

# ERROR JUDICIAL Y PRISIÓN PREVENTIVA. INERCIAS TRANSPERSONALISTAS QUE ERRADICAR<sup>1</sup>

Judicial Error and Remand Imprisonment. Transpersonalist  
Automatisms to Overcome

PERE SIMÓN CASTELLANO

Universidad Internacional de La Rioja

pere.simon@unir.net

LUIS RODRÍGUEZ RAMOS

Universidad Nacional de Educación a Distancia

lrr@rodriguezramos.com

## **Cómo citar/Citation**

Simón Castellano, P. y Rodríguez Ramos, L. (2022).  
Error judicial y prisión preventiva. Inercias transpersonalistas que erradicar.  
*Revista Española de Derecho Constitucional*, 125, 45-76.  
doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.125.02>

## **Resumen**

El presente trabajo analiza la regulación legal, la evolución jurisprudencial y los problemas de aplicación práctica del sistema de responsabilidad patrimonial del Estado-juez establecida en el art. 121 CE, centrándose más concretamente en el supuesto de prisión preventiva como error judicial específico. Una contribución al debate en un momento realmente oportuno, tras los cambios introducidos por la

---

<sup>1</sup> El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de investigación intitulado “La problemática de la prisión provisional en la práctica: estudio interdisciplinar y comparado”, de la Universidad Internacional de La Rioja (convocatoria “Financiación de Proyectos RETOS de Investigación UNIR”, 2020). Investigador principal (IP): Pere Simón Castellano. La fecha de inicio y fin del proyecto es el 26/06/2020 y el 31/08/2022, respectivamente. La cuantía total de financiación asciende a 13.060 euros.

STC 85/2019, que ha resuelto solo parcialmente los efectos perversos que proyectaba una interpretación *contra cive*, y a las puertas de un nuevo intento de reforma de la LECrim y cuyo anteproyecto conocemos desde noviembre de 2020. El trabajo incluye la comparación de estos elementos con los de otros Estados europeos y se termina con concretas propuestas interpretativas y *de lege ferenda*.

### **Palabras clave**

Prisión preventiva injusta; derecho a una indemnización; responsabilidad patrimonial del Estado-juez; presunción de inocencia; error judicial.

### **Abstract**

This article examines the legal regime, the jurisprudence evolution and the troubles of the state liability provided by Article 121 of the Spanish Constitution, focusing the analysis on wrongful remand as a specific judicial error. We aim to set up the terms of the debate after the changes introduced by Spain's own Constitutional Court declaration of the unconstitutionality of a number of provisions of Article 294 of the country's Organic Law on Judicial Powers (STC 85/2019), that solved partially some troubles, and at a good moment when a new project of reform of the Spain's own criminal procedural law is at stake. The work includes a comparative analysis of these elements with other European countries and points out specific interpretative and *lege ferenda* proposals.

### **Keywords**

Wrongful remand; right to compensation; state liability; presumption of innocence; judicial error.

## SUMARIO

---

I. INTRODUCCIÓN: 1. Naturaleza y fines de la prisión preventiva. 2. Condena firme del preso preventivo. 3. Absolución o sobreseimiento: un error judicial específico. 4. Aberrante interpretación jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez. 5. La prisión provisional devenida en errónea. II. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO ERROR JUDICIAL ESPECÍFICO: 1. Precedentes históricos: 1.1. *Anteriores a la LOPJ de 1985*. 1.2. *La implementación legal*. 1.3. *La preocupante evolución jurisprudencial: ¿jibarizar el artículo 121 de la CE?*: 1.3.1. *El erróneo concepto de error genérico*. 1.3.2. *Aberraciones respecto al error específico de la prisión preventiva*. 2. Regulación vigente. 2.1. *Versión tras la deslegislación del TC*. 2.2. *Lagunas de la actual regulación*. 3. Ejemplos en la legislación comparada. III. LÍMITES DEL DERECHO A OBTENER UNA INDEMNIZACIÓN EN CASO DE ABSOLUCIÓN O SOBRESEIMIENTO: 1. Razones para no indemnizar todos los supuestos. 2. Supuestos que no dan lugar a indemnización sin explicación plausible o razonable. IV. CUANTIFICAR EL DAÑO: 1. Doctrina y jurisprudencia nacional: 1.1. *Apariencia y realidad en la aplicación de los criterios*. V. CONCLUSIONES DE LEGE DATA ET FERENDA. Bibliografía.

---

## I. INTRODUCCIÓN

El debate sobre la prisión preventiva en nuestro modelo se reabre con fuerza a las puertas de la reforma de la LECrim. Sin ir más lejos, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal, que fue aprobado en Consejo de Ministros el pasado 24 de noviembre de 2020, prevé reforzar las reglas relativas al derecho a la presunción de inocencia, incluida su eficacia extraprocesal, regulando un procedimiento especial cuyos trámites permitirían obtener, ante la propia jurisdicción penal, la indemnización por la prisión preventiva cuando el procedimiento concluye con una resolución con efecto de cosa juzgada.

En este escenario incierto, la principal hipótesis del presente trabajo es que la doctrina constitucional, que debe ser parcialmente aplaudida, encierra un notable problema de fondo al vincular la indemnización a una noción de sacrificio personal y a un supuesto de *injerencia legítima y correctamente verificada* alejado del error judicial, lo que en la praxis ha abocado a un modelo absolutamente insatisfactorio, como muestra la jurisprudencia más reciente.

## 1. NATURALEZA Y FINES DE LA PRISIÓN PREVENTIVA

La prisión preventiva, también denominada provisional<sup>2</sup>, es la medida cautelar personal más grave de las previstas en la ley procesal penal, pues su naturaleza material la identifica con la pena de prisión, hasta el extremo de abonarse el tiempo de su duración al del cumplimiento de la pena del mismo carácter que posteriormente se le llegue a imponer en sentencia firme (arts. 58.1 y 38.1 CP).

Partiendo de esta realidad incuestionable, la naturaleza jurídico-penal que, en primer término, tiene que asignarse a la prisión preventiva es la de una *pena anticipada* impuesta con las finalidades preventivas luego mencionadas, naturaleza que se ve reforzada por la regulación en la LECrim de este instituto, que la configura como la *ultima ratio* entre las medidas cautelares dada su gravedad, exige tener en cuenta la entidad de la pena que correspondería imponer al delito imputado (arts. 502.2 y 3, y 503.1) y limita su duración en función de esta con topes máximos, unos relativos y otro absoluto, bajo el criterio general de que dure «el tiempo imprescindible para alcanzar cualquiera de los fines previstos» en la ley (art. 504)<sup>3</sup>.

## 2. CONDENA FIRME DEL PRESO PREVENTIVO

Cuando el proceso termina con una sentencia condenatoria, se torna en represivo y firme el carácter preventivo y provisional de la prisión, abonándole y descontándole al preso, de su pena privativa de libertad, el tiempo de privación de libertad ya cumplido. Si el preso tiene otras causas pendientes en el momento de producirse la absolución en la causa en la que se acordó su prisión preventiva, o, en el supuesto de condena, que la duración de la pena privativa

<sup>2</sup> Se prefiere el término *prisión preventiva* frente al de *prisión provisional* porque resulta más expresivo de las diversas naturalezas de esta medida cautelar personal, *ut infra* analizadas, y de sus finalidades de evitación de males futuros, distintas en gran medida del fundamento retributivo de la pena privativa de libertad: *quia peccatum est*. Además, es el vocablo que utilizan el CP —art. 34.1— y la Ley Orgánica General Penitenciaria. Sin embargo, no se excluye como término sinónimo válido el de *prisión provisional*, por ser la nomenclatura elegida por la LECrim.

<sup>3</sup> Sobre estas cuestiones generales de la prisión preventiva, véase Abadías Selma y Simón Castellano (2020), especialmente las aportaciones más generalistas de Simón Castellano, Gimeno Sendra, Perrino Pérez, Martínez Galindo, Ruíz Blay, Herrero Giménez/Pavón Erradón y Mestre Delgado; también, diversos artículos de Rodríguez Ramos (1984; 1987; 1988; 2000; 2017).

de libertad en sentencia fuera menor que el tiempo de prisión ya cumplido, se le podrá abonar a esas otras causas dicho saldo positivo (art. 58 CP).

