) que sirsa de exención ha quedado suficientemente acreditada durante la instrucción, desaparece el *fumus boni iuris* necesario para la adopción de *cualquier* medida provisional, sencillamente porque no hay sustento para la imputación y lo que procede es declarar el sobreseimiento, todo ello sin perjuicio de que, durante el tiempo que transcurre hasta que esto sucede, el imputado pueda requerir un especial tratamiento (vgr. hospitalización), cuestión esta que nada tiene que ver con la mayor o menor apariencia de buen derecho necesaria para decretar la prisión provisional.

104. ILLESCAS RUS, *Las medidas cautelares...*, cit., pp. 66-67.

105. MORENO CATENA, *et al.*, *El Proceso Penal*, cit., pp. 1670 o 1721, entre otras.

106. ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización...*, cit., pp. 472-475.

107. SALIDO VALLE, *La detención policial...*, cit., p. 46.

108. SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima...*, cit., pp. 131-132.

109. TIRADO ESTRADA, *Violencia familiar...*, cit., p. 8 (nota núm. 5).

110. En efecto, el auto de procesamiento se asienta en un juicio previo de culpabilidad que resulta muy difícil de compaginar con la presunción de inocencia, por lo que, al igual que ocurre con las medidas cautelares que normalmente contiene, el Tribunal Constitucional ha tenido que pronunciarse expresamente en favor de esa compatibilidad en diversas ocasiones: cfr. por todas AATC 324/1982, 25 octubre, FJ 3.º; 173/1984, 21 marzo, FJ 2.º; 289/1984, 16 mayo, FJ 2.º; 340/1985, 22 mayo, FJ 2.º; 128/1988, 27 junio, FJ 4.º; 66/1989, 17 abril, FJ 2.º, y 71/1994, 3 marzo, FJ 7.º

111. Critica que la prisión provisional se acuerde con anterioridad o en el propio auto de procesamiento BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, cit., pp. 61-62, en cuyo juicio la medida debería acordarse siempre en un momento procesal posterior.

van, racionalmente, de indicios de una determinada conducta que; c) resulte calificada como criminal o delictiva"[112], a lo que hay obviamente que añadir que esos indicios deben ser atribuibles a la persona o personas que se declaran procesadas.

58. Una vez formalizada la imputación, y verificada con ella la apariencia de buen derecho necesaria para la adopción de medidas provisionales, este presupuesto subsiste mientras aquélla permanece, por lo que *prima facie* está dotado una estabilidad mayor que el *periculum in mora*. Sin embargo, existe un acto procesal con una influencia decisiva en la solidez del *fumus boni iuris*, y que puede motivar la modificación e incluso el alzamiento de las medidas ya adoptadas: la sentencia de primera instancia que es objeto de un recurso de apelación o casación. Obviamente, una sentencia condenatoria refuerza esa apariencia de buen derecho, lo que en buena lógica llevará al mantenimiento de las medidas adoptadas e incluso, si existen circunstancias que lo justifican, a su agravación[113]. Por el contrario, una sentencia de instancia absolutoria constituye un importante indicio favorable a la inocencia del inculpado que actúa en merma del *fumus boni iuris*, por lo que, si aquellas medidas pretenden mantenerse, esa disminución deberá verse contrarrestada por una motivación sólida que acredite la subsistencia de un *periculum in mora* lo suficientemente grave como para justifi-

112. STC 66/1989, 17 abril, FJ 2.º

113. Debe precisarse, sin embargo, que la existencia de una sentencia de instancia condenatoria que ha sido impugnada refuerza la apariencia de buen derecho, pero no necesariamente el *periculum in mora*, por lo que seguirá siendo necesario motivar que la medida responde a una finalidad legítima a la luz de las circunstancias del caso concreto. En este sentido se ha pronunciado el propio Tribunal Constitucional en su Sentencia 98/1998, de 4 de mayo, donde se afirma que, "si bien es cierto que la sentencia que consolida la imputación puede consolidar también su gravedad y contribuir así a sustentar la existencia de un riesgo de fuga o de reiteración delictiva, también lo es que puede desmentir todas algunas de las razones que apoyaban la medida provisional de prisión, sean de índole objetiva —la pena impuesta sea inferior a la que sirvió de base a la medida cautelar, por ejemplo— o de índole subjetiva porque se aporten nuevos datos relativos a la personalidad del imputado o porque desde la inmediación propia del juicio oral se valoren de modo diferente los que ya constaban" (FJ 3.º). Se corrige de este modo la errónea doctrina establecida por las SSTC 62/1996, 15 abril, FFJJ 6.º y 7.º; 44/1997, 10 marzo, FFJJ 5.º y 7.º; 66/1997, 7 abril, FJ 6.º; 108/1997, 2 junio, FJ 4.º; 207/2000, 24 julio, FJ 6.º, y por los AATC 50/1992, 18 febrero, FFJJ 3.º-4.º, y 187/1996, 8 julio, FFJJ 3.º-5.º, que ya ha sido rebatida en otro lugar (*vid. supra*, apdo. 1.2).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

car la restricción de los derechos del imputado durante la tramitación del recurso[114].

2.2.2. Periculum in mora

59. El segundo presupuesto necesario para la adopción de cualquier medida provisional es el *periculum in mora*, o "peligro por la mora procesal"[115]. Con carácter previo, debe puntualizarse que nos encontramos ante un requisito común a todas esas medidas, puesto que se encuentra íntimamente relacionado con el fundamento de las mismas, cual es el de evitar determinadas actuaciones en que sus destinatarios podrían incurrir aprovechando la inevitable duración temporal del proceso[116]. De este modo, el *periculum* es siempre *in mora*, es decir, concurre siempre que se acredita la necesidad inmediata de la medida al efecto de evitar esa actuación dañosa que podría producirse *lite pendente*, por lo que constituye un presupuesto unitario con independencia de la concreta finalidad perseguida por aquélla, que sí varía en función de su naturaleza cautelar, tuitiva o de aseguramiento, y de su carácter personal o patrimonial[117].

114. Un ejemplo de lo que acaba de exponerse puede encontrarse en el artículo 861 bis a) LECr, en el que se establece que, cuando se recurre en casación una sentencia absolutoria, si el reo está preso debe ser puesto en libertad, lo que sin duda se debe a que el legislador consideraba extinguido en estos casos el *fumus boni iuris* que sustentaba la medida. No obstante, hay que tener en cuenta que la eficacia de ese precepto se vio considerablemente mermada por la STC 108/1984, 26 noviembre, donde el Tribunal no abordó el problema de fondo por ser de legalidad ordinaria, pero sí estableció que, cuando se recurre en casación una sentencia de instancia absolutoria, el mantenimiento de la fianza de la libertad provisional debe fundamentarse con un juicio de razonabilidad que tenga en cuenta "las circunstancias concurrentes, como la existencia de la Sentencia absolutoria, que (...) goza en principio de una presunción de validez y otras que puedan apreciarse en relación al imputado, como la profesión u oficio, recursos, lazos familiares, tiempo de prisión provisional, antecedentes y demás que puedan conducir a fundamentar el juicio de proporcionalidad" (FJ 4.º). La principal consecuencia de este pronunciamiento radica en que, si el inculpado no presta esa fianza, deberá acordarse su prisión provisional en contra de lo dispuesto por el artículo referido, lo que en la práctica supone negar a este último toda virtualidad práctica.

115. En terminología de la LEC 1/2000 (art. 728, rúbrica).

116. *Vid. supra*, ep. 1 (§13).

117. Por consiguiente, no cabe hablar de un *periculum in damnum* como algo contrapuesto al *periculum in mora* (en contra MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 541, y MORENO CATENA, *et al.*, *El Proceso Penal*, cit., p. 1752), como tampoco puede limitarse el *periculum in mora* a las medidas cautelares, habida cuenta que también las provisionales tienden a evitar un eventual daño que podría acaecer durante la litispendencia (en contra ORTELLS RAMOS, según cita de ARMENTA DEU y ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Lliçons...*, cit., p. 184).

60. En efecto, si bien es cierto que todas las medidas tienen como presupuesto un genérico *periculum in mora*, también lo es que éste viene integrado a su vez por una determinada finalidad, que es característica de cada medida y que se concreta en evitar unas particulares consecuencias de ese retraso. Así, las medidas cautelares tienen por objetivo garantizar la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, por lo que las consecuencias de la duración del juicio que se trata de impedir son el riesgo de fuga (en el caso de las medidas personales) o la insolvencia o la indisponibilidad de una cosa determinada (en el caso de las medidas patrimoniales). En el caso de las medidas provisionales, por el contrario, los hechos dañosos a que se refiere el peligro en el retraso son la desaparición, alteración u ocultación de medios de prueba, o la protección de las víctimas actuales o hipotéticas y sus allegados. Como puede comprobarse, el *periculum in mora* concurre en todos los casos, pero los hechos que lo generan son distintos, porque también la concreta medida que se pretende diverge en función de su finalidad cautelar, de aseguramiento de la prueba o de prevención de la reiteración delictiva, así como en función de su naturaleza personal o patrimonial.

61. Es importante tener en cuenta, asimismo, que el legislador puede contemplar fórmulas muy variadas a la hora de establecer cuándo concurre el *periculum in mora* necesario para la adopción de una determinada medida provisional o cautelar. En nuestro ordenamiento, por ejemplo, el riesgo de fuga que requiere ese presupuesto en las medidas cautelares personales se gradúa principalmente atendiendo a la gravedad de la pena, junto con otros criterios accesorios como el arraigo familiar y social del imputado (cfr. art. 503 LECrim). Por el contrario, existen otros casos en los que ese peligro se encuentra plenamente objetivado, es decir, va implícito, como ocurre por ejemplo cuando se trata de medidas de naturaleza patrimonial, que deben adoptarse tan pronto existen indicios racionales de criminalidad contra una persona (*vid.* art. 589 LECrim).

62. De las consideraciones precedentes cabe extraer una conclusión esencial: es precisamente en el *periculum in mora* donde se refleja la concurrencia de la finalidad de la concreta medida a adoptar. Por lo tanto, la plasmación del fundamento de la tutela provisional en la motivación de las resoluciones que acuerdan medidas, que será objeto de estudio en la sección siguiente, deberá buscarse precisamente en la argumentación que dichas re-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

soluciones prevean en torno a la existencia de ese *periculum* en el caso concreto. De este modo, peligro por la mora y finalidad de la medida cautelar, tuitiva o de aseguramiento se funden en un único presupuesto, en tanto que la primera concurre exclusivamente cuando lo hace la segunda. Ni que decir tiene que esta circunstancia confiere al *periculum in mora* una capital importancia en el desarrollo de la presente investigación.

2.2.3. Litispendencia

63. La instrumentalidad y accesoriedad que caracterizan a las medidas provisionales exigen, para que éstas puedan ser acordadas y practicadas, que el proceso principal en el que se enmarcan se encuentre pendiente. No podría ser de otro modo, pues la propia razón de ser de la tutela provisional es la prevención de determinadas actuaciones dañosas del imputado que necesariamente tienen lugar *lite pendente*, y sus concretas finalidades se reconducen inexorablemente a este objetivo último, por lo que la adopción de las medidas cautelares, asegurativas o tuitivas-coercitivas carecería de sentido si aquel proceso principal no se encontrase en estado de litispendencia. Como repetidamente viene advirtiéndose, la única excepción a lo anterior la constituye la detención pre-procesal, que por su carácter urgente y provisionalísimo se acuerda y practica antes de la incoación del juicio.

64. Pues bien, la litispendencia de ese proceso principal debe entenderse iniciada desde la interposición de la denuncia o querella, y no desde su admisión como se viene afirmando desde algún sector jurisprudencial y doctrinal[118]. Sólo así se evita el riesgo de que la acción penal prescriba, en los supuestos en los que la querella se inadmite en primera instancia y esta inadmisión es revocada en apelación. Por lo que se refiere al final de la litispendencia, es pacífico que éste tiene lugar con la firmeza de la sentencia dictada en primera instancia o tras el correspondiente recurso, o de la resolución que recoge un determinado motivo de conclusión eventual (autos de

118. Cfr. por todos SILVA SÁNCHEZ, J.M:: "**¿Cuándo se interrumpe la prescripción del delito?** [A propósito del Fundamento de Derecho 1.º de la sentencia AP Barcelona (Sección 3.ª) de 22 de enero de 1999], *La Ley*, núm. 4934 (24 noviembre 1999), pp. 1 y ss., y la jurisprudencia que cita.

archivo o de sobreseimiento)[119]. Llegado este momento, cualquier medida cautelar o provisional que aún continúe vigente deberá ser alzada y sustituida, en su caso, por el correspondiente pronunciamiento de la sentencia condenatoria.

3. La relevancia de la motivación

65. En los epígrafes precedentes, ha habido ocasión de examinar el fundamento de la tutela provisional a través de las diversas finalidades que pueden perseguirse mediante la misma, así como la decisiva incidencia que dichas finalidades tienen en las características y presupuestos de las medidas provisionales. Tomando como punto de partida las consideraciones efectuadas entonces y las conclusiones allí alcanzadas, es ahora el momento de adentrarse en la concreta plasmación de ese fundamento en las normas reguladoras de cada una de las medidas contempladas en nuestro sistema procesal penal, así como en los pronunciamientos judiciales que las aplican. En lo que a estos últimos se refiere, en particular, se trata de analizar cómo y hasta qué punto se recoge y justifica la concurrencia de una finalidad constitucionalmente legítima en las resoluciones que acuerdan, modifican o prorrogan una determinada actuación cautelar, aseguratoria de la prueba o tuitiva-coercitiva, al efecto de verificar si dicha actuación está justificada y es conforme a Derecho. A la luz de estos objetivos, casi huelga aludir a la capital relevancia que para la presente investigación ostenta la motivación de los autos con pronunciamientos sobre medidas provisionales, puesto que es en esa motivación donde se recoge —o debería recogerse— el fundamento de la tutela provisional, justificándose la necesidad de la concreta actuación acordada como medio para alcanzar una de aquellas finalidades constitucionalmente legítimas. A pesar de ello, se ha considerado oportuno efectuar algunas consideraciones generales acerca de este particular.

66. De todos es sabido que, con carácter general, la motivación de las resoluciones judiciales constituye una exigencia de rango constitucional. En efecto, si bien es cierto que el artículo 120.3 CE se refiere tan sólo a

119. Sobre los límites temporales de la litispendencia en el enjuiciamiento civil, pero con argumentos en gran medida extensibles al proceso penal, cfr. MÁLAGA DIÉGUEZ, F.: ***La litispendencia***, J.M. Bosch, Barcelona, 1999, pp. 105-195.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

las sentencias, exigiendo que sean motivadas y se pronuncien en audiencia pública, también lo es que una motivación inexistente, arbitraria o manifiestamente irracional supone ignorar el derecho de los ciudadanos a una resolución fundada en derecho, y comporta por ello una vulneración del artículo 24.1 de la Constitución, en el que se recoge la garantía de la tutela judicial efectiva. En el plano de la legalidad ordinaria, la motivación debe ser además conforme a Derecho, pues no en vano los Jueces y Magistrados están sometidos el imperio de la Constitución y la Ley (art. 1 LOPJ). Aplicada al ámbito de la tutela provisional, esa exigencia de motivación supone que todas las resoluciones —generalmente autos— en las que se acuerdan medidas provisionales personales y patrimoniales deben estar debidamente fundamentadas.

67. Ahora bien, más allá de su trascendencia constitucional y legal, la motivación de las medidas provisionales presenta una especial relevancia en lo que concierne al objeto de la presente investigación, y ello por varios motivos. Hay que tener en cuenta, en primer lugar, que esas medidas son siempre restrictivas de derechos individuales, fundamentales o no (vgr. libertad ambulatoria, derecho a la propiedad privada, libertad de empresa, derecho a ocupar cargos públicos, etc.), lo que exige que su adopción se vea rodeada de las máximas cautelas, una de las cuales es precisamente la obligación que el juzgador tiene de fundamentar su decisión. Esta garantía adquiere una especial trascendencia cuando las medidas se acuerdan durante la fase de instrucción, como de hecho ocurre en la mayor parte de los casos, pues no en vano la tutela provisional resulta imprescindible para el logro de los objetivos de dicha fase[120]. En estos casos, la actuación es acordada por el mismo Juez que investiga, lo que, aun teniendo como ventaja su inmejorable conocimiento de las actuaciones, supone inevitablemente una serie de prejuicios que es muy difícil compaginar con el principio de imparcialidad[121]. En estas circunstancias, la motivación resulta esencial para constatar hasta qué punto la medida provisional está justificada en el caso concreto, más allá del convencimiento personal que pueda tener el Juez instructor como consecuencia de la investigación por él dirigida.

No puede olvidarse, en segundo término, que es precisamente en la motivación donde se resuelve el ya aludido conflicto entre el fundamento de la tutela provisional y la presunción de inocencia, pues allí es donde se prejuzga la participación del imputado en el hecho punible y se argumenta la necesidad de la medida para garantizar el normal desenvolvimiento del proceso, su eficacia o la prevención de la reiteración delictiva, elementos ambos imprescindibles para justificar el inevitable sacrificio de aquella presunción de inocencia en relación con un individuo que aún no ha sido condenado por sentencia firme[122].

Finalmente, pero en íntima relación con lo que acaba de indicarse, conviene recordar que es en la motivación donde se plasman los presupuestos de las medidas, *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, y, dentro de este último, su finalidad, de modo que aquéllas sólo se legitiman a través de una correcta fundamentación jurídica de dichos presupuestos, efectuada a la luz de las circunstancias del caso concreto[123]. Con otras palabras, es en la moti-

120. Así se desprende del art. 299 LECrim, en el que se prevé que "constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación (objetivos en los que se enmarca el aseguramiento de la prueba), y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando las responsabilidades pecuniarias de los mismos (objetivo cautelar).

121. Aunque esta cuestión excede del ámbito de la presente investigación, conviene recordar que el Tribunal Constitucional tiene declarado que la adopción de medidas cautelares por el Juez de instrucción no vulnera el derecho a un Juez imparcial, porque dichas medidas son solicitadas por una de las partes, se adoptan tras una comparecencia contradictoria (lo que, dicho sea de paso, no es necesariamente cierto en todos los casos), y existe una revisión a cargo de un órgano jurisdiccional superior completamente ajeno a la instrucción (cfr. STC 98/1997, 20 mayo, FFJJ 2.º a 5.º).

122. Pese a que el Tribunal Constitucional sostiene la plena compatibilidad entre tutela provisional y presunción de inocencia, tal y como hemos visto, en su jurisprudencia puede entreverse ese parcial sacrificio de la presunción de inocencia en infinidad de ocasiones, como ocurre con frases como la siguiente, referida a la prisión provisional: "la motivación será razonable cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego —la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro—..." (STC 44/1997, 10 marzo, FJ 5.º, y en términos idénticos o análogos las SSTC 14/2000, 17 enero, FJ 4.º; 33/1999, 8 marzo, FJ 3.º; 165/2000, 12 junio, FJ 4.º; 29/2001, 29 enero, FJ 3.º; 61/2001, 26 febrero, FJ 3.º, o 94/2001, 2 abril, FJ 6.º; 145/2001, 18 junio, FJ 5.º; 146/2001, 18 junio, FJ 5.º, o 217/2001, 29 octubre, FJ 3.º).

123. Así lo ha indicado también el Tribunal Constitucional, en numerosas ocasiones, para la prisión provisional, cuya adopción "además de partir de la existencia de indicios racionales de la comisión de una acción delictiva (*fumus boni iuris*), ha de perseguir algún fin constitucionalmente legítimo, que responda a la necesidad de conjurar ciertos riesgos relevantes para el proceso (peligro de fuga, obstrucción de la investigación, reincidencia, etc.) (*periculum in mora*). Por consiguiente, la motivación ha de reflejar no sólo la concurrencia

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

vación donde se justifica que la medida provisional es útil a los fines perseguidos en el caso concreto, tanto desde la perspectiva de la persona sobre la que recae como en lo relativo a la necesidad e idoneidad de la particular actuación acordada para lograr un objetivo constitucionalmente legítimo[124].

68. La ya de por sí trascendental importancia de la motivación en el ámbito de la tutela provisional, a la que acaba de hacerse alusión, se ve acrecentada cuando las medidas acordadas son limitativas de derechos fundamentales, como efectivamente sucede cuando se trata de actuaciones que limitan o restringen el derecho a la libertad individual, personal o ambulatoria (vgr. libertad condicionada, detención, prisión provisional o alejamiento). En estos supuestos, la fundamentación de las medidas debe ser más exigente si cabe que en los demás casos, pues en ella se realiza el "juicio de ponderación" o "juicio de razonabilidad" de los derechos fundamentales e intereses constitucionales en pugna que exige el principio de proporcionalidad[125]. De ahí que, en estos casos, una motivación inexistente, insuficiente, arbitraria o irrazonable no sólo suponga la lesión del artículo 24.1 de la Constitución, sino también la vulneración del derecho fundamental a la libertad recogido en su artículo 17 —por su privación sin la concurrencia de un presupuesto habilitante para la misma—[126], y de ahí

de indicios racionales de criminalidad, sino también la existencia de alguno de esos fines justificativos que puede inferirse a través de los datos obrantes en la causa" (STC 67/1997, 7 abril, FJ 2.º; la cursiva es mía).

124. Cfr. SSTC 47/2000, 17 febrero, FJ 8.º y 165/2000, 12 junio, FJ 6.º

125. Cfr. vgr. SSTC 13/1994, 17 enero, FJ 6.º; 62/1996, 15 abril, FJ 2.º; 66/1997, 7 abril, FJ 2.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 4.º; 157/1997, 29 septiembre, FJ 3.º; 14/2000, 17 enero, FFJJ 3.º y 4.º; 61/2001, 26 febrero, FJ 3.º; 94/2001, 2 abril, FJ 6.º; 145/2001, 18 junio, FJ 5.º; 146/2001, 18 junio, FJ 5.º; 217/2001, 29 octubre, FJ 3.º, y las que citan. En la misma línea, *vid*. asimismo las SSTC 146/1997, 15 septiembre, FJ 3.º; 18/1999, 22 febrero, FJ 2.º; 33/1999, 8 marzo, FJ 2.º; 47/2000, 17 febrero, FJ 3.º; 164/2000, 12 junio, FJ 4.º; 165/2000, 12 junio, FJ 4.º; 231/2000, 2 octubre, FJ 2.º; 305/2000, 11 diciembre, FJ 2.º, 28/2001, 29 enero, FJ 3.º, y 60/2001, 26 febrero, FJ 3.º

126. Véanse, por todas, las SSTC 34/1987, 12 marzo, FJ 1.º; 3/1992, 13 enero, FJ 5.º; 128/1995, 26 julio, FJ 4.º; 62/1996, 15 abril, FJ 2.º; 158/1996, 15 octubre, FJ 3.º; 66/1997, 7 abril, FJ 2.º; 98/1997, 20 mayo, FJ 7.º; 107/1997, 2 junio, FJ 4.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 4.º; 177/1998, 14 septiembre, FJ 2.º; 18/1999, 22 febrero, FJ 2.º; 33/1999, 8 marzo, FJ 2.º; 72/2000, 13 marzo, FJ 5.º; 206/2000, 24 julio, FJ 3.º; 29/2001, 29 enero, FJ 2.º; 61/2001, 26 febrero, FJ 3.º; 94/2001, 2 abril, FJ 6.º; 145/2001, 18 junio, FFJJ 3.º y 5.º; 146/2001, 18 junio, FJ 5.º; 217/2001, 29 octubre, FFJJ 2.º y 3.º, y las que citan.

también que, aun existiendo una resolución mínimamente fundada y razonada (respetuosa por tanto con el derecho a la tutela judicial efectiva), el Tribunal Constitucional pueda entrar a valorar si la medida adoptada es proporcionada y acorde con los fines de la tutela provisional, al efecto de dilucidar si vulnera o no el referido derecho fundamental a la libertad[127].

La especial trascendencia de la motivación cuando las medidas provisionales son limitativas de derechos fundamentales se ve acrecentada si cabe en nuestro ordenamiento jurídico. Conviene recordar, en este sentido, el elevadísimo número de autos impositivos de medidas —sobre todo de prisión provisional— que terminan dando lugar, tras los sucesivos recursos ordinarios, a demandas de amparo que son a su vez estimadas por el Tribunal Constitucional. Es cierto que la eficacia de estas estimaciones es en muchos casos merodeclarativa, la mayor parte de las veces porque el preso preventivo ya ha sido condenado por sentencia firme cuando se pronuncia la sentencia constitucional[128]; pero esta circunstancia, lejos de restar valor al

127. En efecto, el Tribunal Constitucional tiene declarado en reiteradísima jurisprudencia que su papel no es el de determinar en cada caso si concurren o no las circunstancias que permiten la adopción o el mantenimiento de una determinada medida provisional, pero sí el control externo de que esa adopción o mantenimiento se haya acordado de forma fundada, razonada, completa y acorde con los fines de la institución. Su misión es, por lo tanto, "supervisar la existencia de motivación suficiente —en el doble sentido de resolución fundada y razonada (...)— y su razonabilidad, entendiendo por tal que al adoptar y mantener esta medida se haya ponderado la concurrencia de todos los extremos que justifican su adopción y que esta ponderación o, si se quiere, que esta subsunción, no sea arbitraria, en el sentido de que sea acorde con las pautas del normal razonamiento lógico y, muy especialmente, con los fines que justifican la institución de la prisión provisional": STC 128/1995, 26 julio, FJ 4.º, y en la misma línea las SSTC 14/1996, 29 enero, FJ 4.º; 158/1996, 15 octubre, FJ 3.º; 44/1997, 10 marzo, FJ 5.º; 66/1997, 7 abril, FJ 4.º; 67/1997, 7 abril, FJ 2.º; 98/1997, 20 mayo, FJ 7.º; 107/1997, 2 junio, FJ 4.º; 156/1997, 29 septiembre, FJ 4.º; 177/1998, 14 septiembre, FJ 3.º; 18/1999, 22 febrero, FJ 2.º; 33/1999, 8 marzo, FFJJ 3.º y 4.º; 14/2000, 17 enero, FJ 4.º; 47/2000, 17 febrero, FJ 3.º; 147/2000, 29 mayo, FJ 6.º; 164/2000, 12 junio, FJ 5.º; 165/2000, 12 junio, FFJJ 2.º y 4.º; 207/2000, 24 julio, FJ 6.º; 29/2001, 29 enero 2001, FJ 3.º; 60/2001, 26 febrero, FJ 2.º; 61/2001, 26 febrero, FJ 3.º; 94/2001, 2 abril, FJ 6.º; 145/2001, 18 junio, FJ 5.º; 146/2001, 18 junio, FJ 5.º, y 217/2001, 29 octubre, FJ 3.º, entre otras muchas, y los AATC 179/1996, 26 junio, FJ 4.º; 85/1998, 30 marzo, FJ 2.º, y 32/2000, 31 enero, FJ 2.º

128. Son innumerables las Sentencias en las que se advierte que la estimación del amparo no conduce a la puesta en libertad del demandante cuando concurre una causa que justifica la prisión, como la firmeza de la sentencia condenatoria, en cuyo caso la sentencia constitucional tiene una eficacia merodeclarativa: cfr. por todas las recientes SSTC 28/2001, 29 enero, FJ 8.º; 231/2000, 2 octubre, FJ 7.º, y las demás citadas por esta última.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

dato anteriormente referido, inclina a pensar que el número de demandas de amparo podría ser infinitamente superior si su resolución tuviese lugar en un plazo lo suficientemente breve como para poder producir efectos en el proceso penal pendiente. Esta situación pone de manifiesto, en definitiva, la incorrecta labor que muchos Juzgados y Tribunales vienen desempeñando a la hora de motivar la tutela provisional y que es preciso denunciar (v.gr. utilización de fórmulas estereotipadas, genéricas o no individualizadas, recurso a criterios o parámetros de dudosa constitucionalidad o ya declarados inconstitucionales, abuso de las remisiones genéricas, globales o en cadena a la doctrina del Juzgado o Sala, a resoluciones anteriores o a informes de las partes, etc.)[129], sin perjuicio, claro está, de que muchos otros puedan y sin duda estén realizando esa función de forma plenamente satisfactoria.

69. Por lo demás, de las consideraciones hasta ahora expuestas se desprende una primera conclusión concerniente al papel que corresponde al Tribunal Constitucional en lo relativo al control de la motivación de los autos sobre medidas provisionales que limitan derechos fundamentales. Como habrá ocasión de comprobar a lo largo de la presente sección, el referido Tribunal viene a considerar contrarios al artículo 17 CE, en síntesis, dos grandes bloques de resoluciones: en primer lugar, las que no recogen el fundamento de la tutela provisional, es decir, las que no justifican la concurrencia de al menos una de las finalidades constitucionalmente legítimas de la concreta medida adoptada[130]. En este primer grupo cabe agrupar todos los casos en los que la motivación del auto en cuestión es inexistente, pero también aquellos otros en los que, aun existiendo, resulta insuficiente al efecto indicado, o bien puede tacharse de manifiestamente arbitraria o irracional. En segundo término, vulneran el derecho fundamental a la libertad todos los autos en los que no se respeta el principio de proporcionalidad, por no recogerse en los mismos el referido juicio de razonabilidad o de ponderación entre aquel derecho y las finalidades de la tutela provisional, que resulta imprescindible para justificar el sacrificio del primero en aras de las segundas. Apenas es necesario insistir en que nos encontramos ante un nuevo botón de muestra de la trascendencia de la motivación en lo relativo al objeto de la presente investigación, por lo que no debe extrañar que el análisis de la misma constituya el nudo gordiano de las dos secciones que siguen.

129. Critica algunas de estas prácticas la STC 33/1999, 8 marzo, FJ 5.º

130. Por ejemplo el riesgo de fuga, en el caso de la prórroga de la prisión (cfr. art. 504 IV LECrim y STC 37/1996, 11 marzo, FJ 6.º), o también el peligro de reiteración delictiva o de obstrucción de la investigación tratándose de la prisión provisional acordada por primera vez (cfr. por todas SSTC 37/1996, 11 marzo, FJ 6.º; 67/1997, 7 abril, FJ 3.º, o 156/1997, 29 septiembre, FJ 5.º).

III. El fundamento de las medidas provisionales personales

1. La Detención

70. Entendida como medida provisional o preventiva de naturaleza penal[131], la detención constituye una privación de libertad, breve en el tiempo pero de duración superior a la mera retención[132], que puede ser ordenada por la autoridad judicial y el Ministerio Fiscal, y en algunos casos practicada directamente por las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado e incluso por particulares, en relación con la comisión o el enjuiciamiento de un hecho presuntamente delictivo. En efecto, la detención preventiva penal puede efectuarse de cara a un inminente proceso penal o acordarse en el seno de un juicio ya pendiente; pero, en ambos casos, su finalidad primordial es la puesta a disposición judicial del detenido[133], ya sea para que el Juez o Tribunal decida sobre su situación personal —porque existen sospechas para

131. Debe tenerse en cuenta, por un lado, que las detenciones pueden ser gubernativas y civiles además de penales: las primeras son las que se contemplan en normas legales de naturaleza administrativa para supuestos muy diversos, pero siempre en respuesta a un interés jurídico-público de índole estatal distinto del deber de cooperación con la Justicia (vgr. orden público, extranjería e inmigración, salud pública...), en tanto que las segundas son las que se efectúan en cumplimiento de una norma de Derecho privado (arresto domiciliario del quebrado e internamiento de incapaces). Por otro lado, la detención penal puede ser ejecutiva además de provisional, cautelar o preventiva, como ocurre cuando se practica al efecto de dar cumplimiento a una sentencia condenatoria firme a una pena privativa de libertad, ya sea porque el reo se encuentra fugado o en rebeldía, o simplemente porque se niega a ingresar en el centro en el que debe cumplir condena. En profundidad sobre todos estos tipos de detenciones, cfr. nuevamente MÁLAGA DIÉGUEZ, *Detención y Retención*, cit., apdo. II.

132. *Ibid.*, apdos. III y ss.

133. Así se desprende, por ejemplo, del artículo 492, 3.º II LECrim, donde se exime a la Autoridad de detener cuando el procesado presta fianza bastante "para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

considerarle criminalmente responsable de ese hecho punible y concurre alguno de los supuestos legales que permiten la adopción de ulteriores medidas provisionales en su contra—[134], ya para que declare como testigo o perito durante la fase de instrucción o en el acto del juicio oral.

Tal y como se advertía en la sección precedente, cuando la detención recae sobre la persona a quien se imputa la autoría del delito o su complicidad, a esa finalidad primordial o inmediata de la puesta a disposición judicial se añade otra mediata, que puede ser cautelar (prevención de la fuga), tuitiva (protección de la víctima o sus allegados, o prevencion de la reiteración delictiva en general) o de aseguramiento de la prueba (prevención de la obstrucción de la reiteración delictiva y de la confabulación)[135]. En todos estos casos, el *fumus boni iuris* necesario para la detención es la condición de imputado del detenido o, si la medida es pre-procesal, la flagrancia o las sospechas fundadas, que, en última instancia, suponen asimismo una suerte de "imputación provisional y preprocesal". Por lo que se refiere al *periculum in mora*, éste vendrá integrado por la concurrencia de una de aquellas finalidades, evidenciada o presumida a partir de uno o varios indicios (vgr. incomparecencia, gravedad del hecho, intento de fuga...).

En cambio, cuando la detención que se ordena va dirigida a un testigo o perito, su finalidad mediata es el aseguramiento de la concreta diligencia de investigación o prueba testifical o pericial, por lo que el *fumus boni iuris* es la propia cualidad de testigo o perito, y el *periculum in mora* la incomparecencia ya producida.

