



FACULTAD DE DERECHO

PASADO Y FUTURO DE LA
RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL
DEL ESTADO-JUEZ POR PRISIÓN
PREVENTIVA INDEBIDA

Autor: Eduardo Sánchez Canoyra

5° E-3 C

Área: Derecho Administrativo

Tutora: Dña. Rosa Collado Martínez

Madrid

Abril 2020

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia el posible fundamento constitucional y la evolución interpretativa que el Tribunal Supremo y el Consejo de Estado han realizado del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva indebida consagrado en el artículo 294.1 de la LOPJ. Haciendo referencia a la STC 85/2019, de 19 de junio, en la que el Tribunal Constitucional ha declarado imposible cohonestar la interpretación de aquel precepto con cierta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se sugiere no sólo el que habría de ser el fundamento constitucional de la indemnización debida a quienes por una mera causa de “utilidad pública o interés social” se vieron privados de su libertad sino un nuevo articulado para poder hacer efectivo el derecho a la reparación.

Palabras clave: prisión preventiva indebida, responsabilidad patrimonial, error judicial, funcionamiento anormal, derecho fundamental a la libertad.

ABSTRACT

This paper studies the constitutional foundation and the case law of both the Supreme Court and the Council of State regarding the liability in which the State incurs when a person is put on remand but not found guilty. Referring to STC 85/2019, of 19 June, in which the Constitutional Court declared impossible to reconcile the interpretation of article 294.1 LOPJ with the case law of the European Court of Human Rights, this essay outlines not only what ought to be the constitutional foundation for the compensation due to those who were deprived of their liberty for a mere reason of “public utility or social interest”, but also a new set of rules to make the right to compensation effective.

Key words: preventive detention, State liability, judicial error, abnormal functioning, fundamental right to liberty.

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN	6
II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL NACIMIENTO EN ESPAÑA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-JUEZ	8
1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-JUEZ Y LA PERSONAL DEL JUEZ	8
2. REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD POR PRISIÓN PREVENTIVA	10
III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-JUEZ EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.....	11
1. DOS POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL ARTÍCULO 121 CE	12
1.1. TESIS MAYORITARIA.....	12
1.2. TESIS MINORITARIA.....	14
2. LA PRISIÓN PREVENTIVA INDEBIDA EN EL ARTÍCULO 121 CE	15
2.1. ERROR JUDICIAL.....	16
2.2. FUNCIONAMIENTO ANORMAL DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	18
2.3. ¿ <i>TERTIUM GENUS</i> ?.....	20
IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ART. 294.1 LOPJ DESDE 1985	23
1. DE LA INEXISTENCIA OBJETIVA A LA INEXISTENCIA SUBJETIVA	23
2. LA INEXISTENCIA JURÍDICA DEL HECHO IMPUTADO	27
3. LA DOCTRINA DEL EFECTO EQUIVALENTE	31
4. REFLEXIÓN SOBRE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL	32
V. LA INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PREVENTIVA Y LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH	34
1. EL EFECTO EXPANSIVO DEL ARTÍCULO 6.2 DEL CONVENIO DE ROMA	34
2. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LA DEL TS Y EN LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO SOBRE EL ARTÍCULO 294.1 LOPJ	37
3. LA STC 85/2019, DE 19 DE JUNIO	40
3.1. LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 24.2 CE.....	40
3.2. LA VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 CE.....	43

VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA STC 85/2019, DE 19 DE JUNIO, EN UN NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR PRISIÓN PREVENTIVA INDEBIDA	44
1. EL SACRIFICIO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PREVENTIVA INDEBIDA	45
2. UN DAÑO EFECTIVO Y EVALUABLE ECONÓMICAMENTE.....	49
2.1. EL PRESUPUESTO ANTIJURÍDICO DEL DAÑO SACRIFICIAL EN EL DERECHO A LA LIBERTAD	49
2.2. EL TÍTULO DE IMPUTACIÓN PARA DETERMINAR LA VALORACIÓN ECONÓMICA DEL DAÑO.....	51
3. PROPUESTA LEGISLATIVA.....	53
VII. CONCLUSIÓN	54
VIII. BIBLIOGRAFÍA	56
IX. ANEXOS	66

LISTADO DE ABREVIATURAS

ATC	Auto del Tribunal Constitucional
ATS	Auto del Tribunal Supremo
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución Española
CP	Código Penal
LEF	Ley de Expropiación Forzosa
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LRJAE	Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado
RAP	Revista de Administración Pública
RDP	Revista de Derecho Privado
REDA	Revista Española de Derecho Administrativo
RGDC	Revista General de Derecho Constitucional
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos / de Estrasburgo
TS	Tribunal Supremo

I. INTRODUCCIÓN

La prisión preventiva es la medida cautelar personal más gravosa que nuestro ordenamiento jurídico permite al juez penal imponer. Al privar al acusado por completo de su derecho a la libertad, desencadena en la vida de éste una amalgama de perjuicios de difícil cuantificación. Es, no obstante, como el resto de medidas cautelares, “*un instrumento del instrumento que a su vez es el proceso penal*”¹. Cuando el proceso penal concluye con la exoneración de la responsabilidad criminal del que fue preso preventivo, indudablemente surge la cuestión de determinar la responsabilidad que, en su caso, ha de asumir el poder público por la imposición de lo que, a ojos del ciudadano lego en Derecho, fue indebido porque nunca debía de haberse producido. Y es que, en efecto, la responsabilidad de los poderes públicos constituye uno de los elementos fundamentales sobre los que se asienta el diseño constitucional de cualquier Estado social y democrático de Derecho². En este sentido, el Consejo de Estado, llamado a desplegar su alta función consultiva en las peticiones indemnizatorias que por prisión preventiva indebida puedan solicitarse al Estado, ha dicho que “*democracia y responsabilidad son dos instituciones jurídicas inseparables*” (dictamen 1136/96, de 20 de junio de 1996).

En términos generales, el debate sobre si, y en qué supuestos concretos, el Estado debe indemnizar a quien sufrió una prisión provisional indebida ha sido prolíficamente estudiado por la doctrina y la jurisprudencia³. El artículo 294.1 LOPJ, en su redacción dada por la LO 6/1985, de 1 de julio, condicionaba la concesión de la indemnización a los supuestos en los que quedara acreditada la “*inexistencia del hecho imputado*”. En un contexto como el actual, en el que este régimen de responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida ha sido cuestionado y declarado inconstitucional en la STC 85/2019, de 19 de junio, tras casi treinta y cinco años de vigencia, se ha considerado imprescindible acometer un estudio que tenga por objeto profundizar en la evolución y encaje constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva indebida a la luz de la jurisprudencia del TS, del TC, del TEDH y de la

¹ Mattes, H., “*La prisión preventiva en España*”, Fundación Universitaria San Pablo, Madrid, 1975, p. 20.

² Alzaga Villamil, O., “*Comentario a los artículos 9 y 106*” en “*Comentario sistemático a la Constitución española de 1978*”, Marcial Pons, Madrid, 2016.

³ Medina Alcoz, L. y Rodríguez Fernández, I., “*Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución*”, *REDA*, nº 200, julio-septiembre 2019, p. 147.

doctrina del Consejo de Estado. En consecuencia, el objetivo del trabajo se afronta realizando un recorrido a través de las resoluciones de estos órganos que, gracias al mantenimiento de un diálogo constante entre ellos, no siempre obligatorio, pueden considerarse los verdaderos promotores de la configuración pasada y futura del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva indebida.

El trabajo comienza realizando una breve referencia a los orígenes de la responsabilidad patrimonial del Estado-Juez, en la que *a priori* ha de enmarcarse la indemnización de la prisión provisional seguida de absolución o auto de sobreseimiento libre. Posteriormente se analiza si el fundamento constitucional de la indemnización, en función de las diferentes posiciones doctrinales y jurisprudenciales, puede encontrarse en el artículo 121 CE. Tras ello, se ahonda en la evolución de la interpretación del TS y del Consejo de Estado sobre los elementos material y formal del artículo 294.1 LOPJ, hasta que cierta jurisprudencia del TEDH, con proyección sobre el derecho a la presunción de inocencia, obligó al TC a declarar contraria a nuestra Norma Fundamental aquella interpretación. Identificado el que debería ser, tras la STC 85/2019, de 19 de junio, el verdadero fundamento constitucional de la indemnización por prisión preventiva indebida, finalmente, se propone un texto alternativo al artículo 294.1 LOPJ actualmente vigente.

Para la realización de este estudio, se ha procurado seguir un método exegético de investigación. Acudiendo a una diversidad de fuentes documentales, entre las que destacan artículos científicos, libros especializados o manuales académicos, además de resoluciones judiciales o administrativas, se intenta conocer, interpretar y explicar un tema propio de Derecho administrativo, con algunas interferencias del Derecho penal y, como no podía ser de otra manera, del Derecho constitucional.

II. APROXIMACIÓN HISTÓRICA AL NACIMIENTO EN ESPAÑA DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-JUEZ

1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-JUEZ Y LA PERSONAL DEL JUEZ

Ha escrito BLANQUER CRIADO que el “*Derecho Administrativo no tiene naturaleza jurídica sino historia*”⁴. Ello exige que el estudio que aquí se acomete cuente con un apunte histórico.

La mejor doctrina ha situado en la Francia del siglo XIX el arrumbamiento del principio de irresponsabilidad del poder público, tributario a su vez del de la inmunidad del Soberano (“*princeps legibus solutus*” o “*the king can do no wrong*”), a raíz de una famosa decisión del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción acogida posteriormente por el Consejo de Estado en el *Arrêt Blanco* (1873), que reconoció la posibilidad de exigir a la Administración responsabilidad extracontractual de carácter *sui generis*⁵. Ahora bien, la trascendencia jurídica y social asociada a la labor jurisdiccional ha provocado que en España la responsabilidad patrimonial del Estado por el ejercicio de la función judicial haya tenido una configuración autónoma, aunque poco prolífica, cuyos orígenes son incluso previos a los señalados para la responsabilidad extracontractual concebida como “responsabilidad patrimonial del Estado” o de la “Administración” en sentido estricto.

En concreto, el único supuesto claro de responsabilidad extracontractual directa del Estado-Juez hasta la entrada en vigor de la CE de 1978 y de la LOPJ de 1985 fue el que se derivaba de los daños por error judicial, regulado en el art. 960 de la LECr según la redacción dada por la Ley de 24 de Junio de 1933, precepto que tuvo como antecedentes inmediatos al art. 113 del CP de la Marina de Guerra de 1888 y al art. 196 del CP de 1928, derogado en 1931⁶. A su vez estos preceptos fueron fiel reflejo del CP de 1822,

⁴ Blanquer Criado, D., “La responsabilidad patrimonial de la Administración Local” en Arozamena Sierra, J. (coord.), *El Derecho Local en la Doctrina del Consejo de Estado*, BOE, Madrid, 2002, p. 209.

⁵ *Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés*, BOE, Madrid, 2015, p. 27.

⁶ Martín Rebollo, L., *Jueces y Responsabilidad del Estado: el artículo 121 de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, pp. 80 y ss.

deudor de la mejor tradición liberal, cuyo art. 181 consagró el derecho de toda persona a obtener una indemnización del Estado si “*después de haber sufrido un procedimiento criminal, fuese declarado inocente del delito*”, siempre y cuando el procedimiento se hubiera iniciado de oficio y el daño producido lo fuera sin malicia o culpa del juez⁷. Aunque se ha dicho que hasta la aprobación de la LEF de 1954 y, particularmente, de su complemento en la LRJAE de 1957 “*la Administración española fue irresponsable*”⁸, tal afirmación, al menos respecto de la Administración de Justicia, no puede darse por completamente cierta.

Con todo, si el CP de 1822, que estuvo únicamente en vigor unos meses, introdujo por vez primera la responsabilidad patrimonial directa del Estado-Juez, fue la también liberal CE de 1812 la que sembró la semilla de la que brotaría todo un régimen de responsabilidad patrimonial completamente opuesto, al consagrar en su art. 254 la responsabilidad personal del Juez por “*toda falta de observancia de las leyes que arreglasen el proceso civil y criminal*”, precepto que incorporarían todas las Constituciones del siglo XIX extendiéndolo a las infracciones derivadas de la aplicación de leyes sustantivas⁹. No fue hasta la promulgación de la LOPJ de 1870 (art. 260 y ss.) y la LEC de 1881 (art. 903) cuando se previó un procedimiento para exigir formalmente esa responsabilidad. En cualquier caso, este procedimiento tuvo escasa aplicación si se tiene en cuenta que a partir de la reforma de la LECr de 1933, el Estado en juicios de revisión penal comenzó a responder directamente por error judicial¹⁰.

Introducido en el ordenamiento el precepto del art. 40 de la LRJAE, la doctrina debatió con apasionamiento la pertinencia de incluir la potestad jurisdiccional como un tipo de “servicio público” del que podría derivarse para el Estado la obligación de indemnizar. La más prestigiosa y mayoritaria entendió que dicho artículo se refería exclusivamente a una noción estricta de “servicio público”, o como escribió GARCÍA DE ENTERRÍA, a

⁷ Martín Rebollo, L., *loc. cit.*

⁸ Mir Puigpelat, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, Editorial BdF, Madrid, 2012, p. 10.

⁹ Montero Aroca, J., *Responsabilidad civil del juez y del estado por la actuación del poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 44 y ss.

¹⁰ *Cfr.* Martín Rebollo, *op. cit.*, p. 100. La configuración que del error judicial se hizo entonces difiere de la realizada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo tras la promulgación de 1978. Hoy el artículo 960 LEcr. no otorga *ad nutum* un derecho a la indemnización, sino solo si se produjo un verdadero error judicial indemnizable (por ejemplo, STS de 2 de julio de 2019), que requiere culpa o malicia.

una “*concepción legal de la Administración en sentido subjetivo*”¹¹. Cualquier deber de indemnizar por ejercicio de la función jurisdiccional, en línea con lo que también establecía el art. 49 de la misma LRJAE, había de remitirse a lo dispuesto en las normas procesales que entonces configuraban (i) la responsabilidad personal del funcionario judicial en los términos de los arts. 260 de la LOPJ de 1870 y 903 de la LEC de 1881, (ii) la responsabilidad subsidiaria del Estado en el caso de que esta derivase de delito (arts. 757 a 778 LECr y 20 CP de 1944) y (iii) la responsabilidad directa si en juicio de revisión penal se dictaba por cualquier motivo sentencia absolutoria (art. 960 LECr 1882).

Superado aquel debate, pronto la jurisprudencia deslindó de los daños derivados del ejercicio de la potestad jurisdiccional aquellos causados por personal auxiliar carente de jurisdicción y cuya satisfacción a favor del ciudadano correspondía en todo caso al Estado por derivar, aquí sí, de un “*servicio público que la Administración organiza como actividad auxiliar para la jurisdicción y de cuyo funcionamiento debe responder*” (SSTS de 10 de mayo de 1972 y de 15 diciembre de 1976), siendo aplicable a este respecto lo dispuesto en el art. 40 LRJAE¹². Combinando esta exégesis jurisprudencial junto con la responsabilidad directa por daños derivados del error judicial, se consolidó un principio integrador de responsabilidad patrimonial del Estado en la esfera del poder judicial, que habría de consagrarse definitivamente en el artículo 121 de la CE de 1978, en virtud del cual “*los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley*”.

2. REFERENCIA A LA RESPONSABILIDAD POR PRISIÓN PREVENTIVA INDEBIDA

Habiendo realizado un recorrido por la evolución normativa de la responsabilidad patrimonial en el ámbito judicial, surge indudablemente la cuestión del encaje que en cada momento histórico ha tenido, en concreto, la indemnización derivada de la prisión

¹¹ García de Enterría, E. “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, 7, 1964, s.p. Garrido Falla, F., “El concepto de servicio público”, *RAP*, 135, septiembre-diciembre 1994, p. 18 y ss. En contra se manifiestan, entre otros, Bueno Arnús, F., “La responsabilidad estatal por errores judiciales”, *Ministerio de Justicia. Servicio de Publicaciones*, Madrid, 1967, s.p.

¹² Montero Aroca, *op. cit.*, p. 70.

preventiva indebida. A la vista de lo anteriormente expuesto, se puede afirmar sin duda que hasta la entrada en vigor de la LOPJ de 1985 no ha sido posible indemnizar por este concepto, exceptuando (i) la indemnización directa que podía derivarse de una lectura no forzada del art. 181 del CP de 1822 y (ii) la hipotética indemnización personal del Juez que actuara maliciosa o negligentemente al decretar la prisión provisional, aunque los laxos requisitos para poder justificarla convertían en impracticable esta vía¹³. Adicionalmente, puede señalarse que la prisión preventiva indebida podía llegar a quedar incluida en la cobertura indemnizatoria del art. 960 LECr antes expuesto si quien interpusiese el recurso de revisión *ex art. 954 LECr* hubiera sufrido en el proceso penal que lo había condenado previamente la medida cautelar de prisión provisional. En todo caso, esta vía de indemnización por error judicial estaba principalmente pensada para indemnizar la condena errónea, no la prisión provisional indebida¹⁴.

Con todo, la inexistencia de indemnización por prisión preventiva indebida fue objeto de debates políticos durante todo el siglo XX, especialmente relevantes en la II República. La agitada vida de ésta impidió formular propuestas para superar la situación, retrasándose los intentos hasta 1967, fecha de aprobación de un fracasado Anteproyecto de bases para un Código Procesal Penal, cuya base 20.3 preveía un procedimiento para “*el resarcimiento de los daños materiales y morales sufridos por las personas detenidas, procesadas o condenadas injustamente*” a cargo del Estado¹⁵.

III. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO- JUEZ EN LA CE 1978: LOS ARTÍCULOS 121 CE Y 294.1 LOPJ 1985

Teniendo en cuenta que la Exposición de Motivos de la LOPJ dice regular por “*primera vez la responsabilidad patrimonial del Estado que pueda derivarse del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*”, surge la cuestión de determinar si la “*prisión preventiva indebida*”, en los términos del artículo 294.1 LOPJ,

¹³ Alonso Fernández, J.A., Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España, *Universitat Internacional de Catalunya. Departament de Ciències Jurídiques i Polítiques*, 2017, p. 55 y ss. (disponible en <http://hdl.handle.net/10803/565609>; última consulta 1/02/2020).