### 3. ABSOLUCIÓN O SOBRESEIMIENTO: UN ERROR JUDICIAL ESPECÍFICO

Pero no siempre termina el proceso con una sentencia condenatoria o, siendo condenatoria, con un tiempo de prisión preventiva superior al de la pena impuesta que pueda ser abonado en su totalidad a otras causas, y estos casos son el objeto de estudio del presente artículo, con el propósito de demostrar que se trata de un error judicial específicamente contemplado en la LOPJ (art. 294), recientemente modificado por el TC (STC 85/2019, de 19 de junio) en su facultad de *deslegislar*, al resolver la autocuestión de inconstitucionalidad relativa a la limitación del derecho a una indemnización a los raros casos de *inexistencia del hecho* indiciariamente delictivo, cuestión que trataremos *ut infra* al exponer los precedentes históricos de la legislación vigente.

La prisión preventiva se evidencia como errónea y merecedora de indemnización, salvo excepciones luego analizadas, cuando la causa en la que se acordó termina en sobreseimiento libre o en sentencia absolutoria. En realidad, el error se evidencia *ex post* a la imposición de la medida cautelar, pero ese error que se patentiza entonces es el cometido *ex ante* al emitir el juicio de pronóstico de una futura sentencia condenatoria, juicio de pronóstico erróneo al considerar los indicios *prima facie* como prueba *plena* o *cuasi plena*, acreditativa tanto de la comisión de un delito suficientemente grave como de la participación en este del investigado, y con tal grado de certeza que resultaba prudente pronosticar una condena al final del proceso. Si la realidad futura contradice tal pronóstico habrá que concluir que dicho juicio fue erróneo y, en su virtud, se impuso al imputado una pena privativa de libertad tan anticipada como injusta.

Carnelutti (2010: 102-104)<sup>4</sup> argumenta de un modo clarividente que este supuesto es un error judicial del siguiente modo:

Verdaderamente, si [el preso preventivo] no ha cometido delito, quiere decir no tanto que deba ser absuelto cuanto que no debería ni siquiera ser haber sido imputado. No habrá existido malicia por parte de quien lo ha sospechado; habrá sido uno de aquellos errores a los cuales, desgraciadamente, nosotros los hombres estamos irreparablemente sujetos; la culpa será de las circunstancias que han engañado a la policía, al ministerio público, al juez instructor; pero en suma ha existido error; la sentencia de absolución por no haber cometido el hecho o por

<sup>4</sup> Se trata de una obra reeditada en 2010 cuya primera edición en italiano es de 1957.

la inexistencia de delito contiene no solo la declaración de inocencia del imputado sino, al mismo tiempo, la confesión del error cometido por aquellos que lo han arrastrado al proceso [...]<sup>5</sup>. Pero entretanto el error ha ocasionado sus daños ¡y qué daños! Estos daños ¿quién los repara?

Los prácticos que lean este párrafo pensarán, por experiencia, que no siempre se puede ser tan generoso con los que yerran al solicitar y acordar esta pena anticipada.

El TS, Sala 3.<sup>a</sup>, no considera error estos supuestos, sino consecuencias de un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en congruencia con su aberrante doctrina sobre el error genérico que de inmediato se critica. Las sentencias dictadas con posterioridad a la reforma introducida por el TC en el art. 294 LOPJ así lo siguen reconociendo expresamente<sup>6</sup>. Incluso en el supuesto de que el legislador no mejorase la actual regulación de los arts. 292 a 296 LOPJ, la jurisprudencia debería sistematizar más lógicamente los supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado-juez, ampliando el concepto genérico de error judicial y calificando de error específico el consistente en haber decretado una prisión preventiva que deviene en indebida por posterior absolución o sobreseimiento.

#### 4. ABERRANTE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO-JUEZ

Esta obligación del Estado-juez está dispuesta en el art. 121 CE, que consagra el derecho del ciudadano a exigirle una indemnización en concepto

<sup>5</sup> Añade Carnelutti (2010: 104) que «[t]odas las sentencias de absolución, excluida la absolución por insuficiencia de pruebas, implican la existencia de un error judicial». No se incluye en el texto principal esta excepción por lo que tiene de imprecisa. Puede tener sentido si se refiere a supuestos como, por ejemplo, el de declaración de ilicitud de la obtención de la prueba, pero no en términos generales, pues si no hay pruebas suficientes no habrá quebranto del derecho a la presunción de inocencia. Téngase en cuenta que al publicarse este libro en 1957 no estaba vigente en Italia la normativa jurídica aplicable a estos supuestos luego mencionada.

<sup>6</sup> Véase la STS de 10 de octubre de 2019, FJ 8, ECLI:ES:TS:2019:3121. Una línea jurisprudencial consolidada posteriormente en las SSTS de 20 de diciembre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:4276; de 24 de junio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2203; de 14 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2808; de 22 de septiembre, ECLI:ES:TS:2020:2994; de 22 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2991; de 28 de septiembre, ECLI:ES:TS:2020:2997; de 13 de octubre de 2020, ECLI:ES:TS:2020:3341, y de 27 de octubre, ECLI:ES:TS:2020:3536.

de responsabilidad patrimonial, por los daños causados por error judicial o por su funcionamiento anormal, pero solo en los términos previstos por la ley<sup>7</sup>. Se trata de un derecho del justiciable análogo al previsto frente al Estado-Administración en el art. 106.2 del mismo texto constitucional, «por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». La LOPJ es la norma que regula este instituto relativo al Estado-juez en sus arts. 292 a 296, de un modo excesivamente genérico, lo que ha permitido a la Sala 3.<sup>a</sup> del TS, y a las restantes salas en lo atinente a las reclamaciones por error judicial, hacer una interpretación aberrante *contra civibus* por persistencia de inercias de un Estado absolutista o totalitario, o, si se prefiere, *transpersonalista*, en el sentido utilizado por Recasens Siches (1970: 498-499)<sup>8</sup>.

Tal declaración, luego pormenorizada, tiene como uno de sus referentes el tratamiento legal de la responsabilidad patrimonial del Estado-Administración, en los arts. 32 a 37 de la LRJSP 40/2015, de 1 de octubre, mucho más detallada que la contenida en la LOPJ aludida, y que distingue como títulos de exigencia de esta responsabilidad el *normal* y el *anormal* funcionamiento, lo que llevó a los primeros comentaristas del art. 121 CE<sup>9</sup> a considerar el *error judicial* como equivalente al normal funcionamiento, por eso de que equivocarse entraba dentro de lo normal, en un sentido estadístico y de experiencia común<sup>10</sup>, tema sobre el que más adelante se vuelve. Otro referente es el propio texto constitucional, que diferencia en régimen alternativo el error judicial del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Pues bien, la jurisprudencia ha configurado un concepto de error judicial tan restringido que lo ha convertido en una modalidad más del anormal funcionamiento, como también se detallará *ut infra*.

<sup>7</sup> Sobre este tema, véanse Rodríguez Ramos (2016: 413 y ss.), Martín Rebollo (1977: 100 y ss.), Montero Daroca (1988), Guzmán Fluja (1994: 107-131) y González Alonso (2012).

<sup>8</sup> Recasens Siches (1970: 498-499) tachaba de *transpersonalistas* a los regímenes totalitarios, comunistas o fascistas, pero sin forzar el ámbito descalificativo del término se puede aplicar también al *Ancien Régime*, a las monarquías absolutas, desconocedoras en gran medida de lo que hoy se reconoce en convenios internacionales y en las constituciones como derechos fundamentales o derechos humanos.

<sup>9</sup> Como muestra Serrano Alberca (1985: 1732 y ss.).

<sup>10</sup> De ahí los refranes «rectificar es de sabios», «el mejor escribano echa un borrón», «de hombres es errar, de bestias no rectificar», etc. Véase en este sentido lo manifestado por Carnelutti *ut supra*.

## 5. LA PRISIÓN PREVENTIVA DEVENIDA EN ERRÓNEA

En este aberrante contexto un supuesto específico de error judicial ha sido el previsto en el art. 294 LOPJ, relativo a la indemnización que puede reclamar el que ha sido preso preventivo y luego absuelto o sobreseído libre, precepto que nació lastrado con la misma inercia transpersonalista del desarrollo legislativo del art. 121 CE, lastre agravado por una regresiva interpretación jurisprudencial que en 2010 redujo el significado del término complejo «inexistencia del hecho», como más adelante se relata, cicatería legislativa y jurisprudencial sanada en este caso, como se ha dicho, por el TC al declarar inconstitucional tal praxis *contra civibus* (SSTC 85/2019, 125/2019 y 177/2020).