1.1. Detenciones judiciales y no judiciales. El fundamento de la tutela provisional en las detenciones no ordenadas judicialmente

71. A los efectos de la presente investigación, interesa comenzar distinguiendo las detenciones ordenadas judicialmente de las acordadas por el Ministerio Fiscal o practicadas directamente por funcionarios de policía o por particulares. En este segundo grupo de privaciones de libertad, que necesariamente recaen sobre el presunto autor de un hecho delictivo, no se produce una resolución judicial previa a la actuación provisional que actúe como presupuesto de la misma, por lo que tampoco existe una motivación en la que pueda buscarse la plasmación del fundamento de la medida a la luz de las circunstancias del caso concreto. A pesar de ello, es evidente que ese fundamento debe respetarse con independencia de la persona o autoridad que ordene o lleve a término la detención y, por lo tanto, también en esos casos. De este modo, si la finalidad primordial de toda detención penal es la puesta a disposición judicial del detenido, es evidente que la medida deberá adaptarse en su configuración constitucional y legal a ese objetivo, pues de lo contrario sería desproporcionada o simplemente inútil, en cuyo caso la limitación del derecho fundamental a la libertad que toda detención comporta carecería de justificación. Como seguidamente veremos, esa exigencia se plasma sobremanera en dos aspectos concretos de las detenciones no judiciales: su duración y los supuestos en que proceden.

134. Convienen en que la finalidad de la detención imputativa es la puesta del detenido a disposición judicial FENECH, *El proceso penal*, cit., p. 145 (§121), y BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones...*, cit., pp. 283 y 351, entre otras.

135. Parece olvidar esta segunda finalidad mediata SALIDO VALLE, *La detención policial...*, cit., pp. 46-47, toda vez que limita el *periculum in mora* necesario para ordenar la detención a la necesidad de "evitar el peligro de ocultación personal del sujeto".

1.1.1. La duración de la detención

72. Teniendo en cuenta que, como acaba de señalarse, la finalidad de la detención es la puesta a disposición judicial, es evidente que la detención deberá prolongarse únicamente durante el tiempo estrictamente necesario para llevarla a cabo, pues de lo contrario la medida sería ilícita y generaría las oportunas responsabilidades disciplinarias y penales en quienes la practican[136]. Como es lógico, esa exigencia rige por igual en todas las detenciones preventivas penales, sin importar que hayan sido o no ordenadas por un órgano judicial. Sin embargo, es en las detenciones no judiciales donde sus consecuencias tienen una mayor trascendencia, como seguidamente se verá.

73. En efecto, la limitación temporal de la detención al tiempo estrictamente necesario para efectuar la puesta a disposición judicial es patente cuando se trata de detenciones practicadas por particulares (vgr. un vigilante jurado, un portero o guarda...), que vienen obligados a entregar al detenido a una autoridad de forma inmediata. Así se desprende de una interpretación conjunta de los artículos 17 CE, 520.1 II LECrim y 163.4 CP.

136. Cfr. arts. 163, 165-168, 530-532 y 537 CP.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En los dos primeros, se establece que la detención preventiva no podrá durar más que el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. Dado que no compete a los particulares llevar a cabo esas averiguaciones, salvo acaso las de carácter urgente y provisionalísimo (vgr. un brevísimo e informal interrogatorio que permita al detenido justificar su conducta, un cacheo superficial destinado a la autoprotección de quien detiene, etc.), necesariamente hay que concluir que la entrega a la autoridad policial o judicial tendrá que ser inmediata, pese al tenor literal del artículo 496 LECrim, que parece permitir su prolongación hasta veinticuatro horas[137].

En el caso de las detenciones policiales, por el contrario, la Ley contempla la posibilidad de que la puesta a disposición judicial se retrase algunas horas para facilitar la práctica de determinadas diligencias dirigidas al esclarecimiento de los hechos (declaración en comisaría y reconocimiento de identidad). Sin embargo, debe advertirse que estas diligencias policiales van dirigidas precisamente a determinar si la puesta a disposición judicial del detenido es necesaria, por lo que no constituyen una finalidad primordial de la medida provisional, sino más bien un instrumento para lograr su verdadero objetivo o descartarlo de antemano. En cualquier caso, la detención policial deberá finalizar tan pronto como se hayan efectuado esas diligencias, o se haya llegado a la conclusión de que no procede la puesta a disposición judicial. No es necesario ni aceptable, por consiguiente, agotar los plazos máximos previstos en la Ley[138], plazos que, dicho sea de paso, resultan excesivamente generosos a la luz de la finalidad de esta medida provisional. Por su especial relevancia práctica, este último extremo merece ser objeto de un breve análisis detallado.

137. En este sentido, cfr. SSTS 5 mayo 1983, 29 enero 1992 [Ar. 585], 27 octubre 1995 [Ar. 1076], y 3 octubre 1996 [Ar. 627], entre otras muchas; BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones...*, cit., pp. 304-305; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, p. 453; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 477 y 482-483, e *idem*, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 64. En contra SALIDO VALLE, *La detención policial...*, cit., pp. 407-408, a cuyo juicio el plazo de la detención por particulares es de 24 horas, por más que constituya un máximo que no debería agotarse.

138. En efecto, conforme a lo previsto en los artículos 17.2 CE, 520.1 I y 528 III LECrim, y 17.4 LRPM, interpretado el primero por una reiterada doctrina constitucional, establecida en las SSTC 31/1996, 27 febrero, FJ 8.º; 86/1996, 21 mayo, FJ 8.º; 224/1998, 24 noviembre, FJ 3.º; 288/2000, de 27 noviembre, FJ 3.º, y las que citan, existen dos plazos, uno relativo y otro absoluto de 72 horas, y la vulneración de ese art. 17.2 CE puede producirse cuando la detención no llega a esas 72 horas pero se extiende más allá del tiempo necesario para realizar las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos (así ocurrió, por ejemplo, en los casos que terminaron dando lugar a las SSTC 224/1998, cfr. FJ 4.º, y 86/1996, cfr. FJ 8.º).

74. En efecto, la duración máxima de la detención es un aspecto íntimamente relacionado con su fundamento, puesto que los plazos máximos legalmente previstos sólo pueden reputarse aceptables en la medida en que respondan a la finalidad constitucionalmente legítima que justifica la medida. Siendo ello así, conviene empezar recordando cuál es la situación normativa en nuestro Derecho.

A primera vista, desde la promulgación de la Constitución de 1978, el plazo máximo de la detención es de setenta y dos horas con carácter general. Así lo establece el artículo 17.2 CE, el cual, aun siendo aplicable a todo tipo de detenciones (vgr. ejecutivas, gubernativas, etc.), fue redactado con miras precisamente la detención preventiva penal, como inequívocamente se desprende de la alusión que en él se efectúa al "esclarecimiento de los hechos". En el referido precepto se prevé que el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial "en el plazo máximo de setenta y dos horas", plazo al que también se refiere el artículo 520.1 I LECrim, introducido en el código procesal por la LO 14/1983, de 12 de diciembre. Sin embargo, la aparente claridad de estas normas se ve empañada por el artículo 496 LECrim, en el que se establece que "el particular, Autoridad o agente de Policía judicial que detuviere a una persona en virtud de lo dispuesto en los precedentes artículos, deberá ponerla en libertad o entregarla al Juez más próximo al lugar en que hubiere hecho la detención dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la misma. Si demorare la entrega, incurrirá en la responsabilidad que establece el Código Penal, si la dilación hubiere excedido de veinticuatro horas". Ante esta aparente contradicción, un sector de la doctrina científica y la jurisprudencia mayoritaria vienen sosteniendo que el artículo 496 LECrim no fue reformado por un descuido del legislador de 1983 pero debería entenderse tácitamente derogado[139], mientras que otros autores, cuya opinion se estima más convincen-

139. Cfr. por todos ALONSO PÉREZ, F.: **"El plazo de la detención"**, *La Ley,* núm. 5246 (13 febrero 2001), pp. 1 y ss., ep. II; BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones...*, cit., p. 326; BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, p. 454; ILLESCAS RUS, *Las medidas cautelares...*, cit., pp. 97-98; SALIDO VALLE, *La detención policial...*, cit., pp. 139-147, y DE URQUÍA GÓMEZ, F., en AA.VV.: ***Ley de Enjuiciamiento Criminal. Co-***

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

te, mantienen que ese precepto nunca fue derogado ni puede considerarse abrogado, ya que no es incompatible con la Constitución ni con el artículo 520.1 II LECrim[140].

Independientemente de la interpretación que se adopte, debe tenerse en cuenta asimismo que ese plazo ordinario conoce dos excepciones: la primera de ellas permite prolongarlo, y tiene lugar cuando los detenidos lo son por presuntos delitos cometidos por bandas armadas y elementos terroristas o rebeldes, en cuyo caso la duración máxima de la medida son setenta y dos horas, prorrogables cuarenta y ocho horas más previa autorización del Juez competente (cfr. art. 520 bis LECrim). La segunda excepción, que no rige cuando se trata de alguno de los delitos a los que acaba de aludirse, se verifica cuando el detenido resulta ser menor de edad, en cuyo caso la medida puede prolongarse hasta un máximo de cuarenta y ocho horas, si bien es cierto que el menor deberá ser puesto a disposición del Ministerio Fiscal en las primeras veinticuatro[141].

75. Sin entrar en la inseguridad jurídica que inevitablemente genera la caótica situación normativa descrita en el párrafo precedente, puede afirmarse que los plazos máximos de la detención previstos en nuestro ordenamiento resultan demasiado amplios a la luz del fundamento de esta medida provisional. Sea cual sea el delito por el que se haya efectuado el apresa-

mentarios y jurisprudencia (Coord. R. CABEDO NEBOT), Edersa, Madrid, 2000, T. I, p. 867, así como la jurisprudencia constitucional citada en la nota precedente.

140. *Vid.* GIMENO SENDRA, V.: ***El proceso de "habeas corpus"***, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 68-69; *idem*, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 488-490; *idem*, *Los procesos penales*, cit., T. IV, pp. 80-81; *idem*, *La necesaria reforma...*, cit., pp. 3-4; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y GUTIÉRREZ ZARZA, en AA.VV., *Enjuiciamiento criminal*, cit., T. II, pp. 1747-1749; RAMOS MÉNDEZ, *El Proceso penal*, cit., pp. 186-187, y RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F.: ***Derecho Procesal Penal***, Iurgium, Madrid, 2000, p. 164. Precisa el primero de ellos, coherentemente, que ese plazo de 24 horas deberá ser el que integre el artículo 530 CP al efecto de determinar cuándo hay una detención ilegal, y el artículo 1 c) de la LO 6/1984, reguladora del procedimiento de *habeas corpus*, para determinar cuándo esa detención se prolonga "por plazo superior al señalado en las Leyes".

141. Cfr. art. 17.4-5 LRPM, e IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J.M.ª: **"La aplicación al menor de edad de la legislación procesal antiterrorista a la luz de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor"**, *La Ley*, núm. 5240 (5 febrero 2001), pp. 1 y ss., apdos. II.4 y III. Transcurrido ese plazo máximo de cuarenta y ocho horas, el menor debe ponerse a disposición del Juez de Menores para que éste acuerde, en su caso, las medidas provisionales instadas por el Ministerio Fiscal.

miento, las diligencias policiales previas a la puesta a disposición judicial (identificación e interrogatorio) no tienen porqué prolongarse más allá de algunas horas, de suerte que, teniendo en cuenta el tiempo que puede tardarse en llevar al detenido a la Comisaría o depósito, y los posibles retrasos burocráticos producidos por la caída de la noche, un plazo de veinticuatro horas debe reputarse más que suficiente en todos los casos[142]. La prolongación de la detención policial más allá de ese plazo sólo debería permitirse en los supuestos excepcionales en los que sea estrictamente necesaria (vgr. porque el detenido ha de ser trasladado por carretera a Madrid después de ser interrogado o presenciar un registro), y en todo caso previa autorización judicial[143]; pero nunca para la práctica de ulteriores actuaciones de investigación, cuya adopción y supervisión corresponde en exclusiva al Juez de instrucción investido de la causa[144].

En nuestro ordenamiento, por el contrario, nos encontramos ante la posibilidad legal de que la detención se prolongue hasta setenta y dos horas, e incluso hasta ciento veinte tratándose de los delitos antes referidos, todo ello sin contar el plazo adicional de setenta y dos horas con que cuenta el Juez para decidir acerca de la situación personal del detenido desde que se pone a su disposición (cfr. arts. 497 y 499 LECrim, y 17.2 LGP). Pues bien, sin perjuicio de la ya aludida exigencia legal y jurisprudencial de que la detención se prolongue sólo durante el tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos, hay que entender que esa situación normativa en modo alguno se compadece con el fundamento de esta medida, resultando asimismo difícilmente compatible con los derechos a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, habida cuenta que propicia si-

142. En contra, afirmando que el plazo de veinticuatro horas resulta demasiado exiguo para garantizar la eficacia policial en la labor persecutoria de los delitos, BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones...*, cit., p. 325.

143. En esta línea, proponiendo *de lege ferenda* que la detención se prolongue sólo durante 24 horas, prorrogables otras 24 previa autorización judicial, SALIDO VALLE, *La detención policial...*, cit., p. 148, y ya anteriormente RODRÍGUEZ RAMOS, L.: ***La detención***, Akal/Iure, Madrid, 1987, pp. 41 y 70.

144. En este sentido DE HOYOS SANCHO, *La detención por delito*, cit., pp. 199-201, cuyos argumentos se suscriben íntegramente. Mantiene esta autora que esta postura es más respetuosa con la función de la detención (esto es, la puesta a disposición judicial), y añade que el plazo de 24 horas previsto en el artículo 496 LECr nunca ha sido expresamente derogado, coincidiendo además con el que contempla la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno (cfr. vgr. §128 StPO, art. 386.3 C.p.p. italiano, o arts. 63 y 77 CPP francés).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tuaciones de coacción psicológica e incluso de malos tratos físicos frente al detenido[145]. En consecuencia, lo deseable sería que la futura reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estableciese el plazo máximo de la detención no judicial en veinticuatro horas sin excepciones, homologando de este modo la normativa española con la que rige en la mayor parte de los ordenamientos de nuestro entorno.

1.1.2. Supuestos de improcedencia de la detención no judicial

76. Un segundo aspecto de las detenciones no judiciales en el que es preciso detenerse, por la especial incidencia que en él presenta el fundamento de esta medida provisional, es el relativo a los supuestos en que legalmente procede practicarla. En principio, si la finalidad de toda detención es la puesta a disposición judicial, es evidente que no procederá llevarla a cabo cuando el detenido ya se encuentre, física o jurídicamente, a disposición del órgano jurisdiccional. Como es lógico, este problema no se plantea cuando es el Juez o Tribunal el que ordena la detención, pues esta circunstancia presupone la incomparecencia o simple ausencia del detenido, sin perjuicio, claro está, de que una u otra deban fundamentarse debidamente en la motivación del auto de detención. Por el contrario, en las detenciones no judiciales, y sobre todo en las policiales, puede ocurrir que el sujeto haya sido ya encausado por los hechos que dan lugar la medida y se encuentre en libertad condicionada o incondicionada, pero en todo caso a la plena disposición del Juzgado o Tribunal que conoce del proceso. Ni que decir tiene que, en estos casos, una detención policial carece de todo fundamento y, como tal, es improcedente, pues supondría restringir el derecho a la libertad del imputado sin ningún propósito legítimo, y por lo tanto inútilmente.

77. La abrumadora lógica de las consideraciones precedentes contrasta, una vez más, con la arcaica regulación prevista por nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de iniciativa para detener. Ningún problema suscitan, en este sentido, los supuestos de detención por cualquier persona que se contemplan en el artículo 490 LECrim, previstos en síntesis para los casos de flagrancia[146] o inminencia de la acción delictiva, fuga y rebeldía del detenido o preso. En tales casos, el destinatario de la medida no se encuentra a disposición de la autoridad judicial —de hecho, en las hipótesis de flagrancia ni siquiera existe un proceso abierto—, por lo que la detención responde claramente a la finalidad que por naturaleza tiene atribuida. Tampoco resulta problemático el artículo 495 LECrim, que limita la detención por faltas a aquellos supuestos en los que "el presunto reo no tuviese domicilio conocido ni diese fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerle"[147], puesto que la medida queda reserva para aquellos casos en los que, aparentemente al menos, concurre en ese sujeto un importante riesgo de incomparecencia cuando sea llamado.

No puede decirse lo mismo del artículo 492 LECrim, en el que se recogen las hipótesis en las que procede la detención policial. Nada hay que objetar a la remisión al artículo 490 LECrim que se efectúa en el número 1 de aquel precepto, ni tampoco al supuesto contemplado en el número 4, que permite la detención en las hipótesis de sospechas policiales[148]. Sin embar-

145. En este sentido se pronunció el propio Tribunal Constitucional para declarar inconstitucional el art. 13 LO 9/1984, en el que se contemplaba una detención que podía prolongarse hasta diez días, comportando "una penosidad adicional y una coacción moral, añadida e injustificada, sobre el detenido, incompatible con sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable" (STC 199/1987, 16 diciembre, FJ 8.º *in fine*). En la misma línea en la doctrina, cfr. IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, *op. cit.*, ep. III, y los que cita.

146. Sobre el concepto de "flagrante delito", cfr. el art. 398 II-III LO 2/1989, 13 abril, Procesal Militar, y la abundante jurisprudencia que exige para que aquél se verifique tres requisitos: a) inmediatez temporal (el delito se está cometiendo o se acaba de cometer); b) inmediatez personal (el autor del hecho se encuentra en el lugar del crimen o en sus proximidades), y c) necesidad urgente (que impide a la policía pedir al Juzgado de Guardia autorización bajo riesgo de que se frustre la finalidad de la medida cautelar): cfr. por todas las más recientes, SSTS 18 septiembre 2000 (Ar. 8001), FD 2.º; 29 junio 2000 (Ar. 6829), FD 2.º; 9 junio 2000 (A. 4729), FD 3.º; 18 abril 2000 (Ar. 3042), FD 3.º; 7 y 13 marzo 2000 (Ar. 1179 y 1466), FD 2.º y 1.º respectivamente, y 14 junio 1999 (Ar. 5673), FD 2.º En la doctrina, *vid.* por todos SALIDO VALLE, *La detención policial...*, cit., pp. 57-63, y DE HOYOS SANCHO, *La detención por delito*, cit., pp. 78-95.

147. Como es lógico, la medida también puede adoptarse en los casos en los que el sujeto se niega a identificarse, en cuyo caso podrá detenérsele también por desobediencia, o sencillamente en aplicación del artículo 20.2 LOPSC (donde se regula una detención y no una mera retención: cfr. nuevamente MÁLAGA DIÉGUEZ, *Detención y Retención*, cit., apdo. IV.3).

148. Paradójicamente, este cuarto supuesto se prevé sólo para delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a tres años, como inequívocamente se deduce de la remisión que en él se hace "al que estuviere en el caso del número anterior". Interpretado literalmente, ello supondría la imposibilidad de detener en los supuestos en los que existen meras sospechas policiales y la pena prevista para el hecho delictivo es superior, puesto que quedarían fuera del artículo 492 y, en consecuencia, sólo cabría tomar nota de las circuns-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

go, los números 2 y 3 establecen la obligación de detener, respectivamente, al procesado por delito que tenga señalada pena superior a tres años, y al procesado por delito al que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial[149]. Conforme al texto de la Ley, por lo tanto, la policía tiene la obligación de detener a cualquier encausado por delito, con independencia de que se hayan adoptado contra él medidas provisionales en el proceso pendiente (obviamente, distintas de la prisión provisional), y con abstracción también de que pueda haber respetado escrupulosamente su obligación de comparecer cuando fuese llamado. Pues bien, esta situación normativa no sólo supone una ruptura de los principios de excepcionalidad y jurisdiccionalidad, ya analizados, sino también una evidente quiebra del fundamento de la detención, que queda privada de su principal finalidad: la puesta a disposición judicial. Una vez que el proceso penal ha comenzado, las medidas provisionales sólo pueden ser ordenadas por el Juez competente, que es el único legitimado para valorar la necesidad de ordenar que se conduzca a su presencia, por la fuerza, al imputado o a terceros.

En la dogmática, se ha intentado justificar el tenor legal del artículo 492 LECrim, interpretando que los dos números del mismo antes referidos se refieren implícitamente al procesado en rebeldía, por lo que presuponen en todo caso la existencia de una resolución judicial previa ordenando la prisión provisional o una sentencia condenatoria firme[150]; pero esta interpretación no puede convencer, y ello por varios motivos: en primer lugar, porque las hipótesis de procesados rebeldes están expresamente previstas en el número 7.º del artículo 490 LECrim, por lo que su detención no está restringida a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado; en segundo término, porque todo inclina a pensar que, en la mentalidad del legislador de 1882, el procesamiento genera la obligación de detener a cargo de la policía judicial, incluso sin orden judicial previa[151]; y, finalmente, porque de existir sentencia condenatoria firme no nos encontraríamos ante un mero "procesado", sino ante un reo o condenado. Tampoco puede suscribirse la tesis según la cual los supuestos referidos, aun refiriéndose en principio a la detención judicial, también permitirían la detención policial en determinados casos excepcionales, como aquellos en los que el imputado que está en libertad provisional es sorprendido intentando abandonar el país[152]. Descartada la posibilidad de decretar la prohibición de expatriación del inculpado, habida cuenta de su atipicidad[153], en modo alguno está justificado que la po-

tancias personales de la persona afectada, que posteriormente se comunicarían al Juez instructor (cfr. art. 493 LECrim). Evidentemente, no sucede así en la práctica, y no sólo por las inadmisibles consecuencias a las que conduciría esa interpretación, sino también por algo tan sencillo como que los agentes pueden perfectamente desconocer la concreta penalidad prevista para el hecho punible, o bien tener dudas acerca de su calificación.

149. Exceptuándose de este segundo caso al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. Por otro lado, es evidente que el vocablo "procesado" debe interpretarse en sentido amplio, comprensivo tanto del inculpado en procedimientos ordinarios por delito como del encausado en procedimientos abreviados, al efecto de armonizar el precepto con las sucesivas reformas parciales sufridas por la Ley rituaria. En este sentido DE HOYOS SANCHO, *La detención por delito*, cit., pp. 224-225, y los que cita.

150. GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 486; *idem*, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 77: "los números 2º y 3º, aunque la Ley no lo diga expresamente, contemplan los supuestos de procesado en rebeldía puesto que, en cualquier otro caso, el Juez de Instrucción habría adoptado ya las oportunas medidas cautelares, distintas a la prisión provisional, decayendo la necesidad de la detención". En la misma línea, pero añadiendo las hipótesis de reos ya condenados por sentencia firme, MORENO CATENA, *et al.*, *El Proceso Penal*, cit., p. 1579.

151. En este sentido apunta, por un lado, el propio art. 492, núms. 2 y 3 LECrim que se está examinando, donde se exige que concurra riesgo de incomparecencia cuando el delito tiene una pena señalada inferior a tres años, y se presume ese riesgo cuando la pena es superior. Evidentemente, si esos supuestos estuviesen previstos para procesados en rebeldía, ese riesgo nunca precisaría ser ser valorado por quien detiene, pues iría de suyo tratándose de un rebelde. No puede olvidarse, por otro lado, el art. 497 LECrim, en el que, con expresa alusión a aquellos dos números del art. 492, se distinguen los casos en los que se detiene sin orden judicial previa (párrafo I) de aquellos otros en los que esa orden sí existe (párrafo II). De la interpretación conjunta de ambos preceptos parece desprenderse que, habiéndose imputado a una determinada persona en un proceso en curso (mediante auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, o trámite equivalente en el abreviado, pues el precepto se refiere también a delitos cuyo enjuiciamiento se tramita por este procedimiento), la policía adquiere la obligación de detenerla aunque no se encuentre en rebeldía.

152. DE HOYOS SANCHO, *La detención por delito*, cit., p. 226, donde esta autora matiza su afirmación de que los números 2.º y 3.º del art. 492 LECr se refieren exclusivamente a la detención policial ordenada judicialmente (*op. cit.*, p. 224), a quien siguen GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO y GUTIÉRREZ ZARZA, en AA.VV., *Enjuiciamiento criminal*, cit., T. II, p. 1728. Téngase en cuenta, por lo que a esta última premisa se refiere, que el precepto se inicia con la expresión "la Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener", por lo que resulta difícil justificar por qué se limitan dos de sus números a las detenciones ordenadas judicialmente.

153. Cfr. *supra*, Sec. 2.ª, apdo. 1.5.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

licía detenga en hipótesis como la descrita, en las que el riesgo de fuga no se ha plasmado en una resolución judicial previa ordenando la detención.

Hay que concluir, en definitiva, que los dos supuestos contemplados en los números 2 y 3 del artículo 492 LECrim pueden haber encontrado justificación en otra época histórica; pero hoy en día carecen de ella por no responder al fundamento constitucionalmente legítimo de la detención preventiva penal, por lo que, con independencia de que puedan no estar aplicándose en la práctica cotidiana[154], deberían ser suprimidos de la Ley rituaria a la mayor brevedad.

1.2. La motivación de las órdenes judiciales de detención

78. Al efecto de analizar la motivación de las detenciones ordenadas por un órgano jurisdiccional con una cierta sistemática, interesa distinguir nítidamente las que se acuerdan como consecuencia de una incomparecencia ya producida, de las que se ordenan directamente para conjurar en un determinado riesgo (de fuga, de obstrucción de la investigación o de reiteración delictiva), que aparece a su vez acreditado por uno o varios indicios, o que sencillamente se presume a partir de la gravedad del presunto delito.

79. Las detenciones por incomparecencia pueden recaer tanto sobre el imputado como sobre testigos o peritos. En particular, estos últimos podrán ser detenidos cuando, teniendo la obligación de comparecer ante el Juzgado o Tribunal durante la fase de instrucción o en el acto del juicio oral, para declarar o prestar un servicio pericial, se nieguen a hacerlo sin una excusa fundada. En el caso de los testigos, la orden de detención se emite si no comparecen al segundo llamamiento, mientras que, tratándose de peritos, la Ley parece considerar suficiente la negativa a comparecer o a prestar el informe (cfr. arts. 420 y 463 LECrim). Por lo que respecta al imputado, su detención podrá acordarse cuando, habiendo sido citado conforme a Derecho, deje de comparecer sin justificar una causa legítima que se lo impida (arts. 487 y 731 LECrim).

En estos casos, la motivación de la orden judicial de detención no

154. En efecto, la condición de procesado o imputado difícilmente llegará al conocimiento de un cuerpo de policía hasta que exista una orden judicial de búsqueda y captura que se inserte en su correspondiente Orden General.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

plantea ningún problema relevante en relación con el fundamento de la tutela provisional, puesto que el hecho incontestable de la incomparecencia ya acaecida genera por sí mismo un *periculum in mora*, y acredita plenamente la concurrencia de las finalidades de la medida, tanto la inmediata de la puesta a disposición judicial, como las mediatas de prevención de la fuga y obstrucción de la investigación (en el caso del imputado), o de aseguramiento de la prueba. Por consiguiente, lo único que cabe exigir al órgano jurisdiccional es la mera alusión a esa incomparecencia en los razonamientos jurídicos del auto por el que se acuerda la detención.

80. La situación es bien distinta tratándose de detenciones que no van precedidas de una incomparecencia, sino que se acuerdan directamente contra personas que ya figuran como imputados en un procedimiento de instrucción en curso. En estos supuestos, el Juez que ordena la detención debe motivar la concurrencia de una apariencia de buen derecho (imputación ya formalizada, o cuando menos indicios racionales de criminalidad), y justificar que la medida se adopta para lograr una finalidad constitucionalmente legítima (*periculum in mora*)[155]. Por lo que a esta última se refiere, debe tenerse en cuenta que la detención suele configurarse como un paso previo a otras medidas provisionales personales, para cuya adopción y efectividad resulta necesaria la presencia de su destinatario. De ahí que la finalidad inmediata de la puesta a disposición judicial deba concurrir en todo caso. Sin embargo, atendiendo a la finalidad mediata perseguida pueden distinguirse tres grupos básicos de detenciones en nuestro Derecho, sin perjuicio de que, en la práctica, una única medida pueda acordarse con varios objetivos simultáneos:

a) Detenciones para la prevención del riesgo de fuga (arts. 492, 2.º-4.º, 494 y 731 LECrim). En este caso, el Juez o Tribunal ordena la medida porque teme que el imputado no comparezca cuando sea llamado. Cuando así ocurre, de la puesta en común de lo que dispone la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional se desprende claramente que existen dos po-

155. Por desgracia, en la práctica forense es muy frecuente que los autos de detención se redacten sobre un modelo estereotipado que contiene una motivación genérica en la que no se hace referencia alguna a las circunstancias del caso concreto, y en el que tan sólo se añade a mano la fecha, el número de rollo, el nombre del imputado y el delito que se le imputa (vgr. Auto JI núm. 5 Terrassa 13 julio 1992, DP 410/1992).

sibilidades: si el delito tiene señalada una pena superior a tres años, su gravedad permite presumir el riesgo de fuga siempre que nos encontremos en un momento inicial del procedimiento[156]; por el contrario, si la pena prevista es inferior, o bien ha transcurrido un cierto tiempo desde que se formuló la imputación contra el destinatario de la medida, el peligro de huida deberá motivarse atendiendo a los antecedentes penales de este último o las circunstancias del hecho (art. 492, 3.º LECrim). En ambos casos, son válidas las consideraciones que sobre esa motivación se efectuarán al analizar la prisión provisional y la libertad bajo fianza[157], por lo que su análisis puede posponerse hasta ese momento.

b) *Detenciones para evitar la obstrucción de la investigación y la confabulación*. La Ley de Enjuiciamiento Criminal no contempla expresamente esta posibilidad, pero la misma debe entenderse viable a la luz de los artículos 506 y siguientes de la Ley, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Lo que ocurre es que, en la práctica, el peligro de obstrucción de la investigación suele venir acompañado de un riesgo de fuga o, cuando menos, este riesgo puede presumirse, en atención a la gravedad de la pena, en el momento en que se acuerda la medida. En cualquier caso, la motivación del aseguramiento de la prueba deberá llevarse a cabo mediante indicios, el más relevante de los cuales acostumbra a ser la pertenencia del detenido a un grupo u organización delictiva en el que figuran otras personas no detenidas, situación esta bastante frecuente en ciertos ámbitos delincuenciales (vgr. terrorismo, narcotráfico, proxenetismo, corrupción de menores, tráfico de armas o de personas, etc.). Ni que decir tiene, por lo demás, que la detención ordenada con esta finalidad va frecuentemente acompañada de la incomunicación del detenido, medida esta última que deberá ser objeto de una especial motivación.

156. Lógicamente, a estos supuestos deben asimilarse los casos en que, encontrándose la instrucción avanzada, la detención se acuerda frente a un nuevo imputado, es decir, frente a una persona contra la que no se había dirigido el procedimiento hasta entonces, puesto que en estos supuestos también concurre la falta de información del instructor acerca de las circunstancias personales del imputado sobrevenido que justifica la detención basada exclusivamente en la gravedad del hecho punible.

157. Cfr. *infra*, apdos. 2 y 3.

c) *Detenciones para la prevención de la reiteración delictiva*. En términos generales, no es habitual que la detención judicial se acuerde al solo efecto de prevenir la reiteración delictiva, aunque la medida debe reputarse viable cuando existen indicios que indican claramente la peligrosidad del imputado (vgr. violencia indiscriminada, rasgos psicopáticos, amenazas de reincidencia...)[158]. Sin embargo, existe un supuesto en el que la detención responde únicamente a ese objetivo: la que se acuerda para la protección de la víctima, sus familiares o allegados. En efecto, el artículo 544 bis IV LECrim establece que "el incumplimiento por parte del imputado de la medida (de alejamiento) acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal...". Obviamente, una de esas medidas es la detención, por más que su práctica se acuerde al efecto de adoptar ulteriores medidas provisionales, por lo que el Juez está facultado para ordenarla, motivando las circunstancias y gravedad del incumplimiento del auto de alejamiento en los términos previstos por el precepto trascrito. No obstante, hay que entender que, en la orden de detención, el Juez también deberá justificar la necesidad de ordenar la privación de libertad sin una previa citación del encausado, sobre todo cuando éste haya permanecido siempre a disposición judicial, pues, de lo contrario, la medida se vería privada de su principal finalidad.

81. Interesa recordar, finalmente, que junto a las órdenes judiciales de detención examinadas en los párrafos anteriores existen otras resoluciones relacionadas con esta medida provisional y que, por lo tanto, presentan una motivación análoga o similar. Es el caso de los autos que legitiman una detención no judicial ya producida (*habeas corpus*), los que decretan la incomunicación de una persona ya detenida (arts. 506 y ss. y 520 bis.2 LECrim), o los que autorizan la prórroga de la detención prevista en este ar-

158. Reconoce la viabilidad de las detenciones efectuadas para prevenir la reiteración delictiva, aunque en particular alusión a las detenciones policiales, DE HOYOS SANCHO, *La detención por delito*, cit., pp. 173-175.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tículo 520 bis LECrim. En todas estas "detenciones judiciales confirmatorias"[159], el órgano jurisdiccional se ve obligado a justificar el fundamento de la concreta actuación adoptada o a adoptar, por lo que sirve lo ya indicado para cada una de las concretas finalidades que pueden perseguirse a través de la misma.

2. *La prisión provisional*

82. Sin ningún género de dudas, la mayor parte de la jurisprudencia y la dogmática que se han pronunciado sobre el fundamento de la tutela provisional en el proceso penal se refiere, expresa o implícitamente, a la prisión provisional. Ello se debe, con toda probabilidad, a la especial gravedad de una medida que supone encarcelar durante un prolongado período de tiempo a una persona que está amparada por la presunción de inocencia, en lo que constituye la máxima restricción posible a la libertad ambulatoria del imputado durante la litispendencia penal. De ahí que, pese a su aparente configuración legal, esta institución presente una importante relevancia constitucional[160], y de ahí también que el estudio de sus finalidades y presupuestos haya condicionado a su vez el de las restantes medidas provisionales de naturaleza personal.

83. Si se prescinde de las alusiones que el legislador efectúa a la frecuencia y la alarma social, que deben entenderse superadas en el momento actual[161], de una primera lectura de los s 502 a 519 LECrim parece desprenderse que la prisión provisional se configura legalmente como una medida personal de naturaleza cautelar, que puede acordar, a instancia de parte, el órgano jurisdiccional investido de un proceso penal, al efecto de garantizar la eficacia de dicho proceso. En efecto, la adopción de esta medida supone privar de libertad al imputado durante la pendencia del procedimiento, asegurando de este modo su disponibilidad física en la fase de instrucción, en el acto del juicio oral, durante la sustanciación de los recursos que pudieran

159. En terminología mayoritaria de la doctrina, que la concibe como la fase judicial de la detención: cfr. por todos GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 512-513; *idem*, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 93.