¹⁴ Hernández Olivencia, A. R., *El error judicial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Estudios Trívium, Madrid, 1995, p. 130 y ss.

¹⁵ Martín Rebollo, *op. cit.*, pp. 106-108.

constituye un supuesto de error judicial, de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, de ambos, o de ninguno. Ello exige hacer referencia a la distinta conceptualización que enfrentó a la doctrina sobre el propio contenido y significado del artículo 121 CE, para así definir cada título de imputación de responsabilidad patrimonial y situar donde corresponda el supuesto previsto en el artículo 294.1 LOPJ. Por una parte, se encuentran quienes mayoritariamente consideran que el artículo 121 CE, al incluir ambos títulos de imputación de responsabilidad, pretende abarcar tanto la responsabilidad patrimonial derivada de la actividad jurisdiccional -el error- como de la no jurisdiccional -el funcionamiento anormal- de los Juzgados y Tribunales. Por otra, aquellos que han considerado que el precepto constitucional, tanto en la modalidad de error como de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, se refería exclusivamente a la actividad propiamente jurisdiccional.

1. DOS POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO AL ARTÍCULO 121 CE

1.1. Tesis mayoritaria

Por un lado, la primera posición, admitida ampliamente por la doctrina, la jurisprudencia del TS y la doctrina del Consejo de Estado, ha creído encontrar el fundamento de la distinción que realiza el artículo 121 CE entre error judicial y funcionamiento anormal en que “*corresponde al ámbito del error judicial la reparación del daño que se produzca en una resolución judicial*”, frente al funcionamiento anormal, que quedará para el resto de casos¹⁶. Siguiendo a esta postura doctrinal, el error judicial como título de imputación se produce *in iudicando*, admitiendo a su vez dos especies: el error *iuris*, que recae en la “*aplicación del derecho basada en normas inexistentes o entendidas fuera de todo sentido*” (STS de 9 de Julio de 2008, FJ 3), y el error *facti*, aquél en el que “*se aprecian y reconocen hechos distintos de las pruebas practicadas (...) como si el Tribunal hubiera estado absolutamente ciego y sordo ante las pruebas realizadas*” (entre otras, STS de 31 de mayo de 2002, FJ 4). En todos los casos, el error consiste en un desajuste entre cualquier resolución judicial (auto, providencia o sentencia) y la realidad fáctica o normativa; desajuste que ha de ser

¹⁶ Perelló Domenech, M.I., “Artículo 121” en Rodríguez-Piñero, M. y Casas, M.E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española II*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 702.

“craso, patente, indubitado e incontestable, que haya provocado conclusiones ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas, que rompan la armonía del orden jurídico (...)” (por todas, STS de 16 de octubre de 1993, FJ 2). En este sentido, la distinción que realiza el artículo 121 CE entre el error judicial y el funcionamiento anormal como títulos de imputación de responsabilidad *“viene dado porque el supuesto de error judicial se constriñe a aquellos casos en que el error se produce en el ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicha”* (STS de 3 de octubre de 2016, FJ 2) y el funcionamiento anormal abarca, en expresión de GARCÍA DE ENTERRÍA, los *“daños imputables a la Administración de Justicia en sus aspectos no jurisdiccionales”*¹⁷, esto es, al aparato administrativo judicial ejerciendo potestades *in procedendo* y, en general, englobando *“cualquier defecto en la actuación de los Juzgados y Tribunales, concebidos como complejo orgánico en el que se integran diversas personas, servicios, medios y actividades”* (STS de 23 de enero de 2015, FJ 4, de 16 de mayo de 2014, FJ 4, de 9 de octubre de 2012, FJ 2 y otras que en estas se citan). De esta forma, la delimitación de *“la imputación del error al juez (error judicial) o al personal del órgano judicial (funcionamiento anormal)”* adquiere relevancia para deslindar uno y otro título de imputación de responsabilidad patrimonial (STS antes citadas), aun cuando no pueda seguirse esta regla en todos los casos y, particularmente, en aquellos en los que los jueces mismos ejercitan funciones de administración de la jurisdicción, tal y como sostiene DÍEZ-PICAZO¹⁸.

En todo caso el error judicial es una especie del género funcionamiento anormal de la justicia en su comprensión habitual, pero no del título de imputación de responsabilidad *ex art 121 CE* de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En este contexto ha de entenderse alguna afirmación del Alto Tribunal, en virtud de la cual, *“del funcionamiento anormal se extrae un supuesto específico, el del error judicial, para seguir un tratamiento jurídico separado”* (STS de 15 de diciembre de 2009, FJ 3 y de 18 de abril de 2000, FJ 5). En un sentido parecido se pronuncia también el TC (SSTC 184/1992, de 16 de noviembre, 124/1993 de 19 de abril y 165/1999, de 27 de noviembre). Así, cualquier error implica –o debería implicar– el funcionamiento

¹⁷ García de Enterría, E. y Rubio, T., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2017, p. 390.

¹⁸ Díez-Picazo, I., *Poder Judicial y Responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990, p. 145. Podría ser el caso de las dilaciones indebidas.

anormal de quien lo originó.¹⁹ Aun cuando declarar el error judicial no exija una previa constatación formal o independiente de la culpa o dolo del Juez que lo causó, es evidente que todo error judicial nace del órgano juzgador. Se trata de un error vencible, injustificable y culposo o negligente, aunque nada impide que el error pueda ser doloso²⁰.

Siguiendo a HERNÁNDEZ OLIVENCIA, puede afirmarse que las anteriores consideraciones permiten subrayar que el error judicial, en tanto título de imputación de responsabilidad del artículo 121 CE, “*lejos de constituir una manifestación de la evolución seguida por la legislación contemporánea en pro de la objetivación de los riesgos a cargo del Estado (...) reviste unos caracteres peculiares de carácter subjetivo*”²¹. Entre otras razones, la justificación de la renuencia a objetivar el error judicial como título de imputación de responsabilidad hay que encontrarla en la consecuencia indeseable que se produciría: el artículo 121 CE estaría configurando una auténtica tercera instancia judicial²².

1.2. Tesis minoritaria

La segunda corriente sostiene que en su génesis la referencia del art. 121 CE al funcionamiento anormal tenía como objetivo no limitar los daños causados por la actividad jurisdiccional al específico supuesto del “error judicial”, sino a otros de carácter jurisdiccional²³. La Administración de Justicia, en el contexto del art. 121 CE, sería equivalente a la actividad jurisdiccional, siendo esta la ejercida exclusivamente por los operadores que integran el poder judicial *ex art. 117 CE*: Jueces y Magistrados, quedando excluida de estos términos la labor de cualquier medio humano y material al servicio de aquellos²⁴. Para la gran mayoría de estos autores, el error judicial es el que se comete única y exclusivamente *in iudicando* en los términos materiales anteriormente expuestos aunque con la diferencia de que este sólo puede contraerse mediante

¹⁹ De esta consideración se aparta algún autor, como Rodríguez-Ramos (Rodríguez-Ramos, L., “Todo preso preventivo merece indemnización”, *Diario La Ley*, nº 8949, marzo 2017).

²⁰ Hernández Olivencia, A.R, *op. cit.*, p.75.

²¹ Hernández Olivencia, A.R, *loc. cit.*

²² Hernández Olivencia, A.R, *op. cit.*, p.76

²³ Algunos ejemplos pueden encontrarse en Acosta Gallo, P., *La responsabilidad del Estado-Juez*, Editorial Montercorvo, Madrid, 2005, p. 127.

²⁴ Tesis rechazada por el Consejo de Estado (*Vid. Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2007*, Madrid, 2008, p. 149.)

sentencias²⁵, revistiendo el carácter de funcionamiento anormal cualquier conducta o actuación lesiva o errónea *in iudicando* o *in procedendo* de carácter jurisdiccional, que sin encajar en su concepto estricto de error judicial, sea susceptible de producir daños al ciudadano. A modo de ejemplo, puede citarse aquella situación en la que el juez dicta un auto judicial manifiestamente improcedente²⁶. Por ello, MARTÍN REBOLLO y alguna temprana sentencia del TS (entre otras, la STS de 25 de febrero de 1983) sugieren que la indemnización derivada de los daños derivados del ejercicio de funciones no jurisdiccionales en el seno de Juzgados y Tribunales encontraría su cobertura jurídica en el artículo 106.2 CE y no en el 121 CE. Lo justifican argumentando que las citadas STS de 10 de mayo de 1972 y de 15 diciembre de 1976, al deslindar de los daños derivados del ejercicio de la potestad jurisdiccional aquellos causados por personal auxiliar, había entendido aplicable el artículo 40 LRJAE, hoy equivalente al art. 106.2 CE²⁷. Se solventaría así la “*paradoja restrictiva*” que se deriva, según GODED MIRANDA, de considerar que en el ámbito de la Administración de Justicia, el Estado sólo responde por los daños causados por funcionamiento anormal, frente al más amplio deber de indemnizar por funcionamiento normal y anormal al que viene obligada la Administración en otros casos cuyo título de imputación de responsabilidad es el art. 106.2 CE²⁸. Para esta tesis, pues, el error judicial no es sólo una especie del género funcionamiento anormal de la justicia, sino también una especie del título de imputación de responsabilidad *ex art* 121 CE de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia antes descrito.

2. LA PRISIÓN PREVENTIVA INDEBIDA EN EL ARTÍCULO 121 CE

Expuestas las posiciones doctrinales anteriores, adquiere sentido *a priori* la afirmación realizada por el TS en virtud de la cual “*la prisión preventiva indebida puede explicarse como una manifestación del error judicial aunque en algún caso pueda conectarse con el funcionamiento anormal*” (STS de 15 de diciembre de 1989, FJ 2). Y ello sin perjuicio de la concreta razón por la que la prisión preventiva ha de entenderse indebida.

²⁵ Solchaga Loitegui, J., “La responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia” en *El Poder Judicial*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, p. 2543.

²⁶ Acosta Gallo, *op. cit.*, p. 188.

²⁷ Martín Rebollo, *op. cit.*, p. 155.

²⁸ Acosta Gallo, *op. cit.*, p. 123.

2.1. Error judicial

Siguiendo la tesis mayoritaria antes expuesta, el Consejo de Estado en sendos dictámenes del año 1986 (entre otros, dictámenes 48.961, de 5 septiembre, 49.220 y 49.283, de 9 de octubre de 1986) y 1987 (dictamen 50.719, de 23 de julio de 1987), afirmó sin ambages que la prisión preventiva indebida del artículo 294.1 LOPJ podía ser considerada como un “*supuesto de error judicial en cuanto el eventual efecto lesivo se distingue directamente de una decisión jurisdiccional*”²⁹.

En concreto, la prisión preventiva indebida por inexistencia del hecho imputado está relacionada con el fundamento fáctico en que ha de ampararse aquella y constituiría un error judicial que se hace evidente, palmario y patente en el momento de la absolución o sobreseimiento por “*inexistencia del hecho imputado*”. Esto es, surge o aparece una vez realizado un juicio de valor *ex post facto* tras contrastar el auto judicial que decreta la prisión al final del proceso con la sentencia absolutoria o con el auto de sobreseimiento por “*inexistencia del hecho imputado*”. El error judicial del artículo 294.1 LOPJ se asume automáticamente porque “*se entiende que el propio proceso penal ha evidenciado la existencia del [mismo]*” (STS 22 de marzo de 1989, FJ 4, entre otras). En palabras de NAVARRO SANCHÍS, la medida cautelar demostrada errónea por vía del 294.1 LOPJ era “*un supuesto privilegiado de responsabilidad patrimonial montado sobre un caso arquetípico de error judicial de hecho, ya que la prisión se decretó sobre un hecho inexistente*”³⁰.

Los razonamientos anteriores muestran que la construcción doctrinal y jurisprudencial de la prisión preventiva indebida del artículo 294 LOPJ como error judicial se sustentó tomando como punto de partida la idea de que todo daño producido por la actividad jurisdiccional constituía un error judicial. Con el objetivo de evitar el problema que planteaba la configuración del error judicial como un título de imputación de responsabilidad patrimonial subjetivo, producto del funcionamiento anormal, todos los que conceptualizaron y conceptualizan la prisión provisional indebida del artículo 294.1 LOPJ como un error judicial, señalaron que –en realidad– el error que se producía en

²⁹ Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 1987, Madrid, 1988, p. 106.

³⁰ Movilla Álvarez, C., “Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta” en Andrés Ibáñez, P. (dir.), *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, p. 358.

estos casos no era error judicial *in genere* sino *sui generis*. Se decía que el artículo 294.1 LOPJ consagraba un supuesto de error judicial *ex art. 121 CE objetivado* (por todas, STS 1 de junio de 2016 o 27 de enero de 1989). Y ello por varias razones:

Por una parte, porque el artículo 294.1 LOPJ no exigía una previa declaración jurisdiccional del error³¹. Por otra parte, porque reconocía una indemnización sin necesidad de tener en cuenta si la actuación judicial que lo produjo se enmarcó dentro de la normalidad o la anormalidad del proceder judicial. Esto es, sin tener en cuenta si al decretarse la prisión se produjeron los estrictos requisitos que la jurisprudencia del TS exige para, en otros ámbitos, apreciar un error judicial indemnizable *ex artículo 121 CE*. En tanto que en el momento en que se decretó la prisión, el Juez pudo haber obrado diligentemente, con razones fundadas, y cumpliendo la ley, es claro que una prisión preventiva posteriormente declarada indebida *ex art. 294.1 LOPJ* podía constituir con naturalidad un episodio de funcionamiento normal de la Justicia. En este mismo sentido, y en el contexto del artículo 294.1 LOPJ, se expresaba el Consejo de Estado en 1986 al señalar –recogiendo una famosa expresión de la Exposición de Motivos de la LEP– que “*la acción judicial, igual que la acción administrativa, lleva consigo una inevitable secuela accidental de daños residuales*” (dictamen 49.283, de 9 de octubre de 1986).

El artículo 294.1 LOPJ constituía, así, un tipo concreto de error judicial de naturaleza objetiva, cuyo fin era indemnizar por la vía del error judicial supuestos de prisión provisional legítima por “*inexistencia del hecho imputado*”, aun cuando nada impedía que se tramitaran también reclamaciones de prisión provisional ilegítima, siempre y cuando se absolviese por aquella causa. Aunque el artículo 121 CE configuraba un título de imputación de responsabilidad estrictamente subjetivo, el artículo 294.1 constituía la excepción a la regla.

Asimismo, en este contexto, cualquier prisión preventiva indebida no subsumible en el artículo 294.1 LOPJ podía erigirse también como un error judicial *ex artículo 293 LOPJ*³². Ahora bien, en este caso, la obtención de una indemnización exigía la producción de un error judicial *in genere*, lo que implicaba que la mera sentencia

³¹ Cobreros Mendazona, E., “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, *RAP*, nº 209, mayo-agosto 2019, p. 18.

³² Manzanares Samaniego, J.L., “En las fronteras del error judicial”, *Diario La Ley*, nº 7750, 2011, *s.p.*

absolutoria o el sobreseimiento libre no otorgaban un derecho automático a la indemnización, sino que había de declararse judicialmente el error judicial³³. A estos efectos, era necesario que el auto judicial que decretara la prisión hubiese sido adoptado muy equivocadamente y cumpliendo los requisitos señalados por la jurisprudencia del TS para poder apreciarlo. No cabía hablar aquí de un error judicial objetivado porque lo que en estos casos condicionaba la indemnización no era el resultado dañoso *per se* que se producía para quien sufrió una prisión provisional y resultó absuelto sino la conducta anormal del Juez, que debió de romper al decretar la prisión la armonía del orden jurídico bajo el efecto de estados “no objetivos” como la torpeza o negligencia, el dolo, o la irracionalidad. En definitiva, para apreciar un error judicial por prisión preventiva indebida por cualquier causa que no fuese la acreditada “*inexistencia del hecho imputado*”, se debía estar ante un supuesto palmario de prisión provisional ilegítima³⁴. De ahí que la impertinencia de la prisión provisional sólo podía ser examinada desde una perspectiva *ex ante*, es decir, valorando los elementos de juicio en los que se basó la decisión judicial (ATS de 22 de septiembre de 2014) y no realizando un juicio *ex post*, como sucede con la vía indemnizatoria del artículo 294.1 LOPJ.

Dejando a un lado las reflexiones de CARNELUTTI sobre la idea de que toda sentencia de absolución por no haber cometido el hecho o por inexistencia del delito contiene la confesión del error de aquellos que arrastraron al confirmado inocente al proceso³⁵, la conclusión a que nos conduce la exposición anterior es que, en España, la mayoría de la doctrina y la jurisprudencia abogó –al menos tras la promulgación de la LOPJ– por categorizar la prisión preventiva indebida como un supuesto susceptible de ser considerado un error judicial del artículo 121 CE, aunque el supuesto previsto por el artículo 294.1 LOPJ fuese un tipo concreto de aquel.

2.2. Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia

La corriente doctrinal defensora de un concepto de error judicial próximo a la tesis minoritaria rechazó inicialmente la idea de que cualquier prisión preventiva indebida, por inexistencia del hecho u otro motivo, fuese considerada un error judicial

³³ Manzanares Samaniego, J.L., *loc. cit.*

³⁴ *Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2006*, Madrid, 2007, p. 162.

³⁵ Carnelutti, F., *Las miserias del proceso penal*, Temis, Madrid, 2005, p. 80.

indemnizable *ex art.* 121 CE, principalmente por ser la resolución judicial que decreta la prisión provisional un auto y nunca una sentencia³⁶. En este sentido, la prisión preventiva indebida podría enmarcarse dentro del supuesto de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Es esta una posición nunca asumida por la jurisprudencia del TS, ni por la doctrina del Consejo de Estado.