Pero si los problemas genéricos de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez no se han solucionado con esta intervención del TC, que solo puede ser un legislador negativo (o, en términos positivos, un intérprete de la ley conforme a la Constitución), tampoco se han visto resueltos los específicos relativos a la prisión preventiva que deviene en indebida, que constituyen el objeto de este artículo y son los siguientes:

1. De carácter procesal:
  - 1.1. La praxis jurisprudencial *contra civibus* de dictar el sobreseimiento provisional cuando procede el sobreseimiento libre, limitando así el ámbito del derecho a una indemnización por este error específico.
  - 1.2. La interpretación igualmente *contra civibus* de la normativa reguladora de la prisión preventiva, a pesar de la reforma de la LECrim por la LO 13/2003, de 24 de octubre, reforma también forzada por el TC, que, en su STC 47/2000 se había planteado una autocuestión de constitucionalidad, pues, con los mismos argumentos, sin salirse de la legalidad, se podía optar indistintamente por la procedencia o improcedencia de decretar la prisión preventiva.
2. Relativos a la responsabilidad patrimonial en tal concepto:
  - 2.1. Delimitación los supuestos en los que no procedería la indemnización, tras la reforma introducida por el TC.
  - 2.2. Estudio, acudiendo al derecho comparado, de la procedencia de indemnización por error judicial genérico, cuando se acordara la absolución o el sobreseimiento del investigado/encausado/acusado, casos en los que se extendería el derecho al ciudadano sobreseído o absuelto, aunque no hubiera sufrido prisión preventiva.
  - 2.3. Concreción de los criterios para acordar las cuantías de la indemnización por daños materiales y morales.



3. Propuesta de otras modificaciones, *de lege data et ferenda*, que repercutirían en una situación *pro cive*, evitando prisiones preventivas improcedentes fuente de futuros derechos a indemnización.

Para el tratamiento de estas cuestiones se sigue el esquema descrito en el sumario.

## II. LA PRISIÓN PREVENTIVA COMO ERROR JUDICIAL ESPECÍFICO

### 1. PRECEDENTES HISTÓRICOS

#### 1.1. Anteriores a la LOPJ de 1985

La indemnización por prisión preventiva devenida en indebida, en concepto de responsabilidad patrimonial del Estado-juez, es una realidad muy reciente que solo se ha plasmado en los ordenamientos jurídicos cuando la persona, su dignidad y sus derechos fundamentales se convirtieron en el centro del orden político, conformándose el Estado social y democrático de derecho<sup>11</sup>. Los súbditos de la monarquía absoluta y del Estado totalitario, comunista o fascista, exigían el sacrificio de la persona supuestamente en bien de la comunidad, pero, en realidad, los beneficiados de tales sacrificios eran el propio rey, en el primer caso, y el partido único, en el segundo, es decir, la oligarquía política y económica consentida por el único grupo político permitido, que criminalizaba a los discrepantes.

Los antecedentes históricos previos a la LOPJ de 1985 solo lo son respecto al género, es decir, los relativos a la responsabilidad patrimonial del Estado-juez, y centrandó la atención en los específicos —error judicial por prisión provisional indebida— se elige la reiterada STC 85/2019 como *dies ad quem* de estos antecedentes. En cuanto a la consagración de la mencionada responsabilidad patrimonial genérica, las constituciones anteriores a la de 1931 reconocieron la responsabilidad civil y penal de los jueces y magistrados, pero no

---

<sup>11</sup> Esto es, cuando el Estado maduró en su camino desde el transpersonalismo al personalismo, fijando en la persona la razón de ser del Estado y del ordenamiento jurídico, perdiendo la facultad de exigir al ciudadano sacrificios gratuitos a su favor, limitativos de sus libertades, fuera los supuestos excepcionales previstos en las leyes interpretadas sobre estos principios: *in dubio libertas, favorabilia sunt amplianda odiosa sun restringenda*. El art. 10 CE declara esta centralidad personalista del Estado y del derecho.

aludían de modo directo al error judicial ni a la responsabilidad del Estado. La Constitución de 1931 (art. 106) instauró a favor del ciudadano «[...] el derecho a ser indemnizado por los perjuicios que se le irroguen por error judicial o delitos de los funcionarios judiciales en el ejercicio de sus cargos, conforme determinen las leyes», y, punto y seguido, declaraba que «[e]l Estado será subsidiariamente responsable de estas indemnizaciones», lo que significaba que, solo si no las satisfacían los funcionarios judiciales, el Estado asumiría esta responsabilidad, justamente lo contrario de lo que ahora se prevé tanto en la LOPJ (art. 296) como en la LRJSP (arts. 32 y ss.) en lo atinente a la responsabilidad civil no derivada del delito. Sí reconoció, en cambio, y sin ambages, la responsabilidad patrimonial directa del Estado-juez mediante la Ley de 24 de junio de 1933, en el art. 960 LECrim para los supuestos de declaración de inocencia en la resolución de un recurso de revisión del que había sido declarado anteriormente culpable, reconocimiento, sin duda, de un error judicial que hoy sigue vigente en el mismo precepto, que conserva, además, la facultad del Estado de repetir la indemnización contra el «Juez o Tribunal sentenciador», prelación de responsabilidades contraria entonces a la tradición, como se acaba de indicar, y que hoy se ha consagrado como regla general.

Sin olvidar que existen otros precedentes fragmentarios sobre la responsabilidad patrimonial del Estado<sup>12</sup>, es la LRJAE de 1957 la que consagró en términos generales esta responsabilidad por el «normal o anormal funcionamiento de los servicios públicos» (arts. 40 y 41), servicios entre los que se hubieran podido incluir los de la Administración de Justicia, pero se exceptuaron de esa regla general prevista para la Administración estatal, por la remisión del art. 49 de la misma ley a «las disposiciones especiales por las que se rigen» las exigencias de responsabilidades civiles y penales a los «militares y funcionarios de las Carreras Judicial y Fiscal».

Antes de la LOPJ de 1985 no existió un reconocimiento legal de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez y, en consecuencia, su especie —el error judicial— y su subespecie —prisión preventiva devenida en indebida— carecen de antecedentes específicos, si bien la CE de 1978 ya había declarado en su art. 121 la existencia de dicha responsabilidad patrimonial directa en los siguientes términos: «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», formulación paralela a la declaración de la responsabilidad patrimonial del

---

<sup>12</sup> Estos antecedentes pueden encontrarse en Míguez Ben, que destaca como hito histórico más relevante del establecimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado la Ley de enajenación forzosa de 1836 (1984: 121-178).

Estado-Administración en su art. 106.2: «Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos», formulación genérica que se especifica tradicionalmente adjetivando dicho funcionamiento de «normal o anormal». Precisamente este paralelismo llevó a los primeros intérpretes del mencionado art. 121 a incluir el error en el ámbito del funcionamiento *normal* frente al funcionamiento *anormal*, como ya se ha dicho<sup>13</sup>, que el constituyente incluye a continuación en un clarísimo régimen alternativo que, como se destaca *ut infra*, no ha sido respetado por la jurisprudencia sobre el error judicial.

### 1.2. La implementación legal

Esta declaración constitucional, dilatada hasta que una ley la implementara, se hizo formalmente efectiva en 1985 con la promulgación de la LOPJ, cuyos arts. 292 a 297 del título V del libro III se rotularon «De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia», diferenciando tres supuestos: el error judicial genérico, el específico de la prisión preventiva indebida y el anormal funcionamiento de la Justicia, si bien incluía, además, este título una referencia a la responsabilidad del Estado por «los daños que se produzcan por dolo o culpa grave de los Jueces y Magistrados» (art. 296) y a la posibilidad de «exigencia de responsabilidad civil a los Jueces y Magistrados por los particulares, con arreglo a lo dispuesto en esta Ley» (art. 297, que se remitía a lo dispuesto en los arts. 411 a 413), pero la reforma introducida por la LO 7/2015 derogó el art. 297, así como aquellos a los que se remitía, modificando el 296, que, en línea con lo ya mencionado y dispuesto en la LRJSP, suprimía la vía directa de exigencia de responsabilidades civiles directas (no las derivadas del delito) a los jueces y magistrados, encauzando tales reclamaciones a través de la exigencia directa de responsabilidad patrimonial al Estado, concediendo a este la facultad de repetir.