160. STC 128/1995, 26 julio, FJ 3.º

161. *Vid. supra*, Sec. 2.ª, apdo. I.5.

interponerse frente a la sentencia de instancia y, por último, a la hora de ejecutar una eventual sentencia de condena a una pena privativa de libertad. De este modo, el fundamento de la prisión provisional parece limitarse al objetivo cautelar de la prevención de la fuga del inculpado.

Sin embargo, en la sección precedente ha habido ocasión de demostrar que, en nuestro sistema procesal, la prisión provisional puede adoptarse con dos finalidades adicionales no cautelares, ambas constitucionalmente legítimas: la prevención de la reiteración delictiva y el aseguramiento de la prueba[162]. Así lo ha establecido una reiterada jurisprudencia constitucional, que resulta plenamente compatible con el texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[163], y así se desprende también del artículo 544 bis IV LECrim, en el que se autoriza la adopción de medidas privativas de libertad con fines tuitivos, en los supuestos de incumplimiento por el inculpado de un auto de alejamiento[164]. Por consiguiente, el órgano jurisdiccional que acuerda una medida de prisión preventiva deberá justificar la concurrencia de una finalidad constitucionalmente legítima, pero esa finalidad podrá ser cualquiera de las tres que acepta nuestro Tribunal Constitucional: la prevención del riesgo de fuga, el aseguramiento de la prueba durante la instrucción y el plenario, y la prevención de la reiteración delictiva, incluida en esta última la que podría afectar a la víctima del delito ya cometido, a sus parientes o a sus allegados[165]. A la vista de lo anterior, el objetivo del presente epígrafe no es

162. Cfr. *supra*, Sec. 2.ª, apdos. I.3 y I.4.

163. En efecto, en el artículo 503, 2.ª LECrim no se exige ninguna finalidad específica en la adopción de la medida cuando el delito objeto de enjuiciamiento tiene señalada una pena superior a la de prisión menor (actualmente tres años, conforme se prevé en la DT 11.ª CP). Es cierto que el artículo 504 II LECrim contempla la posibilidad de acordar la libertad bajo fianza del imputado en estos casos, siempre que concurran ciertos requisitos entre los que se encuentra la ausencia de riesgo de fuga; pero también lo es que se trata de una mera potestad en manos del Juez, que debe reputarse autorizado a mantener la medida si constata, por ejemplo, que subsiste alguna otra de las finalidades legítimas de la prisión provisional.

164. Así lo entiende también TIRADO ESTRADA (*Violencia familiar...*, cit., p. 7 *in fine*), en cuya opinión la única medida a la que puede estar refiriéndose el art. 544 bis LECrim, cuando alude a "nuevas medidas cautelares más limitativas de su libertad personal" (del imputado), es la prisión provisional.

165. En palabras del propio Tribunal Constitucional, deberá motivarse la necesidad de la medida para "la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado: su sustracción de la acción de la Administración de Justicia, la obstrucción de la instrucción penal y, en un plano distinto aunque íntimamente relacionado, la reiteración delictiva" (STC 44/1997, 10 marzo, FJ 5.º, y las que cita).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

otro que analizar de forma particularizada cómo se motiva cada una de esas tres finalidades en los autos de prisión.

84. Antes de entrar en ese examen individualizado, interesa hacer hincapié en que todas las resoluciones jurisdiccionales en las que se acuerda la prisión provisional de un imputado se dictan, o al menos deberían dictarse, a partir de los datos disponibles en las actuaciones acerca del hecho delictivo y las circunstancias personales de dicho imputado. Sin embargo, debe tenerse en cuenta asimismo que la cantidad y exhaustividad de esos datos puede oscilar enormemente de un proceso a otro, e incluso, dentro de un mismo procedimiento, de un momento procesal determinado a otro posterior. Así, por ejemplo, es evidente que el órgano judicial no tendrá la misma información acerca de un detenido por delito flagrante, cuya prisión decreta tras una comparecencia celebrada en las setenta y dos horas siguientes a su detención (art. 504 bis 2 LECrim), y apenas unas horas después de la incoación del proceso, que sobre un inculpado en un sumario o en unas diligencias previas abiertas durante meses. En el primer caso, la única información con la que cuenta el Juez de Instrucción acostumbra a ser la que figura en el atestado policial y la declaración del imputado, complementadas, en el mejor de los casos, por alguna declaración (vgr. de un testigo, de un familiar) o documento adicionales (vgr. hoja histórico-penal, autoliquidaciones tributarias...). En el segundo supuesto, por el contrario, lo más habitual será que durante la instrucción abierta se hayan ido recopilando datos relativos a la conducta del encausado, sus medios económicos, su arraigo familiar y laboral, etcétera, los cuales permiten al instructor formarse una idea mucho más precisa acerca de la conducta que cabe esperar de aquél a lo largo del proceso.

Como es lógico, esas importantes diferencias tienen su reflejo en la motivación de la medida provisional, que deberá ser más exigente cuanto mayor sea el volumen de información con que cuenta el órgano jurisdiccional. Así, si la regla general es que la prisión debe acordarse atendiendo a las circunstancias personales del imputado, pues no en vano persigue evitar una actuación de este último que se reputa dañosa, en los momentos iniciales de la instrucción puede permitirse motivar atendiendo exclusivamente a datos objetivos, como el tipo de delito cometido o su penalidad. De igual modo, la prolongación en el tiempo que caracteriza a esta medida hace posible que, durante su vigencia, se obtengan datos relativos al preso preventivo que justifiquen el alzamiento de la prisión ya acordada, en virtud del principio de modificabilidad de las resoluciones sobre medidas provisionales. Como seguidamente se verá, todo ello tiene una especial relevancia en la motivación de la finalidad primordial de la prisión provisional: la prevención del riesgo de fuga.

2.1. La motivación del riesgo de fuga

85. Tal y como se ha advertido en el apartado anterior, la Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla el riesgo de fuga como el principal *periculum in mora* que trata de combatirse mediante la prisión provisional. Así se desprende, principalmente, del artículo 504 de la Ley, en el que, por un lado, se permite acordar la medida prescindiendo de toda motivación relativa a las circunstancias del hecho y del imputado cuando éste deja de comparecer sin justa causa a un llamamiento del Juez o Tribunal (párrafo 2.º); por otro lado, se contempla la inexistencia de riesgo de fuga como uno de los elementos que permiten al órgano jurisdiccional acordar la libertad bajo fianza aun tratándose de un delito grave (párrafo 1.º), y, finalmente, se condiciona a la concurrencia de dicho riesgo la posibilidad de prorrogar la medida una vez transcurridos los plazos ordinarios previstos para la misma (párrafo 4.º). La relevancia de esta finalidad de la prisión provisional se pone de manifiesto asimismo en el artículo 539 IV LECrim, que la contempla como la única que autoriza al Juez o Tribunal a dictar de oficio y sin comparecencia previa un auto de prisión, sin perjuicio, claro está, de que dicha comparecencia deberá convocarse de forma inmediata, para ser celebrada dentro de las setenta y dos horas siguientes a la adopción de la medida.

86. Con carácter general, puede afirmarse que el riesgo de fuga se presume a partir de una serie de indicios externos relacionados con la conducta del inculpado y sus circunstancias personales, que inclinan a pensar que éste tratará de sustraerse a la acción de la justicia. Por lo tanto, la motivación del auto en el que se decreta o prorroga la prisión provisional deberá recoger esos indicios, al efecto de demostrar la concurrencia del *periculum in mora* que justifica la necesidad de la medida. Sin embargo, existen dos excepciones a esa regla general: en primer lugar, aquellos casos en los que el peligro de huida queda acreditado suficientemente por una determi-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nad actuación del imputado, como ocurre cuando éste no comparece a un llamamiento del órgano jurisdiccional o directamente intenta fugarse; en segundo término, aquellas hipótesis en las que, ante la escasez de información relativa a las circunstancias personales del imputado, el riesgo de huida se presume en atención a la gravedad de los hechos imputados al destinatario de la medida. En las páginas siguientes se analizarán estas dos excepciones, para entrar seguidamente en el examen de los indicios y contraindicios del riesgo de fuga.

2.1.1. La incomparecencia y el intento de fuga

87. Al igual que sucede en el caso de la detención, la incomparecencia injustificada del imputado a un llamamiento del órgano jurisdiccional simplifica enormemente la motivación de la prisión provisional, puesto que dicha incomparecencia genera por sí misma el *periculum in mora* necesario para la procedencia de la medida[166]. En efecto, el artículo 504 I LECrim exime al órgano jurisdiccional de fundamentar la necesidad de la prisión provisional en estos casos, necesidad que se presume en atención al elevado riesgo de fuga que comporta la incomparecencia ya producida. Por consiguiente, cuando el inculpado deje de asistir sin justa causa a una diligencia (vgr. declaración indagatoria) o vista (vgr. audiencia para el traslado de la imputación, juicio oral) para la que ha sido citado, incluida desde luego la comparecencia del artículo 504 bis 2 LECrim, o se haya constatado que se encuentra en ignorado paradero, lo único que cabe exigir al Juez o Tribunal que acuerda la privación de libertad es que mencione la incomparecencia o situación de paradero desconocido en el auto de búsqueda y captura[167].

166. Como puede imaginarse, esta es precisamente la razón de que el riesgo de fuga sea patente, y como tal no precise una especial motivación, cuando se acuerda la denominada prisión provisional para extradición, pues ésta "se decreta sobre quien, por definición, no está dispuesto a comparecer ante los Tribunales que le reclaman, sean o no de su nacionalidad, y para ello ha huido de su territorio o se niega a regresar a él" (ATC 277/1997, 16 julio, FJ 3.º, y STC 222/1997, 4 diciembre, FJ 8.º, donde también se exponen las diferencias entre esa medida y la prisión provisional que se está analizando; cfr. asimismo el ATC 158/2000, 15 junio, FJ 3.º).

167. Consideran motivación suficiente del peligro de fuga la mención en el auto de prisión de que el inculpado ha estado en rebeldía con anterioridad el ATC 166/2000, 7 julio, FJ 1.º, y la STC 107/1997, 2 junio, FJ 6.º No obstante, y habida cuenta de la gravedad de la medida, el órgano jurisdiccional deberá cerciorarse en todo caso de que la ausencia del imputado no ha obedecido a alguna causa justificada (vgr. problemas en la citación, causa de

88. Por otro lado, existe un segundo grupo de casos asimilables al que acaba de analizarse, por más que la Ley no los mencione expresamente: aquéllos en los que el inculpado protagoniza un intento de fuga antes de que el órgano jurisdiccional se pronuncie acerca de su situación personal, ya sea durante la detención o con posterioridad a la misma. Cuando así ocurre, hay que entender que es suficiente con que el Juez o Tribunal haga referencia a esa tentativa de huida en el auto de prisión, puesto que nada puede haber más indicativo de un riesgo de fuga que el propio intento de practicarla. Téngase en cuenta, en este sentido, que un intento de huida supone en última instancia una incomparecencia "en grado de tentativa", que no se "consuma" por causas ajenas a la voluntad del inculpado, pero que revela en todo caso la voluntad del imputado de aludir las consecuencias penales de sus actos. Por consiguiente, ese intento genera el *periculum in mora* necesario para la adopción de la medida de prisión provisional, excluyendo la necesidad de una ulterior motivación relativa a dicho presupuesto.

89. Ahora bien, de lo que acaba de indicarse no debe colegirse que la prisión provisional procede de forma automática siempre que se produce una incomparecencia o un intento de fuga. Estos hechos acreditan desde luego la concurrencia de un peligro de huida, pero para decretar la medida será necesario, además, que el delito presente una cierta gravedad, y que el Juez no estime suficiente para conjurar aquel peligro una medida menos gravosa, como la libertad bajo fianza o con deber de comparecer *apud acta*, puesto que así lo exigen, respectivamente, los principios de proporcionalidad y excepcionalidad.

fuerza mayor, etc.), antes de acordar la prisión provisional. En la mayor parte de los casos, este convencimiento se verá facilitado por el hecho de que la prisión va precedida de la comparecencia del artículo 504 bis 2 LECrim, de suerte que, una vez apresado el imputado, su defensa tendrá la oportunidad de alegar lo que estime conveniente en orden a justificar aquella incomparecencia. Sin embargo, cuando la ausencia afecte precisamente a esa comparecencia del artículo 504 bis 2 LECrim, ya sea porque la incomparecencia se produce en el día y momento de su celebración, o bien porque el imputado no se encuentra a disposición del tribunal, lo más recomendable sería que el órgano jurisdiccional acordase la mera detención del imputado en lugar de su prisión, por más que la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1995 contemple también la posibilidad de acordar directamente la prisión provisional hasta que se celebre una nueva comparecencia [cfr. apdo. IV.c, y en la misma línea el Auto JCI n.º 5, 18 octubre 1998, RJ 2.º (caso "Pinochet")]. Un ejemplo de prisión provisional por encontrarse el acusado en paradero desconocido puede encontrarse en el Auto JI núm. 15 Barcelona 12 agosto 1997 (DP 2204/1996).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2.1.2. El criterio de la gravedad del delito: límites a su utilización

90. Como acaba de advertirse, la gravedad del hecho punible objeto de enjuiciamiento constituye un requisito de toda medida de prisión provisional, puesto que, conforme al principio de proporcionalidad, sólo cuando aquélla concurre está justificada una medida tan excepcional y restrictiva como la que se está examinando. Sin embargo, la literalidad de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal confiere a ese parámetro una especial importancia, puesto que permite al Juez de instrucción acordar la prisión provisional del imputado de forma automática cuando el hecho reviste una cierta gravedad. Así se desprende de los artículos 503, 2.ª y 504 II LECrim, en los que se autoriza a dicho Juez a ordenar la medida cuando el presunto delito tiene señalada una pena superior a tres años, sin perjuicio de la posibilidad que tiene de no hacelo cuando el inculpado carece de antecedentes penales y no existe riesgo de fuga, ni alarma social, ni frecuencia en la comisión de hechos análogos en la circunscripción del Juzgado. No obstante, tanto la doctrina científica como la jurisprudencia del Tribunal Constitucional han rechazado que pueda acordarse la prisión provisional atendiendo únicamente a la elevada penalidad del hecho imputado, de suerte que una interpretación literal de esos preceptos sería incompatible con las notas de excepcionalidad, subsidiariedad y proporcionalidad que caracterizan a esta medida[168]. Por consiguiente, ese parámetro no es suficiente para fundamentar una medida de prisión provisional, siendo necesario que se verifique además una de las finalidades constitucionalmente legítimas de la medida, en este caso el riesgo de fuga.

91. Sin perder de vista lo que acaba de indicarse, la cuestión que interesa abordar en este momento es la relativa a si la gravedad del delito puede utilizarse como indicio de riesgo de fuga en un supuesto concreto, y, en particular, hasta qué punto esa gravedad puede constituir el *único* criterio a tener en cuenta para apreciar dicho riesgo en la persona del inculpado. En este sentido, es innegable, y así lo ha reconocido el propio Tribunal Constitucional[169], que la gravedad del delito, y la alta penalidad que dicha gravedad lleva asociada, pueden generar una mayor tentación de huida en el imputado. Como es lógico, ningún motivo tiene para escapar de la Justicia quien no teme verse en prisión en caso de ser condenado. Sin embargo, cuando la pena legalmente prevista es privativa de libertad, y tan elevada que excluye la suspensión una la eventual condena, quien se sabe culpable puede barajar la posibilidad de evadirse, eventualidad que será más probable cuanto más grave sea aquella pena.

Sin embargo, ya ha habido ocasión de matizar que nos encontramos ante una mera probabilidad estadística de base sociológica, de suerte que es perfectamente posible que las particulares circunstancias del inculpado excluyan la huida pese a la gravedad del hecho que se le imputa, o que, por el contrario contrario, la propicien en supuestos de delitos menos graves. Así, una persona con escasez de medios económicos o un marcado arraigo familiar tiene menos visos de fugarse que el miembro de una organización terrorista o de narcotraficantes, por más que el concreto delito cometido por este último o su grado de participación en el mismo pueda tener señalada una pena inferior a la prevista para el perpetrado por aquélla. Precisamente por ello, la gravedad del hecho punible, imprescindible en todo caso para decretar la prisión provisional, debe complementarse en la motivación del riesgo de fuga con un análisis de las características personales del inculpado[170].

92. Como también se ha visto, la STC 128/1995 contempla una única excepción a la regla que acaba de describirse: si el Juez instructor carece de información relativa las circunstancias personales del imputado cuando acuerda la medida, podrá presumir el riesgo de fuga atendiendo exclusivamente a la gravedad del hecho punible. Ya se ha advertido que esta posibilidad puede producirse tanto al inicio de la instrucción como con posterioridad, siempre que, en este último caso, la falta de información esté justificada por razones objetivas (vgr. el destinatario de la medida no ha sido imputado hasta poco antes de ese segundo momento)[171]. Sin embargo,

168. Cfr. STC 128/1995, 26 julio, FJ 4.º, cuya doctrina recogen a su vez numerosas resoluciones posteriores (*vid. supra*, Sec. 2.ª, apdo. I.2), y GIMENO SENDRA, *La necesaria reforma...*, cit., p. 4.

169. *Vid.* nuevamente STC 128/1995, 26 julio, FJ 4.º, y las resoluciones que la siguen (cfr. *supra*, Sec. 2.ª, apdo. I.2).

170. Por todas, STC 66/1997, 7 abril, FJ 6.º

171. En efecto, la mera alusión a la gravedad del delito se utiliza en muchas ocasiones como único fundamento para acordar la prisión provisional en los momentos iniciales de la instrucción. En el Auto del JI núm. 4 de Cornellà de Llobregat de 15 de abril de 2000 (DP 469/2000), por ejemplo, el Juez decretó la prisión comunicada y sin fianza del imputado basándose en "la gravedad de las penas previstas en el CP para tales delitos, y las circunstancias de los hechos, siendo patente la indudable alarma social que crea el tráfico de drogas,

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

hay que entender que, tanto en un caso como en el otro, el órgano jurisdiccional deberá motivar esa falta de datos en el auto de prisión, lo que no suele ocurrir en la práctica forense[172]. De este modo, la utilización exclusiva del criterio de la gravedad del delito no estará justificado cuando, pese a encontrarse el procedimiento en un estadio inicial, exista información suficiente sobre las circunstancias personales del inculpado (vgr. porque ha existido una investigación prolongada por parte de la policía y el Ministerio Fiscal, en la que se han recopilado datos que el Juez puede cotejar, o porque la defensa acredita esos datos de forma fehaciente en la comparecencia previa a la adopción de la medida o al interponer recurso de reforma contra el auto de prisión)[173], en tanto que sí será posible limitarse a reseñar la gravedad del hecho cuando, pese a encontrarse la instrucción avanzada, no haya

que constituye una lacra en nuestra sociedad, y teniendo en cuenta la envergadura de la cantidad de sustancia estupefaciente incautada (3.758 gramos de cocaína), y la naturaleza de la misma al ser sustancia que causa grave daño a la salud y en cantidad de notoria importancia. Procediendo por todo ello acordar tal medida cautelar en el presente procedimiento, de forma que se garantice la presencia del imputado a las diligencias probatorias que resulten necesarias, como en su caso al acto del juicio". Prescindiendo en este momento del rechazo que suscita esa alusión a la alarma social, puede observarse que en este caso el riesgo de fuga se presumió a partir de la gravedad del presunto delito, lo que debe reputarse admisible toda vez que la apertura de correspondencia y la subsiguiente detención del inculpado se habían producido el mismo día en el que se decretó la prisión. Posteriormente, la defensa interpuso recurso de reforma alegando una serie de circunstancias personales del inculpado, que el Juez sí tuvo en cuenta al desestimar dicho recurso y confirmar la medida cautelar (Auto de 19 de abril de 2000).

172. Una loable excepción puede encontrarse en el reciente Auto AP Barcelona 12 febrero 2002 (Rollo 60/2002, Ponente M.A. GIMENO), en cuyo RJ 4.º se fundamenta el riesgo de fuga atendiendo exclusivamente a la gravedad de la pena, y "se lamenta la falta de precisión sobre los datos de carácter familiar, vecindad, medios de vida, etc. que pueden significar un juicio positivo y excluyente, dentro de lo posible cuando se trata de emitir un juicio de futuro, del riesgo de fuga evidente si sólo se aprecia la eventual gravedad de la pena".

173. Cfr. STC 165/2000, 12 junio, FFJJ 5.º y 6.º, donde se declara que vulneran el derecho a la libertad personal unos autos en los que la prisión se decreta en los primeros momentos de la investigación y con base exclusivamente en la gravedad de la pena asignada al presunto delito y los antecedentes penales de la inculpada, pese a que la defensa había aducido una serie de circunstancias personales (situación familiar, domicilio en la localidad, enfermedad, necesidad de cuidados de un hijo). En particular, el Tribunal Constitucional achaba al Juzgado y a la Audiencia haber dictado resoluciones normalizadas, en las que no se menciona ninguna de las finalidades legítimas de la prisión provisional ni se da respuesta a las alegaciones de la detenida acerca de sus circunstancias personales, y descarta que la gravedad de la pena y el temprano estado de tramitación justifiquen semejantes omisiones.

sido posible reunir información suficiente sobre el inculpado (vgr. porque se desconocía su identidad).

2.1.3. Las circunstancias personales del imputado

93. En aquellos casos en los que el inculpado no ha dejado de comparecer al llamamiento del órgano jurisdiccional ni ha intentado fugarse, y tampoco es posible fundamentar la medida en la mera gravedad del delito por las razones que se acaban de señalar, el auto de prisión provisional debe motivarse atendiendo a las circunstancias personales de ese imputado. A tal efecto, el Juez o Tribunal está obligado a valorar una serie de indicios y contraindicios, que en última instancia constituyen las dos caras de una misma moneda. En la práctica, esa valoración acostumbra a realizarse en una motivación sucinta en la que se mezclan parámetros muy variados, acompañados normalmente de una o varias alusiones al ineludible requisito de la gravedad del hecho punible. Sin embargo, esos parámetros podrían y deberían ser objeto de un tratamiento legislativo y judicial ordenado y sistemático, que permitiese a cada acusado prever en cada caso las posibilidades que tiene de que se decrete su prisión provisional o se le deje en libertad con o sin fianza. Es precisamente esa sistematización la que ha tratado de efectuarse en las páginas que siguen, a la luz de las circunstancias concurrentes en los diversos supuestos concretos que han sido objeto de examen durante el desarrollo de la investigación.

94. Las circunstancias relativas al imputado que, en la medida de lo posible, el órgano jurisdiccional debería verificar al efecto de determinar si concurre en aquél el riesgo de fuga necesario para acordar su prisión provisional, pueden clasificarse en los siguientes apartados:

a) *Edad y estado de salud*. Obviamente, ni una ni otro pueden constituir indicios de riesgo de fuga, pero sí pueden valorarse como contraindicios que excluyan dicho riesgo en un caso concreto. Así, por ejemplo, un mal estado de salud puede impedir que el acusado intente huir, ya sea porque se encuentra inmovilizado o con una movilidad reducida (vgr. herido o aquejado de una enfermedad grave), ya porque precise un tratamiento continuado que una fuga podría dificultar o impedir. En el primer grupo de supuestos se incluyen desde luego aquellos casos en los que el acusado sufre una "enfer-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

medad muy grave con padecimientos incurables", máxime cuando el órgano jurisdiccional estime que, en caso de condena, procedería la suspensión de la pena privativa de libertad o la libertad condicional[174]. En cambio, en el segundo grupo se sitúan los supuestos en que el acusado es drogodependiente y se encuentra sometido a un tratamiento de desintoxicación, en cuyo caso, acreditada debidamente la realidad de este tratamiento, debería excluirse en lo posible la prisión provisional, con lo que también se evita el riesgo que para el éxito de la curación de la toxicomanía supone el actual estado de nuestros centros penitenciarios[175]. Por lo que a la edad del inculpado se refiere, el peligro de huida puede estimarse atenuado cuando aquélla sea avanzada, a cuyos efectos cabe tener en consideración, como punto de referencia, la edad de setenta años, que es la que el Código Penal señala al efecto de facilitar la concesión de la libertad condicional (art. 92 CP).

b) *Arraigo*. Cuando se habla de arraigo, se está haciendo alusión a un cúmulo de circunstancias personales del imputado que denotan un vínculo entre este último y un ámbito territorial determinado. A los efectos del proceso penal, este ámbito territorial es en principio el del Estado, aunque los parámetros a los que se aludirá seguidamente pueden reflejar arraigo respecto de un espacio más definido (una Comunidad Autónoma, una provincia o un municipio), y el órgano jurisdiccional puede tomar como punto de referencia cualquiera de ellos a la hora de apreciar riesgo de fuga. Como es lógico, la falta de arraigo no comporta por sí misma un peligro de sustracción del imputado a la acción de la justicia, pero sí permite presumirlo cuando se combina con la gravedad del delito y otros factores relevantes (vgr. poder económico o antecedentes). Los indicios y contraindicios de arraigo están en relación con las siguientes circunstancias[176]:

a') Nacionalidad. Que el imputado sea extranjero constituye una circunstancia indicativa de falta de arraigo en España, a no ser, claro está, que se vea contrarrestada por otros datos que acrediten lo contrario (vgr. domicilio o residencia en España, aunque sea temporal o estacional, cónyuge o hijos españoles y residentes en España...)[177]. Precisamente por ello, la condición de no nacional puede constituir un indicio relevante de riesgo de fuga si el extranjero se encuentra de paso, o si está en situación irregular y carece de trabajo y domicilio fijos en nuestro país[178], sin perjuicio de que es posible ofrecer al Juez garantías de que el acusado comparecerá cuantas veces sea llamado. En cambio, es evidente que el criterio no opera en sentido contrario y que, en consecuencia, la nacionalidad española no excluye por sí misma el peligro de sustracción a la acción de la justicia, aunque pueda constituir un indicio más de arraigo junto a los que seguidamente se dirán.

b') *Domicilio*. Algo similar a lo que acaba de indicarse ocurre en el caso del domicilio, donde el factor más relevante a tener en cuenta es la carencia del mismo, la cual refleja una falta de arraigo que puede valorarse como indicio de riesgo de fuga[179]. Ahora bien, esa falta de domicilio puede presentarse básicamente en tres variantes, que tienen a su vez distinto valor indicativo de aquel riesgo: puede ocurrir, en primer lugar, que el imputado carezca de domicilio conocido en términos absolutos, en cuyo caso la falta de arraigo y el peligro de huida son muy elevados; puede suceder,

174. Cfr. arts. 80.4 y 92 CP.

175. Por el contrario, el órgano jurisdiccional debe ser especialmente cauteloso cuando la enfermedad padecida por el encausado no reduzca su movilidad, o bien pueda ser objeto de tratamiento a su costa (vgr. porque cuenta con medios económicos suficientes para ello). En estos casos, si concurre riesgo de fuga a la luz de otros parámetros (vgr. el acusado pertenece a una organización de narcotraficantes), la medida de prisión debería igualmente acordarse porque la enfermedad no reduce en modo alguno ese peligro de huida, todo ello sin perjuicio de que se adopten las medidas necesarias para que el preso preventivo reciba los cuidados médicos que pueda requerir.

176. También indica la necesidad de tener en cuenta una pluralidad de factores para valorar el arraigo ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, cit., p. 106.

177. Por ejemplo, en el ya citado Auto del JI núm. 4 de Cornellà de Llobregat de 19 de abril de 2000 (DP 469/2000), confirmatorio a su vez del de 15 de abril de 2000, se justifica el riesgo de fuga aludiendo a la nacionalidad dominicana del imputado y al hecho de que sus hijos se encontraban en Santo Domingo, como él mismo había declarado ante el Juez de Instrucción.

178. Cfr. vgr. STC 164/2000, 12 junio, FJ 6.º

179. Por el contrario, tener domicilio fijo es un indicio de arraigo que, unido a la falta de antecedentes penales, puede excluir la prisión: cfr. Auto JI núm. 7 de Terrassa 15 marzo 1993 (DP 157/1991), donde no obstante se decreta la libertad bajo fianza del acusado sin motivar su necesidad ni su cuantía.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

en segundo término, que el inculpado no tenga domicilio en España pero sí en otro Estado, en cuyo caso la situación es análoga a la de los extranjeros, y la falta de arraigo puede contrarrestarse mediante otros medios de garantía de la comparecencia (vgr. una fianza); finalmente, es posible que el inculpado carezca de domicilio fijo en España, pero cuente con uno de carácter temporal o estacional (vgr. casa o apartamento de veraneo), en cuyo caso este dato puede considerarse suficiente para compensar la falta de arraigo que comporta el hecho de residir habitualmente en otro país.

c') *Vínculos o cargas familiares o sentimentales*. La situación familiar del imputado puede tenerse en cuenta a la hora de valorar el arraigo del mismo, y su mayor o menor interés en sustraerse a la acción de la Administración de Justicia. Así, es evidente que una persona sin lazos familiares tendrá menos dificultades a la hora de emprender una huida que otra que tenga personas a su cargo, por lo que, si bien la ausencia de dichas cargas no comporta por sí misma riesgo de fuga, su existencia sí puede atenuar o eliminar este riesgo. Como puede imaginarse, este parámetro presenta una tipología muy variada, pero a título ejemplificativo pueden mencionarse los supuestos de cónyuge o hijos menores que conviven con el imputado, sobre todo si son dependientes económicamente del mismo, y los de personas de edad avanzada o con minusvalías físicas o psíquicas que puedan encontrarse a su cargo.

Por el contrario, pueden constituir un indicio de peligro de evasión los vínculos que el encausado pueda tener en otro país (vgr. familiares, amigos fruto de un período de residencia o emigración en el pasado), toda vez que esos contactos podrían facilitarle los medios necesarios para desarrollar su vida en el extranjero sin un excesivo trastorno económico o laboral, facilitando de este modo su eventual decisión de sustraerse a los fines del proceso cuando los hechos que se le imputan son de una cierta gravedad[180].

180. Se admite este criterio en la STC 304/2000, 11 diciembre, FJ 5.º En este caso, el inculpado había residido durante un cierto tiempo en Alemania, donde tenía contactos que podían ayudarle si decidía huir de la justicia española.

d') Situación laboral y patrimonial. En este caso, nos encontramos ante dos factores claramente ambivalentes, puesto que una situación laboral o patrimonial desahogada comporta desde luego un mayor arraigo, pero también puede facilitar al encausado los medios económicos que precisaría si pretendiese darse a la fuga. Desde el primer punto de vista, la carencia de trabajo —siquiera temporal—, de bienes raíces, de patrimonio societario, o el hecho de no haber tributado recientemente, extremos todos ellos fácilmente comprobables en la práctica[181], pueden servir como indicios de riesgo de huida, mientras que lo contrario (vgr. disfrutar de un trabajo estable, estar adquiriendo una vivienda mediante un crédito hipotecario) puede valorarse como determinante de arraigo. Sin embargo, cuando este arraigo pueda verse cuestionado a partir de otros factores (vgr. gravedad del hecho o ausencia de vínculos familiares), el poder económico también puede valorarse como un poderoso indicio de riesgo de fuga[182].

c) *Antecedentes*. Como puede suponerse, no se está aludiendo en este caso a los antecedentes penales del inculpado, que pueden ser determinantes de reincidencia pero no comportan en principio un mayor riesgo de fuga[183]. Se trata más bien de analizar hasta qué

181. Basta con enviar oficios a la oficina del catastro, a los Registros de la Propiedad y Mercantiles o a la Agencia Estatal Tributaria, por poner algunos ejemplos.

182. Así lo ha entendido la Fiscalía General del Estado: cfr. Instrucción de 11 de enero de 1988 (*BIMJ* 15 febrero 1989, núm. 1518, supl.), adpo. 3. Un ejemplo concreto puede encontrarse en el Auto JCI n.º 3, 19 septiembre 2001 (caso "Gescartera"), en cuyo razonamiento jurídico 9.º se aprecia riesgo de fuga en la imputada porque los hechos eran especialmente graves (afectaban a una pluralidad de perjudicados en un *quantum* cercano a los 18.000 millones de ptas.) y cabía presumir que aquélla contaba con pingües beneficios en el extranjero, que podría utilizar para financiar su huida y eludir así sus responsabilidades penales. Lo llamativo de esta resolución es que la propia Magistrada-Juez había reconocido que la imputada tenía arraigo en España, pues era de nacionalidad española, casada, con cuatro hijos y domicilio en el país, pese a lo cual apreció el referido peligro de huida y decretó su prisión provisional.

183. No obstante, debe tenerse en cuenta, por un lado, que la existencia de antecedentes penales determinantes de reincidencia lleva aparejada una mayor penalidad, lo que a su vez aumenta la gravedad del hecho punible, por lo que ese parámetro sí podrá tenerse en cuenta como argumento de refuerzo, en los casos en los que la prisión provisional se acuerde en el momento inicial de la instrucción con base exclusivamente en aquella gravedad. También es posible, por otro lado, que los antecedentes penales (vgr. por delitos contra la sa-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

punto la conducta del imputado en el pasado permite sospechar que, de no decretarse la prisión provisional, aquél tratará de sustraerse a la acción de la Justicia durante la pendencia del proceso. En consecuencia, lo que debe buscarse son antecedentes de rebeldía voluntaria, órdenes judiciales de detención y fugas, teniendo en cuenta que estas últimas pueden haberse producido durante el enjuiciamiento de otros delitos o en la ejecución de la correspondiente sentencia firme[184]. Por lo tanto, no es estrictamente necesario que esa conducta pretérita haya tenido lugar en un proceso ya finalizado, puesto que lo que se intenta detectar es una actitud evasiva que perfectamente puede haberse manifestado en un procedimiento aún pendiente. Por el contrario, siempre es necesario que la actuación rebelde se haya manifestado en un proceso jurisdiccional y esté debidamente acreditada con todas las garantías de la fe pública judicial, por lo que no pueden reputarse válidos, al efecto de fundamentar la existencia de peligro de huida, los meros antecedentes o registros policiales (vgr. una ficha policial que contenga observaciones o valoraciones acerca de la conducta del inculpado).