No obstante, durante un breve lapso de tiempo, existió una extraña línea jurisprudencial que declaró que la potencial indemnización derivada de una absolución no subsumible en el supuesto de hecho del artículo 294.1 LOPJ –entre otras, por no haberse demostrado la inexistencia subjetiva del hecho– había de tramitarse por vía del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, dirigiendo la reclamación directamente al Ministerio de Justicia (entre otras, STS de 13 de mayo de 1991 y ATS de 19 de mayo de 1989). Se ha señalado por SALAS DARROCHA que esta jurisprudencia consideró que la prisión preventiva indebida era un supuesto de funcionamiento anormal de la Justicia por el siguiente motivo:

“Ante una petición de prisión provisional realizada por el Ministerio Fiscal y/o la acusación particular acogida por el Juez Instructor, cabe presumir que el indicado Ministerio y el Instructor entienden que de la correcta actuación de los sujetos procesales y de la suya en especial, llegará la condena que convalidará la prisión que interesa (...), desde lo que se puede concluir, razonadamente, que si finalmente, (...) no se condena al acusado debe presumirse un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia al no alcanzar el resultado final que el Ministerio Fiscal y el Juez Instructor entendieron (...) que debería haber sido el normal desde la perspectiva de la prisión provisional solicitada y obtenida”³⁷.

Esta justificación, que plantea dudas respecto a un correcto entendimiento de lo que es para cualquiera de las dos tesis expuestas el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como título de imputación de responsabilidad, pierde fuerza si se tiene en cuenta que no está claro que pueda presumirse que cuando el Ministerio Fiscal interesa una medida de prisión preventiva, espera que el desarrollo “normal” del proceso conduzca necesariamente a la condena del preso preventivo. En todo caso, podría llegar a admitirse excepcionalmente, haciéndose eco de la tesis mayoritaria, que la prisión preventiva indebida derive de un funcionamiento anormal –extra

³⁶ Acosta Gallo, *op. cit.*

³⁷ Salas Darrocha, J.T., “La responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional indebidamente sufrida: perspectiva constitucional”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 19, 2003, *s.p.*

jurisdiccional– de la Administración de Justicia. Sucedería, apunta MANZANARES SAMANIEGO, en el caso en que se incluyera un nombre equivocado en un mandamiento judicial expedido por el Letrado de la Administración de Justicia que no correspondiese con el que recogiese la orden judicial de prisión provisional³⁸. También podría conectarse con el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia aquella prisión preventiva que, sin error alguno, “*haya tenido una duración superior a la normal en una diligente tramitación del proceso o haya excedido del tiempo máximo legalmente establecido*” (STS de 12 de junio de 1996, FJ 4).

2.3. *¿Tertium genus?*

Hay quien ha rechazado la idea de que la prisión preventiva consagrada en el artículo 294.1 LOPJ pueda considerarse un supuesto de error judicial, al negar en todo caso que éste pueda producirse como consecuencia de un funcionamiento normal del proceder judicial. Tampoco, salvo casos muy puntuales, podía considerarse un supuesto del título de imputación “funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”³⁹. Son todos aquellos que niegan la posibilidad de reconocer otro error judicial y otro título de imputación de responsabilidad por este concepto que no sea el error judicial *in genere* configurado jurisprudencialmente como un yerro vencible, injustificable y, sobre todo, culposo o incluso doloso⁴⁰.

El artículo 294.1 LOPJ, dijo MARTINEZ-CARDÓS, regula un supuesto específico de daños producidos por funcionamiento normal. Sólo cuando la medida cautelar de prisión provisional hubiese sido adoptada con una actitud dolosa o negligente del Juez, esto es, por funcionamiento anormal en su comprensión habitual, podría resultar procedente la indemnización *ex art.* 294.1 LOPJ por error judicial⁴¹. Tendría el artículo 294.1 LOPJ, así, una doble finalidad alternativa. Para este autor, la consecuencia natural de no configurar la prisión preventiva indebida por funcionamiento normal del órgano judicial como un supuesto de error judicial es la de no poder hallar el fundamento constitucional del artículo 294.1 LOPJ en el artículo 121 CE –cuyo error judicial es *in*

³⁸ Manzanares Samaniego, J.L., *La responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, La Ley, Madrid, 2012, p. 100.

³⁹ Díez-Picazo, *op. cit.*, p. 143.

⁴⁰ Hernández Olivencia, A.R., *op. cit.*, pp. 74-76.

⁴¹ Martínez-Cardos, J.L., *Temas de responsabilidad*, Escuela de Práctica Jurídica de la UCM, Madrid, 2005, p. 166.

genere y producto de un funcionamiento anormal– sino en el 9.3 CE⁴². A pesar de que no se explicitan las razones por las que el fundamento constitucional del precepto habría de encontrarse en el 9.3 CE, tal razonamiento parece ser producto de una corriente doctrinal que negaba, con GARCÍA DE ENTERRÍA, que el precepto constitucional contuviera sólo un principio abstracto de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos⁴³. Sostenía este autor que del 9.3 CE podía inferirse un contenido esencial y concreto, lo que podría haber llevado a MARTINEZ-CARDÓS a asumir que la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida causada por funcionamiento normal y anormal formaba parte de aquel contenido.

Existe un sector doctrinal predominante que ha opinado que aunque el artículo 294.1 LOPJ puede eventualmente dar lugar a una indemnización por prisión preventiva ilegítima, esto es, acordada con funcionamiento anormal en su comprensión habitual, la finalidad del precepto –en la medida en que, principalmente, indemniza supuestos de prisión provisional legítima– es configurar un resarcimiento *ad nutum*, no encuadrable en los títulos de imputación de responsabilidad patrimonial que reconoce el artículo 121, ni tampoco, el 106 o, incluso, el 9.3 CE. El rechazo a situar el fundamento constitucional del artículo 294.1 LOPJ en el 9.3 CE hay que entenderlo en el marco de los razonamientos de la STC 325/1994, de 12 de diciembre, que configuró –a diferencia de lo sostenido por GARCÍA DE ENTERRÍA– un principio general o informador de responsabilidad de los poderes públicos, clave de bóveda de las modalidades resarcitorias previstas en el artículo 121 y 106.2 CE, pero sin contenido concreto o esencial del que cupiese identificar específicamente el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida. Así, cualquier derecho sin conexión directa con estos últimos artículos, constituiría un derecho de configuración legal sin fundamento constitucional.

En términos similares a los anteriores parece haberse situado el Consejo de Estado, quien se apartó de su razonamiento originario, al afirmar que concebir la prisión preventiva indebida del artículo 294.1 LOPJ por “*inexistencia del hecho imputado*” como un tipo de error judicial subsumible en el artículo 121 CE “*disto de comprender y*

⁴² Martínez-Cardos, J.L., op. cit., p. 167.

⁴³ García de Enterría, E., *La responsabilidad del Estado legislador en el derecho español*, Civitas, 2005, pp. 80 y ss.

asumir el que es en puridad y de modo unívoco un verdadero “error judicial” de los que pueden producir una lesión indemnizable” ⁴⁴ . Este argumento supone, paradójicamente, un apuntalamiento del mismo que el Consejo de Estado pretendía refutar al afirmar el carácter objetivo del error judicial *ex art. 294.1 LOPJ* en el ya citado dictamen 42.283, de 9 de octubre de 1986. Si a la vista de indicios racionales el Juez decreta prisión provisional y en el transcurrir del proceso estos se demuestran infundados, absolviéndose por “*inexistencia del hecho imputado*”, y no por ello se incurre en un “verdadero error judicial”, se está en la práctica diciendo que esta actuación –ciertamente deudora del funcionamiento más habitual de cualquier proceso judicial– no podría recibir el calificativo de error judicial indemnizable por no incurrir en un funcionamiento anormal. La posición puede resumirse en que si no hay equivocación o dolo difícilmente puede haber error judicial; no debiendo admitirse, así, la existencia de un error judicial objetivado por antitético. Esta posición, acorde con la caracterización que del concepto de error judicial ha hecho el TS, provoca que sólo aquella prisión preventiva indebida constatable a través del artículo 293 LOPJ pueda llegar a ser identificable como error judicial, aun cuando esto sea difícil en la práctica por los estrictos requisitos que han de cumplirse para poder apreciarlo⁴⁵.

Puede afirmarse, pues, que cuando el Consejo de Estado –recogiendo las expresiones de otros autores– señala categóricamente que “*la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia cubre tres supuestos concretos: indebida prisión preventiva, funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y error judicial*” (entre otros, dictamen 672/2008, de 16 de octubre de 2008, o más recientemente, dictamen 69/2018, de 22 de marzo de 2018), afirma que la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva indebida tras la absolución por “*inexistencia del hecho imputado*” constituye un título autónomo de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado-Juez por funcionamiento de la administración de justicia sin posible conexión con el error judicial al que hace referencia el artículo 121 CE.

Así, si bien la jurisprudencia del TS ha seguido entendiendo que el artículo 294.1 LOPJ desarrolla legislativamente el art. 121 CE al configurar un supuesto de error judicial

⁴⁴ *Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2001*, Madrid, 2002, p. 101.

⁴⁵ *Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2011*, Madrid, 2012, p. 131.

(SSTS 21 de julio de 2015 y 6 de febrero de 2015), la caracterización que hace el mismo TS sobre el error judicial *in genere* como título de imputación de responsabilidad (STS de 30 de abril de 2010) hace incompatible apreciar la existencia de tal error en un supuesto de prisión preventiva injusta. Consagrar un error judicial *sui generis* indemnizable, como el que se dice derivar de la prisión preventiva indebida por “*inexistencia del hecho imputado*”, adoleciendo de los caracteres más básicos que se exige al error *in genere* como título de imputación de responsabilidad patrimonial *ex* artículo 121 CE, no es más que un subterfugio contradictorio para referirse a un supuesto específico de carácter extraordinario que da derecho a indemnizar por los perjuicios derivados de una situación de prisión provisional sin ninguna conexión causal con el error judicial, ni –por tanto– con el artículo 121 CE.

IV. EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ART. 294.1 LOPJ DESDE 1985

En paralelo al debate sobre el fundamento del artículo 294.1 LOPJ surgieron interrogantes referidos al alcance e interpretación de sus elementos. El artículo 294.1 LOPJ, en tanto que norma jurídica, estaba integrado por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica. El primero lo constituía la situación de prisión preventiva acompañada de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, siempre y cuando estas resoluciones encontraran su fundamento en la “*inexistencia del hecho imputado*”. A estos efectos, el supuesto de hecho de este artículo de la LOPJ “*consta de un elemento material que es la inexistencia del hecho y otro formal que recoge los actos procesales que declaran aquel*” (STS de 27 de enero de 1989, FJ 4). La consecuencia jurídica radicaría en la viabilidad de obtener una indemnización en concepto de “responsabilidad patrimonial del Estado-Juez” sin necesidad de que existiera una previa declaración de error judicial en los términos del artículo 293 LOPJ.

1. DE LA INEXISTENCIA OBJETIVA A LA INEXISTENCIA SUBJETIVA

Desde incluso antes de la promulgación del texto de la LOPJ, el legislador y la doctrina debatieron con intensidad sobre la extensión del elemento material del supuesto de hecho, esto es, qué se había de incluir en la dicción “*inexistencia del hecho imputado*”.

La literalidad del precepto invitaba a considerar inicialmente que la inexistencia hacía referencia a que no se había producido en términos absolutos el acaecimiento que justificó la prisión provisional de una determinada persona, de tal forma que la improcedencia del auto de prisión provisional se podía constatar objetivamente. De ahí que la mejor doctrina se refiriera a la “*inexistencia objetiva del hecho*”.

Pronto el TS, recogiendo la doctrina del Consejo de Estado, admitió la posibilidad de incluir en ámbito normativo del artículo 294.1 LOPJ aquellos supuestos en los que la absolución o el sobreseimiento libre se produjera a tenor de la “*inexistencia subjetiva del hecho*”, esto es, cuando quedara acreditado que una persona no cometió ni participó en los hechos que se le habían atribuido. Esto es, cuando quedase probado que “*la persona imputada en el papel de sujeto de la acción*”⁴⁶ no fue “*sujeto*” por no participar en la “*acción*”. Y es que una acción, decía el Consejo de Estado, no se define sólo por su objeto y por el tiempo y el lugar en que ocurre, sino también por el sujeto que la realiza (dictamen 49.283, de 9 de octubre de 1986). Conclusión que la jurisprudencia del TS alcanzó realizando una interpretación teleológica del artículo 294.1 LOPJ, al señalar que si este tenía como función poner de manifiesto el error judicial –objetivamente apreciado *a posteriori*– de la prisión provisional por la imposibilidad de participar en un hecho inexistente, la inexistencia del hecho imputado había de englobar aquella situación en la que el mismo hecho, existiendo propiamente, mutara en inexistente para quien acreditase que no participó en el mismo. En términos estrictamente penales, participar en un hecho inexistente o no participar en un hecho existente son situaciones que se caracterizan por la falta de participación, lo que en ambos casos haría patente *a posteriori* el error judicial del Juez o Tribunal que acordó la prisión preventiva. Por ello decía el TS que la inexistencia del hecho y la falta acreditada de participación son equiparables pues “*la imposibilidad de participación no puede quedar circunscrita a los casos de hecho inexistente, sino que puede sin duda derivar del (...) hecho existente con un acreditamiento pleno de su no participación*” (SSTS de 27 de enero de 1989, FJ 5, y de 2 de Junio de 1989, FJ 6).

Lo que se requiere en todo caso a la hora de valorar la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho es el acreditamiento pleno bien de la inexistencia material del hecho, bien de

⁴⁶ *Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 1987*, Madrid, 1988, p. 107.

la falta de participación en el mismo. La falta de prueba, y consiguientemente, la absolución en virtud del principio *in dubio pro reo*, no se entendió equiparable a la “*inexistencia del hecho imputado*”. La razón de esta exclusión la encontraba el TS en que el legislador, al redactar el artículo 294.1 LOPJ, había tomado como referencia el artículo 637.1 LECr. en virtud del cual “*procederá el sobreseimiento libre cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivo a la formación de la causa*”. Este precepto, que se refiere a la inexistencia objetiva, permite incluir en su supuesto de hecho la inexistencia subjetiva, en tanto esos *indicios racionales* no sólo quedan apuntalados si se prueba que los hechos no se perpetraron por no existir objetivamente sino que también se fortalecen si se prueba que quien pudo perpetrarlos no los perpetró. Ahora bien, los *indicios* no quedan fortalecidos, al menos racionalmente, de igual manera si existe la duda de que el hecho materialmente pudo existir, o bien de que alguien pudo perpetrar un determinado hecho, a pesar de que el ordenamiento le conceda por mandato constitucional el beneficio de la duda. Y esto es precisamente lo que sucede cuando se finaliza un procedimiento aplicándose el principio *in dubio pro reo*. Así, no se podía predicar la “*inexistencia del hecho imputado*” en aquellas situaciones en la que no queda acreditado si realmente el hecho no existió.

Un recorrido por la casuística del TS en la última década del siglo XX permite identificar algunos patrones comunes y disyuntivos que se derivan de la inclusión de la inexistencia subjetiva del hecho en el ámbito material del supuesto de hecho del art. 294.1 LOPJ. Así, se concedió indemnización por inexistencia subjetiva del hecho:

(i) a un procesado que estuvo quince días en prisión provisional por un delito de robo cometido en Málaga tras probar que en el momento de los hechos se encontraba en Santander (STS de 4 de diciembre de 1990). Y ello porque reducir la expresión “*inexistencia del hecho imputado*” a “*inexistencia del hecho que dio lugar a la iniciación del procedimiento criminal*” (...) *dejaría prácticamente sin aplicación real uno de los aspectos del artículo 121 del Código Político [el error judicial]*” (dictamen 49.994, de 11 de junio de 1987).

(ii) a un padre que sufrió prisión preventiva durante un año y dos días, acusado de un delito de parricidio, cuando quedó demostrado que su hijo –estando bajo la guardia y

custodia de la madre– falleció como consecuencia de la más absoluta desatención y falta de cuidados de esta última; careciendo el padre del más mínimo conocimiento del estado vital de su hijo por su ausencia del domicilio familiar (STS de 7 de diciembre de 1994). Dice de este caso el Consejo de Estado que la inexistencia subjetiva se deduce al situar la sentencia judicial al reclamante *“al margen de los hechos, desconectado de ellos, incluso sin previsión de su posibilidad, llegando a afirmar que, de haberlos advertido, los hubiera evitado”* (dictamen 54.379, de 22 de noviembre de 1990).

(iii) a un ciudadano que padeció prisión preventiva durante tres meses y diez días imputado por un delito de contrabando, siendo posteriormente absuelto por falta de prueba de su participación en los hechos. La STS de 12 de junio de 1996 entendió que el supuesto *“debe juzgarse sin atenerse exclusivamente a la literalidad de los términos en que se pronuncia (...) la sentencia absolutoria (...)”* (FJ 6), lo que determina –en contra de lo que había dictaminado el Consejo de Estado y la Audiencia Nacional *a quo*– que no se diera por probada la participación en los hechos del acusado. Esta doctrina reviste importancia y se repite, entre otras, en la STS de 20 de enero de 2003 al examinar el caso de un ciudadano turco que, acusado de haber cometido un delito contra la salud pública, sufrió prisión preventiva durante casi cuatro años, siendo absuelto posteriormente en razón de la insuficiencia de la prueba practicada. A pesar de que esta afirmación había constituido razón suficiente para que el Consejo de Estado negase, siguiendo una doctrina consolidada, *“la segura convicción de su desconexión con los hechos imputados”* (dictamen 1147/96, de 30 de abril de 1996), el TS concluye la ausencia de participación del acusado ha de derivarse del examen del conjunto de la resolución judicial (STS de 28 de septiembre de 1999), sin que para ello *“resulten decisivas las expresiones, más o menos acertadas, de la sentencia absolutoria o del auto de sobreseimiento libre, pues es necesario deducirlo del relato de los hechos probados y la valoración de las pruebas realizadas por el Juez o Tribunal penal”* (STS de 26 de junio de 1999, FJ 5).

(iv) a un ciudadano británico acusado inicialmente de cometer hechos delictivos, declarados probados en la medida en que originaron condenas para otros partícipes, pero de los que, posteriormente, el Ministerio Fiscal retiró la acusación al no existir indicios racionales de criminalidad y, particularmente, *“de su intervención en los hechos delictivos”* (STS de 29 de mayo de 1999, FJ 5). Se dijo entonces que la retirada del

Ministerio Fiscal en el juicio oral equivalía, incluso no habiendo en sentido estricto una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre, a la inexistencia subjetiva del hecho; y ello porque *“cuando el propio Ministerio Fiscal, promotor de la acción de la justicia, estima que no hay base suficiente para sostener la acción penal, la participación del imputado en el hecho no es penalmente relevante”*. Jurisprudencia que fue matizada por el propio TS y nunca admitida acriticamente por el Consejo de Estado, de manera que mientras que para el primero la retirada de la acusación generalmente se presumió equivalente a la *“inexistencia del hecho imputado”* –no necesariamente subjetiva– (SSTS de 15 de diciembre de 2005 y de 22 de diciembre de 2006), el segundo no le pudo atribuir un significado unívoco, al producirse la retirada del Ministerio Fiscal en ocasiones por una razón diferente a la inexistencia del hecho⁴⁷.