---

<sup>13</sup> Véase la nota 6.

### 1.3. La preocupante evolución jurisprudencial: ¿jibarizar el artículo 121 de la CE?

#### 1.3.1. El erróneo concepto de error genérico

El legislador de la LOPJ no estuvo a la altura de los tiempos y de la propia CE en lo atinente a la responsabilidad patrimonial del Estado-juez. En primer lugar, retrasó casi siete años la implementación de esta exigencia constitucional y, en segundo término, lo hizo de un modo tan esquemático y asistemático que permitió a la jurisprudencia una interpretación muy restrictiva *contra civibus et pro Re publica*, configurando un concepto de error judicial que pasaba de ser una alternativa al del anormal funcionamiento, como la letra y el espíritu constitucional exigían, a convertirse en un espécimen del funcionamiento anormal. Esta interpretación restrictiva *contra cive* de los arts. 292 y 293 LOPJ, aunque venga practicada por todas las salas del TS en el trámite de reconocer la existencia de un error judicial, es especialmente imputable a la Sala 3.<sup>a</sup>, que es la competente en la interpretación de esta normativa relativa a la responsabilidad patrimonial del Estado en general.

Efectivamente, lo indeterminado del concepto legal de error judicial dejó en manos de la jurisprudencia su configuración, que optó por una definición restrictiva, *contra cive* y contraria a la letra y al espíritu del art. 121 CE, pues al no reconocer que era un fenómeno estadísticamente *normal* del funcionamiento de la Administración de Justicia, distinto del alternativo funcionamiento *anormal* y acorde con el referente paralelo del normal y anormal funcionamiento del Estado-Administración, se optó por convertirlo en un espécimen de la anormalidad, quizá reviviendo en su ámbito el tradicional *the King can do not wrong*, y que llevó a reducir los errores judiciales a los supuestos prevaricadores de dictar resoluciones *sin pies ni cabeza*, instituto que resulta inútil al estar sus daños y perjuicios ya cubiertos por la responsabilidad civil derivada de ese delito<sup>14</sup>. Esta doctrina jurisprudencial ha dejado sin cobertura indemnizatoria la mayor parte de los errores judiciales que sufren los ciudadanos, causantes de daños morales y materiales, olvidando que en un Estado

<sup>14</sup> Se trata de supuestos claramente prevaricadores tipificados en los arts. 446 y 447 CP —dolo o imprudencia grave—, pues la jurisprudencia de tales delitos así lo atestigua; esta responsabilidad patrimonial del Estado-juez se solapa, en consecuencia, con la responsabilidad civil derivada de tales delitos (art. 121 CP), convirtiendo este concepto jurisprudencial de error judicial en una figura inútil, al contar el ciudadano con una posible indemnización en este concepto de responsabilidad civil *ex delicto* y, además, por un procedimiento más expedito que el de reclamación por la vía de la responsabilidad patrimonial.

social y democrático de derecho no se puede exigir al ciudadano *sacrificarse* o conformarse con ser sacrificado *pro bono Rei publica* o, más concretamente, *pro bono Curia*<sup>15</sup>.

### 1.3.2. Aberraciones respecto al error específico de la prisión preventiva

Los errores interpretativos de la Sala 3.<sup>a</sup> del TS también se extendieron al error judicial específico de la prisión preventiva devenida en indebida, particularmente después del giro jurisprudencial en 2010 que se comenta de inmediato, pues con anterioridad a dicho giro tampoco interpretaron extensivamente, *pro cive et pro libertate*, el art. 294 LOPJ luego declarado inconstitucional. El viraje de la Sala 3.<sup>a</sup>, Sección 6.<sup>a</sup>, del TS se produjo en su Sentencia de 23 de noviembre de 2010, pues, tras iniciales vacilaciones, se venía admitiendo que la *inexistencia del hecho*, prevista como *conditio sine qua non* del derecho a indemnización, se podía interpretar tanto en su versión de *inexistencia objetiva* (del *factum in re* y del *factum in iure*, o, si se prefiere, atipicidad de la conducta) como de *inexistencia subjetiva*, entendiendo por tal los supuestos en los que el preso preventivo probaba su no participación en el hecho, inversión de la carga de la prueba que excluía de tal concepto los casos en los que la absolución o el sobreseimiento libre respondían a la aplicación del derecho a la presunción de inocencia<sup>16</sup>, es decir, cuando la acusación no había aportado suficiente prueba de cargo, pero tampoco el procesado suficiente prueba de descargo. Esta inversión de la carga de la prueba fue considerada por el TEDH contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia en sus sentencias de 25 de abril de 2006 —caso *Puig Panella*— y de 13 de julio de 2010 —caso *Tendam*—, conculcadora del art. 6.2 CEDH, y fue tras esta segunda sentencia cuando la Sala 3.<sup>a</sup> del TS, en vez de ampliar el concepto de *inexistencia del subjetivo hecho* al hecho

<sup>15</sup> Existe una inercia transpersonalista que incluso ha contaminado en ocasiones al propio TC, cuando ha considerado la prisión preventiva y otras fuentes de lesión de derechos de los ciudadanos *sacrificios* que deberían sufrir con estoicismo en aras de la colectividad, cuando, en realidad, no era un sacrificio autoimpuesto, sino padecido por la acción del Estado que *sacrificaba al ciudadano*, siguiendo un arcaico e injusto planteamiento que solo puede remediarse mediante el derecho a obtener indemnización por responsabilidad patrimonial, precisamente por no tratarse de un sacrificio personal, sino de un atropello. Un ejemplo reciente de este exceso puede verse en Rodríguez Ramos (2019).

<sup>16</sup> Véase por todas la STS de 3 de octubre de 2007, ECLI: ES:TS:2007:6742.

jurídico procesal no probado como delito, optó por dar un paso atrás *contra cive* suprimiendo tal interpretación extensiva, postura mantenida hasta la derogación por el TC de ese inciso inconstitucional, a pesar de que el TEDH mantuvo la misma postura en una tercera sentencia, también contra España, de 16 de febrero de 2016 —caso *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni*—.

## 2. REGULACIÓN VIGENTE

### 2.1. Versión tras la deslegislación del TC

La tan repetida STC 85/2019, seguida de otras confirmatorias de la nueva doctrina<sup>17</sup>, marcó el comienzo de la nueva regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez por el padecimiento de una prisión preventiva devenida en indebida, al suprimir del art. 294.1 LOPJ la *conditio sine qua non* de la *inexistencia del hecho*, conformando la legislación con los derechos fundamentales a la igualdad ante la ley y a la presunción de inocencia (arts. 14 y 24 CE), pero sin considerar también afectado el derecho a la libertad del art. 17, elusión que parece al menos discutible.

### 2.2. Lagunas de la actual regulación

La importante modificación introducida por el TC no colma las necesidades regulatorias del derecho a una indemnización por prisión provisional errada, pues la seguridad jurídica y una adecuada interpretación constitucional en su aplicación requerían mayores precisiones legales, dada la inercia transpersonalista padecida por la jurisprudencia hasta el momento. En el apartado III.1 *ut infra* se relatan los posibles supuestos excepcionales a este derecho, que deberían sumarse a las restantes lagunas legales antes denunciadas, relativas a los demás supuestos de responsabilidad patrimonial del Estado-juez.

Para tener algunos referentes de una mejor regulación de esta concreta responsabilidad patrimonial del Estado-juez, se exponen a continuación algunos ejemplos de legislación comparada.

<sup>17</sup> Véanse las SSTC 8/2020, de 27 de enero, ECLI:ES:TC:2020:8; 45/2020, de 9 de marzo, ECLI:ES:TC:2020:45; 64/2020, de 15 de junio, ECLI:ES:TC:2020:64; 137/2020, de 6 de octubre, ECLI:ES:TC:2020:137; 154/2020, de 4 de noviembre, ECLI:ES:TC:2020:154, y 166/2020, de 16 de noviembre, ECLI:ES:TC:2020.