En la otra cara de la moneda, la carencia de antecedentes penales constituye un contraindicio de riesgo de fuga, puesto que determina lo que en la práctica ha venido en denominarse "reputación" o "fama". En efecto, una persona que nunca ha protagonizado una conducta delictiva acostumbra a tener una reputación de honestidad, cuyo mayor o menor reconocimiento social dependerá de sus particulares circunstancias (vgr. puesto de trabajo, notoriedad, etc.). Lógicamente, esa fama no es suficiente para excluir tajantemente el peligro de huida, pero sí obliga al juzgador a buscar otros factores en los que fundamentarlo.

d) Disponibilidad. Normalmente, cuando el Juez o Tribunal analizan las circunstancias personales del encausado al efecto de pronunciarse sobre su situación personal, ha transcurrido ya un período de tiempo más o menos dilatado desde la incoación del proceso[185]. Durante ese lapso temporal de litispendencia, puede haberse producido una incomparecencia o un intento de fuga del imputado, circunstancias que, como ya se ha visto, acreditan por sí mismas la concurrencia del riesgo de fuga necesario para acordar su prisión provisional. Por el contrario, puede ocurrir que el inculpado haya mostrado una plena disponibilidad personal durante la causa, en cuyo caso nos encontramos ante un importante contraindicio de dicho riesgo, que impedirá decretar la medida a menos que se vea contrarrestado por algún otro indicio de los que se están examinando.

e) *Características del presunto delito*. Un último criterio que puede tenerse en cuenta, a la hora de valorar la concurrencia de riesgo de fuga, tiene que ver con el tipo de delito que se imputa al destinatario de la medida provisional. Sin embargo, debe matizarse desde ahora que no se trata de apreciar un mero dato objetivo, ajeno a las circunstancias personales del inculpado, como ocurre en el caso de la gravedad de la pena señalada por la Ley, sino más bien de comprobar hasta qué punto el delito cometido presupone la pertenencia de dicho inculpado a una organización que facilitaría o propiciaría su huida, lo cual hace necesaria su prisión provisional. Con carácter general, puede afirmarse que los delitos que comportan un mayor riesgo de fuga son aquellos cometidos por personas pertenecientes a organizaciones delictivas, tales como los grupos terroristas, las bandas de narcotraficantes o las agrupaciones mafiosas. En estos casos, la infraestructura y los medios económicos de esa organización delictiva permiten concluir que, de ser puesto en libertad, el detenido se pondrá de inmediato fuera del alcance de la justicia, por lo que concurre el riesgo de fuga necesario para decretar su prisión preventiva[186].

lud pública) refuercen la apreciación indiciaria de otro parámetro a tener en cuenta para la apreciación de riesgo de fuga (vgr. la pertenencia a una organización de narcotraficantes): cfr. STC 164/2000, 12 junio, FJ 6.º *in fine*.

184. En esta línea SALIDO VALLE, *La detención policial...*, cit., p. 77, quien a su vez sigue a ASENCIO MELLADO, *La prisión provisional*, cit., pp. 95-97.

185. Ya hemos visto que, en el momento inicial del proceso, la medida suele acordarse atendiendo exclusivamente a la gravedad del hecho imputado: cfr. *supra*, apdo. 2.1.2.

186. Así lo ha admitido el Tribunal Constitucional en sus recientes SSTC 145/2001 y 146/2001, ambas de 18 junio, en las que reputa suficiente para justificar la existencia de riesgo de fuga, junto a la gravedad del delito, "la complejidad del delito cometido (se traslada una partida de más de 400 kilogramos de cocaína, en un barco fletado para la ocasión desde el mar Caribe hasta España, para su posterior tráfico ilícito), como a la indiciaria integra-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

2.1.4. Inadmisibilidad de otros criterios para motivar el riesgo de fuga

95. Los indicios y contraindicios que se han analizado en los apartados precedentes —incomparecencia e intento de fuga, gravedad del delito con las limitaciones anteriormente señaladas, y circunstancias personales del imputado— agotan los criterios que el órgano jurisdiccional puede tener en cuenta a la hora de justificar la existencia de un peligro de sustracción del inculpado a la acción de la justicia en cualquier supuesto concreto. Resultan inadmisibles, por consiguiente, otros parámetros que venían siendo utilizados en la práctica forense y que, de hecho, aún aparecen reflejados en numerosos autos de prisión. Entre estos parámetros se encuentran desde luego la alarma social y la frecuencia, que amén de ser inadmisibles como fundamento de la tutela provisional penal nada tienen que ver con el peligro de evasión, como ya se ha indicado[187], pero también otros criterios a los que acostumbra a acudirse para justificar la existencia de riesgo de fuga —o cualquier otra de las finalidades legítimas de la prisión provisional—, como la tramitación avanzada de la instrucción y la proximidad del juicio oral[188], el hecho de que ya se haya formulado acusación, o el escaso tiempo que el imputado pueda haber pasado en prisión preventiva[189].

96. En efecto, en la práctica forense es muy frecuente que las situaciones de prisión provisional se acuerden o prorroguen atendiendo a la breve duración de las mismas, o cuando menos que esta circunstancia se mencione como argumento de refuerzo en la motivación del auto de prisión o prórroga. A su vez, esa brevedad puede referirse tanto al período de prisión ya transcurrido, como al que resta hasta la celebración del juicio oral. Es evidente que, al acudir a estos criterios, el órgano jurisdiccional pretende conjurar cualquier mínimo riesgo de huida, y fundamenta su decisión en el hecho de que el encausado ha pasado poco tiempo encarcelado, o bien en que la prolongación de la medida cautelar será ya breve. Por lo tanto, el razonamiento que subyace a todos estos parámetros es el de que el sacrificio del derecho a la libertad personal del encausado es de menor entidad que en otros casos por su breve duración, lo que justificaría no poner en peligro la eficacia del juicio y de la eventual sentencia condenatoria.

Como acertadamente viene advirtiendo nuestro Tribunal Constitucional, ninguno de esos criterios tiene justificación en nuestro sistema procesal. Por lo que se refiere al escaso tiempo que el inculpado ha pasado en prisión, resulta evidente que nos encontramos ante un parámetro a todas luces incompatible con el ya analizado principio de excepcionalidad, puesto que supone ignorar que la situación natural de todo imputado es la libertad incondicionada y que toda privación de libertad, por mínima que sea, debe estar justificada por la persecución de un fin constitucionalmente legítimo. Desde este punto de vista, que el encausado haya estado más o menos tiempo encarcelado preventivamente nada indica acerca de la necesidad de la medida para prevenir su fuga, por lo que la utilización de este parámetro para motivar la prórroga de una situación de prisión provisional resulta absolutamente inaceptable[190].

Algo similar ocurre con los criterios que inciden en el estado procedimental del juicio, toda vez que éste no guarda relación alguna con el mayor o menor interés del encausado para fugarse. Por lo que respecta a la tramitación avanzada y la proximidad del juicio oral, el Tribunal Constitucional tiene declarado que constituye un dato ambivalente, ya que puede indicar

ción del recurrente en un organización dedicada al tráfico de drogas a gran escala, y por ello implícitamente (...), a sus contactos personales en los lejanos países desde los que se suministra la droga. Todas estas circunstancias llevaron al órgano jurisdiccional a apreciar la persistencia del riesgo de fuga, pese al tiempo transcurrido dada la posibilidad de una grave condena, que podría ser eludida con la ayuda de la organización delictiva y los contactos con otros países que en las resoluciones cuestionadas se ponen de relieve" (FFJJ 6.º). Cfr. una aplicación concreta de esta doctrina en el reciente Auto AP Barcelona, Sección 6.ª, 13 febrero 2002 (Rollo 54/02, Ponente M. ARROYO), donde la integración en una organización de narcotraficantes justifica por sí misma los riesgo de fuga y reiteración delictiva, que ni tan siquiera enerva el hecho de que el imputado tuviese dos hijos de corta edad residentes en España.

187. Cfr. *supra*, Sec. 2.ª, apdo. I.5. No obstante, la alarma social sigue utilizándose en la práctica para motivar la prisión provisional, como puede comprobarse en el ya citado Auto del JI núm. 4 de Cornellà de Llobregat de 15 de abril de 2000 (DP 469/2000).

188. *Vid.* por ejemplo el Auto AP Barcelona, Sección 6.ª, 10 octubre 2001 (Sumario 5/2001).

189. Cfr. vgr. Auto AP Barcelona, Sección 6.ª, 13 febrero 2002 (Rollo 59/02).

190. *Vid.* en esta línea la STC 33/1999, 8 marzo, FJ 6.º, donde se afirma que "tampoco es constitucionalmente adecuada la referencia al escaso tiempo que lleva el procesado en prisión, pues, dado que se trata de una medida excepcional, subsidiaria, provisional y proporcional a la consecución de los fines que la legitiman, es insuficiente la mera invocación de no haberse superado el plazo máximo legalmente previsto, siendo necesario que se expliciten los presupuestos y fines que pueden avalar la proporcionalidad de la medida".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tanto una mayor solidez de la acusación como lo contrario, y porque además supone que ha pasado más tiempo y disminuyen las consecuencias punitivas que puede sufrir el preso. Por consiguiente, nos encontramos ante un hecho objetivo (que el juicio está avanzado), que sólo sirve para justificar el riesgo de fuga cuando se concretan "las circunstancias específicas derivadas de la tramitación que en cada caso abonan o no la hipótesis de que, en el supuesto enjuiciado, el transcurso del tiempo puede llevar a la fuga del imputado. La simple referencia a lo avanzado de la tramitación carece como tal de fuerza argumentativa para afirmar la posibilidad de que el acusado huya"[191]. Tampoco el hecho de que se haya formulado la acusación constituye motivo suficiente, a juicio del Tribunal Constitucional, como para justificar la existencia de un riesgo de fuga que justifique la privación provisional de libertad —por más que la argumentación que utiliza para demostrarlo no pueda compartirse tal y como aparece formulada en la Sentencia[192]—, puesto que nada añade en relación con la posibilidad de que el encausado se sustraiga a la acción de la justicia. En estas circunstancias, resulta tan sorprendente como criticable que el propio Tribunal Constitucional haya admitido en tiempos recientes que la prisión provisional se fundamente en criterios como la complejidad de la causa o su estado de tramitación[193], con lo que no sólo contradice su propia doctrina anterior,

191. STC 66/1997, 7 abril, FJ 6.º, a la que siguen a su vez las SSTC 146/1997, 15 septiembre, FJ 5.º, y 33/1999, 8 marzo, FJ 6.º También se advierte que "el avanzado estado de tramitación de la causa no está previsto legalmente como fundamento de la medida limitativa de libertad" en la STC 29/2001, 29 enero, FJ 4.º

192. En efecto, se afirma en la citada Sentencia (*loc. cit.*) que "sólo la consolidación de la imputación mediante sentencia condenatoria no firme unida a la gravedad de su contenido podría justificar la continuación de una prisión provisional ya prolongada con independencia de cualquier otra circunstancia de tipo subjetivo o más concreto de índole objetiva. La extensión de este planteamiento a los supuestos en los que simplemente se ha exteriorizado y formalizado la acusación desconocería el fuerte potencial argumentativo *pro libertate* subyacente a este tipo de supuestos de prisiones prolongadas con instrucciones avanzadas y traicionaría el carácter excepcional y particularizado, ajeno a cualquier tipo de automatismo, que debe ostentar la decisión de prisión provisional". Sin embargo, ya ha habido ocasión de demostrar que la existencia de una sentencia de instancia condenatoria pero no firme refuerza la apariencia de buen derecho, pero no el *periculum in mora*, por lo que tampoco permite al órgano jurisdiccional prescindir de acreditar que la medida responde a una de sus finalidades constitucionalmente legítimas (cfr. *supra*, Sec. 2.ª, apdos. I.2 y II.2.1).

193. STC 60/2001, 26 febrero, FJ 5.º, donde se afirma que "la suma complejidad de la causa y su estado de tramitación (...) determina la imposibilidad de juzgar aquélla en el

sino que además introduce una grave distorsión en la motivación del riesgo de fuga —y también de la necesidad de asegurar la prueba—, al permitir que la misma se efectúe con base en parámetros que nada tienen que ver con las circunstancias personales del inculpado ni con su previsible conducta *lite pendente*[194].

2.1.5. La gradación del riesgo de fuga: remisión

97. Sin perjuicio de todo lo expuesto, debe avanzarse desde ahora que el hecho de que el Juez o Tribunal hayan concluido que existe riesgo de fuga no justifica la adopción directa de la medida que se está examinando. Conforme al principio de excepcionalidad, analizado en la sección precedente, la prisión provisional constituye una medida subsidiaria, que sólo debe acordarse cuando el peligro de huida no pueda combatirse mediante una actuación menos gravosa para el encausado, como la libertad provisional condicionada a la prestación de una fianza o a la comparecencia *apud acta*. De este modo, la prisión debe quedar limitada a los supuestos de delitos de gravedad y riesgo de fuga elevado[195], en los que el juzgador estime que cualquier otra medida sería insuficiente para crear arraigo en el imputado y conjurar de ese modo la amenaza que planea sobre la eficacia del pro-

plazo ordinario, de lo que deriva el riesgo de destrucción de pruebas y de concreto riesgo de fuga para eludir la acción de la Justicia, de tal modo que la prórroga de la prisión provisional del encausado respondió a la razón objetiva de garantizar la celebración del juicio oral en su presencia". *Vid.* en términos análogos el ATC 32/2000, 31 enero, FJ 3.º

194. Es cierto que, en el concreto supuesto que dio lugar a la demanda de amparo de la que trae causa la referida Sentencia 60/2001, las circunstancias personales del imputado se habían tenido en cuenta cuando la prisión fue acordada por vez primera y no habían cambiado cuando se decretó la prórroga, pero también lo es que la Audiencia estaba obligada a motivar cuando menos que esas circunstancias no habían cambiado, pues sólo así es posible verificar que las ha tenido en cuenta al emitir su decisión, sin perjuicio de que posteriormente habría podido remitirse a la fundamentación de la resolución anterior (cfr. SSTC 33/1999, 8 marzo, FJ 5.º; 164/2000, 12 junio, FJ 6.º; 304/2000, 11 diciembre, FJ 5.º, y las que citan). Por lo tanto, el auto de prórroga debería haberse anulado por vulnerar derecho del preso a la libertad personal, y en particular la garantía del art. 17.4 CE. También en el caso subyacente al ATC 32/2000 existían otros claros indicios de riesgo de fuga, en los que perfectamente podría haberse fundado la prisión provisional sin necesidad de aludir a la complejidad de la causa, como la pertenencia del inculpado a una organización de narcotraficantes (cfr. *ibid., loc. cit.*)

195. Sin perjuicio, claro está, de que este riesgo pueda presumirse inicialmente a partir de aquella gravedad, en los términos ya indicados.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ceso. Como puede comprobarse, lo anterior supone que el riesgo de fuga es susceptible de una gradación, de cuyo resultado dependerá la concreta medida a adoptar, prisión o libertad provisional, y, en este último caso, la cuantía de la fianza que se fije o la periodicidad de las comparecencias *apud acta* que se establezcan. Por razones de sistema, esta cuestión será objeto de estudio en el apartado III, dedicado a la motivación de la libertad condicionada.

2.1.6. El riesgo de fuga y la prórroga de la prisión provisional

98. Como su propio nombre indica, la situación de prisión provisional tiene una duración limitada en el tiempo. Esta provisionalidad o temporalidad, a la que ya ha habido ocasión de referirse en otro lugar[196], está íntimamente ligada a las notas de instrumentalidad y excepcionalidad que también caracterizan a la medida, y exigen que ésta se prolongue únicamente durante un plazo razonable, que nunca podrá exceder la duración de la propia litispendencia. Sin embargo, al efecto de ofrecer una garantía de seguridad jurídica al destinatario de la medida y evitar posibles abusos, dilaciones indebidas y la propia lentitud de la justicia penal[197], nuestro legislador ha previsto además unos plazos máximos para la situación de privación de libertad, transcurridos los cuales la medida deberá irremisiblemente ser alzada. En el momento actual, esos plazos máximos son de tres meses, un año y dos años, en función de que la pena legalmente prevista sea de arresto de 7 a 15 fines de semana, de prisión de 6 meses a 3 años o de prisión superior a 3 años, respectivamente[198]. Sin perjuicio de que acordar la prisión provisional en el primer caso sería desproporcionado, tal y como ya se ha indicado[199], lo que ahora interesa señalar es que, en los dos últimos supuestos, esto es, cuando el delito objeto de enjuiciamiento tiene señalada una pena de prisión, la Ley de Enjuiciamiento Criminal autoriza la prórroga de la medida hasta el doble de su duración inicial si concurren determinados requisitos, o bien, si existe ya una condena en primera instancia que ha sido recurrida, hasta la mitad de la pena impuesta en la sentencia (art. 504 IV-V LECrim).

196. Cfr. *supra*, Sec. 2.ª, apdo. III.1.3.

197. Cfr. SSTC 147/2000, 29 mayo, FJ 4.º; 305/2000, 11 diciembre, FJ 4.º, y las que citan.

198. Art. 504 IV LECrim, en relación con la DT 11.ª CP.

199. *Vid. supra*, Sec. 2.ª, apdo. III.1.4.

Conforme a una reiterada jurisprudencia constitucional, el mantenimiento *de facto* en prisión provisional de una persona una vez expirado el plazo inicial legalmente previsto lesiona el derecho a la libertad personal por vulneración de la garantía establecida en el artículo 17.4 CE, por lo que las prórrogas de la medida deben acordarse siempre antes de que expire ese plazo máximo inicial, de forma expresa, y en una decisión judicial específica y motivada, dictada previa audiencia del inculpado y del Ministerio Fiscal[200]. Por consiguiente, no basta con aludir al agotamiento de ese plazo inicial en el auto por el que se acuerda la prórroga, sino que deben expresarse asimismo los motivos que justifican la prolongación de la privación de libertad[201]. En nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, esos motivos son únicamente dos: la imposibilidad de juzgar la causa en los plazos originarios, y la existencia de riesgo de fuga. Si se tiene en cuenta que el primero de estos requisitos es consustancial a toda medida provisional, pues es consecuencia directa de la instrumentalidad que las caracteriza, puede concluirse que, en nuestro sistema procesal, la prórroga de la prisión provisional sólo puede acordarse cuando existe el riesgo de que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia[202].

No obstante lo anterior, cabe preguntarse hasta qué punto es aceptable que la prisión provisional no pueda prorrogarse con otras finalidades constitucionalmente legítimas de la tutela provisional, como la prevención de la reiteración delictiva o el aseguramiento de la prueba. Por lo que a esta última se refiere, es comprensible que no se acepte a esos efectos en su vertiente relativa a la obstrucción de la investigación sumarial, habida cuenta del prolongado período de tiempo de instrucción que presupone el agota-

200. Cfr. SSTC 28/2001, 29 enero, FFJJ 4.º-7.º; 305/2000, 11 diciembre, FJ 4.º; 272/2000, 13 noviembre; 231/2000, 2 octubre, FJ 5.º; 147/2000, 29 mayo, FJ 5.º; 71/2000, 13 marzo, FJ 8.º; 19/1999, 22 febrero, FJ 4.º; 234/1998, 1 diciembre, FJ 2.º; 142/1998, 29 junio, FJ 3.º; 98/1998, 4 mayo, FFJJ 2.º y 3.º; 41/1996, 12 marzo, FJ 9.º; 9/1994, 17 enero; 103/1992, 26 junio, FJ 3.º; 40/1987, 3 abril, FJ 3.º, y las que citan. La excepción nos la ofrece el ATC 527/1988, 9 mayo, FJ 2.º, en el que se permite acordar la prórroga el día siguiente al del vencimiento del plazo.

201. Cfr. vgr. SSTC 98/1998, 4 mayo, FJ 3.º, o 142/1998, 29 junio, FJ 3.º Téngase en cuenta, no obstante, que el órgano judicial puede partir de la fundamentación expresada en el auto de prisión originario, analizando a partir de ella si las circunstancias personas alegadas por la representación del imputado para solicitar la libertad justifican o no un cambio en su situación personal: cfr. STC 304/2000, 11 diciembre, FJ 5.º

202. En este sentido, cfr. STC 37/1996, 11 marzo, FJ 6.º

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

miento de los plazos originales de la prisión preventiva; pero nada debería obstar a utilizarla como fundamento de la prórroga cuando existiesen indicios fundados de que el imputado podría agredir, atacar o coaccionar a testigos o peritos, para evitar que declaren durante el plenario. En el caso de la de la reiteración delictiva, es evidente que el peligro de que se produzca puede perdurar durante toda la causa, por lo que también debería reputarse posible decretar la prórroga para prevenirla. Cuestión bien distinta es la relativa a si la prórroga de la prisión provisional está justificada con carácter general, habida cuenta que del cómputo de los plazos se descuentan todas las dilaciones no imputables a la Administración de Justicia[203], y que existe un grave desajuste entre las nuevas penas del Código Penal de 1995 y los plazos máximos de la prisión preventiva previstos por la Ley de Enjuiciamiento Criminal[204]. Sin embargo, una vez admitida la posibilidad de prorrogar la medida para prevenir la fuga del imputado, debería permitirse hacerlo también para lograr los otros dos objetivos constitucionalmente legítimos a los que se acaba de hacer alusión.

99. Sin perjuicio de lo que acaba de indicarse, pero entrando ya en la motivación del riesgo de fuga exigido por el artículo 504 IV LECrim, lo primero que interesa poner de manifiesto es que toda prórroga de una situación de prisión provisional se acuerda necesariamente en un momento avanzado del procedimiento. En efecto, por muy compleja que pueda resultar la tramitación de una determinada causa, el transcurso de uno o dos años desde su incoación implica que ha existido tiempo suficiente para acordar y practicar una serie de diligencias de investigación y comprobación, entre las que desde luego deben encontrarse las relativas a la situación personal, familiar, económica, patrimonial y laboral del preso preventivo. Como es lógico, todo ello tiene su repercusión en la motivación del riesgo de fuga necesario para acordar la prórroga de la prisión, impidiendo que en dicha motivación se aluda exclusivamente a la gravedad de la pena, y obligando al órgano jurisdiccional a justificar la concurrencia de aquel riesgo atendiendo a las características y circunstancias personales del imputado[205]. Dicho de otro modo, si la prisión provisional puede ordenarse en un primer momento atendiendo únicamente a la gravedad del delito, no ocurre lo mismo con su prórroga, que se acuerda en el "momento posterior" al que se refiere la repetida STC 128/1995, y a la que le resultan aplicables las consideraciones que se han efectuado en el apartado relativo a la justificación del riesgo de fuga a la luz de aquellas circunstancias personales del encausado[206].

Como es lógico, la única excepción a lo que acaba de indicarse se verifica cuando el preso preventivo incurre en un comportamiento que permite inferir el riesgo de fuga de forma inequívoca, como sucede en aquellos casos en los que protagoniza un intento de fuga del establecimiento en el que está cumpliendo la medida provisional, o incluso una fuga que culmina con su detención transcurrido un cierto tiempo. En estos supuestos, hay que entender que la motivación del auto de prórroga se verá completada con la simple alusión a esa huida consumada o intentada, sin que sea necesario analizar otros aspectos de la situación personal del imputado[207].

100. Prescindiendo de estos casos, sin duda excepcionales, en los que el preso preventivo intenta o logra fugarse durante la tramitación de la causa, debe advertirse que la motivación del riesgo de fuga necesario para acordar la prórroga de la medida no se completa con la referida alusión a las circunstancias personales del imputado. Existe un presupuesto adicional a tales efectos que, si bien no aparece expresamente previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, resulta exigible en aplicación de la doctrina del Tribunal Constitucional: la necesidad de que la situación de prisión no haya excedido un "plazo razonable". En efecto, en la jurisprudencia constitucio-

203. Cfr. en esta línea las acertadas consideraciones de ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 426.

204. *Vid.* por todos JORGE BARREIRO, A.: **"La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal"**, en AA.VV: *Detención y prisión provisional*, *op. cit.* (pp. 47-101), pp. 94-95.

205. En este sentido, rechazando una motivación en la que el riesgo de fuga necesario para acordar la prórroga de la prisión provisional se había fundamentado atendiendo exclusivamente a la gravedad de la pena, STC 37/1996, 11 marzo, FJ 6.º

206. *Vid. supra*, apdo. 2.1.3.

207. Por el contrario, no justifica la prórroga de la prisión la mera incomparecencia del imputado, puesto que, encontrándose éste preso, aquella incomparecencia sólo puede deberse a un error imputable a la propia Administración de Justicia o a sus colaboradores. Por el contrario, sí es posible que un preso preventivo que obtiene la libertad provisional por haber transcurrido los plazos máximos legales deje de comparecer a un llamamiento del Juez o Tribunal, en cuyo caso esa incomparecencia genera el riesgo de fuga necesario para reiterar la medida: cfr. art. 504 VIII LECrim, y la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 11 enero 1988, apdo. 2 *in fine*.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

nal se ha insistido reiteradamente en que la prisión provisional sólo debe prolongarse durante un plazo razonable, que puede perfectamente ser inferior al plazo máximo legal[208]. Por lo tanto, el Juez o Tribunal al que se solicita la prórroga de la medida deberá valorar si se ha excedido ese plazo razonable, a cuyos efectos deberá tener en cuenta, "de un lado, la duración efectiva de la prisión provisional y, de otro, el examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente, de tal suerte que la necesidad de prolongar la prisión, a los efectos de asegurar la presencia del imputado en el juicio oral, no obedezca, ni a una conducta meramente inactiva del Juez de Instrucción, ni sea provocada por una actividad obstruccionista de la defensa, a través del planteamiento de recursos improcedentes o de incidentes dilatorios, dirigidos exclusivamente a obtener el agotamiento de los plazos de la prisión provisional"[209].

208. Cfr. por ejemplo STC 8/1990, 18 enero, FJ 4.º: "Tal y como este Tribunal tiene declarado —SSTC 41/1982, 85/1985 y 146/1986- en su doctrina, dictada en consonancia con la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asuntos Neumeister, S. 27 junio 1968; Wemhoff, S. 27 junio 1968; Stogmuller, S. 10 noviembre 1969; Skoogstrom, S. 2 octubre 1984) la duración de la prisión provisional no ha de exceder de un «plazo razonable» (art. 5.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), de tal suerte que el derecho consagrado en el art. 17.4 de la Constitución guarda un estrecho paralelismo con el derecho a un «proceso sin dilaciones indebidas» del art. 24.2 de la Constitución, viniendo a superponerse y a constituir una doble garantía constitucional: si bien hay que desterrar las dilaciones indebidas en cualquier tipo de procedimiento, el celo de la Autoridad judicial en obtener la rapidez del procedimiento todavía ha de ser mucho mayor en las causas con preso (STC 18/1983, de 14 marzo), porque, de otro modo, y por aplicación de los arts. 17 y 24 de la Constitución, procedería acordar su puesta en libertad. Debido, pues, a la circunstancia de que la libertad es un valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1) el legislador constituyente no se limitó a exigir la celeridad del proceso penal (art. 24.2), sino que también reclamó y exige mediante el art. 17.4 que ningún ciudadano pueda permanecer en situación de preso preventivo más allá de un plazo razonable, plazo que el legislador ordinario ha establecido, como límite máximo, en dos años para los delitos graves, pero que en modo alguno excluye que dicho plazo, por aplicación de los preceptos constitucionales anteriormente mencionados, sea sensiblemente inferior, atendida la naturaleza de la causa". En términos análogos, SSTC 206/1991, 30 octubre, FJ 4.º; 41/1996, 12 marzo, FJ 2.º; 66/1997, 7 abril, FJ 3.º; 305/2000, 11 diciembre, FJ 4.º, y las que citan.

209. STC 206/1991, 30 octubre, FJ 5.º, y en términos análogos las SSTC 13/1994, 17 enero, FJ 6.º, y 305/2000, 11 diciembre, FFJJ 4.º y 7.º Respecto del caso concreto del cual trajo causa la primera Sentencia, el Tribunal consideró que la prórroga era justificada porque había sido el procesado el que con sus maniobras torticeras había dilatado el procedimiento, ya que que había interpuesto una declinatoria carente de todo sustento y posteriormente había interpuesto recurso de casación contra su desestimación.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

101. Puede concluirse, a modo de recapitulación, que la prórroga de la prisión provisional debe acordarse en una resolución motivada en la que deberá justificarse, por un lado, que subsiste el riesgo de fuga que aconsejó la medida originariamente, pero valorado en todo caso a la luz de las circunstancias personales del imputado, y, por otro lado, que la situación de prisión no se ha prolongado más allá de un plazo razonable, ponderado atendiendo a las características del asunto y al comportamiento del órgano judicial y del propio encausado. Sólo concurriendo estos dos presupuestos podrá accederse a la prórroga solicitada por la acusación, a menos que el riesgo de huida necesario para ello se haya visto acreditado por una fuga intentada o consumada del preso preventivo, en cuyo caso podrá prescindirse de ambos requisitos y limitar la motivación a la mera reseña de esa fuga ya producida. Por consiguiente, al juez o tribunal le está vedado acudir a otros parámetros que acostumbran a utilizarse en la práctica forense para justificar el peligro de evasión, tales como la alarma social, la frecuencia, la complejidad de la instrucción, el avanzado estado de tramitación de la causa, la proximidad del juicio oral o el hecho de haberse formulado acusación, habida cuenta que ninguno de ellos es indicativo del mayor o menor interés del imputado en sustraerse a los fines del proceso, tal y como ya ha habido ocasión de advetir con anterioridad[210].

2.2. *La motivación de la necesidad de asegurar la prueba*

102. Como ya ha habido ocasión de advertir, la prisión provisional también puede acordarse con la finalidad de asegurar la obtención y práctica de los diversos medios de prueba. A su vez, este objetivo se manifiesta en dos momentos procesales claramente diferenciados: durante la fase de instrucción, lo que se pretende es impedir que el imputado obstaculice o dificulte la investigación judicial y, en particular, la práctica de diligencias de investigación y comprobación mediante las que se recopilan los distintos materiales y testimonios que serán utilizados como prueba en el plenario;

Como no podía ser de otro modo, los criterios o parámetros a los que alude nuestro Tribunal Constitucional para determinar la razonabilidad del plazo de la prisión provisional proceden de la doctrina de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Cfr. un resumen sistemático de esa doctrina en BARONA VILAR, *La prisión provisional...*, cit., pp. 129-138.

210. Cfr. *supra*, apdo. 2.1.4.

durante el juicio oral, lo que se trata de evitar es que el acusado frustre la práctica de los diversos de prueba mediante la violencia, las coacciones o cualquier otra conducta que pueda obstar al normal desarrollo del juicio. En ambos casos, es la gravedad de esa conducta que se trata de evitar la justifica la privación de libertad del encausado, conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional que ya conocemos.

103. En la práctica, no es frecuente encontrar autos de prisión en los que se efectúe una motivación expresa y autónoma de la necesidad de asegurar la prueba. La razón de que así ocurra es muy sencilla: en la mayor parte de los casos, el peligro radica en que el imputado pueda dificultar la obtención de material probatorio durante la fase de instrucción, por lo que la medida debe acordarse en un momento inicial del procedimiento, o bien posteriormente si se trata de un imputado sobrevenido del que cabe sospechar esa conducta obstruccionista. Si a lo anterior se añade que la prisión provisional sólo es posible cuando el delito es grave, por exigirlo así el principio de proporcionalidad, y que esa gravedad permite a su vez presumir un riesgo de fuga en el imputado en ese momento inicial del proceso, la consecuencia es que muchas veces deviene innecesario motivar expresamente la necesidad de asegurar la prueba, porque la medida se acuerda con su finalidad primordial: la prevención de la sustracción del imputado a la acción de la Justicia. En otras palabras, cuando el delito es grave y el Juez instructor carece de información relativa a las circunstancias personales del destinatario de la medida provisional, ya sea porque el proceso acaba de incoarse o porque se trata de un nuevo imputado sobre el que se carece de información suficiente, la motivación de la prisión provisional se efectúa con base en la mera gravedad del delito, lo que supone presumir el riesgo de fuga, y subsumir la finalidad de asegurar la prueba que se está analizando, de la que, en el mejor de los casos, se efectúa una simple mención en el auto de prisión[211].

104. Sin perjuicio de lo anterior, ya hemos visto que en nuestro sistema procesal penal es perfectamente posible que la prisión provisional se acuerde al único efecto de asegurar la prueba durante la fase de instrucción,

211. Probablemente sea este el motivo determinante de la escasa trascendencia práctica de la polémica doctrinal relativa a si es posible decretar la prisión preventiva del imputado con base en este único motivo, polémica a la que ya se ha hecho alusión *supra*, Sec. 2.ª, apdo. I.4 (§27).

lo que puede devenir necesario tanto en el momento inicial de la misma como con posterioridad. En ambos casos, el auto de prisión deberá fundamentarse en la existencia de indicios claros de un peligro actual y elevado de obstrucción a la investigación o de confabulación, indicios a los que deberá hacerse cumplida alusión en la motivación de aquel auto. Algunos de los parámetros que deben valorarse para buscar esos indicios son coincidentes con los que permiten apreciar riesgo de fuga. Así, el tipo de delito cometido puede propiciar tanto la huida como la ocultación de pruebas y la confabulación, como ocurre cuando sus autores pertenencen a una organización criminal (vgr. bandas armadas o de narcotraficantes)[212], y lo mismo ocurre con los antecedentes del imputado, que pueden reflejar actitudes obstruccionistas en el pasado. También la posición, cargo o puesto laboral del imputado puede utilizarse como indicio de un riesgo de obstrucción cuando dicha ocupación facilite el ocultamiento o la manipulación de documentos o testimonios, en cuyo caso hay que matizar que la prisión provisional sólo estará justificada cuando no sea posible la medida menos gravosa de suspensión provisional en el ejercicio de dicho empleo o cargo[213].

Sin embargo, junto a los parámetros más o menos coincidentes con los que permiten apreciar riesgo de fuga, existen otros específicos de la finalidad que se está analizando, que pueden surgir tanto durante la instrucción como con posterioridad a la misma. A título meramente ejemplificativo, cabe mencionar las amenazas a un testigo o perito para que no declare, el intento de sustraer documentos o piezas de convicción del lugar en el que se hayan depositadas, la aparición de un documento exculpatorio aparentemente fraudulento[214], o la comprobación de una falsedad en las declaraciones del imputado, efectuada con ánimo obstruccionista[215]. Por el contrario,

212. El Tribunal Constitucional ha considerado admisible este criterio para justificar la concurrencia del riesgo de obstrucción de la investigación en su STC 98/1997, 20 mayo, FJ 7.º

213. Por el contrario, la información con que pueda contarse acerca de la situación personal, familiar y patrimonial del inculpado no sirve para justificar la necesidad de asegurar la prueba, puesto que nada indica en relación con ese peligro de obstrucción a la investigación.