2. LA INEXISTENCIA “JURÍDICA” DEL HECHO IMPUTADO

Al incluir la inexistencia subjetiva del hecho en el ámbito normativo del artículo 294.1 LOPJ, se consideró, a su vez, que los supuestos de existencia material objetiva y subjetiva del hecho que justificó la prisión provisional por inexistencia de delito –por no ser el hecho propiamente delictivo, esto es, típico, antijurídico y culpable– quedaban fuera del ámbito material de precepto. Se invocaban dos razones:

(i) en primer lugar, porque –realizando una interpretación sistemática del artículo 294.1 LOPJ– se llegaba a la *“sensación de que al redactar el art. 294.1 LOPJ se estaba leyendo o recordando el 637.1 LECr.”* (STS de 27 de enero de 1989, FJ 5), que se refiere exclusivamente –como ya se ha dicho anteriormente– a la inexistencia del hecho material que justificó la prisión y no a la inexistencia del delito, referencia que se contienen en el 637.2 LECr.;

(ii) en segundo lugar, porque, concibiendo la prisión preventiva indebida por *“inexistencia del hecho imputado”* desde la perspectiva del error judicial, se aducía que lo que se indemniza en estos casos es el error objetivo en la fundamentación fáctica en que ha de ampararse el auto que decreta aquella, no el desacierto en la aplicación del derecho –al calificar de forma provisional los hechos como delitos–, que es lo que

⁴⁷ Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2006, Madrid, 2007, p.180.

sucede si se indemniza la inexistencia del delito. Es más, en opinión del Consejo de Estado, convenía rechazar la indemnización si existió el hecho material, con independencia de que éste fuese o no delictivo, pues *“la conducta de un sujeto, aunque no tipificada penalmente según un impecable juicio técnico, suele presentar perfiles que la hacen claramente merecedora de reproche social, obstativo —se diría— del otorgamiento de una indemnización a cargo del Estado”*⁴⁸. A mayor abundamiento, decía el TS que si el objetivo del artículo 294.1 LOPJ era evitar la declaración jurisdiccional del error vía artículo 293 LOPJ por ser patente este en el transcurso del proceso, tal improcedencia no era llamativamente manifiesta en los casos de inexistencia del delito, aunque sí en los de la inexistencia del hecho (STTS de 4 de diciembre de 1989 y 20 de marzo de 1990).

En vista a las anteriores explicaciones, el TS, refiriéndose a un proceso penal por violación, declaraba que *“aunque los hechos no hubieran merecido la calificación jurídica de violación, el hecho imputado —el yacimiento—, que es lo relevante para el artículo 294.1, sí había existido, lo que implicaba la no concurrencia del supuesto de hecho del mencionado precepto”* (STS de 15 de diciembre de 1989, FJ 4). De igual manera, las SSTS de 7 y 21 de septiembre de 1995, de 14 y 19 de diciembre de 1989, de 23 de enero y 20 de marzo de 1990 negaron la *“inexistencia del hecho imputado”* a pesar de que los hechos por los que se encarceló provisionalmente a distintas personas no podían considerarse delictivos al apreciarse eximentes completas o causas de justificación excluyentes de la antijuridicidad como la legítima defensa.

Sendas STS de 16 de octubre de 1995 y de 29 de marzo de 1999 dieron un giro jurisprudencial a la cuestión. El Alto Tribunal afirmó que la *“inexistencia del hecho imputado”* no podía ser otra que la de la inexistencia acreditada del hecho delictivo, *“pues sólo éstos tienen relevancia jurídico penal para ser acusado por ellos y justificar la adopción de la medida cautelar de prisión provisional”*. En los supuestos enjuiciados existía una imputación por apropiación indebida de la que los acusados salieron absueltos al negarse, a la luz de la relación de hechos probados, *“la acción misma, esto es, el objeto del tipo representado por la expresión apoderarse”* (STS de 16 de octubre de 1995, FJ 1), pues no existió *“el menor atisbo de privativa y particular atribución*

⁴⁸ Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 1987, Madrid, 1988, p.108.

patrimonial por parte de los acusados en su exclusivo beneficio” (STS de 29 de marzo de 1999, FJ 11), “*de tal modo que si no existe apoderamiento no existe la acción y por tanto estamos ante un supuesto de inexistencia objetiva del hecho*” (STS de 16 de octubre de 1995, FJ 1). Evidentemente, la transformación de la “*inexistencia del hecho imputado*” en inexistencia del hecho delictivo no impedía dejar de incluir en el supuesto de hecho del artículo 294.1 LOPJ aquellos casos en los que quedara positivamente acreditado la inexistencia material del hecho.

Ahora bien, lo que pareció un gran cambio mutó únicamente en un “abandono parcial” de la jurisprudencia previa. Y ello porque el TS lo que realizó fue una exégesis restrictiva de lo que había de entenderse por “hecho delictivo”. En lugar de concebir al hecho delictivo como cualquier hecho típico, antijurídico y culpable, se dijo que la inexistencia de cualquiera de estos elementos no era suficiente para predicar la inexistencia del hecho. El hecho delictivo se convirtió, a estos efectos, exclusivamente en el hecho típico. Así se podía inferir de la afirmación de la “*inexistencia del hecho imputado*” porque “*los hechos tomados en consideración por el Juez de lo Penal no resultan incardinables en el tipo*” (STS de 3 de noviembre de 2010, FJ 2). En el mismo sentido, se negaba el derecho a indemnización *ex art.* 294.1 LOPJ porque el hecho existía y era típico, aun cuando no delictivo en los supuestos de absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal –exclusión de la antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad o punibilidad– (STS de 15 de marzo de 2000).

Puede decirse, pues, que el abandono de la anterior jurisprudencia es parcial por cuanto sólo la inexistencia del delito por no ser el hecho típico da derecho a indemnización, manteniéndose la ausencia de indemnización por no ser el hecho imputado antijurídico o culpable. En todo caso, conviene destacar que la atipicidad del hecho imputado puede producirse por la falta de concurrencia de los elementos objetivos del injusto o bien, en caso de que existan, por faltar los llamados elementos subjetivos o psíquicos. Solamente una STS contradice la última exclusión al limitar la “*inexistencia del hecho imputado*” a la inexistencia de los elementos objetivos del tipo, de suerte que si en un presunto delito de homicidio no se considera probado el *animus necandi* –elemento subjetivo del injusto tipificado en el artículo 138 CP– no habría lugar a indemnización *ex art.* 294.1 LOPJ si se ha constatado, entre otras, la agresión –elemento objetivo– (STS de 6 de

junio de 2007). Expuesto lo anterior, es preciso no confundir la “inexistencia subjetiva del hecho” con la atipicidad del hecho por ausentarse un elemento subjetivo que requiera un determinado tipo penal. Y es que mientras la inexistencia subjetiva incluye aquellos supuestos en los que existe una plena acreditación de la falta de participación de un acusado o imputado en los hechos, la carencia del elemento subjetivo del tipo supone “*la inexistencia de los hechos con relevancia penal por no completarse la tipicidad requerida como presupuesto previo para acusar o imputar, que es cosa distinta*” (STS de 15 de marzo de 2000, FJ 6).

Conviene mencionar, con todo, que la asunción por el Consejo de Estado de la jurisprudencia sobre la inexistencia jurídica del hecho imputado no se ha producido. Son pocos los dictámenes que tratan el supuesto específico de la existencia del hecho pero inexistencia del delito por ser el hecho atípico: los dictámenes 2077/2003, de 4 de septiembre de 2003 y 1263/2011, de 13 de octubre de 2011. Ambos –aprobados sin unanimidad– reafirman, no obstante, la idea de que la “*inexistencia del hecho imputado*” del artículo 294.1 LOPJ no es otra que la que deriva del hecho material objetivo o subjetivo. Tal vez pueda explicarse esta falta de asunción, por una parte, en la renuencia a admitir la exégesis del hecho delictivo como hecho típico; por otra parte, por no querer englobar en el ámbito material del artículo 294.1 LOPJ nuevas situaciones que escapasen del deseo originario del legislador. En este sentido, para el Consejo de Estado la concurrencia de una causa de justificación o una eximente seguidas de una absolución tampoco provoca la “*inexistencia del hecho imputado*” (dictámenes 1893/95, de 21 de septiembre de 1995, 814/2000, de 9 de marzo de 2000 y 377/2006, de 30 de marzo de 2006, entre otros).

Finalmente, mencionar que en la inexistencia jurídica del hecho imputado sigue siendo de aplicación la distinción entre insuficiencia de la prueba y la acreditación de la inocencia, pero referida no al hecho globalmente considerado sino a los elementos del tipo.

3. LA “DOCTRINA DEL EFECTO EQUIVALENTE” EN EL ELEMENTO FORMAL DEL ARTÍCULO 294.1 LOPJ

El elemento formal del artículo 294.1 LOPJ ha sido objeto de una interpretación unívoca. Aunque inicialmente el Consejo de Estado (entre otros, dictamen 313/91, de 14 de marzo de 1991) y el TS entendieron que sólo era posible indemnizar los daños sobrevenidos por “*inexistencia del hecho imputado*” siempre que ésta quedase reflejada en una “sentencia absolutoria” o en un “auto de sobreseimiento libre”, pronto el *nomen iuris* del precepto se vio superado gracias a la “doctrina del efecto equivalente”, cuya exégesis se debe primordialmente a la labor dictaminadora del Consejo de Estado. Esta doctrina equiparaba, a efectos indemnizatorios, distintas resoluciones jurisdiccionales que al dejar “*sin efecto el procesamiento de una persona en relación con los hechos delictivos por los cuales había sido procesada*” (dictamen 537/93, de 27 de mayo de 1993) podían constituir un título formal válido para solicitar una indemnización *ex art.* 294.1 LOPJ. Era el caso de, entre otros, los autos de sobreseimiento provisional.

En este sentido, desde la concepción de que el artículo 294.1 LOPJ tenía por objeto hacer innecesaria la previa declaración jurisdiccional del error en los supuestos en los que el proceso penal hubiese puesto de manifiesto la existencia del mismo, sucedía que un auto de sobreseimiento provisional alcanzaba esta finalidad (dictamen 285/93, de 27 de mayo de 1993). En el fondo, esta doctrina extensiva tenía como objetivo evitar situaciones de injusticia material, aunque limitando la validez del título formal de imputación de responsabilidad a resoluciones judiciales firmes. “*Teniendo que ser la legalidad interpretada en el sentido más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales –decía el TS– se considera que cuando un Auto firme de sobreseimiento se produce, corresponde tanto al de carácter definitivo como al de carácter provisional, pues firmes formalmente son los Autos de sobreseimiento cuando ya no procede contra ellos recurso alguno, teniendo en cuenta, a mayor abundamiento, que el Auto de sobreseimiento provisional, por su propia naturaleza, no afecta a la presunción de inocencia y el sobreseído ha de ser tenido como inocente a todos los efectos*” (STS de 20 de noviembre de 1997, FJ 6).

En definitiva, el *nomen iuris* de las resoluciones con efecto equivalente al sobreseimiento libre o la sentencia absolutoria no impedía aplicar el artículo 294.1

LOPJ, siempre que aquellas pusiesen de manifiesto la “*inexistencia del hecho imputado*”⁴⁹.

4. REFLEXIÓN SOBRE LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

A modo resumen, ha de señalarse que la jurisprudencia del TS construyó el concepto “*inexistencia del hecho imputado*” abarcando aquellos supuestos en los que se produjera la inexistencia material del hecho o la inexistencia jurídica del mismo por faltar algunos de los elementos típicos del delito, tanto objetivos como subjetivos. Incluyó dentro del supuesto de hecho del artículo 294.1 LOPJ, también, los casos en los que quedase acreditado positivamente la falta de participación del que fue encarcelado provisionalmente en la comisión del delito. Esta exégesis extensiva de la literalidad del artículo 294.1 LOPJ puede considerarse haber sido –en términos generales– pacífica y consolidada hasta que el TS creyó conveniente rectificarla a la luz de las SSTEDH asunto *Puig Pannella y Tendam c. España*.

En todo caso, la principal duda que planteó la construcción jurisprudencial anterior fue si podía considerarse contrario al artículo 14 de la C.E. establecer una desigualdad indemnizatoria entre aquellos inocentes absueltos o sobreseídos por “*inexistencia del hecho imputado*” y aquellos declarados inocentes bien por no considerarse partícipes de los hechos, bien por no probarse el hecho, todo ello en aplicación del principio *in dubio pro reo*. La respuesta a la cuestión exige acudir a la esclarecedora STC 98/1992, de 22 de junio.

Para resolver la disyuntiva, la STC comienza señalando *obiter dictum* que “quizás” se vulneraría el derecho fundamental a la igualdad si se realizase una interpretación literal del artículo 294.1 LOPJ y se entendiera que la “*inexistencia del hecho imputado*” incluye únicamente la inexistencia objetiva y no la subjetiva. La afirmación podría ser fundada. Y ello porque en ambos casos cabe afirmar plenamente la desconexión del sujeto con los hechos imputados –en ninguno de los dos supuestos, ha dicho después el TC, puede avanzarse procesalmente hacia una condena– (STC 85/2019, de 19 de junio), de forma que la diferencia de trato “carecería de toda justificación objetiva y razonable,

⁴⁹ *Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2011*, Madrid, 2012, p. 138-39.

deparando unas consecuencias desproporcionadas”, por utilizar una posterior y muy repetida afirmación jurisprudencial (entre otras, STC 76/2008, de 3 de julio, FJ 3).

Ahora bien, no sucede lo mismo con las diferencias entre los supuestos de inexistencia objetiva y subjetiva del hecho y aquellos derivados de la falta de acreditación de esa inexistencia. Concibiendo la prisión preventiva indebida desde la perspectiva del error judicial, el máximo intérprete de la CE consideró que si bien las inexistencias objetiva y subjetiva son “esencialmente iguales”, la absolución por falta de pruebas es “esencialmente diferente de las anteriores”. Estaríamos, pues, ante el tratamiento diferenciado de supuestos de hecho diferentes, no iguales; lo que no plantea dudas de inconstitucionalidad. Mientras que en la absolución por inexistencia objetiva o subjetiva *“está probada la inocencia del acusado y por tanto que la prisión preventiva fue acordada con error judicial [objetivado] (...)”* (FJ 2) en la absolución por falta de pruebas sucede justo lo contrario, pues ni la inocencia está afirmada positivamente, ni – por los requisitos que la jurisprudencia del TS exige para apreciar el error judicial *in genere*– puede predicarse en todo caso que la prisión provisional se haya decretado con error judicial. Así pues, la diferencia de trato que realizaba la jurisprudencia del TS y la doctrina del Consejo de Estado entre ambos supuestos se justifica porque que exista una *“prueba positiva de un hecho negativo”* constituye una situación totalmente distinta a la *“ausencia de prueba de un hecho positivo”* (FJ 2).

Superada la posible vulneración del derecho fundamental a la igualdad, el gran problema de la anterior construcción radicó en la posible vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia que podía derivarse de la misma. Cuestión que trae causa de la propia configuración del sistema de responsabilidad patrimonial *ex art. 294.1 LOPJ* al exigir a la autoridad civil y, en su caso, judicial valorar una resolución judicial firme –la sentencia o el auto de sobreseimiento libre penal– *a posteriori* y conceder o denegar la indemnización en función de si la inocencia del que fue preso fue acreditada positivamente –no hay sospechas de la inocencia– o negativamente –hay sospechas de la inocencia–. A esta cuestión responde todo un cuerpo de sentencias del Tribunal de Europeo de Derechos Humanos.

V. LA INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

1. EL ARTÍCULO 6.2 DEL CONVENIO DE ROMA

El artículo 6.2 del Convenio de Roma proclama: “*toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*”. El derecho a la presunción de inocencia encuentra, así, su razón de ser en el proceso penal y está formado por una doble vertiente: como regla de tratamiento del acusado –se considera a una persona inocente hasta que su culpabilidad haya sido afirmada por el Juez– y como regla de juicio –una condena debe ir precedida de una actividad probatoria, debiendo beneficiar al acusado cualquier insuficiencia de esta última–⁵⁰. Asumiendo la primera dimensión, el TEDH ha entendido que la presunción de inocencia tiene una dimensión extraprocesal, fuera del ámbito penal, al prolongar “*la protección tras la absolución definitiva frente a decisiones que suponen una constatación de culpabilidad o ponen en cuestión la inocencia*”, como pueden ser los pronunciamientos de la autoridad civil o judicial al rechazar la concesión de una indemnización por prisión preventiva⁵¹.

El TEDH, a pesar de reconocer expresamente que el artículo 6.2 del Convenio no otorga el derecho a una indemnización después de haber sufrido prisión preventiva indebida, entiende que queda vulnerado el derecho a la presunción de inocencia cuando una decisión de la autoridad civil o judicial realiza un juicio de culpabilidad que, en el marco de un procedimiento indemnizatorio, no le compete efectuar (STEDH de 25 de marzo de 1983, caso *Minelli c. Suiza*). Y ello con independencia del modo en el que hubiere terminado el procedimiento penal, pues el derecho a la presunción de inocencia exige que toda conclusión de culpabilidad sea declarada conforme a la ley, lo que incluye –en términos generales– el respeto a la presunción de inocencia como regla de juicio. No ocurre lo mismo si la autoridad al denegar la indemnización lo que manifiesta es un estado de sospecha equivalente a un cuestionamiento de la inocencia o incluso a la inducción de un sentimiento de culpabilidad. Lo relevante, a estos efectos, es determinar si la jurisdicción penal absolvió al acusado en sentencia o en una decisión que goce de

⁵⁰ Montañés Pardo, M.A. y Sánchez Tomas, J.M., “La presunción de inocencia” en Rodríguez-Piñero, M. y Casas, M.E. (dirs.), *op. cit.*, pp. 840-845.