### 3. EJEMPLOS EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

Con este propósito de ofrecer referentes de derecho comparado en la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado por este específico error judicial, se han elegido como muestras suficientemente significativas las de Italia, Francia y Alemania, y el primer dato que proporciona su análisis es que en ninguno de los tres países se hace expresa referencia constitucional a la responsabilidad patrimonial del Estado-juez<sup>18</sup>, a pesar de lo cual tienen una legislación más personalista, concreta y completa que la española, cuya Constitución sí la destaca.

En Italia, hasta la Sentencia de la Corte constitucional 2/1968, de 14 de marzo, no se consideró a los jueces y magistrados, y, en consecuencia, a la Administración de Justicia, inmersos en la general responsabilidad patrimonial del Estado, y fue la Ley 117/1988, de 13 de abril, la que reconoció la acción directa con la facultad de regreso contra el juez o magistrado, ley cuyo art. 14 remite a la regulación específica del error judicial que, en lo atinente al genérico, está regulado en el art. 643 del *Codice de procedura penale*, y el específico, relativo a la prisión devenida en indebida, en su art. 314, que declara merecedor de indemnización al absuelto o sobreseído por cualquiera de los siguientes motivos: «[...] porque el hecho no existe, por no haber cometido el hecho, porque el hecho no constituye delito o no está previsto en la ley como delito», siempre que el sujeto pasivo de la medida «no la causó o contribuyó a causarla por fraude o negligencia grave»; también procede cuando «se ordenó la medida sin cumplir las condiciones de aplicación previstas en los artículos 273 y 280», excluyendo de este derecho la pena computada para limitar la privativa de libertad, la medida que resultara impuesta por otro título y, en los supuestos de aplicar una ley más favorable con efecto retroactivo, el tiempo en el que hubiera estado vigente la ley derogada. El Tribunal Constitucional italiano, en las sentencias 306/1996, de 25 de junio, y 109/1999, de 2 de abril, declaró que tienen el mismo derecho los detenidos en flagrante delito o por ser sospechosos, si se cumplen las condiciones previstas en este precepto.

En Francia, el art. 149 del *Code de procedure penale*, modificado por la *Ordonnance* n.º 2006-673, de 8 de junio, dispone que, al margen de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez por el anormal funcionamiento y de las responsabilidades de los jueces y magistrados (art. L. 141.1, 2 y 3 del *Code de*

---

<sup>18</sup> Ni en las constituciones italiana, ni en la ley fundamental de Bonn, ni en la francesa figura esta referencia, si bien la responsabilidad penal del Estado-juez queda embebida en la responsabilidad de «los funcionarios y empleados del Estado» (Italia, art. 28) y en el «ejercicio de la función pública» (Alemania, art. 34).

*l'organisation judiciaire*), la persona que haya sido objeto de una detención provisional en un procedimiento finalizado respecto a ella por sobreseimiento, *de relaxe* o absolución que haya adquirido firmeza tiene derecho, previa petición, a la reparación íntegra del daño moral y material que le haya causado dicha detención. Sin embargo, no procede indemnización cuando el único fundamento de esta decisión sea el reconocimiento de su irresponsabilidad en el sentido del art. 122-1 del Código Penal, una amnistía posterior a la prisión preventiva o la prescripción de la acción pública después de la liberación de la persona, cuando al mismo tiempo se encontraba detenida por otra causa, o cuando fue objeto de una detención provisional por haberse acusado libre y voluntariamente o permitido ser acusada injustamente para evitar que el autor de los hechos sea procesado. A solicitud del interesado, el daño será evaluado por peritaje contradictorio realizado en las condiciones del art. 156 y ss. Cuando se le notifique la decisión de sobreseimiento, alta o absolución, se informará a la persona de su derecho a solicitar una indemnización, así como de lo dispuesto en los arts. 149-1 a 149-3.

En Alemania, también al margen de la regulación relativa a la responsabilidad de los jueces por dolo o imprudencia —culpa—, hay que destacar, como cuestión previa, que los párrafos 467 y 467 (a) del Código procesal penal regulan el derecho a cargar las costas del absuelto o sobreseído al Tesoro público, que es la regla general con algunas excepciones<sup>19</sup>. Y es la Ley de compensación por medidas de aplicación de la ley (StrEG) la que regula expresamente el supuesto objeto de estas líneas, disponiendo en su párrafo 2 (1) que «[q]uien haya sufrido daños como consecuencia de la ejecución de la prisión preventiva o de cualquier otra medida de enjuiciamiento penal será indemnizado por el Estado si es absuelto o se suspende el proceso en su contra o si el tribunal se niega a abrir procedimiento principal contra él», añadiendo en su apartado 3 que, «[a] los efectos de esta disposición, las medidas de enjuiciamiento penal incluyen la detención pro extradición» y otras medidas.

---

<sup>19</sup> Los gastos generados por una demora culpable del interesado, si hubo autodenuncia fingiendo haber cometido el hecho, cuando se ocasionó el ejercicio de la acción pública por no haber dicho la verdad en puntos esenciales o si se agravó por la contradicción con sus declaraciones posteriores, si ha ocultado circunstancias atenuantes aunque se haya manifestado culpable, si no ha sido condenado por un impedimento procesal, es facultativo del tribunal reconocer el derecho a la indemnización si hubo sobreseimiento aplicando un criterio que permite la discrecionalidad de su otorgamiento, o, finalmente, si el sobreseimiento definitivo siguió los argumentos de otro provisional precedente.



Se excluyen de este derecho, párrafo 5, los supuestos de compensación con prisiones confirmadas en otras causas, los casos en que se dictó una medida de reforma y seguridad o se había renunciado a dicha orden porque el objeto de tal medida se había cumplido mediante la privación de libertad, cuando el acusado haya causado la medida intencionadamente o por negligencia grave, y también cuando se decretó la prisión por incomparecencia en las presentaciones periódicas acordadas como medidas en el proceso.

Y en el párrafo 6 se prevé la denegación total o parcial de la indemnización si el acusado, apartado 1, se incriminó falsamente en puntos esenciales o en contradicción con sus declaraciones posteriores u ocultando circunstancias exculporias esenciales, aunque haya comentado la acusación, o no fue condenado por un delito penal o el proceso en su contra se detuvo solo porque actuó en estado de incapacidad o porque existió un obstáculo procesal, y en su apartado 2 si el tribunal aplica las disposiciones aplicables a un joven y tiene en cuenta cualquier privación de libertad sufrida.

### III. LÍMITES DEL DERECHO A OBTENER UNA INDEMNIZACIÓN EN CASO DE ABSOLUCIÓN O SOBRESEIMIENTO

El art. 294.1 de la LOPJ, una vez depurado de sus dos tachas de inconstitucionalidad (STC 85/2019), reza que «en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización». Una interpretación literal de ese precepto nos aboca *de facto* a una indemnización inmediata para la mayoría de los supuestos<sup>20</sup>. Una conclusión o extremo que expresamente el propio TC trata de descartar en sus fundamentos<sup>21</sup>, recurriendo literalmente a los institutos de la *compensatio lucri cum*

<sup>20</sup> Buena parte de la doctrina se ha manifestado en esta misma dirección (véanse Muñoz Carrasco, 2019; Rodríguez Ramos, 2019; Simón Castellano, 2020a; Muerza Esparza, 2020).

<sup>21</sup> «Una interpretación literal del precepto [...] daría lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. Ha de advertirse que tal conclusión no se deriva de esta sentencia ni puede deducirse del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 por la sola circunstancia de que lo hayamos depurado de los incisos que lo hacían contrario a los arts. 14 y 24.2 CE. Antes bien debe entenderse que los presupuestos y el alcance de la indemnización previstos en el art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales» (STC 85/2019, de 19 de junio, FJ 13, ECLI:ES:TC:2019:85).