214. Se refiere a esta última circunstancia la ya citada STC 98/1997, 20 mayo, FJ 7.º

215. Cfr. vgr. Auto JCI n.º 3, 19 septiembre 2001 (caso "Gescartera"), razonamiento jurídico 9.º, donde se justifica la existencia de un riesgo de obstrucción a la investigación en el hecho de que la imputada había mentido para exculparse, descubriéndose posteriormente una agenda personal suya en la que se revelaban algunos de los hechos presuntamen-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

y pese a lo que tiene declarado el Tribunal Constitucional[216], no pueden reputarse parámetros válidos para justificar la necesidad de asegurar la prueba la complejidad de la instrucción, ni tampoco el hecho de haberse decretado secreto del sumario[217].

105. Sean cuales sean los criterios empleados por el órgano jurisdiccional para justificar la necesidad de asegurar la prueba, hay que entender que, en todos aquellos casos en los que la prisión provisional tenga por finalidad evitar la obstrucción de la investigación que tiene lugar durante la fase de instrucción o la confabulación, su motivación sólo será completa cuando en ella se haga alusión, cuando menos de forma genérica, a la existencia de medios de prueba, no obrantes aún en autos, cuya obtención podría verse frustrada por el imputado si no se viese privado de libertad[218]. En cambio, si la medida persigue garantizar la práctica de pruebas ya recogidas, el Juez o Tribunal deberá hacer expresa mención de cuáles son los concretos medios sobre los que se teme la conducta dañosa del imputado. En este sentido, huelga señalar que la prisión provisional acordada con la única finalidad de asegurar la prueba deberá alzarse tan pronto como desaparezca el peligro de obstrucción de la investigación o de la práctica de los medios probatorios, por lo que en ningún caso podrá prolongarse más allá del acto del juicio oral. Para que esta prolongación fuera posible en las circunstancias descritas, sería imprescindible un nuevo auto confirmando

te delictivos. Como es lógico, la utilización de este parámetro supone sancionar en cierto modo la utilización del derecho a mentir que se reconoce a todo encausado, pero es innegable que esta conducta puede reflejar una conducta obstruccionista que el órgano jurisdiccional puede a su vez considerar lo suficientemente grave como para acordar la prisión provisional (hay que señalar, en todo caso, que el caso citado se apreció además riesgo de fuga en la imputada).

216. STC 98/1997, 20 mayo, FJ 7.º

217. En el caso de la complejidad de la instrucción, se trata de un dato que no guarda relación alguna con la conducta pasada o previsible del imputado, por lo que en ningún caso puede servir para declarar la existencia de la finalidad que se está examinando, ni en consecuencia para justificar la imposición de una medida privativa de libertad (cfr. lo que se indicaba para el riesgo de fuga *supra*, apdo. 2.1.4). Por lo que respecta al secreto del sumario, lo que podrá utilizarse para fundamentar la necesidad de asegurar la prueba no es la medida en sí, sino más bien la motivación del auto por el que aquél se decreta, habida cuenta que éste puede arrojar datos acerca de un eventual peligro de obstrucción de la investigación, como ocurrirá cuando el secreto de las actuaciones se haya decretado precisamente para evitarlo.

218. Así se hizo, por ejemplo, en el citado Auto JCI n.º 3, 19 septiembre 2001, RJ 9.º

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

la prisión con base en la existencia de riesgo de fuga o de reiteración delictiva.

2.3. La motivación del peligro de reiteración delictiva

106. Para terminar el análisis de la motivación de la prisión provisional, es preciso detenerse la tercera y última finalidad que puede perseguirse mediante esta medida: la prevención de la reiteración delictiva. Al igual que se indicaba respecto del aseguramiento de la prueba y por idénticas razones, no es frecuente encontrar autos de prisión en los que la actuación se acuerde al único efecto de evitar la reincidencia. Y es que, como ya se ha advertido, en los primeros momentos de la instrucción, la gravedad del presunto hecho punible permite por sí misma presumir el riesgo de fuga, por lo que la prevención de este último acostumbra a utilizarse como fin primordial de la medida en demérito de las dos restantes, sin perjuicio de que el Juez pueda hacer alguna mención puntual o tangencial a estas últimas. No obstante, la prevención de la reiteración delictiva puede perfectamente ser el único objetivo que se persiga mediante la prisión provisional[219], por lo que conviene analizar brevemente cómo debe motivarse en estos casos el auto por el que se acuerda la medida.

107. La fundamentación del peligro de reiteración delictiva no presenta dificultades cuando va precedida del incumplimiento de un auto de alejamiento. En estos casos, en los que la prisión provisional se acuerda para la protección de la víctima, sus familiares o sus allegados, el órgano jurisdiccional sólo precisará hacer mención de ese incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, en los términos previstos por el artículo 544 bis IV LECrim, y argumentar brevemente la necesidad de la privación de libertad del imputado al efecto de garantizar aquella finalidad tuitiva.

219. Esta posibilidad es evidente cuando la prisión es consecuencia del quebrantamiento grave de una medida de alejamiento, pero, al igual que ocurre con el aseguramiento de la prueba, resulta polémico si la prevención de la reiteración delictiva puede ser el único objetivo de una concreta medida de prisión provisional en los demás casos, tal y como parece desprenderse de la jurisprudencia constitucional que ya conocemos. Parecen contrarios a esta conclusión JORGE BARREIRO, *La prisión provisional...*, cit., p. 70, y BALLESTEROS MARTÍN, *Cuestiones relativas a la prisión provisional...*, cit., p. 2, cuando afirman que esa doctrina jurisprudencial puede interpretarse en el sentido de que esta última finalidad no serviría por sí sola a los efectos de acordar una medida tan grave como la prisión preventiva.

Fuera de esos supuestos, por el contrario, la motivación del auto de prisión debe ser especialmente exigente, recogiendo indicios suficientemente sólidos y fundados del riesgo de reiteración delictiva. En este sentido, puede afirmarse que los únicos parámetros que el órgano jurisdiccional puede valorar a tal efecto son los directamente relacionados con la conducta pretérita del encausado, entre los que se encuentra desde luego la reincidencia en sentido estricto[220], pero también los antecedentes "procesales" por delitos similares. En efecto, si la tutela provisional se fundamenta en la mera imputación, nada debería obstar a considerar reincidente, a los solos efectos de dicha tutela, a quien ha sido imputado por un delito de la misma naturaleza en dos o más procesos pendientes. De lo contrario, en muchos casos de multi-reincidencia sería imposible justificar la concurrencia de un peligro de reiteración delictiva porque los procesos en que se están enjuiciando los delitos precedentes se encuentran aún en curso, con la consiguiente frustración del fundamento de la tutela provisional.

Por otro lado, la peligrosidad que determina el riesgo de reincidencia puede fundamentarse asimismo en exámenes médico-psiquiátricos o psicológicos en los que se justifique que el inculpado presenta una notable tendencia a volver a delinquir, en la realización por este último de una conducta presumiblemente tendente a la reiteración del ilícito penal[221], o incluso en sus propias manifestaciones en tal sentido, debidamente acreditadas mediante testigos presenciales, incluída la víctima. Por el contrario, debe reputarse inviable fundar la medida en la simple facilidad del encausado para repetir su acción delictiva, puesto que esta circunstancia nada indica acerca de su efectiva intención de reincidir, y además supondría generalizar la posibilidad de acordar la prisión con esta finalidad, pues esa "facilidad" puede apreciarse en la mayor parte de los hechos delictivos que se cometen en la práctica.

220. Es decir, la existencia de una condena firme por un delito comprendido en el mismo Título del Código Penal y de la misma naturaleza, y que no haya sido cancelada del registro de penados: cfr. art. 22, 8.ª CP.

221. Cfr. ATC 179/1996, 26 junio, FJ 4.º, donde se considera la posesión de documentos clasificados como un indicio indicativo de peligro de reiteración delictiva, al efecto de justificar una medida de prisión atenuada en un proceso penal militar por un delito de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad o defensa nacionales, en su modalidad de procurarse información legalmente clasificada.

3. *La libertad provisional condicionada*

108. A diferencia de la detención y la prisión provisional, que pueden acordarse con finalidades no cautelares, la libertad provisional condicionada siempre responde al objetivo de garantizar la disponibilidad del imputado durante el proceso penal y al final del mismo, por lo que constituye una medida estrictamente cautelar. En el ámbito de esa finalidad que le es propia, la libertad condicionada constituye la regla general en materia de medidas provisionales de naturaleza personal, habida cuenta que comporta la restricción menos gravosa del derecho constitucional a la libertad personal ambulatoria (cfr. art. 528 LECrim)[222].

109. Como es sabido, nuestro legislador regula la libertad condicionada en los artículos 528 a 544 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, donde se refiere a esta medida con la expresión "libertad provisional". Ahora bien, esta opción terminológica podía tener su justificación conforme al esquema originario de la Ley, en el que todo imputado, por el mero hecho de serlo, venía obligado cuando menos a comparecer *apud acta*, por lo que no existía la libertad provisional incondicionada[223]. Tras la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978, por el contrario, la excepcionalidad que caracteriza a las medidas cautelares determina que, como regla general, el imputado deba encontrarse en una situación de libertad plena, sin otra obligación que la de comparecer ante el órgano jurisdiccional cuando sea llamado (vgr. para ser interrogado, para un careo, para asistir a una vista o diligencia, etc.). De este modo, deviene necesario distinguir esa situación de libertad incondicionada, que no constituye una medida cautelar y queda por

222. En este sentido, *vid.* por todos, RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal...*, cit., p. 179; BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, cit., pp. 178 y 182, y los demás citados por esta última. Por otro lado, que la libertad condicionada constituye una medida restrictiva de la libertad personal se reconoce en las recientes SSTC 56/1997, 17 marzo, FJ 9.º; 14/2000, 17 enero, FFJJ 3.º y 7.º, y 169/2001, 16 julio, FJ 4.º, así como en el ATC 158/2000, 15 junio, FJ 2.º

223. Así se desprende inequívocamente del tenor literal del artículo 530 LECrim, en el que se establece que "el procesado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá *apud acta* obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa". En el mismo sentido en la doctrina pre-constitucional, SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "**Libertad provisional**", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XV, F. Seix, (pp. 441-444), pp. 443 y 444.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tanto al margen del objeto del presente estudio, de la libertad condicionada a la prestación de una fianza o a la comparecencia periódica *apud acta*. Sin embargo, la expresión "libertad provisional" resulta insuficiente a esos efectos delimitadores, en tanto que con ella se alude únicamente a una temporalidad que caracteriza a las dos situaciones descritas por igual, pues ambas están en función del resultado del proceso penal que se encuentra pendiente[224]. Por este motivo, se ha estimado oportuno hacer referencia a aquella medida cautelar con la expresión "libertad provisional condicionada", mediante la cual, al tiempo que se alude a las restricciones que suponen la comparecencia *apud acta* y la fianza personal, se evitan confusiones entre la medida provisional y la libertad condicional, a la que pueden optar los sentenciados durante la ejecución de condenas privativas de libertad[225].

110. Teniendo en cuenta las precisiones efectuadas, es ahora el momento de analizar cómo debe plasmarse el fundamento de la tutela provisional en los autos judiciales en los que se dispone la libertad provisional condicionada del imputado[226]. A tal efecto, conviene comenzar recordando que esta medida cautelar puede acordarse en cualquier proceso penal por delito, con independencia de que éste lleve o no aparejada una pena privativa de libertad[227]. En concreto, de la combinación de lo dispuesto en los artículos 503, 504 y 529 LECrim se desprende que existen dos grupos de supuestos claramente diferenciados: si el presunto hecho delictivo tiene señalada una pena de prisión no superior a tres años o una pena no privativa de libertad, la libertad podrá acordarse con o sin fianza, mientras que, si esa pena es superior, la fianza será obligatoria. Por otro lado, el ya aludido artículo 530 LECrim parece generalizar la obligación de comparecer *apud acta*, con independencia de las concretas circunstancias del imputado y de la gravedad del delito objeto de enjuiciamiento. Como es lógico, ambas medidas restrictivas —fianza y comparecencia— persiguen una única finalidad: la prevención de la fuga; sin embargo, la especial problemática que presenta la motivación de cada una de ellas aconseja analizarlas de forma separada.

224. En la doctrina, es muy frecuente encontrar la distinción apuntada: cfr. por todos ARMENTA DEU-ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, *Lliçons...*, cit., p. 195 *in fine*; MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 514, y RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 166.

225. Otras posibles opciones terminológicas son las que proponen SERRA DOMÍNGUEZ, *Libertad provisional*, cit., p. 442, que prefiere hablar de "libertad atenuada", o ILLESCAS RUS, *Las medidas cautelares...*, cit., p. 122, quien —siguiendo a CARNELUTTI y FOSCHINI— considera más adecuadas las denominaciones "libertad limitada" o "libertad vinculada".

226. Debe advertirse que, en la práctica, la motivación de esta medida provisional deja mucho que desear, probablemente porque se parte de la errónea concepción de que supone un beneficio para quien podría sufrir prisión preventiva, lo que conduce a que, la mayor parte de las veces, ni tan siquiera se justifique la necesidad de la medida para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo: cfr. por ejemplo Auto AP Barcelona, Sección 6.ª, 13 febrero 2002 (Rollo 58/02).

227. STC 66/1989, 17 abril, FJ 5.º

3.1. El problema de la fianza personal

111. En nuestro Derecho, la fianza personal, es decir, la que puede acordarse como presupuesto para la libertad provisional del imputado, suscita importantes problemas prácticos que, en última instancia, tienen su origen en la compleja relación entre esa medida restrictiva y la prisión provisional. En efecto, para un amplio sector de la jurisprudencia, la fianza personal no es otra cosa que un mecanismo sustitutorio de la prisión provisional, por lo que su finalidad sería la de permitir al encausado eludir esta medida privativa de libertad[228]. Sin embargo, esta concepción no puede convencer. La finalidad de la fianza coincide con la de la medida en la que se enmarca, y no es otra que la prevención de la fuga, por lo que su único objetivo es crear arraigo en el imputado a fin de evitar que se sustraiga a la acción de la Administración de Justicia[229]. Cosa bien distinta es que la falta

228. Sirva como botón de muestra la reciente STC 14/2000, 17 enero, FJ 7.º, donde se afirma que la fianza tiene "carácter sustitutorio de la prisión provisional, por lo que la falta de consignación de la misma lleva consigo el ingreso del imputado en prisión o su mantenimiento en dicha situación de libertad". También atribuye esa finalidad a la fianza la STC 108/1984, 26 noviembre, FJ 4.º, aunque luego admite que la medida pueda permanecer en un supuesto concreto en el que ya no era posible la prisión provisional [existía una sentencia absolutoria recurrida en casación: cfr. art. 861 bis a) último párrafo LECrim].

229. En esta línea se manifiesta RAMOS MÉNDEZ (*El proceso penal*, cit., p. 181), cuando afirma que "el problema es mucho más grave porque en los vaivenes de las reformas legislativas de la prisión provisional se ha exigido la fianza como obligatoria para obtener la libertad en casos de delitos graves (art. 504.2 LECr), y la práctica la interpreta como fianza para eludir la prisión y así viene formulado en múltiples resoluciones. Este cambio de matiz es más discriminatorio, si cabe, porque condena al débil, económicamente, a permanecer entre rejas. La fianza nunca ha sido, en el sistema de la LECr, un sustitutivo de la prisión provisional, sino un presupuesto más de la libertad provisional —hoy cuestionado".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de consignación de la fianza acordada pueda conducir al ingreso o mantenimiento en prisión del imputado (art. 540 LECrim), lo que no obsta en modo alguno al hecho de que, hasta ese momento, la libertad condicionada constituye una medida absolutamente autónoma, la cual, aun obedeciendo al mismo objetivo último que la prisión provisional —la prevención de la fuga—, responde a una situación fáctica completamente distinta de la que justifica esta medida, y requiere en consecuencia una motivación específica y diferenciada. Hay que concluir, en suma, que la figura de la "prisión provisional eludible mediante fianza" no resulta de recibo y debe reputarse inadmisible.

La principal consecuencia práctica de lo que acaba de indicarse se manifiesta en la compleja tarea de fijar la cuantía de la fianza. Como es lógico, esta cuantía debe tener la suficiente entidad como para crear arraigo en el imputado, suponiendo, claro está, que la consignación de una cantidad de dinero tenga la virtualidad de servir como instrumento válido a tales efectos[230]. Sin embargo, la fianza nunca deberá ser tan elevada como para suponer una medida de prisión provisional encubierta. Lo contrario no sólo supondría vaciar de contenido la medida que se está examinando, sino también algo mucho más grave: se estaría condicionando el ingreso en prisión preventiva a la capacidad económica del inculpado, lo que resulta de todo punto inaceptable en nuestro Estado de Derecho. Si se entiende que el riesgo de fuga es tan intenso como para justificar una medida de prisión provisional, ésta deberá acordarse directamente y motivarse en los términos ya indicados[231]. De lo contrario, la fianza deberá ser soportable por el imputado atendidos sus ingresos y su situación patrimonial, de tal modo que la falta de consignación de la misma pueda achacarse, sin ningún género de dudas, a una reticencia injustificada y culpable que obligue, entonces sí, a decretar la entrada o el mantenimiento de aquél en prisión.

230. Lo cuestiona RAMOS MÉNDEZ (*El proceso penal*, cit., p. 179), en cuya opinión habría que cuestionarse si no valdría la pena abolir la fianza, habida cuenta de su inutilidad práctica y de que "introduce una cierta discriminación por razón de la distinta capacidad económica de los inculpados". Añade este autor que un atento examen del artículo 531 LECrim "demuestra que la fianza se toma, en principio, como un elemento disuasorio de hurtarse a los fines del proceso, según circunstancias que en la práctica juegan en contra de los objetivos de la norma. Así, ni el estado social alto o bajo son garantías de la comparecencia personal, ni la cuantía exorbitante o simbólica de la fianza son medios disuasorios o convincentes, según demuestra la práctica" (*op. cit.*, p. 181).

231. En esta línea SERRA DOMÍNGUEZ, *Libertad provisional*, cit., p. 443, a quien sigue BARONA VILAR, *Prisión provisional...*, cit., p. 217, e ILLESCAS RUS, *Las medidas cautelares...*, cit., p. 124.

112. Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas hasta este momento, la libertad bajo fianza deberá acordarse cuando el Juez o Tribunal entiendan que existe el peligro de que el imputado intente huir durante el proceso, pero también que este peligro no es tan elevado como para justificar una medida de prisión provisional. Con carácter general, la motivación de este riesgo de fuga se realiza atendiendo a los parámetros ya analizados al hilo del examen de la prisión provisional: incomparecencia o fuga ya producidas, gravedad del delito y circunstancias personales del imputado. Sin embargo, la gradación de ese riesgo que exige la imposición de la medida que se está examinando obliga a introducir algunos criterios correctores en esa motivación. En síntesis, estas variaciones pueden sistematizarse del modo siguiente:

a) En principio, la imposición de la medida de libertad bajo fianza debe reservarse para procesos por delitos graves, habida cuenta que la eventual falta de consignación de la misma producirá el ingreso en prisión del imputado[232]. En los demás casos, la restricción de la libertad de este último deberá limitarse a la comparecencia periódica *apud acta*. En este sentido, el principio de proporcionalidad obliga a excluir la medida en todos aquellos casos en los que el hecho delictivo tenga señalada una pena no privativa de libertad, o quepa prever una suspensión de la condena.

b) No obstante lo anterior, cuando el riesgo de fuga haya quedado plenamente acreditado por una incomparecencia injustificada o un intento de huida, la libertad bajo fianza podrá emplearse en supuestos en los que la menor gravedad del delito o el grado de participación del inculpado desaconsejen la prisión provisional.

232. De hecho, esa gravedad sería suficiente para justificar la adopción de la medida en un primer momento, siempre que se justifique que no ha podido recabarse suficiente información sobre las circunstancias personales del encausado, pues en estos casos también es posible acordar la prisión provisional y quien puede lo más puede lo menos. No obstante, esta posibilidad ni siquiera se plantea en nuestro ordenamiento, habida cuenta que, como veremos, la fianza es obligatoria si se acuerda la libertad provisional de encausados por delitos con pena señalada superior a tres años.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

c) Siempre que el riesgo de fuga sea leve o moderado, deberá optarse por la libertad condicionada en lugar de por la prisión provisional. Ahora bien, si el delito tiene señalada una pena inferior a tres años, la fianza sólo deberá imponerse cuando se justifique su necesidad para crear arraigo en el imputado, mientras que, si es superior, esa fianza será obligatoria en virtud de lo previsto en el artículo 504 II LECrim, y lo que habrá que motivar es su cuantía, lo que genera un problema práctico que bien merece un análisis detenido.

113. En efecto, conforme se establece el artículo 531 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, "para determinar la cantidad y calidad de la fianza se tomarán en cuenta la naturaleza del delito, el estado social y antecedentes del procesado y las demás circunstancias que pudieren influir en el mayor o menor interés de éste para ponerse fuera del alcance de la Autoridad judicial"[233]. Obviamente, esta norma no plantea ningún problema cuando el delito tiene señalada una pena inferior a tres años, puesto que el Juez podrá imponer o no la fianza en función de que aprecie o no ese riesgo de fuga. Tampoco deberían suscitar dificultades aquellos casos en los que, siendo la fianza obligatoria por tratarse de un delito castigado con una pena superior a la indicada, el órgano jurisdiccional haya rechazado la prisión provisional por estimar que, existiendo un cierto riesgo de fuga, éste no era lo suficientemente intenso como para justificar esta medida. Sin embargo, también es perfectamente posible que el Juez haya descartado la prisión provisional precisamente por no apreciar en el imputado ese peligro de huida. En estos casos, cuando el órgano judicial dispone que el inculpado quede en libertad provisional se ve obligado a imponerle una fianza porque se lo ordena el artículo 504 II LECrim, pero el riesgo de fuga necesario para determinar la "cantidad y calidad" de esta última, conforme al citado artículo 531 LECrim, ha sido expresamente rechazado por él mismo. Cuando

233. Esta norma debe complementarse con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, conforme a la cual la cuantía de la fianza debe fijarse atendiendo principalmente al interesado, a sus fuentes de ingresos, a los lazos con las personas que pueden prestar la caución y, en resumen, a la confianza que se puede tener en que la perspectiva de pérdida de la fianza o de ejecución de la misma en caso de que no comparezca en el juicio, actuará sobre él como un freno suficiente para descartar toda idea de fuga: STEDH 27 junio 1968 (caso "Neumeister"), §14, cuya doctrina recoge a su vez el ATC 158/2000, 15 junio, FJ 2.º *in fine*.

así sucede, hay que entender que, pese al tenor legal, la única solución aceptable radica en establecer una fianza irrisoria, puesto que cualquier otra carecería de fundamento. En efecto, si la fianza persigue crear arraigo, es evidente que se ve privada de su finalidad cuando no existe riesgo de fuga, por lo que la única forma que el Juez tiene de respetar el tenor literal del artículo 504 II LECrim[234] consiste en establecer una fianza de cuantía mínima, que además sería la procedente a la luz del artículo 531 LECrim, habida cuenta del nulo interés del encausado en sustraerse a los fines del proceso[235].

Una situación análoga a la que acaba de examinarse se verifica en los supuestos en los que la libertad provisional aparece precedida de una medida de prisión, acordada al único efecto de garantizar una finalidad, legítima pero distinta de la prevención de la fuga (vgr. el aseguramiento de la prue-

234. Recordemos que se trata de una norma redactada conforme a la LO 9/1984, de 26 de diciembre, por lo que, en tanto no sea reformada o declarada inconstitucional, los Jueces y Tribunales vienen obligados a su cumplimiento.

235. En ocasiones, puede resultar dificultoso distinguir estos supuestos, en los que el juzgador no constata ningún riesgo de fuga, de los anteriormente referidos, en los que se establece una fianza elevada porque sí se aprecia el riesgo suficiente para ello, aunque no el más intenso que habría justificado una medida de prisión. La prueba de ello puede encontrarse en la conocida STS 2.ª 15 octubre 1999, en la que se resuelve el caso GÓMEZ DE LIAÑO, y donde uno de los motivos de la condena por prevaricación que se dictó contra este Magistrado fue precisamente la imposición de una fianza de doscientos millones de pesetas a uno de los imputados contra los que se dirigía el sumario que investigaba. En concreto, el Alto Tribunal utilizó como principal argumento que el Magistrado era sabedor de que no concurría el riesgo de fuga necesario para acordar esa fianza conforme al artículo 531 LECrim, pues él mismo habría reconocido en su auto que no existía interés del inculpado para ponerse fuera del alcance de la autoridad judicial. Sin embargo, lo que GÓMEZ DE LIAÑO afirmaba exactamente en su auto es que el imputado no tenía "absolutamente decidido eludir el proceso y sus eventuales responsabilidades mediante una huida", lo que significa que no descartaba totalmente el riesgo de fuga, sino tan sólo que éste estuviese totalmente acreditado en el momento en el que se pronunció sobre su situación personal. En estas circunstancias, parece razonable entender que el instructor estaba efectuando una simple gradación de ese riesgo de fuga, que no consideró suficientemente grave como para acordar la prisión provisional, pero sí como para crear arraigo en el imputado mediante la imposición de una fianza cuya cuantía no era desproporcionada, teniendo en cuenta la gravedad de los delitos que se investigaban y la situación económica del imputado. En definitiva, hay que convenir con el autor del voto particular formulado a esta Sentencia en que, al menos por lo que a esta concreta actuación del Magistrado se refiere, no existió prevaricación alguna, sino tan sólo la imprescindible gradación del riesgo de fuga que exige una correcta aplicación de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ba mediante la prevención de la obstrucción de la investigación), que desaparece en un determinado momento procesal. En estos casos, es evidente que el imputado debe quedar en situación de libertad provisional, que sólo debería condicionarse a la prestación de fianza si se acreditase la concurrencia de un riesgo de huida sobrevenido, puesto que esta medida nunca puede obedecer a un objetivo distinto de la prevención de la fuga[236]. De lo contrario, habrá que llegar a la misma solución que en el caso precedente en el caso de que el delito tenga señalada una pena superior a tres años: deberá fijarse una fianza para respetar el mandato del artículo 504 II LECrim, pero su cuantía habrá de ser mínima o simbólica, pues carece del fundamento que le es propio.

Ni que decir tiene que la situación descrita reclama una inmediata reforma legislativa, que elimine el automatismo hoy existente en lo relativo a la imposición de fianzas personales para delitos graves y la adecúe a la jurisprudencia constitucional. Hasta entonces, la única posibilidad con la que cuenta el órgano jurisdiccional, cuando no aprecie riesgo de fuga en el inculpado, es la referida fijación de fianzas mínimas o simbólicas. Por el contrario, la inaplicación directa del artículo 504 II LECrim en lo relativo a este particular debe reputarse inadmisible por tratarse de un precepto legal posterior a la Constitución, a pesar de que algunos tribunales puedan de hecho haber recurrido a esa inaplicación en la práctica forense.

3.2. La motivación del deber de comparecencia apud acta

114. La segunda condición a la que puede supeditarse la libertad provisional, al efecto de crear arraigo en el imputado y prevenir su fuga, es la comparecencia periódica *apud acta*. En este caso, se impone al encausado la obligación de presentarse en los días que se le señalen en el auto de libertad —normalmente los días uno y quince de cada mes— ante el órgano jurisdiccional competente o ante el de su domicilio[237]. A diferencia de la prisión provisional y la libertad provisional bajo fianza, la libertad provisional con obligación de comparecer *apud acta* puede acordarse de oficio por el Juez o Tribunal, con independencia de que la medida vaya o no precedida de la detención de su destinatario, y con independencia también del momento procesal en el que se adopte, por lo que tampoco resulta necesario convocar a las partes a la comparecencia del artículo 504 bis 2 LECrim, sin perjuicio de que el Juez pueda optar por citar al imputado para tomarle declaración o darle audiencia antes de adoptar la medida si lo considera oportuno[238].

115. Pese a la plena constitucionalidad de esta comparecencia *apud acta*[239], existe una importante división de opiniones en torno a su utilidad práctica. En la dogmática, se ha denunciado que la medida sólo sirve para dar papeleo y aumentar la circulación de personas por nuestros tribunales, y se ha sugerido que baste con designar un domicilio fijo y la obligación de comunicar los cambios en el mismo, o incluso un simple número de teléfono en el que el inculpado pueda ser localizado cuando sea preciso[240]. Por el contrario, la Fiscalía General del Estado considera las comparecencias periódicas una medida útil al efecto de controlar a los imputados, aunque no garanticen totalmente la no evasión, y ha dado instrucciones a los Fiscales para que soliciten una mayor periodicidad cuanto mayor sea el riesgo de fuga del imputado, pudiendo llegarse incluso a una comparecencia diaria[241].

236. Cfr. en este sentido STC 14/2000, 17 enero, FJ 7.º

237. Esta última posibilidad no aparece contemplada en el artículo 530 LECrim, que se refiere únicamente al "Juez o Tribunal que conozca de la causa", pero se utiliza en la práctica y debe reputarse válida por ser más beneficiosa para el imputado cuando éste reside en una circunscripción judicial distinta de aquélla en la que se tramita el juicio, habida cuenta que le permite continuar con su actividad laboral y sus restantes ocupaciones habituales sin el trastorno que supone tener que desplazarse continuamente para un simple acto de presencia en la oficina judicial. Para llevarla a término, el órgano investido del proceso solicita la ayuda del Juzgado del domicilio del inculpado, remitiéndole el correspondiente exhorto, al efecto de que éste asuma el control de las comparecencias periódicas acordadas por el primero.

238. En este sentido, cfr. el art. 504 bis 2 I LECr; la Circular FGE 2/1995, 22 noviembre (*BIMF* 1 febrero 1996, núm. 1767, supl.), apdo. IV.b, y RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 174-175. Parece contraria BARONA VILAR, S.: "**La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado** (Tutela efectiva y doctrina constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio), *RGD* 1996, núm. 618 (pp. 1825-1852), pp. 1833 y 1837, e *idem*, *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, p. 473, en cuya opinión la ausencia de petición de parte obligaría al Juez a decretar la libertad incondicionada del imputado, resultando además necesario celebrar la audiencia prevista en el referido art. 504 bis 2 LECr para acordar la libertad condicionada a la mera comparecencia *apud acta* (aunque cfr. *op. cit.*, p. 1831 *in fine*).

239. *Vid.* ATC 650/1984, 7 noviembre, FJ 3.º, y STC 85/1989, 10 mayo, FJ 3.º

240. RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal*, cit., p. 182.

241. Instrucción FGE 11 enero 1988 (*BIMJ* 15 febrero 1989, núm. 1518, supl.), apdo. 3.º

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Sea cual sea la posición que se adopte en esta polémica, lo cierto es que la medida está prevista en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal, y debe utilizarse con preferencia a la libertad bajo fianza y la prisión provisional, en tanto en cuanto supone una restricción leve de la libertad ambulatoria del imputado y deja intacto su patrimonio.

116. Como sabemos, nuestro legislador contempla la obligación de comparecer *apud acta* como un efecto de la situación de libertad provisional en que se encuentra todo imputado. Así se desprende del artículo 530 LECrim, en el que se establece que "el procesado que hubiere de estar en libertad provisional, con o sin fianza, constituirá *apud acta* obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además cuantas veces fuere llamado ante el Juez o Tribunal que conozca de la causa". De este modo, parece que el Juez de instrucción viene obligado a establecer la comparecencia *apud acta* en todos los procesos por delito, incluso aunque esté convencido de la plena disponibilidad del encausado. Sin embargo, ya se ha advertido que la dicción literal del artículo 530 LECrim no es compatible con la excepcionalidad que caracteriza a todas las medidas provisionales, puesto que la comparecencia períodica supone una restricción de la plena libertad del encausado que debe estar justificada a la luz de las circunstancias del cada caso concreto. Por consiguiente, deviene necesario reinterpretar ese artículo 530 LECrim, cuyo tenor literal es anterior a la Constitución de 1978, en el sentido de entender que la comparecencia *apud acta* sólo será necesaria cuando concurra riesgo de fuga en el imputado, por lo que este riesgo deberá justificarse en los autos en los que se acuerde la medida.

Como es lógico, ese peligro de evasión se motiva atendiendo a los mismos parámetros que se han descrito en el apartado precedente. De hecho, cuando la medida va acompañada del establecimiento de una fianza, su fundamentación puede perfectamente subsumirse en la de esta última, habida cuenta que la finalidad de ambas es coincidente y el riesgo de fuga necesario para acordar la segunda es más intenso que el que se requiere para establecer la primera. Por el contrario, cuando la comparecencia *apud acta* constituye la única restricción de la libertad del imputado, es posible distinguir dos variantes: puede ocurrir, en primer término, que el órgano jurisdiccional estime innecesaria una medida más gravosa pudiendo legalmente acordarla (vgr. delitos graves), en cuyo caso será suficiente con justificar la

existencia de un riesgo de fuga de intensidad leve o meramente potencial. Pero también puede ocurrir, en segundo lugar, que la obligación de comparecer sea la única medida provisional personal susceptible de ser adoptada en ese momento procesal porque el delito no es grave (vgr. no tiene señalada una pena privativa de libertad o no cabe prever la entrada en prisión del encausado), en cuyo caso la motivación deberá ser más exigente y fundarse en indicios especialmente sólidos (vgr. una incomparecencia injustificada). Por lo demás, la mayor o menor intensidad del riesgo de fuga podrá utilizarse por el Juez o Tribunal para acordar una mayor o menor periodicidad en las comparecencias, tal y como ya se ha indicado.

4. *El alejamiento respecto de la víctima*

117. La reciente Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, ha introducido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal el nuevo artículo 544 bis, en el que se contempla la medida provisional de alejamiento del imputado respecto de la víctima[242]. Tal y como ya hubo ocasión de adelantar en otro lugar del presente estudio, y pese a lo que se indica en la Exposición de Motivos de la referida Ley Orgánica y en el propio precepto, no nos encontramos en este caso ante una medida cautelar[243]. El alejamiento cons-

242. Art. 544 bis LECrim: "En los casos en los que se investigue un delito de los mencionados en el artículo 57 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, de forma motivada y cuando resulte estrictamente necesario al fin de protección de la víctima, imponer cautelarmente al inculpado la prohibición de residir en un determinado lugar, barrio, municipio, provincia u otra entidad local, o Comunidad Autónoma.