⁵¹ Díaz Fraile, F., *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva*, Tirant, Valencia, 2017, p. 39.

la fuerza de cosa juzgada, pues sólo en estos casos queda completamente enervado el derecho a la presunción de inocencia si se manifestó la sospecha (SSTEDH de 25 de agosto de 1987, casos *Englert y Nölkenbockhoff c. Alemania*)⁵².

De la jurisprudencia del TEDH también se colige que la inocencia se cuestiona y, por tanto, se manifiesta un estado de sospecha cuando una autoridad gubernativa o judicial de un procedimiento indemnizatorio deniega la compensación por “*inexistencia del hecho imputado*” aduciendo la absolución por falta de pruebas contra el reclamante (SSTEDH de 25 de agosto de 1993, caso *Sekanina c. Austria*, y de 21 de marzo de 2000, caso *Asan Rushiti c. Austria*, de 25 de abril de 2006, caso *Puig Panella c. España*). Aunque lo más habitual será que la falta de prueba se predique de la participación o comisión de los hechos –inexistencia subjetiva–, nada impide que pueda derivarse de la existencia material del hecho mismo –inexistencia objetiva–. Esto es, en el ámbito del artículo 294.1 LOPJ, tan contrario a la presunción de inocencia sería motivar la denegación de la indemnización basándose en la falta de prueba de la existencia material o jurídica del hecho mismo como en la falta de acreditación de participación en los hechos imputados.

Es cierto que en alguna jurisprudencia del TEDH se infiere que si en la declaración de la autoridad extraprocesal se introducen “matices o reservas” sobre el no cuestionamiento de la inocencia, podría no producirse una vulneración del artículo 6.2 del Convenio (SSTEDH de 13 de enero de 2005, caso *Capeau c. Bélgica* y de 25 de abril de 2006, caso *Puig Panella c. España*). Ahora bien, la referencia a esa posibilidad de introducir “matices o reservas”, como vía para enervar la vulneración de la presunción reafirmada en algunas sentencias, ha de acogerse con mucha cautela. No es clara y da lugar a equívocos⁵³. Por una parte, no ha sido nunca enjuiciado por el TEDH un supuesto en el que se hubiese denegado la indemnización introduciendo “matices o reservas”. Esto impide saber cómo valoraría –en concreto– el Tribunal la compatibilidad de aquellos con el respeto a la presunción de inocencia, o mejor aún, ejemplificar el tipo de matices a los que se refiere. Por otra parte, según una interpretación histórica, la referencia que el TEDH hace al “lenguaje utilizado por el

⁵² Allué Buiza, A. “Una presunción de inocencia extensa y poco intensa” en García Roca, J. y Santaloya, P. (coords.), *La Europa de los Derechos*, 3º ed., CEPC, Madrid, 2014, p. 339.

⁵³ Díaz Fraile, F., *op. cit.*, p. 54.

órgano decisor” como canon para apreciar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia ha de entenderse realizada al lenguaje derivado del tipo de razonamiento a que obliga utilizar el tenor de la legislación nacional sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida. Por ello, si bien en una primera lectura de las SSTEDH podría parecer que la expresión de cualquier matiz o reserva por la autoridad civil o judicial es suficiente para no incurrir en una vulneración del artículo 6.2 del Convenio, una lectura más sosegada y progresiva de estas puede incluso llevarnos a la conclusión de que los “matices o reservas” a los que hace referencia el TEDH carecen de cualquier virtualidad obstativa de la vulneración de la presunción de inocencia como regla de tratamiento extensible a posteriores procesos no penales.

Lo anterior conduce a concluir que lo primordial, en la práctica, es que motivar una resolución expresando la falta de prueba positiva de la inocencia es equiparable a declarar la ausencia de inocencia probada, lo que introduce dudas sobre la inocencia del procesado no condenado (SSTEDH de 13 de julio de 2010, caso *Tendam c. España* y de 16 de febrero de 2016, caso *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*). En suma, la jurisprudencia del TEDH a la que se ha hecho referencia cuestiona la aplicación interna de previsiones legislativas nacionales que obligan a la autoridad que indirectamente tuviera que valorar la responsabilidad de un interesado tras una absolución definitiva a hacerlo partiendo de la insignificancia de los motivos por los que una persona fue declarada inocente, lo que supone convertir en impracticables sistemas de reclamación de responsabilidad patrimonial como el previsto a través de la construcción jurisprudencial del artículo 294.1 LOPJ que exigen justo lo contrario. Así pues, el origen de la lesión al derecho a la presunción de inocencia en el caso español se encuentra en la propia aplicación de la doctrina y jurisprudencia del TS sobre el artículo 294.1 LOPJ y, en definitiva, en la configuración del precepto mismo, que obliga a razonar en unos términos incompatibles con el respeto a la presunción de inocencia⁵⁴.

Semejantes conclusiones no pueden pasar por alto las críticas que a esta jurisprudencia se han planteado. DÍAZ FRAILE ha insistido en las diferencias entre la inocencia probada y el *in dubio pro reo* en situaciones meramente extraprocesales. Por una parte,

⁵⁴ Martín Rebollo, L., “Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación ambigua” en Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, p. 1519.

admite que ningún procedimiento ulterior pueda expresamente poner en duda la inocencia de quien fue declarado inocente. Por otra, entiende que, en procedimientos no penales, al no decidirse si quiera de forma indirecta sobre la responsabilidad del interesado, la exigencia de haber probado positivamente la inocencia en un proceso anterior como requisito para obtener una indemnización es lícita por ser un requisito que encuentra su origen en la libertad legislativa del Estado⁵⁵. MARTÍN REBOLLO y COBREROS MENDANOZA inciden en los efectos paradójicos que supone establecer legislativamente un régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva indebida. Señalan que el Reino de España fue condenado porque el ordenamiento jurídico español contemplaba una previsión indemnizatoria no generalizada, pero no porque existiese una norma internacional que exigiese la concesión de indemnización por prisión preventiva indebida⁵⁶. De ello resulta “*que acaba siendo de peor condición el Estado que contemple el derecho a una indemnización en esos casos -aunque sea una previsión con límites y diferencias- que aquel otro Estado que no prevea supuesto indemnizatorio alguno para esos supuestos*”.⁵⁷ En este mismo sentido, y por las consecuencias que se generan, se ha señalado la contradicción en que incurre un órgano llamado a actuar como garante superior de los derechos fundamentales cuando, ante la imposibilidad de conceder indemnizaciones a todo absuelto, sus pronunciamientos podrían provocar la eliminación del sistema indemnizatorio por la pérdida de libertad indebida⁵⁸.

2. EL IMPACTO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH EN LA JURISPRUDENCIA DEL TS Y LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE ESTADO POR PRISIÓN PREVENTIVA INDEBIDA POR INEXISTENCIA DEL HECHO

Si por “impacto” se entiende “*capacidad para transformar y armonizar las normas nacionales sobre derechos fundamentales y las regulaciones legales conexas a ellas, así*

⁵⁵ Díaz Fraile, F., *op. cit.*, p. 67.

⁵⁶ Cobrerros Mendazona, E., “Los paradójicos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida” en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (coords.), *Administración y Justicia: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012, p. 2789.

⁵⁷ Martín Rebollo, L., “Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación paradójica” en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (coords.), *Administración y Justicia: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012, p. 2963.

⁵⁸ Cobrerros Mendonaza, E., *op. cit.*, *RAP*, nº 209, mayo-agosto 2019, p. 29.

como sus exégesis jurisprudenciales”⁵⁹, puede afirmarse que la jurisprudencia del TEDH ha impactado en la configuración del régimen de responsabilidad patrimonial consagrado en el artículo 294.1 LOPJ. Ahora bien, el entendimiento que de la jurisprudencia del TEDH se ha hecho por los órganos llamados a pronunciarse sobre las indemnizaciones por prisión preventiva indebida ha sido escalonado. Se ha requerido tiempo para comprender –no sin esfuerzos–, las anteriores conclusiones sobre la presunción de inocencia como regla de tratamiento en la jurisprudencia del TEDH.

En una primera etapa, especialmente tras el caso *Puig Panella*, se puso énfasis en la posibilidad de encontrar una vía que permitiese motivar las solicitudes denegatorias de la indemnización respetando la presunción de inocencia. El primero en alertar de las implicaciones derivadas de esta jurisprudencia fue el Consejo de Estado. En el dictamen 598/2006, de 22 de junio de 2006 –menos de tres meses después de la STEDH– advirtió al Ministerio de Justicia la conveniencia de “*llamar la atención sobre los términos en que se pronuncia la propuesta de resolución*”, en la que sorprendentemente no sólo se manifestaba un estado de sospecha sino más bien un juicio de culpabilidad similar al referido en el asunto *Melloni c. Suiza*. En otros dictámenes posteriores, el supremo órgano consultivo del Gobierno insistió en la necesidad de omitir cualquier “*alusión a las dudas que el instructor pueda albergar acerca de la participación del reclamante en los delitos que se le imputaron y a la falta de acreditación de la desvinculación del interesado con el delito*” (dictámenes 1003/2006, de 27 de julio de 2006 y 1098/2006, de 28 de septiembre de 2006). Reduciendo la doctrina del TEDH a un problema en la argumentación de la denegación de la solicitud, consideró pertinente “*huir de excesos de motivación e incluso limitar ésta a la constatación de que la causa de la absolución es, o no es, la inexistencia del hecho imputado (...)*” bastando en la motivación “*(...) la exposición de las razones que, de forma más o menos explícita, llevaron al órgano judicial penal a absolver o a sobreseer las actuaciones. Pero siempre refiriendo aquellos pronunciamientos al momento en que se realizaron, de forma que la mención de una sospecha existente antes de la absolución no pueda verse como la afirmación – ni aun la sugerencia– de que la sospecha persiste después de aquella*”⁶⁰. Se conseguiría

⁵⁹ García Roca, J. y Nogueira Alcalá, H., “El impacto de las sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante” en García Roca, J. y Carmona Cuenca, E. (coord.), *¿Hacia una globalización de los derechos?: el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Aranzadi, Madrid, 2017, p. 74

⁶⁰ *Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2006*, Madrid, 2007, p.170.

con esto último que la motivación que ha de incluir todo acto administrativo denegatorio de derechos fuese expresa e introducir, a su vez, “matices y reservas” que permitirían, entiende el Consejo de Estado, respetar la presunción de inocencia como regla de tratamiento extensible a ulteriores procesos no penales en la medida en que se deja claro que la sospecha por falta de prueba se refiere a la que pudo plantearse antes de la absolución pero no posteriormente⁶¹. Todo ello sin olvidarse que no convenía convertir la motivación en un “*excesivo formalismo*” que hiciera imposible resolver problemas de justicia material que cada caso fuera planteando si tenemos en cuenta que la jurisprudencia del TS había autorizado al Ministerio de Justicia deducir la “*inexistencia del hecho imputado*” del examen del conjunto de la resolución judicial absolutoria⁶².

Por parte del TS, la incidencia del asunto *Puig Panella c. España* se limitó a obligar a la Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo a realizar, en el sentido señalado por el Consejo de Estado, un esfuerzo argumental adicional en la resolución de recursos contenciosos planteados contra las desestimaciones de la indemnización *a quo*. La exégesis jurisprudencial expuesta en el primer apartado del presente trabajo se mantuvo con la sola preocupación de incorporar expresiones en los razonamientos judiciales que mostraran el absoluto respeto a la presunción de inocencia. Así, decía el TS –incluso tres meses después de reafirmarse la doctrina Puig Panella en el asunto Tendam– que “*la denegación de la indemnización [por no constar justificada la participación en los hechos] (...) no supone duda sobre la inocencia (...), sino sencillamente el incumplimiento de uno de los requisitos esenciales a que la legislación subordina la responsabilidad del Estado*” (STS de 27 de octubre de 2010, FJ 3).

En el anterior estado se mantuvo el TS hasta que tuvo que resolver el 23 de noviembre de 2010 un caso extremadamente similar en el fondo y en la forma de la absolución al que se suscitó el asunto *Puig Panella c. España*. El TS, a su pesar –según COBREROS MENDONAZA⁶³, se vio obligado a revisar la interpretación jurisprudencial de la “*inexistencia del hecho imputado*” como supuesto de hecho del artículo 294.1 LOPJ. Así, en dos SSTS de 23 de noviembre de 2010 se argumenta que la interpretación que

⁶¹ Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2006, *loc. cit.*

⁶² Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2006, *loc. cit.*

⁶³ Cobrerros Mendonaza, E., *op. cit.*, RAP, nº 209, mayo-agosto 2019, p. 28.

venía realizando del art. 294.1 LOPJ, en la parte que posibilitaba el rechazo de la indemnización aun en caso de sentencia absolutoria, quedaba desautorizada por la jurisprudencia del TEDH. El análisis, juicioso y certero, no se correspondió con la solución por la que el TS optó: realizar una interpretación restrictiva del artículo 294.1 LOPJ, limitando la “*inexistencia del hecho imputado*” a la inexistencia objetiva, reconduciendo al artículo 293 LOPJ el resto de prisiones preventivas⁶⁴. Otras SSTs siguieron la misma línea (SSTs de 24 de mayo, de 7 de junio y de 11 de julio de 2011, entre otras).

Ahora bien, una comprensión cabal de la propia jurisprudencia del TS y del TEDH, hubiera obligado –como se ha expuesto y, luego, en la STC 85/2019, de 19 de junio, se demostró– a plantear la inaplicación total del artículo 294.1 LOPJ mediante una cuestión de inconstitucionalidad. Y ello porque la “*inexistencia del hecho imputado*” referida como inexistencia objetiva admitía solamente los supuestos –ciertamente más comunes– de la probada inexistencia material del hecho o probada inexistencia del hecho delictivo por ser atípico, pero no la aplicación del principio *in dubio pro reo* para determinar la inexistencia material o delictiva del hecho.

3. LA STC 85/2019, DE 19 DE JUNIO

La jurisprudencia del TEDH obligó, así, a plantear al TC una cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de los incisos del art. 294.1 LOPJ por “*inexistencia del hecho imputado*” y “*por esta misma casusa*” por vulneración de los artículos 24.2 CE y 14 CE. Previamente, las STC 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero, habían otorgado el amparo a dos ciudadanos por vulneración del artículo 24.2 CE en sendas resoluciones judiciales denegatorias de la indemnización por no haberse acreditado positivamente la “*inexistencia del hecho imputado*”.

3.1. La vulneración del artículo 24.2 CE

⁶⁴ Arroyo Jiménez, L., “Puig Panella c. España (STEDH de 25 de abril de 2006): la presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial por prisión provisional” en Alcácer Guirao, R. (coord.), *Conflicto y Diálogo con Europa. Las condenas a España del TEDH*, Civitas, Madrid, 2013, p. 337.

Comenzando con la vulneración del artículo 24.2 CE, dentro del que se proyecta la presunción de inocencia en los términos configurados por la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, el TC entiende que, en la interpretación adoptada en las SSTS de 23 de noviembre, se mantiene la causa de reproche que el TEDH efectúa de las distinciones entre absolución probada fehacientemente y la derivada de la falta de pruebas por inexistencia subjetiva en el ámbito de la inexistencia objetiva. En este sentido, el TC confirma que el reproche se produce en todo caso porque el artículo 294.1 LOPJ obliga a diferenciar cualitativamente entre los motivos de las decisiones materiales de absolución. Es ejemplificativo de lo que se dijo en el apartado anterior sobre la ausencia de relevancia real de posibles “matices o reservas” el hecho de que esta conclusión la realiza el TC sin ni siquiera entrar a valorar la larga explicación que, entendible a modo de reserva o matiz, realizó el órgano judicial al denegar la indemnización y que podría haber llegado a justificar la falta de vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Confirmando que el problema no es tanto de la motivación –en concreto– de la denegación, sino de la que obliga a realizar en términos genéricos el precepto mismo, el TC afirma que, incluso, si la motivación de la denegación se limita a establecer sucintamente la simple no concurrencia del supuesto de hecho del artículo 294.1 LOPJ se vulnera la presunción de inocencia porque esa argumentación “*está implícitamente acompañada de la afirmación de que se absolvió por otra causa, que será normalmente la falta de prueba suficiente de la participación del sujeto en los hechos*” (FJ 11). Causa, que según la jurisprudencia del TS desde 2010, podría llegar a ser indemnizable por vía del artículo 293 LOPJ.

No falta, con todo, quien ha visto una interpretación conforme a la presunción de inocencia en la jurisprudencia nacida en las SSTS de 2010. Son aquellos que, por una parte, entienden que la autoridad civil o judicial no valora la responsabilidad del interesado tras una absolución definitiva si se limita a constatar que el hecho imputado se ha producido o no, o si era o no típico, obviando cualquier otra razón de fondo⁶⁵. Por otra parte, asumen que el artículo 294.1 LOPJ no obliga a la autoridad civil o judicial a razonar en función de la suficiencia probatoria.

⁶⁵ Vid. Voto particular y discrepante de los Magistrados Narváez Rodríguez y Enríquez Sancha, FJ 3.6.

El anterior razonamiento implica arrinconar la diferencia entre la insuficiencia de la prueba y la acreditación de la inocencia, por lo que, tanto si se prueba la inexistencia del hecho, como si no se llega a probar positivamente pero se aplica el *in dubio pro reo*, la autoridad “constata” que el hecho imputado no existió, indemnizando todos los supuestos en los que se produjese una insuficiencia probatoria. Asumiendo que inocencia equivale a inexistencia, desconoce la razón que llevó al TS a no incluir en el supuesto indemnizatorio del artículo 294.1 LOPJ los casos de falta de prueba del hecho objetivo o subjetivamente considerado. Siendo cierto que en ambos casos el preso se considera inocente, la lógica impide afirmar con rotundidad que, en todo caso del segundo supuesto, el hecho delictivo no existió. En la resolución del Tribunal penal – incluso en la mente de cualquiera– ha podido quedar reflejada la posibilidad cierta de que el hecho existiese, a pesar de haber concedido al absuelto el beneficio de la duda. Así pues, siguiendo este razonamiento, la autoridad que examinase la indemnización por prisión preventiva indebida estaría asumiendo una competencia que no le corresponde, cual es la de asumir que un hecho “no ha existido” cuando no lo estableció *expressis verbis* –ni seguramente quiso establecerlo– la resolución judicial penal. Antes se dijo que la jurisprudencia del TS obligaba a deducir a la autoridad civil o judicial la inexistencia del hecho de la sentencia penal cuando no estuviera expresamente declarada por el órgano judicial. Pues bien, con esta tesis a lo que se obliga es a establecer *ex ante* qué hay que deducir. Y esto debe rechazarse porque se concedería la indemnización respetándose la presunción de inocencia en una dimensión extraprocesal a costa de que un tercero afirme sin toda seguridad que un hecho materialmente no existió o no fue típico. Lo deseable, en fin, no puede –ni debe– superponerse a lo lógico.