*damno*<sup>22</sup> y de la relevancia causal de la conducta de la propia víctima<sup>23</sup>; a la que, sin embargo, su *ratio decidendi* parece condenar. La doctrina mayoritaria así lo ha entendido<sup>24</sup>, y también la Sala Tercera del TS al considerar que la excepción, es decir, la no indemnización por prisión preventiva injusta, solo se produciría en aquellos supuestos en los que no se hayan irrogado perjuicios, lo

<sup>22</sup> Un criterio que proscribe el enriquecimiento injusto, de tal modo que el daño se compensa con el lucro. La Audiencia Nacional ya lo ha tenido en cuenta y aplicado, por ejemplo, en la SAN de 2 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1597, en la que se restaron 17 días, que son abonables a la pena ejecutada por otro delito distinto, del total de 297 días que pasó el recurrente en prisión preventiva, por lo que solo se indemnizan los 280 días restantes, evaluando que el resarcimiento en ningún caso suponga un lucro indebido. Al respecto, véase también la SAN de 1 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1600, en la que se hace mención expresa a este criterio, recordando la necesidad de tener en cuenta la subsistencia de la responsabilidad civil derivada de delito *ex art.* 118 del CP y el hecho de que en muchos casos el Estado acabe asumiendo las posibles compensaciones o la reparación a las víctimas de los delitos, subrogándose en los derechos de estos.

<sup>23</sup> Se trata de un criterio expresamente apuntado por la STC 85/2019, y, sin embargo, su aplicación práctica sin diferenciar que la valoración de los hechos en el marco de una reclamación por indemnización dispone de un estándar de valoración de la prueba muy distinto al que opera en el ámbito del juicio penal puede proyectar de forma indirecta una sombra de culpabilidad sobre quien ha padecido prisión preventiva injusta. La doctrina ha señalado que la relevancia causal de la culpa de la víctima debería poder emplearse sin problemas si somos capaces de «diferenciar su empleo en dos momentos y para dos finalidades distintas: en la decisión de conceder o no la indemnización (en el que habría que censurarlo) y en la determinación del quantum indemnizatorio (en el que habría que potenciarlo, puesto que el estándar de valoración de la prueba es distinto del juicio penal y nada obsta para tener en cuenta las circunstancias concretas del caso en el marco de un sistema de procesos autónomos)» (Simón Castellano, 2020b: 343).

<sup>24</sup> Nos referimos a los mismos autores citados en la nota 19. Parte de la doctrina ha matizado, cuando no censurado, tal automatismo, puesto que la indemnización no tendrá lugar «cuando el daño infligido es imputable a la propia víctima, no supera un umbral mínimo de intensidad o resulta materialmente compensado por beneficios especiales igualmente derivados, directa o incidentalmente, de la intervención lesiva. [...] No cabe asociar automáticamente la indemnización de la prisión provisional padecida al dictado de un pronunciamiento penal absolutorio» (Medina Alcoz y Rodríguez Fernández, 2019: 188). A juicio de estos autores, los dos institutos que cita la STC 85/2019 —relevancia causal del comportamiento o culpa de la víctima y la *compensatio lucri cum damno*— son buena muestra de que no puede caerse en el automatismo. Sin embargo, parecen más bien elementos que, más allá de ayudar o contribuir a determinar la procedencia de la indemnización, serían útiles para determinar el *quantum*.

que resulta imposible a todas luces de defender en el caso de haber ingresado en prisión<sup>25</sup>. Evidentemente, la indemnización podrá excluirse totalmente o limitarse con base en que la privación de libertad haya sido ya compensada en todo o parte, por el sistema previsto en los arts. 58 y 59 del CP, en aras de evitar un enriquecimiento injusto o una doble reparación.

La práctica, empero, nos muestra la existencia de ciertos supuestos en los que la indemnización no se producirá, por falta de compatibilidad con el redactado actual del art. 294.1 de la LOPJ, y cuyos efectos más inmediatos pueden proyectar u ocasionar un menoscabo o injerencia en los derechos de los presos —sin condena— a la presunción de inocencia, en su dimensión extraprocésal, y a la igualdad (Simón Castellano, 2020b: 280-297).

## 1. RAZONES PARA NO INDEMNIZAR TODOS LOS SUPUESTOS

De un lado, encontramos un bloque de supuestos en los que la indemnización es más que discutible, por ejemplo, cuando concurren circunstancias *a posteriori* de la comisión del ilícito penal, pero antes, e independientemente de la existencia de un pronunciamiento firme en sentencia o en auto de sobreesimiento libre, un escenario en el que puede producirse el archivo definitivo de la causa, como es el caso de las causas de extinción de la responsabilidad penal *ex art.* 130 del CP, tales como la muerte del reo, el perdón del ofendido o la prescripción del delito. Estas causas determinan el archivo definitivo, pero no suponen una valoración de fondo.

Un corolario parecido puede alcanzarse cuando concurren circunstancias eximentes que afecten a la culpabilidad. Por ejemplo, cuando existen condiciones de inimputabilidad del sujeto como la enajenación mental del art. 20.1 del CP, la intoxicación plena del art. 20.2 del CP, las alteraciones en la percepción con alteración grave de la conciencia de la realidad del art. 20.3 del CP o el miedo insuperable del art. 20.6 del CP. También por lo que se refiere a las circunstancias eximentes que afecten a la antijuridicidad de la conducta típica, como podrían ser los casos en los que existen causas que justifican el obrar delictivo, como los previstos en supuestos de legítima defensa del art. 20.4 del CP, estado de necesidad del art. 20.5 del CP, el cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo del derecho, oficio o cargo del art. 20.7 del CP, o el consentimiento del ofendido como elemento objetivo del tipo penal concreto. Por si lo anterior fuera poco, además, también debemos sumar a la ecuación aquellas

---

<sup>25</sup> En esta misma dirección se ha manifestado el Tribunal Supremo en las SSTS citadas en la nota 5.

circunstancias que afectan a la punibilidad, como las excusas absolutorias. Los supuestos de error invencible conforme el art. 14 del CP, ya sea error de hecho constitutivo de la infracción penal o error de prohibición sobre la ilicitud del hecho, también pueden incluirse dentro de este bloque.

En la mayoría de estos supuestos, no tenemos condena por circunstancias específicas previstas *ex lege*, y la indemnización en la práctica nunca debería alcanzar cifra alguna, puesto que, si aplicamos el criterio de la *compensatio lucri cum damno*, nos atrevemos a aventurar que la compensación siempre tendrá un saldo negativo a favor del Estado. Y ello debido a la subsistencia de la responsabilidad civil derivada de delito *ex art.* 118 del CP y las posibles compensaciones cuando el Estado haya asumido o deba asumir la reparación a las víctimas de delitos subrogándose en los derechos de estos.

## 2. SUPUESTOS QUE NO DAN LUGAR A INDEMNIZACIÓN SIN EXPLICACIÓN PLAUSIBLE O RAZONABLE

Otro bloque de supuestos más problemáticos que no dan lugar a indemnización son aquellos en los que también se produce el archivo de la causa, aunque de forma provisional, cuando el procesado se demencia después de la acción típica y hasta que recobre la salud *ex art.* 333 de la LECrim o cuando hechos que eran indudablemente delictivos en el momento de su comisión e imputables sin duda a persona o personas determinadas quedan despenalizados por una reforma legislativa posterior al momento de su comisión. En el sistema que se ha venido a establecer por el TC, y con base en la literalidad del precepto actual, los tribunales no pueden atender a estas circunstancias sobrevenidas a la comisión del ilícito penal y la indemnización por prisión preventiva injusta no tendría lugar<sup>26</sup>.

Imagínese el supuesto del investigado en prisión provisional que se demencia fruto del empeoramiento de salud mental y estado psíquico durante su estancia cautelar, y que paradójicamente no tendrá derecho a indemnización alguna por una injerencia tan intensa realizada en aras del interés general y el *ius puniendi* estatal. O el supuesto de aplicación retroactiva de la norma más favorable que, de un lado, impedirá que el inocente obtenga un pronunciamiento sobre el fondo, y, del otro, lo aparta del sistema de indemnización por prisión provisional injusta o indebida. Resulta difícil argumentar que el daño fruto de la injerencia estatal en la libertad personal de los presos sin condena en estos casos no ha alcanzado el umbral para exigir el resarcimiento.

<sup>26</sup> Véase en esa misma dirección la SAN de 1 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1600, FJ 4.2.