En las mismas condiciones podrá imponerle cautelarmente la prohibición de acudir a determinados lugares, barrios, municipios, provincias u otras entidades locales, o Comunidades Autónomas, o de aproximarse o comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas.

Para la adopción de estas medidas se tendrá en cuenta la situación económica del inculpado y los requerimientos de su salud, situación familiar y actividad laboral. Se atenderá especialmente a la posibilidad de continuidad de esta última, tanto durante la vigencia de la medida como tras su finalización.

El incumplimiento por parte del inculpado de la medida acordada por el Juez o Tribunal podrá dar lugar, teniendo en cuenta la incidencia del incumplimiento, sus motivos, gravedad y circunstancias, a la adopción de nuevas medidas cautelares que impliquen una mayor limitación de su libertad personal, sin perjuicio de las responsabilidades que del incumplimiento pudieran resultar".

243. Cfr. *supra*, Sec. 1.ª, apdo. I.2.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

tituye más bien una actuación de naturaleza tuitiva-coercitiva, mediante la que se protege a los ofendidos por el presunto delito, sus familiares y allegados, a través de la imposición al encausado de la prohibición de aproximarse o comunicarse con esas personas, o incluso de residir o acercarse a los lugares en los que éstas desarrollan su actividad cotidiana[244]. Por consiguiente, la medida no tiene por finalidad garantizar la disponibilidad del encausado durante el proceso ni al final del mismo, sino la prevención de la reiteración delictiva mediante la protección de quienes presumiblemente serían sus destinatarios[245].

118. El artículo 544 bis LECrim contempla cuatro diferentes medidas provisionales de alejamiento: la prohibición de residencia en un determinado lugar, la prohibición de acudir a ese lugar, la prohibición de aproximación a determinadas personas y la prohibición de comunicación con ellas por cualquier vía[246]. Conforme a la remisión que los artículos 13 y 544 bis LECrim efectúan al artículo 57 del Código Penal, esas cuatro medidas pueden acordarse en procesos por delitos de homicidio, aborto y lesiones, o por delitos contra la libertad y contra la integridad moral, la libertad y la indemnidad sexuales, la intimidad, la propia imagen, la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio o el orden socio-económico[247].

244. A esa finalidad tuitiva se refiere el artículo 13 LECrim, también introducido por la LO 14/1999, cuando incluye entre las primeras diligencias "la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo (el delito), a sus familiares o a otras personas pudiendo acordarse a tal efecto las medidas *cautelares* a las que se refiere el artículo 544 bis de la presente Ley" (la cursiva es mía).

245. En la dirección que aquí se postula se han pronunciado autores como ARAGONESES MARTÍNEZ, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 435, en cuya opinión nos encontramos ante "medidas coercitivas personales", o MORENO CATENA, *Derecho Procesal Penal*, cit., pp. 541-542, que acerca estas medidas a las que se adoptan en el ámbito de la tutela provisional civil (vgr.las previstas para los procesos matrimoniales).

246. Conforme a lo previsto en el artículo 48 CP, también redactado conforme al texto establecido por la LO 14/1999 y susceptible de ser empleado como criterio interpretativo, aquellos lugares incluyen tanto el de la comisión del delito como el domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro frecuentado por la víctima, sus familiares o allegados, mientras que la prohibición de comunicación abarca cualquier medio, incluidos los informáticos o telemáticos, y en general cualquier contacto escrito, verbal o visual.

247. Como es lógico, los principios de legalidad y tipicidad impiden adoptar medidas de alejamiento diferentes de las cuatro referidas, como también excluyen ampliar su utilización a delitos no contemplados en el artículo 57 CP o a simples faltas (cfr. art. 544 bis I LECrim). Por este motivo, no pueden suscribirse algunas de las tesis que sostiene E. DE URBANO CASTRILLO [en **"El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar"**, *La Ley*, núm. 5248 (15 febrero 2001), pp. 1-6], en cuya opinión también sería posible imponer al encausado la obligación de residir en un lugar determinado (*op. cit.*, p. 3), medida que aquí se estima inadmisible por suponer una restricción de su libertad ambulatoria de mayor calado que las legalmente previstas, además de desproporcionada, pues las personas cuya protección es preciso garantizar necesariamente desarrollan su actividad sólo en determinados lugares concretos y fácilmente identificables, por lo que no está justificado confinar al imputado a una determinada localidad. Por idéntica razón, tampoco puede compartirse la propuesta que formula este autor en el sentido de aplicar las medidas del art. 544 bis a otros delitos distintos de los previstos en el artículo 57 CP, como los que atentan contra la salud pública (*op. cit.*, p. 4 *in fine*), con la única excepcion del delito de malos tratos previsto en el artículo 153 CP, que debe entenderse incluido en ese listado a la vista del espíritu y la finalidad de la reforma de 1999 (en este sentido TIRADO ESTRADA, *Violencia familiar...*, cit., p. 5).

Por lo que respecta a su dinámica procesal y a pesar de las múltiples lagunas de que adolece la norma, puede afirmarse que el alejamiento sólo puede acordarse a petición de alguna de las partes acusadoras y previa la celebración de la comparecencia prevista en el artículo 504 bis 2 LECrim[248]. La medida se decreta en un auto motivado, que se lleva a la pieza de situación personal, y tiene carácter indefinido, si bien es cierto que sólo debe mantenerse durante el tiempo mínimo indispensable para alcanzar su finalidad tuitiva y nunca más allá de cinco años[249]. Por lo demás, el incumplimiento de la medida por parte del imputado no sólo supone la incoación de un proceso penal por quebrantamiento de medida (art. 468 CP), sino también la adopción de medidas más limitativas de su libertad personal, que pueden consistir tanto en un reforzamiento de las ya adoptadas como en la prisión provisional, precedida en su caso de la oportuna detención[250].

119. Sin perder de vista las consideraciones hasta ahora efectuadas, procede detenerse en el modo en que la finalidad de la medida debe plasmarse en la motivación del auto en el que se ordena. En este sentido, el artículo 544 bis I LECrim se limita a exigir esa motivación, y a advertir que el alejamiento deberá reservarse a aquellos casos en que resulte "estrictamen-

248. En esta línea, *vid.* RAMOS MÉNDEZ, *El proceso penal*, cit., pp. 177-178; RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 176, y DE URBANO CASTRILLO, *El alejamiento...*, cit., pp. 2 y 4.

249. Cfr. art. 57 CP, que contempla esos cinco años como el plazo máximo de duración de la pena de alejamiento. Como advierte ARAGONESES MARTÍNEZ (*Derecho Procesal Penal*, cit., p. 437), el tiempo de duración de la prohibición provisional deberá abonarse para el cumplimiento de dicha pena.

250. TIRADO ESTRADA, *Violencia familiar...*, cit., p. 7.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

te necesario al fin de protección de la víctima". Partiendo de este breve mandato legal, parece claro que el Juez o Tribunal deberá justificar la existencia de un peligro grave para la seguridad de la víctima o sus allegados[251], y argumentar que ese peligro tiene su origen precisamente en un riesgo de ataque o agresión proveniente del imputado[252]. A tal efecto, son muchos los indicios que pueden valorarse: el tipo de delito cometido, los antecedentes del encausado, las amenazas vertidas por el mismo, los intentos de agresión ya producidos, una conducta de acoso o seguimiento, etcétera. A su vez, esos indicios se verán acreditados, la mayor parte de las veces, por los testimonios de las propias personas a proteger, por lo que el órgano judicial deberá ser especialmente cuidadoso al valorar su credibilidad y valor incriminatorio, valiéndose de informes periciales médicos cuando lo estime conveniente. No obstante, también es posible que se cuente con declaraciones de terceras personas (vgr. agentes de policía, amigos o vecinos...), e incluso con informes psicológicos o psiquiátricos sobre el encausado, que pueden ayudar notablemente al órgano jurisdiccional a la hora de valorar y concretar la gravedad del peligro de reiteración delictiva.

Por lo demás, será precisamente esta gravedad, acreditada en los términos expuestos, la que determine la intensidad de las medidas de alejamiento que deban adoptarse, materia esta en la que el juzgador goza de un amplio margen de maniobra. Así, por ejemplo, la prohibición de residencia o aproximación podrá referirse a lugares específicos, pero también a espacios territoriales realmente amplios, como provincias o Comunidades Autónomas. También será posible graduar las prohibiciones de aproximación o comunicación jugando con factores como la distancia mínima que el imputado debe guardar respecto de la víctima, el número de personas protegi-

251. ARAGONESES MARTÍNEZ (*Derecho Procesal Penal*, cit., p. 436) entiende que puede servir a título orientativo la LO 19/1994, 23 diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, "cuyas disposiciones se aplican cuando la autoridad judicial aprecia racionalmente un peligro grave para sus personas, libertad o bienes o para los de su familia".

252. Critica ARAGONESES MARTÍNEZ (*op. cit.*, pp. 436-437) que la prohibición no pueda dirigirse a personas diferentes del inculpado pero relacionados con él, como ocurre en los Estados Unidos de América. Sin embargo, debe recordarse que todas las medidas provisionales encuentran su fundamento en la evitación de conductas dañosas atribuibles al inculpado. En el caso de los terceros, cualquier actuación provisional o cautelar se vería privada de uno de sus presupuestos esenciales, el *fumus boni iuris*, que en el proceso penal se concreta en la imputación.

das, el refuerzo o seguimiento policial, etcétera. Por lo tanto, y al efecto de evitar la arbitrariedad en esta tarea de concreción de las concretas actuaciones a emprender, es imprescindible que el Juez o Tribunal motiven expresamente la necesidad de todas y cada una de las medidas que adopten, así como que justifiquen, siquiera brevemente, las concretas opciones adoptadas en lo relativo a sus pormenores técnicos. Sólo así se garantiza que el alejamiento responde a la finalidad tuitiva que legalmente tiene encomendada, sin lesionar más de lo estrictamente necesario el derecho del inculpado a la libertad ambulatoria.

5. *La suspensión provisional de derechos*

120. Junto a las medidas provisionales personales que limitan o restringen la libertad personal de su destinatario, nuestro sistema procesal penal contempla algunas más que afectan a otros derechos ostentados por el mismo, provocando su suspensión *lite pendente*. Con carácter general, la adopción de estas medidas, que carecen de una regulación unitaria y sistemática en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede responder a tres finalidades: la prevención de la reiteración delictiva, que se vería facilitada si el imputado continuase desempeñando una determinada actividad, función o cargo; el aseguramiento de la prueba, que el inculpado podría obstaculizar valiéndose de esa actividad, y la mitigación de la alarma social que genera el hecho de encontrarse procesada una persona con una posición relevante en alguno de los Poderes del Estado. Sin embargo, ya se ha advertido que sólo los dos primeros objetivos están justificados a la luz del fundamento de la tutela provisional, puesto que el último se funda en circunstancias por complejo ajenas al inculpado, y no tiende en consecuencia a prevenir actuaciones dañosas o perjudiciales provenientes del mismo[253]. Teniendo en mente esta importante premisa, procede ahora examinar de forma particularizada esas medidas suspensivas de derechos, al efecto de determinar si están justificadas con carácer general y, en caso afirmativo, cómo debe plasmarse su fundamento en la motivación de los autos que las acuerdan.

253. Cfr. *supra*, Sec. 2.ª, apdo. I.5.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

5.1. Privación provisional del permiso de conducir

121. La privación provisional del permiso de conducir, regulada en los artículos 529 bis y 785, 8.ª c) LECrim, constituye una medida provisional característica de los procesos por delitos cometidos con ocasión de la conducción de vehículos a motor, en los que el inculpado permanece en situación de libertad provisional. Como su propio nombre indica, la actuación que se acuerda consiste en recoger e incorporar al proceso el referido permiso, comunicándoselo al organismo que lo haya expedido para que no emita otro, y apercibiendo al encausado para que no conduzca, bajo apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la Autoridad judicial previsto en el artículo 556 CP.

122. Evidentemente, la privación provisional del permiso de conducir responde a la finalidad de evitar la reiteración delictiva, puesto que persigue impedir que el imputado vuelva a incurrir en un comportamiento punible (vgr. negligencia, alcoholemia...) con ocasión de la conducción de un automóvil[254], por lo que constituye una medida completamente legítima desde la perspectiva constitucional. Sin embargo, ello no excluye en modo alguno que el órgano judicial deba motivar expresamente la adopción de dicha medida, por lo que deberá aludir, siquiera brevemente, a ese peligro de reincidencia y a los indicios que lo justifican (vgr. antecedentes penales, procesales o administrativos del imputado, indicios de alcoholismo, etc.), o bien, si carece de la información necesaria por encontrarse el procedimiento en un momento inicial, presumir ese peligro en atención a la gravedad del presunto hecho punible. Lo anterior implica, a su vez, que la medida deberá acordarse siempre mediante auto, pese al silencio de la Ley a este respecto, al tiempo que obliga a matizar el tenor literal del artículo 529 bis LECrim, en el que se establece que la privación del permiso podrá efectuarse "discrecionalmente". La privación del permiso a conducir vehículos constituye una medida restrictiva de derechos que, como tal, debe estar justificada en atención a las circunstancias de cada caso concreto, y esta justificación sólo puede garantizarse y controlarse si aparece en la motivación[255]. Desde este punto de vista, resulta censurable el automatismo con el que la

254. De acuerdo ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización...*, cit., p. 481.
255. *Vid.* en este sentido GIMENO SENDRA, *Los procesos penales*, cit., T. IV, p. 271.

medida acostumbra a acordarse en la práctica, máxime en aquellos casos en los que su imposición tiene consecuencias negativas para la actividad profesional del imputado.

5.2. Suspensión provisional en el ejercicio de empleos o cargos públicos

123. Las suspensiones provisionales en el ejercicio de empleos o cargos públicos se regulan en diversos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de otras leyes extravagantes, unas veces en atención al tipo de delito cometido, y otras tomando como premisa la concreta función desempeñada por el imputado. Así, el artículo 384 bis LECrim establece la suspensión automática de la función o cargo público que pudieran estar ostentando los procesados por delitos cometidos "por medio de persona integrada o relacionada con bandas armadas o individuos terroristas o rebeldes", siempre que exista auto de procesamiento firme y se haya decretado su prisión provisional, suspensión que se prolongará mientras dure esta situación de prisión. Por su parte, los artículos 383 y 384 LOPJ establecen la suspensión provisional de Jueces y Magistrados, cuando "se hubiere declarado haber lugar a proceder contra ellos por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones", o cuando "por cualquier delito doloso se hubiere dictado contra ellos auto de prisión, de libertad bajo fianza o de procesamiento", suspensión que durará "hasta que recaiga en la causa sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento". Estas mismas normas resultan también aplicables a los miembros del Ministerio Fiscal, por mor de la remisión que a ellas se efectúa en el artículo 60 EOMF. Finalmente, el artículo 48 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 prevé la posibilidad de que se acuerde la suspensión preventiva de funciones de los funcionarios públicos que se hayen sometidos a un procedimiento judicial, suspensión que deberá ser acordada por el órgano competente y se prolongará durante la tramitación del procedimiento.

124. En relación con todas estas suspensiones provisionales, lo primero que debe ponerse de manifiesto es que en ningún caso deben acordarse "de manera automática", a pesar de lo que proclama alguno de los preceptos referidos. La restricción de derechos que comporta una suspensión de empleo, cargo o función sólo está justificada cuando responde a la necesidad de alcanzar una finalidad constitucionalmente legítima, y este *pericu-*

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

lum in mora debe motivarse por el órgano jurisdiccional que impone la medida a la luz de las circunstancias de cada caso concreto. Lo contrario supone un automatismo en la concesión de la medida que no se compadece en modo alguno con los principios de excepcionalidad y necesidad que rigen en materia de tutela provisional, por lo que debe estimarse incompatible con nuestro texto constitucional.

Por este motivo, puede afirmarse que el artículo 384 bis LECrim debería reputarse inconstitucional, en tanto en cuanto ordena expresamente la adopción automática de la medida de suspensión cuando concurre un *fumus boni iuris* específico —auto de procesamiento firme por pertenencia o relación con banda armada o individuos terroristas o rebeldes— y la simultánea medida de prisión provisional. El Tribunal Constitucional ha llegado a la conclusión contraria a la que aquí se defiende en su Sentencia 71/1994, en la que ese automatismo se justifica en "la excepcional amenaza que esta actividad criminal conlleva para nuestro Estado democrático de Derecho", y en la incompatibilidad que a su juicio existiría entre el ejercicio de esa función o cargo y la situación de prisión[256]. Sin embargo, prescindiendo de este último argumento, que en modo alguno justifica la imposición de una medida provisional adicional como la suspensión, esa tesis no puede convencer, puesto que la existencia de un auto de procesamiento firme no destruye la presunción de inocencia[257], ni permite en consecuencia adoptar una medida restrictiva de derechos por razones que nada tienen que ver con la conducta previsible del imputado, ni con ninguna de las finalidades legítimas de la tutela provisional.

125. A partir de las consideraciones expuestas, puede concluirse que toda suspensión provisional de empleos o cargos públicos debe ir acompañada de la correspondiente motivación, en la que deberá plasmarse la necesidad de la medida para evitar la obstrucción de la investigación o la reiteración la reiteración delictiva, que son las dos únicas finalidades constitucionalmente legítimas que pueden pretenderse mediante esta medida. Por el contrario, no es admisible que la suspensión se acuerde con finalidades de prevención general, como las de mitigar la alarma social o garantizar el prestigio de las instituciones, puesto que, como reiteradamente

256. STC 71/1994, 3 marzo, FFJJ 6.º y 7.º, y en general los FFJJ 5.º a 9.º
257. Así se reconoce en la propia Sentencia: cfr. su FJ 7.º

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

viene advirtiéndose, estos objetivos no guardan relación alguna con la conducta del imputado durante la sustanciación del proceso, por lo que tampoco justifican privar de determinados derechos a quien aún se encuentra amparado por la presunción de inocencia[258].

Por lo que se refiere a la motivación de esos dos fines constitucionalmente legítimos, hay que entender que el peligro de reiteración podrá estimarse acreditado cuando el presunto delito se haya perpetrado aprovechando las prerrogativas o funciones que le confería su empleo o cargo (vgr. un Juez que prevarica, un funcionario que incurre en cohecho o infidelidad en la custodia de documentos...), pero, obviamente, difícilmente podrá justificarse en caso contrario. Por su parte, el peligro de obstrucción de la investigación podrá presumirse con base en la mera gravedad del delito en un momento inicial del procedimiento, en los términos ya indicados al examinar la motivación de la prisión provisional[259]; pero posteriormente deberá acreditarse mediante indicios concretos y sólidos, tales como el acceso exclusivo o privilegiado del imputado a determinados documentos o piezas de convicción, un intento ya producido de alteración o manipulación de dichos documentos, la relación de jefatura frente a quienes deben declarar como testigos en el juicio, etcétera.

5.3. Clausura temporal de empresas o establecimientos, y suspensión de actividades societarias, empresariales, asociativas o fundacionales

126. Como es sabido, el artículo 129.2 del Código Penal autoriza al Juez Instructor a decretar dos nuevas medidas provisionales: la clausura de una empresa, sus locales o establecimientos, y la suspensión de las actividades de una sociedad, empresa, fundación o asociación. En ambos casos, la clausura o suspensión debe adoptarse motivadamente y previa audiencia de los titulares o representantes legales de esa persona jurídica (art. 129.1 CP), y no puede exceder de cinco años. Pues bien, la razón de que estas actuaciones se examinen en el presente apartado radica en que, en última instancia, las dos suponen una privación provisional de derechos del imputado: los derechos de asociación y a la libertad de empresa. No obstante lo anterior, debe matizarse que estas suspensiones son las únicas medidas pro-

258. Cfr. en esta línea ORTELLS RAMOS, *Para una sistematización...*, cit., pp. 481-482.
259. *Vid. supra*, apdo. 2.2.

visionales que pueden afectar también a terceros no imputados distintos del responsable civil subsidiario, en tanto que es perfectamente posible que los propietarios, gestores o representantes de la persona jurídica no hayan participado en la acción delictiva para la que se utilizó la infraestructura empresarial, societaria o asociativa. De ahí que estos titulares o representantes legales deban ser oídos con anterioridad a la adopción de la medida provisional.

127. Por lo que respecta a la motivación de la clausura o suspensión temporales, el propio artículo 129 CP nos ofrece las principales pautas de actuación, demostrando en este punto una adecuación a los principios y garantías constitucionales que, como ya hemos visto, brilla por su ausencia en la regulación de las restantes medidas provisionales. En efecto, en el apartado 1.º del precepto se advierte que las medidas deberán imponerse "motivadamente", es decir, mediante auto, y en el apartado 3.º se advierte que su finalidad radica en "prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma". Por consiguiente, queda claro que la finalidad de la clausura o suspensión es la prevención de la reiteración delictiva, finalidad plenamente legítima desde la perspectiva de la Constitución. En consecuencia, el Juez instructor (la medida no puede adoptarse durante el plenario) deberá justificar que la continuidad de en la actividad empresarial, societaria o asociativa podría propiciar la comisión de nuevos delitos, o la persistencia del ya ejecutado si se trata de un delito continuado. A tales efectos, los parámetros o indicios que es posible tenerse en cuenta son muy variados: puede ocurrir, en primer lugar, que la persona jurídica o establecimiento en cuestión tuviese como único cometido la actividad presuntamente delictiva, en cuyo caso este hecho será motivo suficiente para justificar su clausura o la suspensión de sus actividades; en caso contrario, deberá argumentarse que esta medida es imprescindible para evitar la reiteración, ya porque el imputado se encuentra en libertad provisional y es preciso restringir o limitar su actividad[260], ya porque existen coautores, aún no identificados, que utilizan la misma infraestructura empresarial, asociativa, fundacional o societaria para delinquir.

260. Se trataría de los supuestos en los que ese peligro de reiteración delictiva no se repute lo suficientemente intenso como para justificar la prisión provisional del imputado, o aquellos en los que esta medida no fuese viable atendida la escasa gravedad del delito.

IV. El fundamento de las medidas provisionales patrimoniales

128. Pese a lo que pudiera pensarse a primera vista, el fundamento de las medidas provisionales reales presenta una complejidad cuando menos equiparable a la que suscitan las medidas personales analizadas en la sección precedente. Debe tenerse en cuenta, por un lado, que también las medidas de naturaleza patrimonial pueden responder a finalidades muy diversas: la mayor parte de ellas pretenden asegurar las responsabilidades pecuniarias de los imputados o de los responsables civiles subsidiarios (vgr. fianza y embargo, anotación preventiva de querella), pero otras persiguen el aseguramiento de ciertos medios de prueba mediante su aprehensión y posterior depósito, e incluso existen algunas cuya finalidad es la protección económica de las víctimas durante la pendencia del proceso. Por otro lado, la legislación y jurisprudencia relativas a las medidas provisionales reales están mucho menos evolucionadas que las que se refieren a las medidas provisionales personales, ya de por sí necesitadas de una reforma, lo que probablemente tiene su explicación en el hecho de que las primeras no afectan por regla general a los derechos fundamentales del imputado, por lo que tampoco han sufrido la progresiva adaptación al texto constitucional que ineludiblemente exigían las segundas. No puede olvidarse, por último, el automatismo con el que la Ley de Enjuiciamiento Criminal regula la concesión de las medidas cautelares patrimoniales más frecuentes estadísticamente, fianza y embargo, lo que en la práctica permite al órgano jurisdiccional prescindir de motivar su necesidad a la luz de una finalidad constitucionalmente legítima. Con todos estos condicionantes, la presente sección se ha dedicado al análisis de ese fundamento en todas las medidas que suelen utilizarse en la práctica, incluidas aquéllas que carecen de una regulación legal expresa.

1. La Fianza y el Embargo

129. Como es sabido, la fianza y el embargo constituyen medidas cautelares de contenido patrimonial mediante las que trata de asegurarse la responsabilidad civil derivada de delito, las costas procesales y el cumplimiento de las eventuales penas pecuniarias. En estos dos últimos casos, las medidas se dirigen necesariamente contra el imputado, mientras que, en el primero, también pueden tener por destinatario a cualquier tercero civil-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

mente responsable[261]. De cualquier modo, la suma mínima a asegurar mediante la fianza y el embargo asciende a una tercera parte más del total del importe probable de todas esas responsabilidades pecuniarias (art. 589 II LECrim).

130. A tenor de lo previsto en el artículo 589 I LECrim, "cuando del sumario resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará por el Juez que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose en el mismo auto el embargo de bienes suficientes para cubrir dichas responsabilidades si no se prestare la fianza"[262]. De este enunciado se desprende claramente que el órgano jurisdiccional puede acordar ambas medidas cautelares de oficio[263], al menos frente al imputado[264], pero también que para hacerlo sólo debe justificar la existencia de esos "indicios racionales de criminalidad" contra el destinatario de las mismas. Sin embargo, debe advertirse que esta situación choca frontalmente con el fundamento de la tutela provisional, puesto que permite la adopción de medidas cautelares en supuestos en lo que, concurriendo *fumus boni iuris* (la imputación), no se verifica el necesario *periculum in mora*. En efecto, cuando se pretende acordar una injerencia en el patrimonio del imputado como la que supone la fianza y el embargo preventivo subsidiario[265], debería exigirse al Juez o Tribunal que justificase la existencia de indicios de un peligro actual y concreto de que ese imputado trate de eludir sus responsabilidades pecuniarias provocando o aparentando su propia insolvencia (vgr. falta de arraigo, maniobras de alzamiento de bienes, etc.). Lo contrario supone asumir que el hecho de haber sido inculpado de la comisión de un delito presupone un comportamiento tendente a eludir las responsabilidades civiles que podrían derivarse de ese delito, lo que resulta a todas luces desproporcionado. Hay que concluir, en definitiva, que el actual tenor del artículo 589 I LECrim obliga a acordar la fianza y el embargo de bienes del imputado en supuestos en los que puede no concurrir la finalidad inherente a estas medidas cautelares —la prevención de la insolvencia, lo cual podría explicar la frecuente inaplicación del precepto en la práctica. A pesar de todo, procede entender que el órgano jurisdiccional debería llevar a cabo esa motivación siempre que sea posible, y que ésta debería poder controlarse a su vez mediante los oportunos recursos de reforma y queja (arts. 217 y 218 LECrim)[266]. Sólo así se garantiza que la fianza y el embargo respondan a la finalidad que les es propia.

131. Una última cuestión en la que merece la pena detenerse guarda relación con la exigencia de fianza —y el consiguiente embargo en caso de impago de la misma— a los terceros civilmente responsables. Cabe preguntarse, en particular, si el hecho de dirigir la medida frente a esos terceros debería afectar a la motivación del auto que la acuerda, en la medida en que éstos podrían no presentar el riesgo de insolvencia exigible al imputado. Puede afirmarse, sin embargo, que la imposición de medidas a esas personas es subsidiaria, y como tal se produce una vez justificada su necesidad y procedencia en relación con el encausado, como lo acredita el hecho de que para proceder contra aquéllas acostumbre a exigirse la previa declara-

261. Cfr. arts. 240, 245 y 615-621 LECrim.

262. Lógicamente, ese auto será normalmente el de procesamiento en el procedimiento ordinario (art. 385 LECrim), y el de inculpación o el de apertura del juicio oral en procedimiento abreviado [arts. 785, 8.ª b) y 790.6 LECrim], aunque también es posible que la medida se acuerde con anterioridad a los mismos. En cualquier caso, un testimonio de dicho auto dará inicio a la pieza separada de responsabilidad civil, en la que se formalizarán las medidas acordadas [arts. 590 y 785.8.ª b) II LECrim].

263. Cfr. por todos CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 551; RAMOS MÉNDEZ, *El Proceso penal*, cit., pp. 178-179, y RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 177. Critica esa posibilidad de adopción *ex officium* BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, p. 478.

264. Para acordar medidas cautelares patrimoniales frente a un tercero civilmente responsable es necesaria instancia de parte, por exigirlo así el art. 615 LECrim.

265. Huelga decir que la fianza supone una injerencia en el patrimonio del imputado con independencia de su naturaleza (pignoraticia, hipotecaria, con garantía de una entidad bancaria o aseguradora), y de que quien la preste sea el propio imputado o una tercera persona, habida cuenta que, en este último caso, el fiador adquiere una acción de reembolso frente al inculpado (art. 1838 CC).

266. Lamentablemente, no sucede así en nuestra práctica forense, donde los autos que abren las piezas de responsabilidad civil suelen responder a fórmulas estereotipadas en las que ni tan siquiera se hace expresa referencia al *fumus boni iuris*, como por ejemplo la siguiente: "Requiérase a (...) para que preste fianza por la cantidad de (...) *para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en definitiva, puedan declararse pertinentes* y, transcurrido el plazo de veinticuatro horas establecido en el artículo 597 de la Ley Procesal Penal sin verificarlo, procédase al embargo de sus bienes en cantidad suficiente para cubrir dichas responsabilidades..." (Auto JI núm. 5 Barcelona 17 octubre 2001, Sumario 1/2001, y en términos análogos los Autos JI núm. 32 Barcelona 5 enero 2000, DP 2102/1999, y JI núm. 26 Barcelona 13 marzo 1998, DP 817/1996).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

ción de insolvencia de este último[267]. Por lo tanto, y con independencia de las críticas a la actual situación normativa efectuadas anteriormente, hay que entender que el tercero debe afianzar con independencia de su actitud y de su mayor o menor solvencia, pues es precisamente a eso a lo que está obligado en virtud de la particular relación jurídica (familiar, administrativa, contractual...) que le liga con el inculpado.

2. *El secuestro y la ocupación de bienes*

132. En el proceso penal, la aprehensión y el posterior depósito de bienes muebles puede efectuarse o acordarse con tres finalidades bien distintas: la estrictamente cautelar de asegurar las responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse procedentes o la ejecución de un eventual decomiso (arts. 127 y 128 CP); la de aseguramiento de la prueba, que exige recoger y conservar determinados objetos para utilizarlos como piezas de convicción en el acto del juicio, o bien para proceder a su examen al efecto de extraer material probatorio, y la de protección de la víctima, que permite secuestrar determinados bienes para evitar la consumación del delito o reducir sus efectos[268]. En los tres casos, la ocupación puede recaer tanto sobre bienes del imputado como sobre efectos en poder de terceros. Es más, estos terceros pueden ser tanto responsables civiles subsidiarios como personas por completo ajenas al proceso, lo que por ejemplo ocurrirá cuando tengan en su poder objetos que, por su íntima relación con el delito, deben incorporarse al proceso como prueba documental.

Nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal no regula la posibilidad de ocupar bienes de una forma unitaria y sistemática, sino que se refiere a ella en diversos preceptos con una terminología muy dispar, y sin distinguir nítidamente las tres finalidades apuntadas. Así, el artículo 13 LECrim contempla entre las primeras diligencias "la de consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer", y la de "recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente". El artículo 334 LECrim ordena al Juez instructor "recoger (...) las armas, instrumentos o efectos de cualquiera clase que puedan tener relación con el delito y se hallen en el lugar en que éste se cometió, o en sus inmediaciones, o en poder del reo, o en otra parte conocida", efectos que posteriormente se retienen en el Juzgado o Depósito judicial, o bien se dejan en manos de su propietario[269], no pudiendo ser reinvindicados por nadie durante el proceso[270]. Idénticas normas deben reputarse aplicables a los documentos, instrumentos y efectos del delito que se recojan con ocasión de una diligencia de entrada y registro en lugar cerrado (art. 574 LECrim), o que se exhiban por un tercero a requerimiento de la autoridad judicial (art. 575 LECrim). El artículo 586 LECrim autoriza al Juez a conservar en su poder la correspondencia del imputado referente a los hechos de la causa. Por su parte, el artículo 785, 8.ª c) LECrim contempla la posibilidad de ordenar la intervención del vehículo y la retención del permiso de circulación del mismo en el procedimiento abreviado, "cuando fuere necesario practicar alguna investigación en aquél o para asegurar las responsabilidades pecuniarias, en tanto no conste acreditada la solvencia del imputado o del tercero responsable civil"[271]. Finalmente, el artículo 816 LECrim establece el secuestro de publicaciones y otros medios mecánicos de publicación, cuando el proceso se haya incoado por un delito cometido por utilización de los mismos, medida que también se contempla en el artículo 3.2 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona.

267. *Vid.* SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima...*, cit., p. 142.

268. Ampliamente sobre esta pluralidad de finalidades del secuestro de los instrumentos del delito, *vid.* ARANGÜENA FANEGO, *Teoría general de las medidas cautelares reales...*, cit., pp. 41-46. Téngase en cuenta, no obstante, que tratándose de sustancias estupefacientes también es posible proceder a su destrucción: cfr. art. 338 II LECr.

269. En concreto, los bienes intervenidos y los no depositados se conservan en el Depósito judicial, en las ciudades donde existe, o en el propio Juzgado en los demás casos. Si se entregan a un depositario porque el Juez no estime necesaria la retención, éste será en principio el propietario del bien: cfr. RD 2783/1976, 15 octubre, sobre conservación y destino de piezas de convicción, y a Orden de 14 de julio de 1983 que lo desarrolla en lo relativo a los depósitos judiciales. Obviamente, de todo lo anterior se exceptúan aquellos casos en los que se ordene la destrucción de los objetos intervenidos, en los términos previstos por el artículo 338 II LECrim.

270. Cfr. asimismo los arts. 282, 330, 338 I, 367, 567, 620 II y 786, 2.ª *a)* LECrim. La ocupación de bienes en poder de terceros también aparece mencionada en el artículo 619 LECrim, al que a su vez se remite el art. 620 I LECrim, donde se prevé la necesidad de formar pieza separada para todo lo relativo a dicha ocupación y a la posterior restitución del bien a su legítimo poseedor. Debe recordarse, finalmente, la posibilidad de que la retención sobreviva al propio proceso, como ocurrirá cuando éste se haya sobreseído y un tercero solicite el mantenimiento de esa retención alegando que se propone reivindicar el bien por vía civil: cfr. art. 635 LECrim.