En el mismo sentido, conviene destacar que si el TS lo que hubiese construido en 2010 es una jurisprudencia muy extensiva –y ya por eso criticable– que “introdujese” un nuevo supuesto de hecho en el del artículo 294.1 LOPJ, añadiendo a la “*inexistencia del hecho imputado*” –objetiva y probada– aquellos supuestos de “falta de acreditación positiva de la existencia del hecho”, se seguiría pudiendo producir una vulneración del derecho a la presunción de inocencia. Como en el caso anterior, la consecuencia natural de esta exégesis sería indemnizar tanto los supuestos objetivos de inexistencia del hecho como aquellos en los que se produjese una insuficiencia probatoria. Quedarían excluidos de esta cobertura indemnizatoria, evidentemente, los supuestos de inexistencia subjetiva probada o no, que seguirían encontrando la vía para solicitar la

indemnización en el artículo 293 LOPJ. Ahora bien, en este caso, no habiéndose probado la inexistencia subjetiva de un hecho, si un ciudadano pretende tozudamente acudir a la vía indemnizatoria del artículo 294.1 LOPJ, la autoridad negará la indemnización alegando que no concurre en este caso el supuesto de hecho del artículo 294.1 LOPJ. Y esto ciertamente podría sugerir –según la opinión mayoritaria del TC antes expuesta– que se absolvió por otra causa, que será normalmente la falta de prueba suficiente de la participación del sujeto en los hechos; vulnerándose, así, la presunción de inocencia⁶⁶.

3.2. La vulneración del artículo 14 CE

La STC 85/2019, de 19 de junio, concluye que el régimen de responsabilidad patrimonial del estado por prisión preventiva indebida por inexistencia objetiva del hecho nacido en las SSTS de 23 de noviembre de 2010 también vulnera el derecho fundamental a la igualdad. El razonamiento es fiel al que recogió *obiter dictum* la STC 98/1992, de 22 de junio, pero va más allá. Entonces se afirmó que una interpretación literal del artículo 294.1 LOPJ, esto es, que excluyera la inexistencia subjetiva del hecho violaría el artículo 14 CE. No sucedía lo mismo con aquella que rechazara la incorporación al supuesto de hecho de los supuestos de falta acreditada de la existencia objetiva o subjetiva. El fondo de aquel razonamiento hay que encontrarlo en la concepción que entonces se tenía de los supuestos de inexistencia del hecho objetiva y subjetiva –errores judiciales objetivados que exigían un mismo tratamiento jurídico– y el resto de supuestos, que permitían justificar objetiva y razonablemente las diferencias indemnizatorias. Ahora bien, si como hace el TC en la STC 85/2019, de 19 de junio, se entiende que la indemnización por prisión preventiva indebida del artículo 294.1 LOPJ pretende resarcir el menoscabo impuesto a aquellos que soportaron el deber de verse privados de su libertad en aras del interés general, parece que no resulta cohonestable con el artículo 14 CE excluir del ámbito material del artículo 294.1 LOPJ otros supuestos de privación de libertad que no son ya errores sino que tienen la misma finalidad sacrificial, como sin duda son los de la acreditada inexistencia subjetiva del hecho o los de absolución o sobreseimiento por insuficiencia de la prueba. Se estaría, aquí sí, ante un tratamiento diferenciado de supuestos de hecho con igual finalidad, que

⁶⁶ Evidentemente, esta última disyuntiva también se plantea para quien defiende una interpretación conforme a la presunción de inocencia en la jurisprudencia nacida en las SSTS de 2010.

carecería de una justificación objetiva y razonable, con consecuencias desproporcionadas: a saber, obtener la indemnización *ad nutum ex* artículo 294.1 LOPJ o bien por una vía cuasi impracticable como es la prevista por el artículo 293 LOPJ.

Al igual que sucedía en el caso de la vulneración del artículo 24.2 CE, en un voto particular se ha señalado que no se vulnera el artículo 14 CE con la interpretación dada por el TS en las SSTS de 23 de noviembre. Así, desde el entendimiento de que la prisión preventiva *ex art.* 294.1 LOPJ constituye un sacrificio, es preciso analizar si es posible deparar consecuencias indemnizatorias diferentes en función de una potencial graduación del sacrificio en el resto de supuestos de prisión provisional seguida de absolución. En este sentido, se arguye que la inexistencia subjetiva del hecho imputado tiene un grado de intensidad aflictiva en el posteriormente absuelto inferior a la inexistencia objetiva del hecho imputado, pues una persona que sufre prisión provisional, y posteriormente es absuelta por inexistencia objetiva del hecho imputado, “*al ingreso en prisión provisional por un acto delictivo no cometido, se añade además la conciencia posterior de que aquel acto delictivo ni siquiera llegó a existir*”⁶⁷.

VI. LAS CONSECUENCIAS DE LA STC 85/2019, DE 19 DE JUNIO, EN UN NUEVO SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR PRISIÓN PREVENTIVA INDEBIDA

A la luz de cuanto antecede, la STC 85/2019, de 19 de junio, estima la cuestión de inconstitucionalidad y declara contrarios a la CE los incisos “*por inexistencia del hecho imputado*” y “*por esta misma causa*” del artículo 294.1 LOPJ. Con la nueva redacción, una interpretación literal del artículo conduciría a otorgar la indemnización de modo automático y en todos los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre. Así lo han entendido la SSTS de 10 de octubre y de 20 de diciembre de 2019, al afirmar que en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre se ha de indemnizar al que fue preso preventivo, “*salvo los supuestos de que no se hayan irrogado perjuicios, lo que es prácticamente imposible de sostener en el caso de haber padecido prisión injusta*” (FJ 8 y 5,

⁶⁷ *Vid.* Voto particular y discrepante de los Magistrados Narváez Rodríguez y Enríquez Sancha, FJ 2.3.

respectivamente). El TC, por el contrario, señala *obiter dictum* que una indemnización automática no puede derivarse de la inconstitucionalidad de los incisos. En este sentido, nuestro Tribunal de Garantías realiza una llamada al legislador para que acote el alcance de la indemnización y a los Tribunales para que interpreten el artículo 294.1 LOPJ de acuerdo con los principios generales de la teoría de la responsabilidad civil⁶⁸.

El escaso número de sentencias de la jurisdicción ordinaria impide conocer si la indemnización en el futuro próximo se otorgará realmente atendiendo las advertencias del TC. En este punto, se cree conveniente establecer cuáles podrían ser las bases sobre las que se tenga que sustentar el sistema de responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida. La aproximación que se realiza permite, en primer lugar, responder a la cuestión de la fundamentación constitucional de la indemnización por prisión preventiva –partiendo de la finalidad que para el TC tiene la indemnización en un supuesto de prisión cautelar injusta– y, en segundo lugar, identificar los límites para concederla o denegarla. Por último, se propone una nueva redacción al artículo 294.1 LOPJ que haga efectivo el derecho a la reparación en los términos razonados.

1. EL SACRIFICIO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD COMO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PREVENTIVA

Descartada la finalidad indemnizatoria del precepto por error judicial –objetivado o no– o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, el trasfondo que justifica el *animus compensandi* del Estado en base al artículo 294.1 LOPJ es, para la STC 85/2019, de 19 de junio, el deseo de compensar el “sacrificio especial” consistente en la pérdida de la libertad a que se vio sometido quien sufrió prisión provisional y fue posteriormente absuelto o sobreseído. El precepto responde, así, a la lógica de indemnizar un “daño sacrificial” proyectado sobre el derecho a la libertad. Enunciada en estos términos la finalidad del artículo 294.1 LOPJ, puede darse un paso más y decirse que el derecho a la indemnización consagrado en el artículo 294.1 LOPJ actúa como un requisito legitimador del sacrificio a la libertad al que se somete a quien es puesto en

⁶⁸ La advertencia que formula el TC para que los Tribunales realicen una interpretación del precepto acorde con la teoría de la responsabilidad civil ha sido objeto de crítica, pues con ella el TC parece haberse convertido de facto en un legislador negativo. MANZANARES SAMANIEGO ha dicho que estas “*presiones o matizaciones nada significan*” (Manzanares Samaniego, J.L., “El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, nº 9563, 2020, s.p.).

prisión preventiva indebidamente. Por tanto, a pesar de que el TC no ha considerado pertinente pronunciarse sobre si el artículo 17.1 CE exige la compensación por los perjuicios irrogados tras sufrir una prisión preventiva indebida, ha de entenderse que dicho precepto constitucional exige la indemnización.

Para justificar el argumento anterior, resulta imprescindible tomar como punto de partida la idea de que toda prisión provisional lícitamente impuesta es una medida no consentida o forzosa en la que se trata al preso como una oportunidad para la colectividad y se le cosifica para alcanzar tres fines que benefician a la sociedad: evitar la reiteración delictiva, la sustracción de la acción de la Administración de Justicia o la obstrucción de la justicia penal (STC 207/2000, de 24 de julio)⁶⁹. La prisión provisional reside, en efecto, en una causa de “*utilidad pública*” o “*un interés social*”. Así, cuando el poder judicial decreta la prisión provisional de una persona es consciente de que tal medida imprescindible para la colectividad puede llegar constituir un daño cuasi expropiatorio de la libertad, según la terminología de PANTALEÓN PRIETO, si dicha persona es declarada inocente⁷⁰. Este potencial daño sacrificial derivado de la prisión cautelar es tolerado por el poder público como un mal inevitable en tanto en cuanto el riesgo de incurrir en él es la única manera que le asegura ejercer eficazmente el *ius puniendi* y condenar al que debe ser condenado⁷¹. Esta visión expropiatoria de la libertad que se produce con la prisión provisional es asumida en parte del Derecho comparado, tal y como recoge DOMENECH PASCUAL⁷².

De lo anterior se deriva que la privación de la libertad provisional en aras del interés general sólo se convierte en un auténtico sacrificio impuesto a la libertad cuando el preso es absuelto en sentencia firme o resolución equivalente⁷³. Aun cuando una teoría libertaria de los derechos seguramente entendería que incluso la prisión provisional del posteriormente culpable es sacrificial de la libertad por ser un mandato constitucional el de presumirse la inocencia hasta que se declare lo contrario, no sucede lo mismo si el

⁶⁹ Medina Alcoz, L., *op. cit.*, p. 156.

⁷⁰ Pantaleón Prieto, F., “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994, p. 250.

⁷¹ Medina Alcoz, L., *op. cit.*, p. 157.

⁷² Domenech Pascual, G., “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento”, *In Dret*, nº4, 2015, p. 16.

⁷³ Ver, a estos efectos, el capítulo 4.3 sobre la “doctrina del efecto equivalente”.

preso es culpable⁷⁴. Y ello porque en este caso la injerencia de la privación cautelar no es propiamente un sacrificio, en la medida en que el tiempo pasado en prisión provisional se descuenta del que tiene obligación de soportar por haber sido culpable. Así se desprende del artículo 58 CP. Si una persona es declarada culpable, la injerencia en la libertad que se produce por la prisión firme no es “sacrificial” sino “policial”, pues con ella no se persigue la protección de la comunidad sino la de los principios *punitur quia peccatum es* o *alterum non laedere*. En el caso de prisión provisional seguida de condena con el mismo tipo de pena no habría nunca un daño efectivo. La injerencia sacrificial y la injerencia policial, son así, dos tipos de injerencias que el poder público permite desplegar en los derechos individuales⁷⁵. La prisión provisional seguida de absolución es el prototipo de la primera, y la prisión provisional seguida de condena con pena privativa de libertad el paradigma de la segunda⁷⁶.

Centrándonos en la legitimidad de la injerencia sacrificial –conviene insistir, la única producida en un supuesto de prisión preventiva indebida–, esta se encuentra en el axioma mismo del Estado social en que vivimos. En efecto, abandonando algunas de las premisas fundantes del Estado de Derecho liberal, en el Estado social el poder público queda habilitado para realizar operaciones de justicia distributiva en las que los derechos de unos pueden ceder para satisfacer los del conjunto de la colectividad⁷⁷. En este contexto se justifica que el derecho a la propiedad sea el derecho sacrificable por excelencia en aras de la “*utilidad pública o el interés social*”, a través del instituto de la expropiación forzosa. Y en el mismo contexto hay que encontrar la posibilidad de introducir, mediando las correspondientes garantías, un menoscabo o sacrificio en la esfera individual que no quede limitada, como bien se deduce de la STC 85/2019, de 19 de junio, al ámbito patrimonial del derecho fundamental a la propiedad, sino que se proyecte sobre el derecho fundamental a la libertad⁷⁸.

La posibilidad puntual de introducir un menoscabo en un derecho fundamental no ha de entenderse vulneradora de la llamada que el constituyente hace al legislador y poderes

⁷⁴ Medina Alcoz, *op. cit.*, p. 154.

⁷⁵ Rodríguez Fernández, I., “La dimensión constitucional del daño sacrificial”, *RGDC*, nº 29, abril de 2019, p. 30.

⁷⁶ Rodríguez Fernández, I., *loc. cit.*

⁷⁷ Rodríguez Fernández, I., “La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *REDA*, nº 195, octubre-diciembre 2018, p. 175.

⁷⁸ Rodríguez Fernández, I., *op. cit.*, *RGDC*, nº 29, abril de 2019, p. 30.

públicos para proteger el contenido esencial de los derechos *ex* artículo 53.1 CE. En términos generales, el “contenido esencial” es “*aquella parte del contenido de un derecho (...) que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecución el derecho se otorga*” (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 10). Al no operar en términos absolutos, el contenido esencial puede ser sacrificado si media una técnica ponderativa que analiza si existe una causa suficientemente poderosa desde el punto de vista del bien común que justifica la injerencia⁷⁹. Cuando la causa existe –los fines de la prisión provisional misma–, la injerencia en el derecho es lícita, aunque en la medida en que la operación instrumentaliza al individuo titular del mismo y le produce un daño moral o patrimonial, se exige –por respeto al derecho sacrificado y, en última instancia, a la dignidad humana *ex art. 10 CE*– un medio de adjudicación que permita “*restablecer la integridad de la esfera subjetiva del individuo dañado, de modo que, en última instancia, no soporte más que su parte alícuota del bien común*”⁸⁰. Este último medio es la indemnización, elemento que en casos de injerencia lícita se convierte en una parte fundante del contenido esencial del derecho fundamental afectado por la injerencia, de forma similar a lo que ocurre con el justiprecio cuando se produce una injerencia lícita en el derecho a la propiedad⁸¹. Lo anterior conduce a afirmar que en el supuesto de la prisión provisional indebida la ausencia de reconocimiento del derecho a la indemnización como parte del contenido esencial del derecho fundamental a la libertad supondría, en palabras de DEL SAZ, una contradicción de imposible entendimiento en un Estado social y de Derecho, derivada de otorgar una mayor protección a la propiedad que a la libertad⁸². Esto sería ciertamente inasumible y es razón suficiente para estimar que un preso preventivo absuelto debe ser indemnizado en virtud del artículo 17.1 CE. Una resolución que deniega la indemnización solicitada vulnera, en contra de lo que puede deducirse del ATC 148/1998, de 29 de junio, el artículo 17.1 CE e incide en la situación

⁷⁹ Rodríguez Fernández, I., *op. cit.*, *RGDC*, nº 29, abril de 2019, pp. 27-30.

⁸⁰ Rodríguez Fernández, I., *op. cit.*, *RGDC*, nº 29, abril de 2019, p. 33.

⁸¹ Rodríguez Fernández, I., *op. cit.*, *RGDC*, nº 29, abril de 2019, pp. 30-31. Hay que destacar que el daño sacrificial que se proyecta sobre la propiedad en la expropiación de derechos patrimoniales difiere del de la “cuasi expropiación” de la libertad. En el primero, el sacrificio es siempre cierto y seguro. En el segundo, el sacrificio es hipotético. Se asume como un riesgo. El diferente tipo de daño sacrificial explica que la indemnización por expropiación del derecho a la propiedad tenga carácter *ex ante*, mientras que el daño sacrificial hipotético deba encuadrarse, según MEDINA ALCOZ, en una responsabilidad patrimonial objetiva por riesgo extraordinario con carácter *ex post* (Medina Alcoz, L., *op. cit.*, p. 155).

⁸² Del Saz Rodríguez, S., “La obligación del estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado”, *RAP*, nº195, septiembre-diciembre 2014, p. 70.

de libertad del demandante, de igual manera que el impago del justiprecio supone la privación ilegítima del derecho de propiedad.

2. EL DAÑO EFECTIVO Y EVALUABLE ECONÓMICAMENTE

La indemnización debida *ex art. 17.1 CE* no ha de concederse, con todo, de forma automática o ilimitada. El límite hay que encontrarlo en que la injerencia al derecho fundamental suponga un daño efectivo y evaluable económicamente.

2.1. El presupuesto antijurídico del daño sacrificial en el derecho a la libertad

Toda lesión resarcible ha de ser, por definición, antijurídica. En el ámbito del Código Civil, la antijuridicidad exige dolo o culpa. En el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado –como subtipo de este se decide acoger, no sin cautela, la indemnización por prisión preventiva indebida– la antijuridicidad carece de carácter subjetivo y está determinada por el hecho de que el perjudicado no tiene el deber jurídico de soportar el daño. A grandes rasgos, este deber existe cuando lo impone una obligación legal o contractual o bien cuando el perjudicado, por su propia voluntad, se coloca efectivamente en una situación de riesgo⁸³. En tanto el ordenamiento no obliga a imponer un daño sacrificial en el ámbito de los derechos que se consagran en Capítulo Segundo del Título Primero, sino que a lo sumo permite imponerlo, como en el caso de la prisión provisional –y es esta posibilidad lo que aquí precisamente se discute–, sólo tiene sentido analizar la antijuridicidad como presupuesto del daño sacrificial desde la óptica de la conducta del interesado.