Los problemas se multiplican en el ámbito del sobreseimiento provisional, que queda excluido a efectos indemnizatorios tras el filtro constitucional (STC 85/2019), dada la sustantividad propia del sobreseimiento libre y definitivo frente al meramente provisional en el marco de los arts. 637 y 641 de la LECrim. La decisión acerca de la modalidad de sobreseimiento que corresponde adoptar en el caso concreto responde a una cuestión de legalidad ordinaria propia del orden jurisdiccional penal<sup>27</sup>, sometida exclusivamente al arbitrio judicial con un amplio margen de discrecionalidad harto criticable.

La Audiencia Nacional, recientemente, ha confirmado este criterio y lo ha aplicado en todas sus resoluciones<sup>28</sup>. Para la aplicación del art. 294.1 de la LOPJ se exige una sentencia absolutoria o un sobreseimiento libre, supuestos de base, formal y materialmente objetivos, que luego se extrapolan también a una supuesta objetivación del daño dentro de un marco compensatorio que incluso puede establecerse sobre la base de criterios objetivos y generales<sup>29</sup>.

Como muy bien señala el magistrado Díaz Fraile<sup>30</sup>, en sus muchos votos particulares a las SSAN<sup>31</sup> que dicta en procesos de reclamación de responsabilidad patrimonial por prisión provisional indebida o injusta, el caso del sobreseimiento provisional estaría excluido de indemnización si nos atenemos a una comprensión meramente literal del fallo de la STC 85/2019, y, sin embargo, «este es un ejemplo paradigmático de que la virtualidad de esta última sentencia no se agota en su fallo y que toda la problemática del artículo 294 de la LOPJ ha de resolverse bajo los parámetros de la doctrina constitucional»<sup>32</sup>.

Se refiere, así, a la doctrina constitucional que ha señalado que el sobreseído provisionalmente debe ser tratado como inocente a todos los efectos: «[...] el auto de sobreseimiento provisional, por su propia naturaleza, no puede jurídicamente afectar a la presunción de inocencia, y, en consecuencia, el sobreseído ha de ser tenido como inocente a todos los efectos, incluido por supuesto

---

<sup>27</sup> *Ibid.*, FJ 4.6.

<sup>28</sup> Véanse, por todas, las SSAN de 1 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1600; de 22 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1828, y de 9 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1572.

<sup>29</sup> Véase la SAN de 1 de julio de 2020, cit., FJ 4.10.

<sup>30</sup> Magistrado de la sala Contencioso-Administrativa de la Audiencia Nacional, quien, además, ha investigado con rigor sobre esta materia (véase Díaz Fraile, 2017).

<sup>31</sup> Sirvan como ejemplo los votos particulares, sin ánimo de exhaustividad y de igual contenido, formulados por este magistrado en las SSAN de 2 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1597; de 22 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1828; de 16 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1787, y de 16 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1788.

<sup>32</sup> *Ibid.*

el ejercicio de sus derechos, dado que no se ha producido una decisión condenatoria en forma de sentencia»<sup>33</sup>. Luego el sobreseído provisionalmente también debería poder optar a la indemnización. No parece plausible que una diferenciación en este ámbito pueda superar el estándar de comparación exigido por la doctrina del TEDH<sup>34</sup>; un rechazo que plantea dudas más que razonables sobre la vulneración de la presunción de inocencia y del principio de igualdad<sup>35</sup>.

En este estado de cosas, el sobreseimiento provisional resume probablemente mejor que ninguno los problemas del régimen y configuración legal del sistema de indemnización por prisión provisional injusta y la falta de determinación legislativa de los supuestos de la indemnización o de su eventual automatismo, en el caso de que así lo desee el legislador.

#### IV. CUANTIFICAR EL DAÑO

Un amplio abanico de problemas se proyecta también en la determinación de la cuantía de la indemnización, un extremo al que pretendemos aproximarnos mediante el estudio de la aplicación práctica, administrativa y judicial, de la previsión indemnizatoria del art. 294.1 de la LOPJ después de que el precepto haya sido depurado de sus dos tachas de inconstitucionalidad

<sup>33</sup> ATC 298/2014, de 15 de diciembre, FJ 5, ECLI:ES:TC:2014:298A. En idénticos términos y con cita a la STC 34/1983, de 4 de mayo, FJ 4, ECLI:ES:TC:1983:31.

<sup>34</sup> Véanse al respecto las SSTEDH, de 13 de julio de 2010, *Tendam c. España*, § 37; de 25 de abril de 2006, *Puig Panella c. España*; de 27 de septiembre de 2007, *Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, § 39; de 13 de enero de 2005, *Capeau c. Bélgica*, § 25, y de 16 de febrero de 2016, *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*. La doctrina nacional ha señalado que parte de estos criterios son aplicados «de manera inconsistente» y que con ello ha consagrado «una solución sumamente hipócrita» (Doménech Pascual, 2015: 15). En una dirección parecida, la doctrina ha analizado las expresiones vertidas en las motivaciones de las resoluciones denegatorias de la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva injusta, y ha llegado a la conclusión de que sería imposible conocer por qué en unos casos el TEDH ha entendido que el órgano judicial tiene solo «sospechas sobre la inocencia», mientras que en otras el Tribunal parte de una verdadera «convicción sobre la culpabilidad del demandante» (Del Saz, 2014: 85 y ss.).

<sup>35</sup> Un caso palmario por lo que se refiere a los problemas que despliega este rechazo es el que *resuelve* la SAN de 1 de julio de 2020, cit., en el que el sobreseimiento provisional se produjo por la pérdida o desaparición de las cintas originales en las que se produjo la grabación de las intervenciones telefónicas. Si alguna vez aparecen, el delito ya estará prescrito, y solo entonces se procederá al sobreseimiento definitivo, con lo que la víctima al final podrá solicitar una indemnización por prisión provisional injusta.

por la STC 85/2019. El primer supuesto<sup>36</sup> que *resolvió* el TS en aplicación de la nueva línea interpretativa del TC, como se verá a continuación, establece con cierta capacidad creativa los criterios para la determinación del *quantum* más allá de las dos únicas referencias previstas *ex lege*, una argumentación que posteriormente ha sido literalmente reproducida, como si se tratara de una referencia obligada, en todos los casos de reclamación de indemnización por prisión preventiva injusta o indebida enjuiciados por las salas de lo contencioso-administrativo de la AN y del TS.

## 1. DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONAL

En esa primera resolución, el TS recuerda los criterios legales previstos *ex art.* 294.2 de la LOPJ, de un lado, el tiempo y/o duración de la privación cautelar de libertad, y, del otro, las consecuencias personales y familiares que se hayan producido<sup>37</sup>. El primero, un aspecto objetivo, el cómputo de los días

---

<sup>36</sup> Nos referimos a la STS de 10 de octubre de 2019, cit., en cuyos antecedentes de hecho se detalla que el demandante se limitó a solicitar una indemnización fijando una cantidad global por cada día de privación de libertad y que solo venía apoyada en la edad del demandante (31 años) y en la carencia de antecedentes penales. Ninguna referencia hizo el reclamante a sus circunstancias laborales y familiares que pudieran haberse visto afectadas por la situación de prisión preventiva, y estas tampoco se deducen del expediente administrativo ni de las actuaciones penales (FJ 10). Ante tal falta de prueba por el demandante, el TS advierte que solo podrá tener en cuenta el tiempo de duración de la privación de libertad y el carácter más o menos afrentoso del delito imputado, en este caso un delito de violación (FJ 12). Respecto al tiempo de duración de la privación de libertad, el TS valoró que el recurrente fue indemnizado previamente por la AN con 6750 euros por dilaciones indebidas (funcionamiento anormal de la Administración de Justicia), cantidad que se mantiene por el retraso en la tramitación procesal del asunto y que tuvo como consecuencia la mayor duración de la privación de libertad. Circunstancia que se tiene en cuenta, para evitar duplicidades, al establecer la cuantía en un total de 3000 euros más los intereses legales. La doctrina ya ha tenido la oportunidad de criticar, de un lado, la reducción de la cuantía de la indemnización por error con base en una indemnización paralela que se produce por una razón totalmente distinta, como es el caso del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; del otro, el sinsentido de indemnizar 351 días de prisión preventiva devenida errónea con 3000 euros, lo que puede leerse como una clara banalización de un perjuicio tan grave y significativo como la privación de libertad individual (Simón Castellano, 2020c).