271. Cfr. también el art. 786, 2.ª c) LECrim.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

133. Sin ánimo de entrar en disquisiciones terminológicas, sí es preciso distinguir nítidamente las medidas expuestas en función de la finalidad que persiguen, puesto que ese distinto fundamento debe reflejarse a su vez en la motivación. En este sentido, lo primero que debe advertirse es que la inicial aprehensión de objetos, fruto de una operación policial, una entrada y registro o una inspección ocular realizada por el Juez instructor, no precisa fundamentación alguna. De hecho, nos encontramos ante un acto de "coerción directa"[272] que se documenta en el correspondiente acta, pero que no se plasma en una resolución judicial específica y que ni siquiera tiene por qué provenir de un órgano jurisdiccional. Por el contrario, en un momento posterior, o inicialmente en los casos en que se ordena la aprehensión de un bien ya conocido, el Juez instructor debe justificar los concretos motivos que le llevan a acordar la retención de ese determinado objeto, y es aquí donde se impone distinguir las tres finalidades anteriormente referidas.

Cuando la ocupación responde a la finalidad de asegurar la prueba, lo que el Juez debe justificar es la necesidad de retener el bien aprehendido para practicar una investigación en el mismo, o simplemente para que no desaparezca[273]. Sin embargo, cuando esas comprobaciones ya se han realizado, o el bien debe ser objeto de prueba durante el juicio oral pero no concurre ese peligro de desaparición (vgr. el objeto pertenece a la víctima, o bien es propiedad del inculpado pero no constituye una prueba incriminatoria, sino de descargo), deberá optarse por dejar la cosa en poder de su propietario o poseedor, apercibiendo a este último de las obligaciones que le corresponden en su calidad de depositario.

Por el contrario, para poder acordar un depósito o secuestro cautelar será necesario justificar que existe un riesgo de insolvencia en el imputado, o bien que el objeto aprehendido no le pertenece y debe ser restituido a su legítimo propietario. En efecto, a diferencia de lo que ocurre en lo relativo a la fianza y el embargo, donde nuestro legislador tiende a presumir aquel riesgo de insolvencia con base en la mera imputación, la intervención de bienes exige una motivación expresa de la necesidad de la medida. Al menos, así parece desprenderse del artículo 785, 8.ª c), que prevé la intervención de vehículos con finalidad cautelar "en tanto no conste acreditada la

272. CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 549.

273. Se refieren a esta finalidad los artículos 13 y 786, 2.ª c) LECrim, el segundo de ellos en referencia a los "secuestros" policiales.

solvencia del inculpado o del tercero responsable civil". Debe reconocerse, sin embargo, que en la práctica será posible obviar esa exigencia de motivación cuando se pretenda trabar un determinado objeto, habida cuenta que el órgano jurisdiccional siempre puede decretar el embargo de los bienes inicialmente retenidos, incluso aunque se hayan depositado en manos del inculpado[274]. Por consiguiente, sería deseable una reforma que generalizase expresamente la obligación de motivar las medidas cautelares patrimoniales.

Finalmente, si la medida se acuerda para evitar la consumación o los efectos de un delito, como ocurre en el supuesto previsto por los artículos 816 LECrim y 3.2 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, hay que entender que la motivación se completa con la simple mención de esa circunstancia, que justifica sobradamente el secuestro del material o medio de publicación[275].

3. La fijación de pensiones provisionales a las víctimas

134. Nuestra vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal contempla la posibilidad de acordar pensiones provisionales a las víctimas y a las personas que están a su cargo, si bien es cierto que lo hace únicamente para el procedimiento abreviado y en relación con un ámbito delictual muy específico. En efecto, el artículo 785, 8.ª d) LECrim permite al Juez de instrucción acordar la pensión provisional que considere necesaria en cuantía y duración a los efectos descritos, siempre que el proceso se refiera a hechos derivados del uso y circulación de vehículos a motor. En estos casos, la pensión corre por cuenta del asegurador hasta el límite del Seguro Obligatorio, o bien, en defecto de aquél, con cargo a la fianza o al Consorcio de Compensación de Seguros, en los supuestos en los que éste deba responder civilmente.

274. Cfr. art. 2, 3.ª y 4.ª del mencionado RD 2783/1976, de 15 de octubre.

275. Siempre, claro está, que el secuestro resulte eficaz porque la difusión no se ha completado todavía, como advierte A. DEL MORAL GARCÍA, en AA.VV., *Enjuiciamiento criminal*, cit., T. II, p. 2999, quien se refiere asimismo al riesgo de que el secuestro opere "como acicate para estimular más la divulgación al actuar como espoleta de la curiosidad del público".

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

Como sabemos, la finalidad de esta medida provisional es la protección de la víctima y de las personas dependientes de la misma. Ahora bien, en este caso esa protección no se despliega frente a la reiteración delictiva, como ocurre con la medida personal de alejamiento, sino más bien frente a la necesidad o el desamparo económico que pueda haber producido el presunto hecho punible[276]. Nos encontramos por lo tanto ante una medida provisional de naturaleza patrimonial y de finalidad tuitiva, mediante la que, en última instancia, se adelanta en el tiempo una indemnización más o menos previsible, atendiendo al estado de necesidad económica en el que se encuentran quienes están abocados a percibirla al final del pleito. El objetivo no es otro, por consiguiente, que evitar que el paso del tiempo necesario para la sustanciación del proceso redunde en perjuicio de las personas que se ven forzadas a acudir al mismo para obtener una compensación económica por los daños sufridos en un determinado siniestro.

135. En relación con la medida prevista en el artículo 785, 8.ª c) LECrim, lo primero que llama la atención es el hecho de que el pago de la pensión provisional corra necesariamente por cuenta de la compañía aseguradora civilmente responsable, quedando excluida la posibilidad de exigírsela al responsable penal[277]. Sin embargo, ya se ha indicado que esta anómala situación podría tener su explicación en la especial singularidad de la medida que se está analizando, puesto que, si bien se mira, la pensión provisional es la única actuación que no persigue evitar una previsible actuación dañosa del imputado *lite pendente*. Precisamente por ello, el legislador podría haber entendido que resulta demasiado gravoso exigir a este último el pago de una pensión durante la sustanciación del proceso, por no existir un motivo lo suficientemente grave, relacionado con su propia conducta, que justifique semejante sacrificio pecuniario, máxime teniendo en cuenta que los beneficiarios de las pensiones provisionales no están obligados a devolver las cantidades recibidas en los casos en los que el proceso termina con una sentencia absolutoria[278]. En el caso de las compañías aseguradoras,

276. Cfr. *supra*, Sec. 2.ª, apdo. I.7.

277. Critica esta situación CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 558, a quien sigue BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, p. 477.

278. MORENO CATENA, *et al.*, *El Proceso Penal*, cit., p. 1829; SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima...*, cit., p. 157, y los que citan.

por el contrario, nos encontramos ante entidades solventes, para las que el pago de una pensión provisional no debería suponer un trastorno económico de gravedad, lo que podría explicar que deban ser ellas y no el imputado las que se vean obligadas a soportar la medida provisional. Se trata, en definitiva, de una decisión de política legislativa provocada por una pugna entre intereses contrapuestos: la necesidad de ayuda económica de las víctimas justifica el sacrificio de la compañía aseguradora, pero no el de un imputado, presuntamente inocente, del que no se espera una conducta perjudicial o negativa, por lo que es aquella compañía, y no éste, la que debe soportar el gravamen que supone la pensión provisional.

Por las razones expuestas, hay que entender en contra de ciertos sectores doctrinales que no es deseable una extensión generalizada de la medida objeto de estudio[279]. Cuando menos, dicha extensión debería limitarse a aquellos casos en los que existe una compañía aseguradora que deba responder civilmente u otra entidad igualmente solvente (vgr. una administración pública), para las que el pago a fondo perdido de las pensiones provisionales no suponga un perjuicio económico de tanta gravedad como lo sería para el propio imputado. De lo contrario, se estaría imponiendo a este último un gravamen desproporcionado, habida cuenta que la medida no persigue evitar una previsible conducta dañosa proveniente del mismo.

4. LA ANOTACIÓN PREVENTIVA DE QUERELLA

136. Como es sabido, la anotación preventiva de querella constituye una medida cautelar de naturaleza patrimonial, no prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que consiste en la práctica de una anotación registral preventiva de la acción civil *ex delicto* acumulada a la acción penal, a los efectos previstos por el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria. Por consiguiente, la anotación se practica en la hoja registral correspondiente a un bien mueble o inmueble propiedad del imputado, y puede traer causa tanto del escrito de querella como de otro posterior en el que se ejercite la acción civil, como ocurrirá en aquellos casos en los que este ejercicio se produzca

279. En contra, entendiendo además que esa extensión ya es viable *de lege data*, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *op. cit.*, p. 559; MORENO CATENA, *et al.*, *El Proceso Penal*, cit., p. 1828, y SOLÉ RIERA, *La tutela de la víctima...*, cit., pp. 156-157.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

como consecuencia del ofrecimiento de acciones previsto en el artículo 109 LECrim. En ambos casos, la anotación se ejecuta librando mandamiento por duplicado al Registrador de la Propiedad o Mercantil, que devuelve uno indicando haber llevado a cabo la anotación, o denegándola si el bien (vgr. finca urbana o rústica, acciones nominativas anotadas en un libro-registro...) no están inscrito a favor del inculpado.

137. En principio, la atipicidad de la anotación preventiva de querella debería excluir su utilización en la práctica, tal y como ya ha habido ocasión de advertir con anterioridad[280]. Al fin y al cabo, la medida comporta una carga para los bienes raíces o muebles sobre los que recae, lo que en definitiva supone una injerencia en el patrimonio del inculpado que, como tal, debería contar con una base legal específica. Lo cierto es, sin embargo, que existe un precepto legal extravagante cuyo texto puede servir de soporte a la medida. Se trata del artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, que autoriza a pedir la anotación preventiva de su derecho a todo aquel que demandare en juicio la propiedad de bienes inmuebles o la constitución, declaración, modificación o extinción de cualquier derecho real, posibilidad que la DGRN ha extendido a las anotaciones preventivas de demandas en las que se ejercitan acciones personales de cualquier naturaleza, siempre que tengan alguna trascendencia registral. Evidentemente, entre estas acciones con trascendencia registral puede perfectamente encontrarse la acción de resarcimiento por daños y perjuicios derivada del hecho delictivo, lo que ha determinado que la anotación preventiva de querella venga siendo reiteradamente reclamada por la práctica forense y la doctrina científica[281]. Atendiendo a esta necesidad, la propia DGRN ha admitido recientemente la anotación preventiva de las querellas en las que se ejercita esa acción civil derivada del delito con trascendencia registral[282], corrigiendo de este modo

280. Cfr. *supra*, Sec. 2.ª, apdo. III.1.5.

281. Véanse, por todos, BARONA VILAR, *Derecho Jurisdiccional*, cit., T. III, p. 477, y RIFÁ SOLER, VALLS GOMBAU, *Derecho Procesal Penal*, cit., p. 177.

282. RRDGRN 13 noviembre 2000 (Ar. 2574/2001), 15 noviembre 2000 (Ar. 863/2001) y 14 noviembre 2000 (Ar. 862/2001). Concretamente, en el FD 2.º de la primera de ellas se establece que "ciertamente es doctrina de este Centro Directivo, basada en el propio artículo 42 de la Ley Hipotecaria, que no cabe reflejar registralmente por vía de anotación preventiva la mera interposición de querella criminal. Ahora bien lo anterior no implica que cuando en la querella se hace valer no sólo la acción penal sino también la civil, quede

su anterior doctrina contraria a la práctica de esta medida, que había generado importantes dificultades para obtener la anotación preventiva en el Registro de la Propiedad[283].

138. Por lo que a su fundamento se refiere, la anotación preventiva de querella constituye una medida provisional de naturaleza eminentemente cautelar, habida cuenta que su finalidad es garantizar la eficacia de una eventual sentencia condenatoria. En concreto, la anotación puede perseguir básicamente dos objetivos: evitar la insolvencia sobrevenida del imputado, o garantizar la posibilidad de reintegrar al patrimonio de la víctima o de un coimputado un bien indebidamente extraído del mismo (vgr. mediante una estafa o un alzamiento de bienes). En ambos casos, la anotación produce el efecto de conferir publicidad registral a la acción civil ejercitada, impidiendo al encausado la transmisión del concreto bien afectado a terceros de buena fe durante la pendencia del juicio, por lo que su necesidad práctica está fuera de toda duda en numerosos procesos penales, sobre todo en el ámbito

vedada en todo caso la vía de la anotación preventiva para hacer constar registralmente el ejercicio de esta última. Por el contrario, si se analiza el artículo 42.1 de la Ley Hipotecaria, se advierte que el objeto de la anotación en tal precepto contemplada es el «demandar en juicio la propiedad de los bienes inmuebles o la constitución, modificación, transmisión o extinción de un derecho real inmobiliario», esto es, el ejercicio de la acción de trascendencia real inmobiliaria, siendo indiferente el procedimiento a través del cual aquélla (se hace) valer y, consiguientemente, el vehiculo formal que para ello se emplee (demanda o querella). Si a lo anterior se añade: *a)* Que la ejecución de un delito tipificado por la Ley obliga a reparar los daños causados. *b)* Que las acciones civiles que nacen de un delito o falta pueden ejercitarse conjuntamente con las penales (...). *c)* Que la actuación de la responsabilidad civil derivada del delito puede conducir a que el Tribunal Penal declare la nulidad de un título inscrito en el Registro, con todas las consecuencias que ello lleva aparejado, como reiteradamente tiene mantenido el Tribunal Supremo (...); habrá de concluirse que ningún obstáculo existe para hacer constar por vía de anotación preventiva el ejercicio en la querella criminal de la acción civil derivada del delito si esta acción, como ahora ocurre, tiene efectiva trascendencia registral (cfr. artículos 1, 2, 40 y 42 Ley Hipotecaria), a fin de garantizar en el ámbito registral la efectividad del pronunciamiento judicial que en su día se dicte; siendo preciso, en todo caso que del mandamiento resulte el contenido de la acción civil ejercitada o se adjunte al mismo el texto de la querella que se recoja el correspondiente suplico, pues, como se ha señalado, no es la mera interposición de la querella sino el ejercicio a través de ella de una acción civil de trascendencia real (*sic.*), lo que efectivamente se anota".

283. Para un análisis crítico de esta doctrina, cfr. MARTÍN PASTOR, J.: "**La anotación preventiva de querella** (Sobre la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)", *Rev. Crit. D. Inm.*, 1998, núm. 649 (pp. 1883-1991), pp. 1892 y ss.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

de la denominada delincuencia económica (vgr. alzamientos de bienes, insolvencias punibles, apropiaciones indebidas, delitos fiscales, estafas, delitos societarios...).

Como puede suponerse, el fundamento descrito y la propia naturaleza de la anotación preventiva simplifican enormemente su motivación en el auto que las acuerda. En efecto, el *periculum in mora* necesario para la concesión de la medida se encuentra completamente objetivado, puesto que se produce con el mero transcurso del tiempo inherente a todo proceso jurisdiccional, durante el que podría producirse la transmisión de los bienes inscritos a un tercero de buena fe. En consecuencia, verificándose la trascendencia registral a la que se ha hecho alusión, no es necesario motivar un específico riesgo concreto para la eficacia del proceso, ni tampoco hacer alusión a la finalidad de la medida de forma particularizada, siendo suficiente con que el Juez indique que su adopción responde a la necesidad de asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes[284].

5. Otras medidas provisionales patrimoniales

139. Como ya se ha indicado, existen en la práctica forense algunas otras medidas provisionales patrimoniales carentes de una regulación legal específica, pero similares en su articulación y efectos a las que sí aparecen expresamente reguladas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Pueden mencionarse, a modo de ejemplo, la prohibición de disponer que puede acordarse frente a un imputado para que no enajene bienes de su propiedad[285], el precinto de unas determinadas instalaciones o instrumentales, el secuestro o la administración judicial de empresas, las prohibiciones de vender o fabricar, etc. Como también sabemos, el Tribunal Constitucional ha declarado estas medidas conformes a Derecho, pese a que podría pensarse que su atipicidad debería excluir su utilización, habida cuenta que se trata de actuaciones limititativas de los derechos del imputado[286]. Sin perjuicio de ello, su efectiva

284. De acuerdo Martín Pastor, J.: *La anotación preventiva de querella*, cit., pp. 1910-1911.

285. En la práctica, esta medida suele aparecer acompañada de otras de refuerzo, como la anotación preventiva —si el bien es inscribible.

286. Cfr. *supra*, Sec. 2.ª, apdo. III.1.5.

utilización por nuestros Tribunales y ese respaldo del Tribunal Constitucional aconsejan un breve examen de su fundamento y motivación.

140. Es innegable que la existencia de todas estas medidas atípicas responde a la necesidad de suplir la insuficiencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tutela provisional patrimonial. Ahora bien, lo primero que cabe exigir de todas ellas es que respondan a una de las finalidades constitucionalmente legítimas de dicha tutela: la garantía de la eficacia de la eventual sentencia condenatoria, el aseguramiento de los medios de prueba o la protección de la víctima frente a una eventual reiteración delictiva. A su vez, esa finalidad deberá ponerse de manifiesto en la motivación del auto por el que se acuerda la medida, en el que también deberá acreditarse su necesidad a la luz de las circunstancias del caso concreto. Veamos cómo se plasman estas exigencias en algunas de las medidas atípicas anteriormente referidas:

a) Por lo que respecta a la prohibición de disponer, su motivación es sencilla. Esta medida responde a un objetivo claramente cautelar, toda vez que persigue garantizar la futura ejecución *in natura* de la sentencia condenatoria, que se vería frustrada o dificultada si uno o varios bienes saliesen del patrimonio del encausado (vgr. porque deben reintegrarse al patrimonio de otro coimputado para que puedan ser objeto de embargo por la Hacienda Pública). A su vez, este *periculum in mora* aparece objetivado, puesto que la facultad de disponer podría utilizarse durante la pendencia del proceso en favor de un tercero de buena fe, por lo que no es necesario justificar la concurrencia de unas determinadas circunstancias personales en el imputado. Por consiguiente, el Juez o Tribunal puede limitarse a hacer constar ese fundamento de forma genérica, justificando de este modo la necesidad de la actuación[287].

287. Así ocurre en la práctica, como por ejemplo en el auto de apertura de juicio oral del JI núm. 15 Barcelona 11 marzo 1999 (PA 0414/98-BB), donde la prohibición de disponer se acordó como medida cuatelar en un proceso por un delito de alzamiento, y referida a la mitad indivisa de ciertas fincas, justificándose como necesaria "*para asegurar las responsabilidades pecuniarias* que, en definitiva, puedan declararse procedentes y de conformidad a lo solicitado por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado *y a efecto de asegurar el reintegro al patrimonio de J.C.B. de los bienes, que conforme a las acusaciones formuladas fueron indebidamente extraídos...*" (la cursiva es mía).

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

b) En el caso del precinto de locales, instalaciones o instrumentales, y las prohibiciones de vender o fabricar, el objetivo que se persigue no es cautelar, sino más bien tuitivo, puesto que lo que se pretende es proteger a las víctimas de ulteriores actuaciones punibles, o de la continuación del presunto delito ya cometido (vgr. precinto del instrumental de un médico o curandero acusado de instrusismo). Se trata, por lo tanto, de una medida similar en sus fines y naturaleza al secuestro de materiales o medios de publicación, ya examinado con anterioridad. En consecuencia, la motivación del auto que ordena el precinto o la prohibición podrá ser tan sucinta como la del referido secuestro: bastará con que el Juez haga mención de esa necesidad de evitar la reiteración o continuación delictiva, argumentando en su caso la imposibilidad de que el material o local precintado, o la empresa destinataria de la prohibición se dediquen a actividades lícitas a cargo de personas distintas de las ya encausadas.

c) Por lo que se refiere, finalmente, a la administración judicial o el secuestro de empresas, su finalidad puede ser tanto cautelar como de seguridad, dependiendo de que la medida se adopte para evitar una mala gestión que pueda reducir sus frutos o su valor, o bien para evitar que sus representantes reincidan en la presunta conducta ilícita que se está enjuiciando. En el primer caso, sin embargo, es muy improbable que la medida pueda llegar a adoptarse de forma autonóma, pues lo normal será que la empresa o sus frutos hayan sido intervenidos cautelarmente (vgr. para garantizar su restitución), o bien embargados como consecuencia del impago de una fianza real, y que el nombramiento de administrador se haya acordado al efecto de supervisar su funcionamiento o de garantizar la traba respectivamente, en cuyo caso es obvio que la actuación no es atípica, sino que se rige por lo previsto en los artículos 605 y siguientes o 619 LECrim, como también lo es que su motivación será la propia del secuestro o embargo del que trae causa. Por el contrario, cuando la administración se acuerda para evitar la reiteración delictiva, el Juez deberá motivar que la medida es necesaria para evitar la actuación irregular llevada a cabo por los encausados, y que este riesgo justifica la sustitución de los gestores de la empresa por el administrador judicial, de forma análoga a lo que veíamos al analizar los

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

precintos y los secuestros de materiales informativos o de publicación.

Bibliografía

AA.VV: *Detención y prisión provisional*, CGPJ, Madrid, 1996.

AA.VV.: *Enjuiciamiento Criminal* (dir. C. Conde-Pumpido Ferreiro), Trivium, Madrid, 1998.

AA.VV.: *Ley de Enjuiciamiento Criminal. Comentarios y jurisprudencia* (Coord. R. Cabedo Nebot), Edersa, Madrid, 2000.

Aguilera de Paz, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Reus, Madrid, 1924.

Alonso Pérez, F.: "El plazo de la detención", *La Ley,* núm. 5246 (13 febrero 2001), pp. 1 y ss.

Andrés Ibáñez, P.: "Presunción de inocencia y prisión sin condena", en AA.VV: *Detención y prisión provisional*, cit., pp. 13-46.

Arangüena Fanego, C.: *Teoría general de las medidas cautelares reales en el proceso penal español*, J.M. Bosch, Barcelona, 1991.

Armenta Deu, T.; Ormazábal Sánchez, G.: *Lliçons de dret processal penal*, Edicions de la Universitat Oberta de Catalunya, Barcelona, 1999.

Asencio Mellado, J.M.: *La prisión provisional*, Civitas, Madrid, 1987.

Asencio Mellado, J.M.: *Derecho Procesal Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998.

Ballesteros Martín, J.M.: "Cuestiones relativas a la prisión provisional en el Derecho español", *La Ley*, núm. 5452, 3 enero 2002, pp. 1-6

Banacloche Palau, J.: *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho español*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

Barona Vilar, S.: *Prisión provisional y medidas alternativas*, Bosch, Barcelona, 1988.

Barona Vilar, S.: "La prisión provisional en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado (Tutela efectiva y doctrina constitucional: Sentencia del Tribunal Constitucional 128/1995, de 26 de julio), *RGD* 1996, núm. 618, pp. 1825-1852.

CADENAS CORTINA, C.: "La prisión provisional en el Derecho comparado y en la experiencia europea continental", en AA.VV: *Detención y prisión provisional*, cit., pp. 103-147.

CALVO SÁNCHEZ, M.ª C.: "De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre", *La Ley* 1985-I, pp. 1178-1185.

FENECH, M.: *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1982.

GIMENO SENDRA, V.: *El proceso de "habeas corpus"*, Tecnos, Madrid, 1985

GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V.; CORTÉS DOMÍNGUEZ, V.: *Derecho Procesal Penal*, 3.ª ed., Colex, Madrid, 1999.

GIMENO SENDRA, V.; CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C.; GARBERÍ LLOBREGAT, J.: *Los procesos penales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2000.

GIMENO SENDRA, V.: "La necesaria reforma de la prisión provisional", *La Ley,* núm. 5412 (5 noviembre 2001), pp. 1-5.

GÓMEZ ORBANEJA, E.: *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. I, Bosch, Barcelona, 1947.

GÓMEZ ORBANEJA, E.; HERCE QUEMADA, V.: *Derecho Procesal Penal*, 10.ª ed., Madrid, 1987.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.: *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990.

DE HOYOS SANCHO, M.: *La Detención por Delito*, Aranzadi, Pamplona, 1998.

ILLESCAS RUS, A.-V.: "Las medidas cautelares personales en el procedimiento penal", *RDProc.*, 1995, núm. 1, pp. 63-140.

IZAGUIRRE GUERRICAGOITIA, J.M.ª: "La aplicación al menor de edad de la legislación procesal antiterrorista a la luz de la Ley de Responsabilidad Penal del Menor", *La Ley*, núm. 5240 (5 febrero 2001), pp. 1 y ss.

JORGE BARREIRO, A.: "La prisión provisional en la Ley de Enjuiciamiento Criminal", en AA.VV: *Detención y prisión provisional*, *op. cit.*, pp. 47-101.

KLEINKNECHT, T.; MEYER, K.; MEYER-GOßNER, L.: *Strafprozeßordnung. Gerichtsverfassungsgesetz, Nebengesetze und ergänzende Bestimmungen*, 43.ª ed., C.H. Beck, München, 1997.

LEAL MEDINA, J.: "La prohibición de residir y de acudir a determinados lugares: medida de seguridad, pena principal, pena accesoria, medida cautelar o posible obligación en el caso de ejecución de las penas privativas de libertad", *La Ley*, núm. 5409, 1 noviembre 2001, pp. 1-6.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

MÁLAGA DIÉGUEZ, F.: *La litispendencia*, J.M. Bosch, Barcelona, 1999.

MÁLAGA DIÉGUEZ, F.: "Detención y Retención", *Justicia* 2001, n.º 2, en prensa.

MARTÍN PASTOR, J.: "La anotación preventiva de querella (Sobre la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado)", *Rev. Crit. D. Inm.*, 1998, núm. 649, pp. 1883-1991.

MATTES, H.: *La prisión preventiva en España*, CEU, Madrid, 1975.

MONTERO AROCA, J.; GÓMEZ COLOMER, J.-L.; MONTÓN REDONDO, A.; BARONA VILAR, S.: *Derecho Jurisdiccional*, T. III (*Proceso Penal*), 9.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MORENO CATENA, V.: "En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980", *RDProcIb.* 1981, núm. 4, pp. 637-668.

MORENO CATENA, V.; COQUILLAT VICENTE, A.; DE DIEGO DÍEZ, A.; JUANES PECES, A.; DE LLERA SUÁREZ BÁRCENA, E..: *El Proceso Penal. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

DE LA OLIVA SANTOS, A.; ARAGONESES MARTÍNEZ, S.; HINOJOSA SEGOVIA, R.; MUERZA ESPARZA, J.; TOMÉ GARCÍA, J.A.: *Derecho Procesal Penal*, 4.ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1999.

ORTELLS RAMOS, M.: "Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal", *RGLJ*, 1978, núm. 5, pp. 439-489

PEDRAZ PENALVA, E.: *Las medidas cautelares reales en el proceso penal ordinario español*, Trivium, Madrid, 1985.

PÉREZ GORDO, A.: "Libertad provisional y prisión provisional en la Constitución, en la LECr. y en los textos legales y jurisprudenciales", *Justicia* 1984, pp. 7-37.

PFEIFFER, G. (director): *Karlsruher Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz mit Einführungsgesetz*, 4.ª ed., C.H. Beck, München, 1999.

RAMOS MÉNDEZ, F.: *El proceso penal. Sexta lectura constitucional*, J.M. Bosch editor, Barcelona, 2000.

RIFÁ SOLER, J.M.; VALLS GOMBAU, J.F.: *Derecho Procesal Penal*, Iurgium, Madrid, 2000.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: "La prisión provisional: ¿Pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad?", *La Ley*, 1984-II, pp. 1056-1059.

RODRÍGUEZ RAMOS, L.: *La detención*, Akal/Iure, Madrid, 1987.

ROXIN, C.: *Strafverfahrensrecht*, 24.ª ed., C.H. Beck, München, 1995.

SALIDO VALLE, C.: *La Detención policial*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Libertad provisional", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. XV, F. Seix, pp. 441-444.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Función del indicio en el proceso penal", en *Estudios de Derecho Procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pp. 699-711.

SERRA DOMÍNGUEZ, M.: "Incomunicación de detenidos", en *Estudios...*, pp. 712-715.

SILVA SÁNCHEZ, J.M:: "¿Cuándo se interrumpe la prescripción del delito? [A propósito del Fundamento de Derecho 1.º de la sentencia AP Barcelona (Sección 3.ª) de 22 de enero de 1999], *La Ley*, núm. 4934 (24 noviembre 1999), pp. 1 y ss.

SOLÉ RIERA, J.: *La tutela de la víctima en el proceso penal*, J.M. Bosch, Barcelona, 1997.

TIRADO ESTRADA, J.: "Violencia familiar y las nuevas medidas cautelares penales de la Ley Orgánica 14/1999, de 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal", *La Ley*, núm. 4888 (21 septiembre 1999), pp. 1-8.

DE URBANO CASTRILLO, E.: "El alejamiento del agresor, en los casos de violencia familiar", *La Ley*, núm. 5248 (15 febrero 2001), pp. 1-6.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EJECUCIÓN EN ESPAÑA DE UNA SENTENCIA INGLESA DICTADA EN REBELDÍA CONTRA UN DEMANDADO ESPAÑOL

PROF. DR. FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Universitat Pompeu Fabra

I. EL SUPUESTO DE HECHO

Se trata de responder a las preguntas siguientes:

1. Si una sentencia de un Tribunal inglés dictada en rebeldía contra un demandado español, puede ser ejecutada en España.
2. Si la alegación de que dicha sentencia es contraria al orden público español, al amparo del art. 27,1º del Convenio de Bruselas de 1968, tiene posibilidad de éxito.

Para responder a dichas cuestiones, parece conveniente examinar sumariamente los siguientes aspectos:

1. El concepto de sentencia dictada en rebeldía.
2. La ejecución de sentencias en rebeldía, según el Convenio de Bruselas.
3. El concepto de orden público.

II. El concepto de sentencia en rebeldía

1. En este aspecto, parece diferente la posición del derecho inglés de la postura que adopta el derecho español. Un Tribunal inglés puede dictar una sentencia en rebeldía, entre otras, en las circunstancias siguientes:

a) Cuando el demandado, emplazado regularmente para el juicio, deja de comparecer voluntariamente en tiempo útil para contestar la demanda y no formula oposición alguna a la misma.

b) Cuando el demandado, personado en el juicio, no cumple una *Disclosure Order* del Tribunal o la cumple insatisfactoriamente, en base al *comtempt of Court*.

c) Cuando el demandado, personado en el juicio, no cumple, o lo hace irregularmente, otras *Directions* del Tribunal para el ulterior desarrollo del caso, como, el *discovery, witness statements*, etc., también en base al *contempt of Court*.

2. El derecho procesal español presenta las siguientes características:

a) Sólo conoce la situación de rebeldía del demandado en el primero de dichos casos, es decir, cuando el demandado, regularmente emplazado, no comparece en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento (art. 496, 1 LEC). La llamada rebeldía sobrevenida no existe en derecho español. La inactividad del demandado, una vez personado en las actuaciones, se rige por las reglas de la preclusión, esto es, pérdida de las oportunidades procesales que no quiera aprovechar.

b) El hecho de la rebeldía del demandado, sin embargo, no significa que se dicte inmediatamente sentencia de conformidad con las peticiones del demandante. La regla general del derecho español es que la declaración de rebeldía no es considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario (art. 496, 2 LEC). Después de notificarle la declaración de rebeldía, el juicio sigue su curso (art. 497 LEC). El actor tiene pues que probar los hechos constitutivos de su pretensión y la sentencia no necesariamente ha de condenar al demandado por el simple hecho de su incomparecencia. Como en el resto de los juicios, el juez es libre de dictar el fallo que proceda, a tenor de las pruebas presentadas por el demandante.

c) El demandado rebelde puede, no obstante, comparecer en cualquier momento posterior en el proceso, sin limitaciones, pero sin que éste retroceda en su curso (art. 499 LEC).

d) No existe una situación similar a las enumeradas en 2.1 b) y c) del derecho inglés, que comporten automáticamente una sentencia de condena contra el demandado rebelde.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

III. La ejecución en España de una sentencia inglesa dictada en rebeldía

Se parte del supuesto de que la sentencia inglesa dictada en rebeldía se presenta ante un Tribunal español. Es útil pues colocarse en la posición del Juez español al que se le solicita la ejecución de dicha sentencia.

1. De entrada, el simple rótulo de *sentencia en rebeldía* llevaría al Juez español a la lectura del art. 27, 2º del Convenio de Bruselas, que, en su redacción española, dice que las resoluciones no se reconocerán:

> *"2º. Cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado o notificado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente, de forma regular o con tiempo suficiente para defenderse".*

La lectura instintiva de este precepto resulta casi obligada, pues desde el sistema de exequatur de la antigua LEC 1881 —todavía en vigor en este punto— existe como una tradición rutinaria respecto de las sentencias en rebeldía. El art. 954, 2º LEC 1881, aplicable a la solicitud de reconocimiento de sentencias extranjeras, exige que *éstas no hayan sido dictadas en rebeldía*. Una lectura literal del precepto impidió durante muchos años, de hecho, que las sentencias extranjeras dictadas en rebeldía superasen la barrera del exequatur en España. Ante dicho dato, cualquier español demandado ante un Tribunal extranjero adoptaba como única estrategia defensiva la mera incomparecencia, ignorando el juicio. Al fin y al cabo no había riesgo alguno de ejecución en España de la sentencia que dictase el Tribunal extranjero. Tal situación se mantuvo hasta el Auto del Tribunal Supremo es-

pañol de 25 de febrero de 1985 (Vid. RAMOS, *Adiós a la rebeldía táctica*, JUSTICIA 1987, p. 103 y ss. y *Schluss mit der Säumnis als Verfahrensstrategie*, Iprax 1988, p. 56 y ss.), que empezó a interpretar el art. 954, 2 LEC 1881 de una forma más razonable y conforme a principios procesales acuñados. En este sentido, a partir de entonces, se indica que dicha norma sólo protege al demandado al que no se ha emplazado debidamente, o al que no se le ha dado oportunidad de formular sus alegaciones y defensas ante el Tribunal extranjero. Pero la norma no tutela al demandado pícaro, que, enterado regularmente de la pendencia del juicio ante un Tribunal extranjero, adopta una actitud pasiva sin más, llamada rebeldía estratégica. Como se ve, esta última interpretación coincide con la previsión del art. 27, 2 del Convenio de Bruselas. Así pues, parece presumible que el juez español, ante la presencia de una sentencia en rebeldía, efectúe ante todo una valoración de las circunstancias a que alude este artículo.