Así, en línea con el criterio aportado a modo de ejemplo por la STC para fundar una posible interpretación del artículo 294.1 LOPJ de acuerdo con la teoría general de la responsabilidad civil, estimar una indemnización por injerencia sacrificial en el derecho a la libertad requiere determinar si la imposición del daño sacrificial ha sido consecuencia de *“la relevancia causal de la conducta del perjudicado”*. Lo que, para no caer en absolutismos, obliga a admitir que no toda prisión preventiva indebida da lugar a una indemnización por injerencia sacrificial del derecho a la libertad, o lo que es

⁸³ Abogacía General del Estado, *Manual de Responsabilidad Pública*, Thomson Reuters y Ministerio de Justicia, 3ª edición, Madrid, 2015, p. 203.

lo mismo, que no se produce técnicamente un sacrificio si el daño se justifica por el comportamiento del perjudicado⁸⁴.

Es importante incidir en que lo que este juicio de causalidad debe tratar de averiguar es si el daño sacrificial de la prisión preventiva seguida de absolución ha podido justificarse en base a la conducta del dañado. Tiene el fin de responder a la siguiente cuestión: ¿Se ha auto provocado el absuelto su propio daño sacrificial? La casuística jurisprudencial sería la que con mayor nitidez podría perfilar estos supuestos, dentro de los cuales podrían identificarse:

(i) Por una parte, la consumación de “actos ciertos” del acusado. Son aquellos nacidos de su propia voluntad y que directamente son susceptibles de promover la imposición de la medida cautelar de prisión provisional. Dentro de estos cabría distinguir, por una parte, los hechos delictivos imputados y, por otra, los hechos atentatorios contra la finalidad de la medida cautelar. En este contexto, un “acto cierto” capaz de arrumbar la antijuridicidad exigiría, bien la acreditada inexistencia del hecho imputado, o bien una acción directa del acusado que tuviese la finalidad de poner en riesgo la causa de “utilidad pública” o “interés social” en que se fundamenta la prisión provisional.

Ahora bien, como sabemos, la realización de un juicio de causalidad sobre la existencia o no de los hechos imputados para conceder la indemnización plantea muchos problemas en la jurisprudencia del TEDH. Que la responsabilidad criminal y el enjuiciamiento de la intervención causal para conceder la indemnización se proyecte sobre unos mismos hechos puede llegar a tener una gran interferencia en el derecho a la presunción de inocencia. Por esto mismo, conviene que la ley limite exclusivamente la antijuridicidad de los “actos ciertos” del acusado a la de aquellos que impliquen de forma efectiva un incumplimiento de los deberes procesales del acusado. Nos referimos a los hechos objetivos cometidos por el acusado que justifican el *periculum in libertatis* como presupuesto de la prisión preventiva. En este sentido, para justificar la falta de antijuridicidad no bastarán las posibles conjeturas o actos hipotéticos que el órgano judicial pueda realizar o atribuir al acusado para motivar aquel presupuesto. A modo de ejemplo, se puede señalar que un daño sacrificial proyectado sobre el derecho

⁸⁴ Medina Alcoz, L., *op. cit.*, p. 171.

fundamental a la libertad no será antijurídico sólo si el juez considera que el acusado puede fugarse o destruir y alterar pruebas. No conceder la indemnización exigirá como *prius* que el acusado sea sorprendido cometiendo un “acto cierto” que suponga un atentado contra las finalidades de la medida cautelar: situándose en un puesto fronterizo, coaccionando a testigos o eliminando pruebas físicas⁸⁵. La prisión provisional causada por una entrega de las autoridades extranjeras tras la consumación de una fuga, lógicamente, no se reputará un supuesto antijurídico⁸⁶.

(ii) Por otra parte, las actuaciones estrictamente dolosas o culposas respecto de la propia prisión provisional no deberían suponer la antijuridicidad del daño sacrificial. En las primeras, podría situarse la confesión falsa, habitual en organizaciones criminales. En las segundas, el incumplimiento del deber de la víctima de mitigar su daño⁸⁷. Tal vez la falta de interposición en plazo de un recurso contra el auto que decreta la prisión sea el mejor ejemplo de conducta que no convierte en un daño sacrificial en antijurídico, pues no interponer un recurso es una forma de aquietarse y asumir el sacrificio como propio.

2.2. El título de imputación para determinar la valoración económica del daño

Una lesión resarcible, además de antijurídica, ha de ser susceptible de valoración económica. A tal fin, una vez descrita la injerencia en el derecho a la libertad desde una perspectiva exclusivamente constitucional, conviene identificar el daño que se produce cuando se sacrifica el derecho a la libertad en un supuesto de prisión preventiva indebida. La teoría del daño ha venido entendiendo que el daño –en función del tipo de bien al que afecta– puede ser material o patrimonial o moral. Mientras los daños materiales afectan a activos o derechos de contenido patrimonial, los daños morales se corresponden con lesiones en la integridad física o psíquica de las personas⁸⁸.

En los casos de prisión provisional seguida de absolución o resolución equivalente, el TS ha establecido en repetida jurisprudencia que la privación de la libertad en estos

⁸⁵ Medina Alcoz, L., *op. cit.*, p. 171.

⁸⁶ Medina Alcoz, L., *loc. cit.*

⁸⁷ Moreno Martínez, J.A. “El deber de mitigar el daño en la esfera extracontractual: problemática, alcance y sus últimas incidencias normativas”, *RDP*, 2018, número 1, páginas 89-112.

⁸⁸ Gómez Ligüerre, C. “El daño y sus funciones en un sistema de responsabilidad civil extracontractual” en Gómez Pomar, F. y Marín García, Ignacio (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Madrid, 2017, *s.p.*

supuestos implica por sí sola un daño moral (por todas, STS de 10 de octubre de 2019). Y ello porque a cualquiera –afirma el TS en la STS de 20 de febrero de 1999– “*le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social y la ruptura con el entorno que la prisión comporta*” (FJ 4). De lo anterior se infiere que si el daño sacrificial en el derecho a la propiedad se materializa principalmente en una intromisión de tipo patrimonial, la injerencia sacrificial en la libertad tras un episodio de prisión cautelar conlleva la causación de un daño moral⁸⁹. Ahora bien, ni este daño se produce en todos los casos con la misma intensidad, ni tiene carácter excluyente. En este sentido, no es infrecuente que la indemnización por prisión preventiva indebida se haya venido cuantificando en función de la intensidad⁹⁰ del perjuicio moral e incluya, si así se solicita, una reparación por la causación de daños patrimoniales, entre los cuales destaca el lucro cesante (STS de 18 de junio de 2009) o, incluso, la pérdida derivada de la inutilización de un billete de avión ya pagado para realizar un viaje al extranjero (dictamen 361/2011, de 12 de mayo de 2011). Lo relevante en cualquier caso es que en un episodio de prisión provisional indebida el daño moral podría coexistir con el daño patrimonial.

Que de la prisión provisional posteriormente demostrada indebida cabe deducir en todo caso un daño moral es fundamental para evitar comparaciones con la falta de indemnización aparejada a la lesión –o al sacrificio, en la terminología del trabajo– de otros derechos fundamentales. Así, a modo de ejemplo, puede señalarse cómo la vulneración de la libertad sindical no es indemnizable si no se acompaña de la causación de un daño efectivo moral o patrimonial (SSTS de 22 de julio de 1996 y 25 de enero de 2005), que en ningún caso puede deducirse automáticamente, en contra de lo que sucede en el caso de la prisión provisional.

⁸⁹ Manzanares Samaniego, J.L., *La responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, op. cit., p. 138.

⁹⁰ Para valorar la intensidad del perjuicio se tienen en cuenta los factores que convierten a la privación de la libertad en un sacrificio más enojoso. Entre otros, se valora la edad y la situación personal o profesional del acusado e ingresado en prisión (STS de 29 de marzo de 1999).

3. PROPUESTA LEGISLATIVA

Para hacer efectivo en los términos descritos el derecho a la reparación debida a quien sufrió un daño en su libertad por prisión preventiva indebida se propone un nuevo articulado al art. 294.1 LOPJ:

“Artículo 294.1

1. Tendrán derecho a indemnización quienes, tras un proceso penal en que hubieran sufrido prisión preventiva, sean absueltos por sentencia o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre.

2. En ningún caso habrá lugar a la indemnización si la medida cautelar:

a) Tuvo por causa una conducta cierta del acusado destinada a impedir la finalidad de aquella.

b) Fue asumida por el acusado como consecuencia de una conducta dolosa o negligente.

3. La existencia de los hechos imputados al acusado, así como la participación del acusado en los mismos, no será determinante para conceder o denegar la indemnización.

4. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior.”

Indudablemente, el articulado propuesto permite canalizar una petición indemnizatoria de una prisión provisional ilegítima, con independencia de que la vía del artículo 293 LOPJ pueda seguir existiendo, aunque la economía procesal y las menores probabilidades de éxito no aconsejen acudir a ella.

VII. CONCLUSIONES

No se exagera si se afirma que la configuración del régimen de responsabilidad patrimonial directa del Estado por prisión provisional indebida –prácticamente desconocido en nuestro derecho histórico– ha sido obra de la jurisprudencia del STS y la doctrina del Consejo de Estado. Y ello porque el artículo 294.1 LOPJ, en su redacción dada por la LO 6/1985, del Poder Judicial, lejos de constituir un precepto cuyos elementos material y formal fuesen concluyentes, planteó desde sus inicios interrogantes considerables. La clarificación de estos y el estudio de las distintas soluciones que la jurisprudencia del TS y la doctrina del Consejo de Estado han aportado a los mismos deja traslucir que, en muchas ocasiones, una interpretación literal del precepto se oponía a lo que una interpretación finalista o sistemática del mismo exigía.

Tal vez el interrogante principal haya sido el de encontrar el fundamento constitucional del precepto. Si bien inicialmente para el Consejo de Estado y el TS la indemnización prevista en el artículo 294.1 LOPJ encontró su legitimidad en el error judicial del artículo 121 CE, pronto el Consejo de Estado fue abandonando dicha posición, configurando el precepto como un supuesto de responsabilidad patrimonial sin un fundamento constitucional claro. No sucedió lo mismo con la jurisprudencia del TS. Al menos hasta la STC 85/2019, del 19 de junio, el Alto Tribunal ha seguido considerando la prisión preventiva indebida como un supuesto de error judicial objetivado. Que esta discordancia de opiniones entre uno y otro órgano no haya deparado diferentes soluciones a otros interrogantes que planteaba el precepto muestra que, en este contexto, el debate ha sido más teórico que práctico.

Esta conclusión, con todo, no puede proyectarse más allá de la STC 85/2019, del 19 de junio, en la que el máximo intérprete de la CE ha establecido que el daño que se produce tras un episodio de prisión preventiva es un “daño sacrificial” causado en aras del interés público. A pesar de no pronunciarse el TC sobre las consecuencias de esta conceptualización, parece sensato considerar que la indemnización por prisión preventiva encuentra ahora su fundamento en el artículo 17.1 CE, en virtud del cual se consagra como derecho fundamental la libertad. Cuando un daño sacrificial a un

derecho fundamental lleva aparejado la causación de un daño moral o patrimonial antijurídico es indudable que el fundamento constitucional de la indemnización ha de encontrarse en el precepto de la Constitución que ampara tal derecho. Es lo que sucede, en términos equivalentes, con el justiprecio cuando se sacrifica el derecho a la propiedad de una persona.

La consecuencia práctica de la tesis expuesta es la que cristaliza en la propuesta legislativa del trabajo. Toda persona que haya sufrido prisión preventiva indebidamente ha de ser indemnizada, siempre y cuando el daño sufrido no sea antijurídico. Para evitar los problemas que plantea la jurisprudencia del TEDH y el artículo 6.2 del Convenio, se configura una antijuridicidad del daño en la que carece de relevancia la existencia o inexistencia de los hechos imputados. Esta solución tiene la ventaja de consagrar una indemnización cuya estimación o desestimación no depende del contenido de resoluciones judiciales que determinan la ausencia de responsabilidad criminal, algo que no puede predicarse de algunas propuestas ofrecidas por la doctrina hasta el momento para instaurar un nuevo sistema de responsabilidad patrimonial por prisión preventiva. En particular, de aquella que aboga por configurar un procedimiento indemnizatorio autónomo del proceso penal cuyo eje central siga girando en torno a la determinación de la inexistencia de los hechos imputados. En él, la autoridad llevaría a cabo una prueba autónoma de la inexistencia de los hechos imputados utilizando un estándar probabilístico menos severo que el que se utiliza para determinar la responsabilidad penal⁹¹. De esta manera, se podría declarar que alguien absuelto en el proceso penal cometió el hecho reprobable que justificó su prisión provisional. Esta fórmula plantea problemas, a pesar de haber sido admitida a grandes rasgos por el TEDH en el asunto *Allen c. Reino Unido*, de 22 de abril de 2013, para determinar la responsabilidad civil de un acusado tras ser exonerado de responsabilidad penal. Por un lado, es difícil saber cómo se concreta en la práctica ese estándar probabilístico menos severo. Por otro, en ningún momento se garantiza la ausencia de interferencias entre las distintas resoluciones judiciales, existiendo altas probabilidades de la que deniegue la indemnización pueda incluir un estado de sospecha por referirse, eventualmente, a la resolución penal. En problemas similares incurriría la propuesta que sugiere que es el

⁹¹ Medina Alcoz, L., *op. cit.*, p. 166.

propio órgano judicial penal el que habría de determinar la indemnización de la que el absuelto es acreedor⁹².

Finalmente, no puede dejar de apuntarse una reflexión final. Tras la consideración de que a toda prisión preventiva indebida es inherente la causación de un daño sacrificial, además de moral, resta preguntarse si realmente la indemnización por este concepto encaja en el instituto de la responsabilidad patrimonial del Estado. No es este el lugar adecuado para discutir lo que la mejor doctrina considera, por méritos propios, como unas de las más complejas del derecho administrativo: las diferencias que plantean los institutos de la delimitación de derechos, la expropiación forzosa y la responsabilidad patrimonial. Tal vez el sempiterno debate doctrinal sobre la cuestión ofrezca en un futuro una respuesta que no está del todo clara. Con ello, a buen seguro se solventarían algunos interrogantes que la tesis de este trabajo puede plantear.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

1. LEGISLACIÓN

Constitución Española de 1978

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE núm. 157, de 02 de julio de 1985)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995)

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Gaceta de Madrid núm. 260, de 17 de septiembre de 1882).

Decreto de 26 de julio de 1957, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (BOE núm. 195, de 31 de julio de 1957)

2. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 10 de mayo de 1972

⁹² Cobreros Mendonaza, E., *op. cit.*, *RAP*, nº 209, mayo-agosto 2019, p. 22.

STS de 15 diciembre de 1976

STS de 25 de febrero de 1983

STS de 22 de marzo de 1989, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, [LA LEY 826-JF/0000]

STS de 2 de junio de 1989, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, [LA LEY 825-JF/0000]

STS 4 de diciembre de 1989, Sala Segunda, de lo Penal, [ARANZADI RJ 1989\9420]

STS de 14 de diciembre de 1989, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, [ARANZADI RJ 1989\9204]

STS de 15 de diciembre de 1989, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, [ARANZADI RJ 1989\9205]

STS de 23 de enero de 1990, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, [LA LEY 2207-JF/0000]

STS de 20 de marzo de 1990, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, [LA LEY 1726-JF/0000]

STS de 4 de diciembre de 1990, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, [LA LEY 1807-JF/0000]

STS de 13 de mayo de 1991, Sala Segunda, de lo Penal, [LA LEY 10388/1991]

STS de 16 de octubre de 1993, Sala Primera, de lo Civil, Sección 1ª, [ARANZADI RJ 1993\7328]

STS de 7 de diciembre de 1994, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, [ARANZADI RJ 1994\9742]

STS de 7 de septiembre de 1995, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, [LA LEY 1369/1995]

STS de 21 de septiembre de 1995, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, [LA LEY 1893/1995]

STS de 16 de octubre de 1995, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 934/1993, [LA LEY 140/1996]

STS de 12 de junio de 1996, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 654/1994, [LA LEY 7526/1996]

STS de 20 de noviembre de 1997, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 883/1996, [LA LEY 787/1998]

STS de 20 de febrero de 1999, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 6151/1994 [LA LEY 4514/1999]

STS de 29 de marzo de 1999, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 8172/1994, [LA LEY 6708/1999]

STS de 29 de mayo de 1999, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 1458/1995, [LA LEY 11092/1999]

STS de 26 de junio de 1999, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 2475/1995, [LA LEY 11281/1999]

STS de 28 de septiembre de 1999, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 4712/1995, [LA LEY 12174/1999]

STS de 18 de abril de 2000, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 1311/1996, [LA LEY 8040/2000]

STS de 15 de marzo de 2000, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 450/1996, [LA LEY 6136/2000]

STS de 31 de mayo de 2002, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, [ARANZADI RJ 2002\6358]

STS de 20 de enero de 2003, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 7499/1998, [LA LEY 12792/2003]

STS de 27 de enero de 2003, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 7928/1998, [LA LEY 1096/2003]

STS de 15 de diciembre de 2005, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 3471/2001, [LA LEY 291/2006]

STS de 22 de diciembre de 2006, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 394/2005, [LA LEY 144972/2006]

STS de 6 de junio de 2007, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 2896/2003, [LA LEY 61083/2007]

STS de 9 de julio de 2008, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 2ª, Rec. 6/2007, [LA LEY 96280/2008]

STS de 18 de junio de 2009, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Rec. 4730/2007, [LA LEY 119177/2009]

STS de 15 de diciembre de 2009, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Rec. 289/2008, [LA LEY 254441/2009]

STS de 30 de abril de 2010, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 1ª, Rec. 22/2009, [LA LEY 49108/2010]

STS de 27 de octubre de 2010, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Rec. 310/2009, [LA LEY 181930/2010]

STS de 23 de noviembre de 2010, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 4288/2006, [LA LEY 214023/2010]

STS de 23 de noviembre de 2010, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 1908/2006, [LA LEY 214008/2010]