2. El examen le llevará a verificar la regularidad del emplazamiento del demandado, de forma que haya tenido la posibilidad de defenderse efectivamente. Este punto, que no debía suscitar problema alguno aparentemente, no siempre recibe un tratamiento homogéneo en todos los ordenamientos.

Como regla general, un emplazamiento regular es aquel que se ha practicado conforme a las reglas procesales del foro donde se halla pendiente el proceso. En el supuesto que se está examinado serían aplicables las reglas procesales inglesas. Por lo que conozco, éstas son mucho más permisivas que las españolas, en tanto que el acto de citación lo puede realizar la propia parte interesada bajo determinadas circunstancias. En el derecho español, en cambio, el emplazamiento es un acto realizado directamente por un funcionario del Tribunal. El criterio para apreciar la regularidad del emplazamiento serían las prescripciones de la ley inglesa, que el juez español no conoce. Por ello, según las circunstancias, será preciso ilustrar al Tribunal sobre el contenido e interpretación de la ley inglesa en este punto.

Particularmente conflictivos pueden resultar los medios alternativos al emplazamiento personal *ad domum*. Tal puede ocurrir con fórmulas como la entrega de la citación a un pariente, a un vecino, por vía postal, o, en último término, mediante un edicto. En estos casos, la discusión sobre la regularidad del emplazamiento puede ser más compleja. Parece claro que el tribunal

de origen haya hecho un primer control del tema. Sin embargo, el art. 27,2 del Convenio de Bruselas autorizará al juez español a efectuar un segundo control a los solos efectos del exequátur. Los casos sometidos en el pasado al TJCE ponen de relieve que este segundo control se presta a muchas interpretaciones. (Sobre la cuestión, entre nosotros, monográficamente, puede consultarse RODRÍGUEZ VÁZQUEZ M.A., *Denegación de la eficacia de sentencias europeas por indefensión*, Barcelona 2001). Con todo, la jurisprudencia española viene ejercitando razonablemente este control, sin que se hayan detectado extralimitaciones hasta el presente. Como muestras de la aplicación que han efectuado los Tribunales españoles hasta la fecha pueden verse, entre otras, el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 1 febrero 1996 (RAMOS MÉNDEZ, *Jurisprudencia procesal civil internacional*, Barcelona 2001, p. 917 y ss.), el Auto de la Audiencia Provincial de Gerona de 7 de julio de 1999 y el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de marzo de 2001. Así pues, esta norma no sería en realidad obstáculo para la ejecución de la sentencia inglesa en España, al amparo de dicho Convenio.

3. Una ulterior eventualidad que hay que examinar es si han existido ampliaciones o modificaciones de la demanda inicial. En este caso, hay que comprobar que todas y cada una de dichas ampliaciones o modificaciones de la demanda hayan sido comunicadas regularmente al demandado español y se le haya dado ocasión de poder defenderse de los nuevos *points of claim*, o de la ampliación del proceso original. La posibilidad de tener conocimiento y defenderse de estas sucesivas ampliaciones de la demanda estaría también protegida por el art. 27,2 del Convenio de Bruselas.

IV. LA CUESTIÓN DEL ORDEN PÚBLICO

Probablemente, como se intuye, la cuestión del art. 27,2 del Convenio de Bruselas no agota las posibilidades de oposición a la ejecución en España de una sentencia inglesa dictada en rebeldía, bajo alguno de los supuestos enumerados en 2.1 b) y c). Como se ha indicado, el derecho español desconoce estas circunstancias que generan la posibilidad de dictar una sentencia en rebeldía en derecho inglés. La cuestión es saber si dichas modalidades de sentencia en rebeldía podrían infringir el orden público español, en el sentido del art. 27,1 del Convenio de Bruselas.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

1. La primera cuestión que puede apuntarse es que dichas sentencias inglesas son "*resoluciones*" en el sentido del art. 25 del Convenio y, por lo tanto, les es aplicable el reconocimiento automático en España, de acuerdo con el art. 26 y ss. del Convenio. Esta cuestión no necesita mayores explicaciones, que serían superabundantes.

2. La siempre vidriosa noción de orden público, recogida en el art. 27, 1 del Convenio, puede tener una doble vertiente: *sustantiva y procesal*. En el caso que nos ocupa, sólo es relevante esta última, pues se trata de saber si una sentencia inglesa en las condiciones de 2.1 b) y c) es o no contraria al orden público procesal español.

3. Según doctrina común, la noción de orden público no es una cuestión que deba definir el TJCE, sino que es una cuestión interna del foro, que, además, debe ser interpretada de forma restrictiva. En efecto, el Convenio de Bruselas sólo da relevancia a escasos defectos procesales, como motivos de oposición al reconocimiento. Para mayor seguridad los menciona expresamente: art. 27, 2, 3 y 5 del Convenio. Ninguno de estos defectos tiene relevancia para el supuesto examinado.

4. La resolución inglesa tendría que vulnerar flagrantemente reglas procesales españolas, de aquellas que se consideran garantías constitucionales. La sentencia inglesa, dictada en las condiciones que se han referido, tendría que infringir abiertamente principios y valores jurídicos fundamentales del sistema procesal español.

Una valoración de tal hipótesis es relativamente sencilla en este caso. La supuesta lesión de garantías fundamentales reconocidas en España, que harían a la sentencia inglesa contraria al orden público procesal español, vendría dada por alguno de los hechos siguientes:

a) Se equipara la inobservancia de una conducta positiva que se espera del demandado (no cumplimiento de la *Disclosure Order*) con un reconocimiento de la pretensión del demandante, que da lugar a una sentencia de condena en rebeldía.

b) Este mismo resultado podría derivar de la inobservancia por parte del demandado de ulteriores *Directions* del Juez en cuanto a otras actividades necesarias en la tramitación del caso, vgr. *discovery*.

5. Ninguna de dichas soluciones puede decirse que vulnere el orden público procesal español. Es cierto, que el derecho español, aun en los casos de rebeldía del demandado, exige del actor la prueba de los hechos base de su demanda, como regla general. Pero no es menos cierto que también existen supuestos en los que el derecho español también atribuye a la mera incomparecencia del demandado, regularmente citado, efectos igual de drásticos que los del derecho inglés, sin necesidad de ninguna actividad probatoria por parte del demandante. Como casos más relevantes pueden citarse los siguientes (Vid. VERGÉR GRAU J., en la obra colectiva *Comentarios a la nueva LEC*, Valladolid 2000, Lex Nova, p. 2380 y ss.):

a) Los diversos supuestos e hipótesis previstas en el ámbito del juicio verbal (art. 440, 1, 2, 3 y 4 LEC).

b) En los juicios monitorio (art. 816,1 LEC) y cambiario (art. 825 [illegible]).

Esto demuestra que ambas soluciones son conocidas tanto en el ordenamiento inglés como en el ordenamiento español. La opción por una u otra es una cuestión de oportunidad, que cada legislador ha elegido según las propias necesidades del foro.

6. Tratando de imaginar qué garantías constitucionales españolas podrían ser invocadas para argumentar la contrariedad de la sentencia inglesa con el orden público procesal español, se podría pensar básicamente en las de audiencia y contradicción y en el derecho de defensa. Ambas garantías están recogidas en el art. 24 de la Constitución española. Pero su infracción, en la hipótesis examinada, también puede descartarse de inmediato:

a) La garantía de audiencia y contradicción tiene su motivo propio en el artículo 27,2 del Convenio, cuya aplicación ya se ha examinado. Un demandado que voluntaria y tempestivamente no aprovecha las oportunidades procesales que le corresponden, no puede quejarse de que no ha sido oído.

b) La garantía de la defensa no se infringe tampoco cuando un demandado, advertido de las consecuencias de su conducta o inactividad, con el oportuno apercibimiento o referencia a la norma concreta que prevé dichas consecuencias, no hace nada y simplemente "se deja ir". Las leyes procesales españolas utilizan en estos casos el standard *"bajo el apercibimiento de lo que haya lugar"* para referirse a cualquier efecto negativo de la preclusión, es

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

decir, del oportuno aprovechamiento de cualquier trámite procesal. Enjuiciada desde esta perspectiva una sentencia inglesa que se dicta en rebeldía porque el demandado no cumple con las reglas del juego, desoye los mandatos de la Corte, etc., no se le puede hacer ningún reproche. Al fin y al cabo, el Juez inglés está aplicando una regla de preclusión interna, prevista en la correspondiente opción legislativa, que concreta el standard de "lo que haya lugar". Si la norma procesal inglesa prevé en esos casos la posibilidad de una sentencia en rebeldía y el Juez inglés la aplica, ello entra dentro de sus facultades. El Juez español no puede enjuiciar la bondad del sistema anglosajón al amparo del art. 27, 1 del Convenio de Bruselas. Sus únicas reservas deben limitarse al orden procesal interno español y en éste no aparece vulnerada ninguna garantía constitucional.

7. CARRASCOSA GONZÁLEZ J., en la obra de CALVO CARAVACA, *Comentarios al Convenio de Bruselas*, Madrid 1994, p. 483 considera también excluida del ámbito del orden público la infracción de los derechos procesales de defensa. Según indica este autor,

> *"el control de los derechos de defensa del demandado y del procedimiento ante el juez de origen queda reducido* exclusivamente *a los aspectos comprendidos en el art. 27, 2. No es posible interpretar el art. 28* a sensu contrario, *pues resulta claro que la intención de los redactores del Convenio de Bruselas fue reducir a dos los motivos de denegación del reconocimiento relacionados con el control del procedimiento, los motivos relacionados en el art. 27, 2. Cualquier otra interpretación* expansiva *del ámbito objetivo del orden público en este punto vulnera el carácter estricto y restrictivo de ese motivo de denegación del reconocimiento. Quedan excluidos por tanto del ámbito del art. 27, 1: el control de la fundamentación jurídica,* la prueba de los hechos, *de la imparcialidad del tribunal, fundamentación de la decisión, y la oportunidad de hacer valer sus medios de defensa."*

8. Parece útil recordar que el art. 47, 1 del Convenio de Bruselas exige presentar junto con la solicitud de exequatur

> *"1. Cualquier documento que acreditare que, según la ley del estado de origen, la resolución es ejecutoria y ha sido* notificada."

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

La observancia de esta previsión aleja aun más el riesgo de que una sentencia inglesa dictada en rebeldía por las circunstancias indicadas más arriba en 2.1 b) y c) pueda ser contraria al orden público español. En efecto, es seguro que, en interés del propio demandante, dicha sentencia en rebeldía hay que notificarla al demandado. Este se hallará entonces probablemente en la posición de poder formular el oportuno recurso contra dicha sentencia. Si en esta ocasión, tampoco utiliza el recurso y deja pasar el trámite, habrá cerrado otra puerta más a su queja futura de violación del orden público. El desaprovechamiento de oportunidades procesales en el foro de origen y sobre todo la vía de recurso, repercute negativamente en el éxito del art. 27, 1 del Convenio.

9. Hay que llamar la atención sobre un aspecto complementario que pudiera resultar igualmente relevante. Algunas sentencias extranjeras dictadas en rebeldía no suelen ser motivadas. El tema ha suscitado a veces ciertas reticencias en los países receptores de dichas sentencias, que consideran que la motivación es un imprescindible elemento de control de los juicios de valor vertidos por el Juez para fundar su fallo. La cuestión tiene relevancia constitucional en España, porque el art. 120, 3 de la Constitución recuerda expresamente que *las sentencias serán siempre motivadas* y dicha previsión se considera una garantía fundamental encuadrada en el art. 24, 1 de la Constitución (*STC 122/1991, 3 junio y 34/1992, 18 de marzo, entre otras muchas*). Ciertamente, esta previsión se refiere a las resoluciones de los Tribunales españoles. Pero, estando advertidos del problema, más valdría no correr riesgos innecesarios y obviar una sentencia en rebeldía que se limitase a dar la razón, sin más, al demandante. Sería sumamente aconsejable una motivación somera, aun referida sucintamente a los escritos de alegaciones y demás documentación que obrase en el pleito. Sería además igualmente útil para una eventual ejecución de la sentencia en España que el fallo recogiese en concreto la condena o condenas que impone al demandado rebelde, para evitar enojosas remisiones a los escritos de alegaciones, que pudieran suscitar dudas interpretativas.

10. Que yo sepa, el supuesto específico aquí planteado no ha tenido ocasión de suscitarse todavía ante los Tribunales españoles. En cambio, el caso se ha planteado ante los Tribunales alemanes en los mismos términos que aquí se consideran: la ejecución de una sentencia inglesa dictada en re-

beldía del demandado por *contempt of Court* ante el no cumplimiento de una *"interim order"* del Tribunal inglés. Solicitada la ejecución de la sentencia en Alemania, el demandado se opuso alegando precisamente la violación del orden público procesal interno, por infracción de diversos preceptos de la ZPO. El Tribunal Supremo alemán no estimó la oposición del demandado: *BGH, Urt. v. 18 Oktober 1967, Zeitschrift für Zivilprozess* 1969, p. 149, con nota de G. ROTH.

V. CONCLUSIONES

A la vista de lo expuesto, puede concluirse que una sentencia inglesa dictada en rebeldía, en cualquiera de los supuestos previstos por la ley inglesa, razonablemente no vulnera el orden público procesal español, por el hecho de haber sido dictada en rebeldía.

A lo largo de esta breve nota se han expuesto, no obstante, los puntos críticos que conviene vigilar para obviar cualquier riesgo de denegación del reconocimiento en España por dicha causa.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

EXEQUÁTUR DE TÍTULOS PUBLICADOS

BIBLIOGRAFÍA PROCESAL ESPAÑOLA (1978-2000)

Autor FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ
Recensión a cargo de JOSÉ MARÍA ROCA MARTÍNEZ

La *Bibliografía Procesal Española* se presenta estructurada en tres grandes apartados: en el primero se da cuenta de la situación de la literatura procesal del último cuarto de siglo; en el segundo se presenta la relación exhaustiva de trabajos bibliográficos agrupados por autores; y, por último, se incorpora un útil y práctico índice sistemático para acceder a las obras recogidas en el apartado anterior.

Sorprende inicialmente, aunque de manera grata, la disfunción entre el título de la obra y su contenido; al contrario de lo que sucede en ocasiones en la literatura jurídica, éste sobrepasa las expectativas de aquél (¿incongruencia ultra petita por exceso?); toda la primera parte va mucho más allá de lo que debe entenderse por Bibliografía, *adentrándose en la* Historiografía.

Tras una cuidada edición (como no podía ser menos en un reconocido bibliófilo), destaca la originalidad con que se concibe la obra, aunque su autor nos tiene, en verdad, acostumbrados a refrescantes soplos de aire que nos proporcionan, pequeños momentos de desahogo (el repaso a sus editoriales en JUSTICIA son buena prueba de ello). La originalidad no se limita a los aspectos formales (cuadros y gráficos descriptivos) ya habituales en sus

trabajos (sobre todo desde *Cómo estudiar Derecho*), sino que se trasmite al fondo con la preferencia de los autores sobre sus obras y, sobre todo, por las aportaciones que realiza en la primera parte.

Comienza el libro con una auténtica radiografía de la doctrina procesal española del último cuarto del siglo XX. Si tuviera que destacar algo, sería la **sutileza** (no exenta de ironía) con la que trata la mayoría de las cuestiones: el mercado cautivo de las editoriales —pág. 15—, los riesgos del clientelismo —pág. 29-, los desencuentros y divorcios —pág. 33—, las publicaciones (agrafía e hiperproductividad) —pág. 37—, los Grupos de Interés Económico —pág. 38—, la incomprensión de algunos —pág. 53— el efecto supermercado —pág. 93— o los diversos envoltorios para un mismo producto —pág. 94).

La reflexión inicial pone de manifiesto el desproporcionado aumento de la producción científica, y tras analizar posibles causas, no se extraña de que el control de calidad se haya debilitado: ¡nunca había sido tan fácil publicar en nuestro país!.

El verdadero protagonismo se entrega a los autores (ilustrativo, por lo menos, resulta el "escalafón"); sin embargo, teniendo en cuenta las limitaciones "de una persona sola por muy conseguidor que sea" se facilita el árbol genealógico de la disciplina, tarea que confiesa excitante, aunque plagada de dificultades. Aún pudiendo ser discutibles los resultados, lo cierto es que "en origen" hay que reconocerles altas dosis de fiabilidad. Y si interesante es la genealogía, más resulta la delimitación de escuelas: ¿algunos tópicos y lugares comunes hasta ahora "no oficiales" podrían dejar de ser tabú? Quizá sea difícil sustraerse a la tentación de relacionar el grado de fidelidad con la extensión de alguna rama del árbol, o preguntarse por qué otras se quedan en el tronco.

Sin restar méritos a los artífices de la «importación» de la doctrina extranjera, no duda en reivindicar nuestra tradición (págs. 39-40), recordando interesantes reflexiones de FENECH y apelando a una "reconstrucción fiable de la historia" que sitúe a los autores de finales del XIX y principios del XX en el lugar que seguramente merecen.

No faltan referencias a algunos de los grandes problemas de la Universidad: el recurso a cirineos docentes (Pág. 18 y nota 10) o la selección del profesorado. A propósito de ésta, relata una desagradable experiencia vivida en primera persona (hasta este momento apenas documentada), pero cuyas consecuencias se desbrozan a lo largo del texto (pág. 101)

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

En los apartados relativos a géneros bibliográficos y temas se da cumplida cuenta de los manuales existentes en las diversas ramas de la disciplina y con ello se pueden apreciar con manifiesta claridad múltiples encuentros y desencuentros. En los estudios monográficos ("motor fundamental de las aportaciones científicas") predomina la materia civil y los aspectos procedimentales (socorridos pero perfectamente "fungibles"); destaca la trascendencia de la Constitución y el generalizado desinterés por la clásica trilogía (en el que mucho tiene que ver el cambio en el sistema de oposiciones), pero sobre todo llama la atención acerca de la ausencia de estudios completos de fondo sobre muchas instituciones: abundan más los estudios de carácter ocasional, fruto de cambios legislativos y, por tanto, de trascendencia temporal limitada. Entre los demás géneros, no faltan las referencias a obras menores, estudios, recopilaciones de leyes, comentarios, formularios e, incluso, productos multimedia, con lo que no es de extrañar el *efecto supermercado.*

En fin, añora el autor otras épocas menos pacíficas (al menos doctrinalmente) y las polémicas a la antigua usanza (ahora "al primer embate se cargan los redaños de bilis y el tono visceral acaba por diluir el duelo").

Lamento si me he dejado llevar por mi profunda admiración profesional, o incluso por mi elevada consideración personal hacia el Dr. Ramos, pero espero que quien lea estas líneas sepa disculpar los posibles atisbos de subjetividad. Creo, sinceramente, que la Bibliografía Procesal Española está llamada a convertirse en referencia obligada, no sólo para la búsqueda de fuentes, sino como punto de inflexión en la doctrina procesal. La Universidad vive momentos decisivos para su futuro y es muy posible que durante los próximos años vengan vacas flacas en lo que a plazas se refiere; sería bueno aprovechar la situación para reducir el paso y reflexionar acerca de lo que el Sistema Procesal debe ofrecer a la sociedad y lo que verdaderamente ésta le demanda. La lectura de este libro es una clara invitación a ello ("si todos tuviéramos la preocupación de leer y de reflexionar algo más, probablemente se podría avanzar un poco más deprisa en temas que exigen respuestas de fondo" -pág. 47); es de esperar que esta invitación no caiga en saco roto.

GEIMER, ***Internationales Zivilprozessrecht*** 4. Auflage, 2001, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln

Esta magna obra ha visto en 2001 su cuarta edición repasada y ampliada respecto de la tercera publicada en 1997, y muy merecidamente se ha ganado en los años de su existencia uno de los primerísimos puestos como obra de consulta obligada del derecho procesal civil internacional, y, por ende de la regulación que de esta materia hace el Convenio de Bruselas. La gran erudición del Prof. Dr. Reinhold GEIMER hace que no quede sin tratar detalle alguno de la extensa temática, lo que evidencian las cincuenta y ocho páginas de Indice más doce páginas de Abreviaturas, sin olvidar las dieciséis páginas de Bibliografía que se encuentra el lector al abrir el grueso volumen.

La obra se encuentra estructurada en dieciséis partes cada una compuesta de un extenso número de capítulos.

Las primeras dos partes se ocupan de los principios básicos y específicos del derecho procesal civil internacional, para abarcar en la tercera parte la Jurisdicción, tratando a partir de ahí hasta la parte décima los temas de obligado estudio del proceso en sí, como son la competencia internacional (Parte IV), el derecho a la Justicia (Parte V), el derecho internacional de notificación (Parte VI), las partes y sus representantes (Parte VII), el Derecho internacional material y procesal de la prueba (Parte VIII) para pasar seguidamente al estudio de la aplicación del derecho extranjero por los tribunales alemanes (Parte IX) así como al desarrollo en Alemania de procedimientos con conexión internacional (Parte X); finalmente trata la importancia de la litispendencia internacional en caso de identidad o conexión del objeto litigioso (Parte XI). La Parte XII se ocupa del reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras y pasa al Derecho internacional de la ejecución forzosa en la Parte XIII.

Se repasan finalmente las materias del Derecho internacional de insolvencia (Parte XIV), del auxilio judicial internacional (Parte XV) y para terminar, el Arbitraje internacional (Parte XVI).

Los anexos contienen un listado de resoluciones del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, principalmente referentes al Convenio de Bruselas, así como el texto alemán de los Reglamentos CE nos. 44/200 1, 1347/2000, 1348/2000, 1346/2000, 1206/2001.

La simple enumeración del temario tratado magistralmente por el

autor en esta obra da una idea de su importancia y envergadura y merece sin vacilar la calificación de obra de obligada lectura para cualquier estudioso del derecho civil internacional que, esto sí, domine el idioma alemán. (URSULA VESTWEBER)

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

FUNDAMENTO DEL SISTEMA JUDICIAL PENAL DEL *COMMON LAW*

ÁNGEL TINOCO PASTRANA
Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla 2001
Prólogo de JOAN VERGER GRAU
Recensión: JULIO GARCÍA CASAS

Resulta extraordinariamente grato acercarse a un texto cual el que presenta el Prof. Dr. D. Ángel Tinoco Pastrana. Y es grato, porque no es fácil descubrir una aproximación tan científica y elaborada, **realizada por un Doctor joven** que se decide con dedicación, competencia y entusiasmo por un **tema ciertamente complejo y prácticamente desconocido** en los estudios procesales españoles: **Fundamentos del Sistema Judicial Penal en el *Common Law***. Ello impone al recensionista un trabajo de glosa, síntesis y resumen crítico, no exento de serias dificultades. Empero, el esfuerzo que ello entraña se ve compensado con creces al comprobar que el texto que el lector tiene en sus manos es, ante todo, una fuente riquísima de información en materias de Derecho comparado.

Prologa el libro el **Prof. Dr. D. Joan Verger Grau**, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Santiago de Compostela, quien destaca la finalidad de la obra: dar al lector la mayor información posible y actualizada del sistema procesal penal norteamericano. De la lectura de sus páginas puede inferirse que no estamos sólo ante una obra de Derecho com-

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

parado, pues el autor ha realizado gran esfuerzo para ofrecer un trabajo extenso y pormenorizado de Derecho procesal anglosajón, tratado desde un punto de vista metodológico continental. **El texto ilustra al lector acerca de instituciones que en parte se han incorporado ya a nuestro propio ordenamiento jurídico**, y de las que se hacen eco los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos y la legislación continental. La dimensión del trabajo del Prof. Tinoco no es sólo teórica, que lo es y en abundancia, sino también práctica, **dirigida a profesionales del Derecho, desde Jueces y Magistrados a Letrados en ejercicio**. No está de más, en un contexto jurídico como éste en que nos desenvolvemos, que la Magistratura y las partes litigantes conozcan, además del orden jurídico propio, las manifestaciones más importantes del Derecho extranjero, y muy especialmente el Derecho judicial anglosajón, referido en este caso al sistema judicial penal de la *Common Law*.

El autor, en la Introducción a su trabajo habla de **vocación de constituir una Introducción** al estudio de este sistema judicial penal, de los Derechos inglés y estadounidense. Sin embargo de la lectura de sus casi doscientas páginas se infiere claramente que el contenido desborda con creces, por sus detalles y riqueza argumental, tan modestas pretensiones. No es desde luego un tratado extenso en la materia, mas tampoco se trata de una mera aproximación. Si hasta ahora ha podido observarse la escasez tradicional de obras de juristas continentales sobre el sistema del *Common Law*, **a partir de este libro puede afirmarse que la tendencia afortunadamente se invierte**. En el sistema estudiado, el ejercicio de la acción penal y todas las actividades que conlleva, denominadas *prosecution*, se desenvuelve bajo el principio de oportunidad, antes tan severamente discutido, y hoy incorporado a nuestras leyes procesales penales[1]. Por consiguiente dicho principio es una referencia fundamental para entender la incorporación del mismo a nuestro sistema de enjuiciamiento criminal, pendiente todavía de una reforma sistemática y profunda.

El libro que el lector tiene en sus manos tiene **dos partes claramente**

1. *Vid.* Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre de 1988, que incorpora, modificando a la Ley española de Enjuiciamiento Criminal de 1882, el denominado proceso abreviado para determinados delitos, en la Ley Orgánica 5/1995, reguladora del Tribunal del Jurado, y en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores, L.O. 5/2000, de 12 de enero.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diferenciadas: la primera, denominada "El Derecho Inglés", recoge conceptos fundamentales tales como el *Common Law* y la delimitación del *Civil Law*, la evolución histórica del Derecho inglés, el sistema de fuentes y la Administración de Justicia penal. Siendo de destacar a este respecto el estudio de la competencia y funcionamiento de los Órganos Jurisdiccionales penales, del proceso penal, de la abogacía, y especialmente de la **figura inglesa del *prosecutor***. Trátase de cuarenta páginas que ilustran, con riqueza de detalles, las instituciones más relevantes de este sistema judicial, regido por el principio acusatorio puro, lo cual se relaciona íntimamente con la **inexistencia del Ministerio Fiscal**, si bien existe acusación pública u oficial, pero no, en cambio, fase instructora como tal. Incardinándose en este sistema sobresale la figura del *prosecutor*, que es quien investiga, ejercita la acción penal y realiza todas las actividades que conlleva. En cambio el sistema **no deja en manos de particulares** la persecución criminal, tal como exige un sistema acusatorio puro. En suma, tampoco existe Juez Instructor ni instrucción criminal como se la entiende en el *Civil Law*. El autor destaca con rigor que si un ciudadano decide ejercitar la acción penal y se persona un acusador público, éste lo sustituye, porque en el sistema que estudiamos la acción penal está atribuida a la Corona inglesa, **y los delitos atentan directamente contra el Rey y su paz**.

Toda esta primera parte está ilustrada por el autor con un sistema de notas bibliográficas a pie de página, que me atrevería a decir, es **más completo e ilustrativo que el propio texto**, sin romper, por ello, la claridad del hilo conductor narrativo, que aparece siempre diáfano.

Titula su **segunda parte, "El Derecho estadounidense"**, que distribuye en seis grandes apartados, 1. Evolución histórica y formación del Derecho estadounidense, 2. La Administración de Justicia, 3. El *prosecutor*, 4. El *Grand Jury*, 5. El proceso penal, 6. El *plea bargaining system*.

En lo que atañe a la evolución histórica, el autor habla de dos fases: la prerrevolucionaria y la postrevolucionaria, referidas, la primera, a la época colonial, y la segunda, al nacimiento de los Estados Unidos de América, fase determinada por la promulgación de la Constitución federal y subdividida en períodos, anterior y posterior a la Guerra de Secesión; concluyendo el epígrafe con una invocación a la actividad en el siglo XX de la *U.S. Supreme Court* respecto a las libertades individuales en el proceso penal, con sujeción de la policía y de los Jueces a las garantías estrictamente constitucionales, aunque ello implique una reducción de la autonomía de los Estados.

En el extremo referido a la **Administración de Justicia**, invoca el autor, junto a los ordenamientos estatales, la Constitución Federal de la Unión, que contiene importantes disposiciones, tanto en el articulado como en sus enmiendas, referentes al ejercicio de la función jurisdiccional. A continuación recoge, no sólo el articulado sino las Enmiendas IV, V, VI, VIII, y XIV. Y en lo que se refiere a la **Administración de Justicia en los Estados**, nos habla el autor, con sistema y orden, de un primer nivel (*Justice of de Peace o Magistrates, Municipal Courts, County Courts*, etc...); de un segundo nivel, que corresponde a las *Intermediates Courts of Appeals*, que puede recibir distintas denominaciones; y finalmente de un tercer nivel o grado, que corresponde a la *Final Court of Appeals*, o *Supreme State Court*, que constituye el máximo organo decisorio en materia constitucional a nivel estatal, cuyas decisiones son, por regla general, irrecurribles. En lo que se refiere a la **Administración de Justicia Federal**, el autor expone la organización administrativa, las *Legislative Courts*, y el primero y segundo nivel. Analiza finalmente, la *U.S. Supreme Court*, con competencias sobre apelación de sentencias dictadas por las Cortes federales inferiores y las *States Supreme Courts*.

Pero quizá el **extremo más novedoso e interesante del Trabajo, radica en la figura del *Prosecutor***, cuyo carácter, naturaleza y funciones analiza con gran sabiduría, refiriéndose tanto al *Prosecutor federal*, como al *U.S. Attorney Federal*. Más adelante y en la página 102, pueden leerse las características y funciones del ***prosecutor* estatal**, referidas también al *State Attorney General* y al *State Attorney*, que actúa con escaso control y subordinación jerárquica respecto al *State Attorney General* y con más independencia que sus homólogos federales. A través de esta rica exposición, resalta sobre todo, **el análisis del *Grand Jury***, y su estructura y funcionamiento, a quien está permitido obtener pruebas coactivamente a través de los *subpoena powers*, lo que le aventaja respecto a la investigación llevada a cabo exclusivamente por el *prosecutor*. Con respecto al proceso penal mismo, nos ilustra el autor en la página 119, sobre lo que denomina *adversarial proceeding*, dividiendo al procedimiento en *pretrial*, *trial* y *postrial phases*. Es de destacar que la investigación no corresponde a los Jueces, sino a la policía, al *prosecutor* y al *Grand Jury*.

Más tarde analiza el papel de la **Abogacía**, distinguiendo entre el **Derecho inglés** (donde aparecen las figuras del *Solicitor* y el *Barrister*), y el de **Estados Unidos**, en el que la abogacía es unitaria, *Aderno* o *Lawyer*, a

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez

diferencia de sus homólogos de otros países de la *Commonwealth*. Resulta particularmente interesante la lectura de las páginas 123 a 140, porque en ellas el autor desmenuza con acierto las diferentes fases del proceso penal y la función que a cada parte, jurisdiccional o no, corresponde, si bien es destacable que la fase de juicio o *trial*, generalmente no tiene lugar, en aproximadamente un noventa por ciento de los casos, dada la incidencia del *plea bargaining system*, o sistema de justicia penal negociada, plasmación clara y manifiesta de la enorme vigencia o aplicación del **principio de oportunidad en el proceso penal**. Lógico resulta pues que el Trabajo concluya sobre valoración, críticas o alternativas al *plea bargaining system*, con el análisis del *discretionary powers*, y la delimitación del *plea of guilty* (declaración de culpabilidad del acusado), del *plea of nolo contendere* (declaración de no litigante), las cuales conllevan que se pase directamente de la *pretrial phase* a la *postrial phase*, y por tanto que no haya *trial* o juicio, y finalmente la delimitación del *plea of not guilty*, o declaración de no culpabilidad, que se produce escasamente y que sí implica que se desarrolle completamente la *trial phase*, y por tanto que actúe el Jurado.

Podrá el lector facilmente concluir que estamos en presencia de un **texto eminentemente técnico y bien elaborado**, que introduce al estudioso en un sistema judicial penal, que, aunque haya influido notoriamente en el sistema continental, ofrece rasgos y características muy singulares, que el autor ha sabido certeramente destacar, y que son prácticamente desconocidos por los estudiosos del Derecho Procesal. El libro que analizo ve la luz pública en un momento clarísimo de **proyección internacional**, en el que los sistemas jurídicos estatales se muestran insuficientes para resolver, en muchos casos los graves y complejos problemas jurídicos que se suscitan. Frente a lo ocurrido en el siglo XIX, **no vivimos sólos; antes, al contrario, estamos avocados a lo que ha venido en denominarse "Aldea Global"**. Por consiguiente, cuantos más elementos de juicio tengamos, mejor será el resultado apetecido. Es por ello por lo que la aparición de este libro, ha puesto de actualidad palpitante, la necesidad que tiene el jurista de salir a la **búsqueda de otros campos jurídicos**, para encontrar soluciones racionales a los múltiples problemas que se plantea la Administración de Justicia.

Conozco perfectamente al autor del trabajo, presentado para la colación del grado de Doctor, con resultado de Sobresaliente Cum Laude por unanimidad. No podía ser de otra manera, porque conozco su sensibilidad jurídica, su alegría humana, su entusiasmo científico contagioso, su amor al

trabajo, no exento de una cierta dispersión intelectual, su valentía y arrojo al abordar temas jurídico-políticos, complejos e incluso desconocidos; por todo lo cual le auguro una brillante carrera universitaria, que ya está dando felices y ricos resultados. Este libro es el **primer fruto de su paciente función investigadora**: no en vano estuvo siempre diestra y expertamente dirigido **por el Prof. Dr. D. Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi**, Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Sevilla, y hoy Vocal del Consejo General del Poder Judicial. Debo concluir estas líneas, hilvanadas quizá con mejor intención que acierto, y que lejos de constituir un análisis exhaustivo del texto, cumplen sólo la función de dar fe de lo en él contenido, felicitando con efusión y convencimiento a su autor, porque tanto las fuentes bibliográficas, como el contenido y la metodología utilizada, **ponen de manifiesto la alta calidad científica y la altísima dimensión universitaria de una joven promesa española del Derecho procesal**.

Archivo Revista Justicia | Fundación Manuel Serra Domínguez