STS de 3 de noviembre de 2010, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 3857/2006, [LA LEY 214047/2010]

STS de 24 de mayo de 2011, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Rec. 1315/2007, [LA LEY 71646/2011]

STS de 7 de junio de 2011, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Rec. 3093/2007, [LA LEY 72248/2011]

STS de 11 de julio de 2011, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Rec. 3753/2010, [LA LEY 111757/2011]

STS de 9 de octubre de 2012, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 795/2007, [LA LEY 151898/2012]

STS de 16 de mayo de 2014, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 5768/2011, [LA LEY 55684/2014]

STS de 23 de enero de 2015, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 3210/2012, [LA LEY 362/2015]

STS de 6 de febrero de 2015, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 3855/2012, [LA LEY 4453/2015]

STS de 21 de julio de 2015, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Rec. 1273/2013, [LA LEY 98009/2015]

STS de 1 de junio de 2016, Sala Primera, de lo Civil, Rec. 11/2016, [LA LEY 59062/2016]

STS de 3 de octubre de 2016, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Rec. 1750/2015, [LA LEY 134968/2016]

STS de 2 de julio de 2019, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Rec. 5449/2017 [LA LEY 93977/2019]

STS de 10 de octubre de 2019, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, [ARANZADI RJ 2019\3929]

STS de 20 de diciembre de 2019, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, [ARANZADI RJ 2019\5441]

ATS de 19 de mayo de 1989, Sala Segunda, de lo Penal, Sección 1ª, [ARANZADI RJ 1989\4222]

ATS de 22 de septiembre de 2014, Sala Segunda, de lo Penal, Rec. 20350/2014, [LA LEY 138584/2014]

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 11/1981, de 8 de abril

STC 98/1992, de 22 de junio

STC 184/1992, de 16 de noviembre

STC 124/1993 de 19 de abril

STC 325/1994, de 12 de diciembre

STC 165/1999, de 27 de noviembre

STC 207/2000, de 24 de julio

STC 76/2008, de 3 de julio

STC 8/2017, de 19 de enero

STC 10/2017, de 30 de enero

STC 85/2019, de 19 de junio

ATC 148/1998, de 29 de junio

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Sentencia de 25 de marzo de 1983, caso *Minelli c. Suiza*

Sentencia de 25 de agosto de 1987, caso *Englert c. Alemania*

Sentencia de 25 de agosto de 1987, *Nölkenbockhoff c. Alemania*

Sentencia de 25 de agosto de 1993, caso *Sekanina c. Austria*

Sentencia de 21 de marzo de 2000, caso *Asan Rushiti c. Austria*

Sentencia de 25 de abril de 2006, caso *Puig Panella c. España*

Sentencia de 13 de enero de 2005, caso *Capeau c. Bélgica*

Sentencia de 13 de julio de 2010, caso *Tendam c. España*

Sentencia de 12 de julio de 2013, *Allen c. Reino Unido*

Sentencia de 16 de febrero de 2016, caso *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*

CONSEJO DE ESTADO

Dictamen 48.961, de 5 de septiembre de 1986

Dictamen 49.220, de 9 de octubre de 1986

Dictamen 49.283, de 9 de octubre de 1986

Dictamen 49.994, de 11 de junio de 1987

Dictamen 50.719, de 23 de julio de 1987

Dictamen 54.379, de 22 de noviembre de 1990

Dictamen 313/91, de 14 de marzo de 1991

Dictamen 251/93, de 29 de abril de 1993

Dictamen 285/93, de 27 de mayo de 1993

Dictamen 537/93, de 27 de mayo de 1993

Dictamen 1893/95, de 21 de septiembre de 1995

Dictamen 2064/95, de 28 de septiembre de 1995

Dictamen 1147/96, de 30 de abril de 1996

Dictamen 1136/96, de 20 de junio de 1996

Dictamen 814/2000, de 9 de marzo de 2000

Dictamen 2077/2003, de 4 de septiembre de 2003

Dictamen 377/2006, de 30 de marzo de 2006

Dictamen 598/2006, de 22 de junio de 2006
Dictamen 1003/2006, de 27 de julio de 2006
Dictamen 1098/2006, de 28 de septiembre de 2006
Dictamen 672/2008, de 16 de octubre de 2008
Dictamen 361/2011, de 12 de mayo de 2011
Dictamen 1263/2011, de 13 de octubre de 2011
Dictamen 69/2018, de 22 de marzo de 2018

3. OBRAS Y ARTÍCULOS DOCTRINALES

Abogacía General del Estado, *Manual de Responsabilidad Pública*, Thomson Reuters y Ministerio de Justicia, 3ª edición, Madrid, 2015.

Acosta Gallo, P., *La responsabilidad del Estado-Juez*, Editorial Montercorvo, Madrid, 2005.

Allué Buiza, A. “Una presunción de inocencia extensa y poco intensa” en García Roca, J. y Santaloya, P. (coords.), *La Europa de los Derechos*, 3º ed., CEPC, Madrid, 2014, pp. 367-388.

Arroyo Jiménez, L., “Puig Panella c. España (STEDH de 25 de abril de 2006): la presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial por prisión provisional” en Alcácer Guirao, R. (coord.), *Conflicto y Diálogo con Europa. Las condenas a España del TEDH*, Civitas, Madrid, 2013, pp. 313-350.

Blanquer Criado, D., “La responsabilidad patrimonial de la Administración Local” en Arozamena Sierra, J. (coord.), *El Derecho Local en la Doctrina del Consejo de Estado*, BOE, Madrid, 2002, pp. 207-260.

Bueno Arnús, F., “La responsabilidad estatal por errores judiciales”, *Ministerio de Justicia. Servicio de Publicaciones*, Madrid, 1967, s.p.

Carnelutti, F., *Las miserias del proceso penal*, Temis, Madrid, 2005.

Cobrerros Mendazona, E., “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, *RAP*, nº 209, mayo-agosto 2019.

Cobrerros Mendazona, E., “Los paradójicos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida” en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (coords.), *Administración y Justicia: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 2775-2806.

Díaz Fraile, F., *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva*, Tirant, Valencia, 2017.

Díez-Picazo, I., *Poder Judicial y Responsabilidad*, La Ley, Madrid, 1990.

Domenech Pascual, G., “¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento”, *In Dret*, nº4, 2015, s.p.

García de Enterría, E. y Rubio, T., *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2017.

García de Enterría, E., *La responsabilidad del Estado legislador en el derecho español*, Civitas, 2005.

García de Enterría, E. “La responsabilidad del Estado por comportamiento ilegal de sus órganos en Derecho español”, *Revista de Derecho Administrativo y Fiscal*, 7, 1964, s.p.

García Roca, J. y Nogueira Alcalá, H., “El impacto de la sentencias europeas e interamericanas: valor de precedente e interpretación vinculante” en García Roca, J. y Carmona Cuenca, E. (coord.), *¿Hacia una globalización de los derechos? : el impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Aranzadi, Madrid, 2017, pp. 71-32.

Garrido Falla, F., “El concepto de servicio público”, *RAP*, 135, septiembre-diciembre 1994, pp. 7-36.

Gómez Ligüerre, C. “El daño y sus funciones en un sistema de responsabilidad civil extracontractual” en Gómez Pomar, F. y Marín García, Ignacio (dirs.), *El daño moral y su cuantificación*, Bosch, Madrid, 2017, s.p.

Hernández Olivencia, A. R., *El error judicial en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Estudios Trívium, Madrid, 1995.

Jurisprudencia Administrativa del Consejo de Estado Francés, Editorial BOE, Madrid, 2015.

Manzanares Samaniego, J.L., “En las fronteras del error judicial”, *Diario La Ley*, nº 7750, 2011, s.p.

Manzanares Samaniego, J.L., *La responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, La Ley, Madrid, 2012.

Manzanares Samaniego, J.L., “El nuevo texto constitucional del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”, *Diario La Ley*, nº 9563, 2020, s.p.

Martín Rebollo, L., *Jueces y Responsabilidad del Estado: el artículo 121 de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983.

Martín Rebollo, L., “Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación ambigua” en Agirreazkuenaga Zigorraga, I. (coord.), *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, pp. 1509-1528.

Martín Rebollo, L., “Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación paradójica” en García de Enterría, E. y Alonso García, R. (coords.), *Administración y Justicia: liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Civitas, Madrid, 2012, pp. 2943-2966.

Martinez-Cardós, J.L., *Temas de responsabilidad*, Escuela de Práctica Jurídica de la UCM, Madrid, 2005.

Medina Alcoz, L. y Rodríguez Fernández, I., “Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución”, *REDA*, nº 200, julio-septiembre 2019, pp. 147-190.

Mir Puigpelat, O., *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, Editorial BdF, Madrid, 2012.

Montañés Pardo, M.A. y Sánchez Tomas, J.M., “La presunción de inocencia” en Rodríguez-Piñero, M. y Casas, M.E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española – Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 840-859.

Montero Aroca, J., *Responsabilidad civil del juez y del estado por la actuación del poder judicial*, Tecnos, Madrid, 1988.

Movilla Álvarez, C., “Responsabilidad del Estado y del Juez en los supuestos de prisión provisional injusta” en Andrés Ibáñez, P. (dir.), *Detención y prisión provisional*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pp. 341-388.

Pantaleón Prieto, F., “Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238, 1994, pp. 239-254.

Perelló Domenech, M.I., “Artículo 121” en Rodríguez-Piñero, M. y Casas, M.E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española – Tomo II*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 695-711.

Rodríguez Fernández, I., “La dimensión constitucional del daño sacrificial”, *RGDC*, nº 29, abril de 2019, pp. 1-46.

Rodríguez Fernández, I. “La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común”, *REDA*, nº 195, octubre-diciembre 2018, pp. 155-192.

Salas Darrocha, J.T., “La responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional indebidamente sufrida: perspectiva constitucional”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, nº 19, 2003, *s.p.*

Saz Rodríguez, S. del, “La obligación del estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado”, *RAP*, nº195, septiembre-diciembre 2014, pp. 55-98.

Solchaga Loitegui, J., “La responsabilidad del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia” en *El Poder Judicial*, Vol. III, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 2547-2575.

4. RECURSOS DE INTERNET

Alonso Fernández, J.A., Pasado y presente de los fines de la prisión provisional en España, *Universitat Internacional de Catalunya. Departament de Ciències Jurídiques i Polítiques*, 2017 (disponible en <http://hdl.handle.net/10803/565609>; última consulta 1/02/2020).

Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 1987, Madrid, 1988 (disponible en http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%201987_4.pdf; última consulta 1/03/2020).

Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2001, Madrid, 2002 (disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202001.pdf>; última consulta el 12/03/2020)

Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2006, Madrid, 2007 (disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202006.pdf>; última consulta el 11/03/2020).

Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2007, Madrid, 2008 (disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202007.pdf>; última consulta el 1/03/2020)

Memoria del Consejo de Estado correspondiente al año 2011, Madrid, 2012 (disponible en <http://www.consejo-estado.es/pdf/MEMORIA%202011.pdf>; última consulta el 4/04/2020).

IX. ANEXOS

RELACIÓN DE JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- **Sentencia de 25 de marzo de 1983, caso *Minelli c. Suiza***

Se enjuició un caso en el que un procedimiento judicial finalizó por prescripción, sin determinar la culpabilidad de quien había sido acusado de cometer varios delitos de injurias. A pesar de ello, el Tribunal suizo impuso a Sr. Minelli el pago de una parte de las costas y de una indemnización a la parte demandante en virtud de ciertos indicios que, obrando en autos, permitían al Tribunal inferir que efectivamente había cometido

los delitos. El TEDH consideró que una decisión judicial puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia si contiene juicios de culpabilidad no probados a los que se vincula una pena o sanción.

- **Sentencia de 25 de agosto de 1987, caso *Englert c. Alemania* y *Nölkenbockhoff c. Alemania***

En el primer caso, el procedimiento judicial penal sustanciado en Alemania termina por razones procesales. En el segundo, por el fallecimiento del Sr. Nölkenbockhoff. En ambos casos, se imponen las costas y se niega por el Tribunal alemán la concesión de la indemnización por sufrir prisión preventiva al afirmar que, a la luz de los hechos probados, *“predominan las circunstancias que invalidan la presunción de inocencia hasta el punto que una condena sería claramente más probable que una absolución”*. El TEDH niega el amparo a los Señores Englert y Nölkenbockhoff por vulneración del derecho a la presunción de inocencia pues al absolverlos el Tribunal alemán no se basó, a diferencia de lo que sucedía en el asunto *Minnelli c. Suiza*, en una conclusión de culpabilidad sino exclusivamente en la manifestación de un estado de sospecha de la inocencia.

- **Sentencia de 25 de agosto de 1993, caso *Sekanina c. Austria* y de 21 de marzo de 2000, caso *Asan Rushiti c. Austria***

En el primer caso, se estudió un supuesto de denegación de la indemnización por prisión preventiva al Sr. Sekanina tras la absolución en sentencia firme de un delito de asesinato. El jurado lo consideró inocente *“por no existir pruebas concluyentes para condenarlo”*. El Tribunal que estudió la demanda de indemnización rechazó la concesión de esta por estar condicionada en la legislación austriaca a que el solicitante hubiese sido absuelto no sólo del delito sino de la sospecha misma, esto es, habiéndose aclarado positivamente todas las circunstancias sospechosas en su contra. En el segundo, Rushiti, nacional de la antigua República Yugoslava de Macedonia, reclamó una indemnización después de haber sufrido prisión preventiva por intento de asesinato. La demanda de indemnización fue igualmente desestimada debido a que fue absuelto en sentencia por ser *“la base probatoria de su participación en los hechos insuficiente”*. En ambos supuestos, el TEDH consideró violado el derecho a la presunción de

inocencia por cuanto al denegar la indemnización se había expresado un estado de sospecha, al valorar extraprocesalmente los efectos del principio *in dubio pro reo* frente a la inocencia declarada en una sentencia, confirmando que la terminación del procedimiento con una decisión sobre el fondo determina la imposibilidad de manifestar sospechas, so pena de incurrir en una vulneración del artículo 6.2 del Convenio de Roma.

- **Sentencia de 13 de enero de 2005, caso *Capeau c. Bélgica***

El TEDH contempló un supuesto en que un procedimiento penal contra el Sr. Capeau por delito de incendio provocado finalizó por sobreseimiento provisional. Tras la denegación de una indemnización por prisión preventiva “*al no haberse probado en ese mismo procedimiento elementos de hecho y de derecho que acreditaran su inocencia*”, el TEDH consideró violado el artículo 6.2 del Convenio. Dijo entonces que negar una indemnización “sin matices ni reservas” por la falta de aportación de pruebas de hecho o argumentos jurídicos en el procedimiento indemnizatorio supone no sólo desplazar la carga de la prueba de la acusación al acusado, sino cuestionar la inocencia de tal manera que se vulnera el derecho a la presunción de inocencia.

- **Decisión de 23 de marzo de 2000, caso *Dinares Peñalver c. España*.**

Tras un proceso penal archivado sin dictar auto de sobreseimiento libre o sentencia absolutoria por no dictarse auto de procesamiento, se niega al integrante de una secta que estuvo preso preventivamente la indemnización prevista en el artículo 294 LOPJ. La Audiencia Nacional rechazó la concesión de la indemnización por no declarar la decisión que archivó la causa la inexistencia objetiva o subjetiva del hecho. Antes al contrario, se expresó que “*aunque la conducta del interesado no fue considerada en su día de suficiente entidad para sujetarlo a procesamiento, ello no la salva de reprobación ajena a la esfera estrictamente penal y, sobre todo, está muy vinculada a otras que sí han merecido la sanción penal*” (dictamen 1560/94, de 3 de noviembre de 1994). El Tribunal de Estrasburgo, recogiendo la doctrina apuntada en los casos anteriores, admitió la solución enjuiciada por la Audiencia Nacional y el TC, que denegó el amparo (ATC 145/1998, de 22 de junio) a pesar de manifestar un estado de sospecha, como bien muestra la afirmación realizada por el Consejo de Estado.

- **Sentencias de 25 de abril de 2006, caso *Puig Panella c. España*, de 13 de julio de 2010, caso *Tendam c. España* y de 16 de febrero de 2016, caso *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España***

En estos supuestos, se enjuicia por el TEDH las desestimaciones de sendas peticiones de indemnización por prisión preventiva. En el primer caso, no concurrían los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad *ex art.* 294 LOPJ pues la anulación de la condena –con previa prisión provisional– por la estimación de un recurso de amparo “*se funda en que las resoluciones impugnadas vulneran el derecho a la presunción de inocencia, sin que haya resolución judicial en la que haya quedado acreditada la inexistencia de los hechos imputados*” (dictamen 251/93, de 29 de abril de 1993). En el segundo caso, el Sr. Tendam ingresó en prisión provisional acusado de robo de varias colmenas de abejas, pero fue posteriormente absuelto al no poder “*concluirse que fuese el acusado el autor de tal sustracción*” (STS 27 de enero de 2003, FJ 2). No podía, en este sentido, apreciarse “*(...) la llamada inexistencia subjetiva*” (dictamen 2064/95, de 28 de septiembre de 1995). En el tercer caso, el primer demandante, fue arrestado y extraditado a España. La Audiencia Nacional absolvió al demandante de los delitos por los que estaba acusado por falta de pruebas. El segundo demandante fue encarcelado tras ser detenido por la policía en Barcelona. Posteriormente, fue puesto en libertad al dictarse un auto de sobreseimiento provisional. En ambos casos se negó la indemnización *ex art.* 294 LOPJ. En los tres asuntos, el TEDH entendió que España había vulnerado la presunción de inocencia.

- **Sentencia de la Gran Sala de 22 de abril de 2013, caso *Allen c. Reino Unido*.**

El TEDH enjuició un supuesto en el que una ciudadana británica había sido condenada por el delito de homicidio a tres años de cárcel. Un Tribunal en segunda instancia anuló la condena anterior por entender que las pruebas no eran concluyentes. Su reclamación de indemnización por error judicial fue denegada, al no concurrir los requisitos que la legislación británica establecía para poder concederla. En el asunto, el TEDH concluyó que en este caso no se había producido una vulneración de la presunción de inocencia, al no haberse valorado la responsabilidad penal de la demandante para denegar la indemnización.