<sup>37</sup> STS de 10 de octubre de 2019, cit., FJ 11.

en prisión; mientras que el segundo bien podría ser un cajón de sastre abierto a peticiones y argumentaciones muy diversas. El TS advierte de que la obligación de acreditar los daños y perjuicios que se alegan causados por la prisión preventiva recae en la parte demandante, que es quien tiene la carga probatoria y, por ende, a quien corresponde aportar los datos y circunstancias concurrentes que han de servir para determinar los daños causados<sup>38</sup>.

Una carga probatoria que encierra la contradicción inherente de exigir a aquel que ha ingresado en prisión por error, como acredita la absolución, que acredite el daño que ha padecido, algo en cierto modo evidente, si bien hay circunstancias personales, familiares y económicas, entre muchas otras, que pueden ser desconocidas por la autoridad administrativa competente<sup>39</sup> que resuelve de la solicitud de indemnización, y esta, probablemente, es la única forma plausible de encauzarlo.

A los criterios legales debemos sumar los indicados expresamente por el máximo intérprete constitucional, que en la STC 85/2019 se refiere a los criterios propios de la teoría general de la responsabilidad civil y del derecho general de daños, justificando, además, que tal extremo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa y de interpretación judicial en lo que afecta al *quantum* indemnizatorio. Las menciones se concretan en dos institutos propios del derecho general de daños: la *compensatio lucri cum damno*, cuyo significado ya hemos apuntado *supra*, y la relevancia causal de la conducta de la propia víctima.

Este último criterio podría ser muy controvertido si se aplica para determinar si corresponde conceder o denegar la indemnización, por los problemas que podría acarrear en su eventual revisión por el TEDH<sup>40</sup>. El riesgo pasa

---

<sup>38</sup> *Ibid.* FJ 12. Véanse en idénticos términos todas las SSTs citadas en la nota 5.

<sup>39</sup> El sistema de indemnización se inicia a petición del interesado y deberá dirigirse directamente al Ministerio de Justicia, que la tramitará de acuerdo con las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado, tal como se prevé en los arts. 293.2 y 294.3 de la LOPJ. El derecho a reclamar la indemnización prescribe transcurrido un año, a contar desde el día en que pudo ejercitarse. Contra la resolución se podrá interponer un recurso contencioso-administrativo.

<sup>40</sup> Nos referimos a la doctrina del TEDH que confirma la dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia. Así las cosas, las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos o razones que hayan llevado al juzgado o tribunal penal a declarar la absolución del investigado. Al contrario, el fallo de una sentencia de absolución debe ser respetado por toda autoridad que se pronuncie en materia directa o indirecta sobre la responsabilidad penal del interesado y, además, el hecho de exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva parece, a juicio del TEDH, poco



por que se produzca una evaluación posterior<sup>41</sup> al proceso penal que ha acabado en absolucón, por parte de autoridades administrativas o judiciales, sobre el comportamiento procesal del demandante, lo que puede contribuir a alargar la sombra de duda sobre la culpabilidad o inocencia del afectado de forma contraria al CEDH. Y es que la doctrina del TEDH resulta incompatible *de facto* con una nueva valoración de la intervencón o participaci3n del reclamante en los hechos enjuiciados en el proceso penal (Guichot Reina, 2019: 249).

Sin embargo, la doctrina ha se1alado que, si separamos claramente la concesión de la indemnizaci3n de la fijaci3n del *quantum*, parece evidente que la relevancia causal de la conducta de la propia vctima es un elemento que necesariamente se debe tener en cuenta (Sim3n Castellano, 2020b: 354 y 355), m1s a3n si tenemos en cuenta que el est1ndar de valoraci3n de la prueba en un proceso para determinar la cuantía del da1o es muy distinto al est1ndar de

---

razonable, y, a su vez, revela un prejuicio basado en una vulneraci3n de la presunci3n de inocencia. Véanse al respecto las SSTEDH mencionadas en la nota 33; respecto al 3ltimo extremo, véase la STEDH de 13 de enero de 2005, *Capeau c. Bélgica*, § 25. En un momento inicial esta doctrina, de forma parad3jica a la par que lamentable, fue interpretada por el TS a costa de la garantía resarcitoria de quienes habían sufrido la privaci3n cautelar de libertad, como en su día critic3 la doctrina (Cobrerros Mendazona, 2012; Mart3n Rebollo, 2012).

<sup>41</sup> El TEDH ha apuntado ciertos criterios para ponderar estos supuestos en la STDEH de 12 de julio de 2013, *Allen c. Reino Unido*, que advierte de que la injerencia en el derecho a la presunci3n de inocencia solo se producir1 en la medida que la sombra de culpabilidad sobre el reclamante se proyecte, bien en la motivaci3n empleada para resolver, bien en el lenguaje utilizado en sus razonamientos. Sobre este particular, Dom3nech Pascual (2015: 8) se1ala que «el TEDH, sin embargo, no aporta una raz3n convincente que justifique esta extensi3n. No explica en qu3 consiste esa “estrecha relaci3n” ni por qu3 la misma exige que aqu3 se aplique tambi3n el principio de presunci3n de inocencia. Simplemente se limita a recordarnos que el CEDH “debe interpretarse de manera que garantice derechos concretos y efectivos, y no te3ricos e ilusorios”. Al respecto a1ade que el TEDH ha aplicado ambos criterios de manera inconsistente y que consagra, en definitiva, una soluci3n sumamente hip3crita, puesto que, una vez el acusado ha sido absuelto porque había dudas razonables acerca de su inocencia, el Estado puede tomarlas en consideraci3n para denegar la indemnizaci3n, pero solo si no afirma explícitamente que estas constituyen la raz3n de la denegaci3n. Se castiga por la forma, y no por el fondo, permitiendo que las autoridades nacionales oculten los fundamentos reales de su decisi3n aduciendo simplemente motivos tan inespecíficos como que no hay razones en equidad para otorgar al solicitante una compensaci3n (*ibid.*: 15).

valoración probatorio que rige en el proceso penal (Doménech Pascual, 2015: 24 y ss.) y que exige absolver si existe una mínima duda sobre la eventual culpabilidad del investigado, en virtud del *in dubio pro reo*.

Para determinar la cuantía de la indemnización no debería existir inconveniente alguno en valorar si la víctima coadyuvó incumpliendo sus deberes más básicos, por ejemplo, al tratar de sustraerse de la acción de la justicia o al intentar coaccionar a los testigos o destruir elementos de prueba. En tal caso resultaría fundamental separar, radicalmente, el juicio y estándar de valoración probatorio acerca del comportamiento de la víctima durante la instrucción del juicio sustantivo sobre la culpabilidad *stricto sensu*. Y ello no solo en el plano sustantivo o material, sino también en el formal. Las expresiones y el lenguaje utilizado no deben dejar ningún tipo de duda sobre la inocencia de la víctima<sup>42</sup>.

Por el contrario, enjuiciar si aquel que ha padecido prisión preventiva indebida fue negligente o completamente pasivo al combatir la decisión de privación cautelar de libertad o si su propio comportamiento fue el que generó un panorama de sospechas es un ejercicio más difícil de separar del núcleo del juicio de culpabilidad y habría que descartar tal posibilidad, así como cualquier otra iniciativa que suponga una nueva valoración de la intervención o participación de este en unos hechos sobre los que ya ha resultado absuelto en sede judicial (Simón Castellano, 2020a: 355).

A nuestro juicio, el sistema de procesos autónomos permite garantizar que no se trate igual aquello que es, sustancialmente, distinto, y, por lo tanto, que se reserve una indemnización personalizada atendiendo a las circunstancias concretas del caso, aplicando criterios muy diversos que permitan tener en cuenta la singularidad del supuesto enjuiciado (Cobrerros Mendazona, 2019: 40-41; Medina Alcoz y Rodríguez Fernández, 2019: 167).

Finalmente, frente a la vaguedad de los criterios legales y también de aquellos apuntados por el TC, el TS ha tratado de desarrollar jurisprudencialmente el art. 294.2 de la LOPJ, estableciendo pautas que sirvan de orientación a fin de lograr un trato equitativo en cada caso y evitar desigualdades en la indemnizabilidad de los perjuicios por prisión preventiva devenida errónea. De ese modo, el TS ha elaborado un listado de elementos<sup>43</sup> que valorar a la hora de determinar el *quantum*, que podemos clasificar u ordenar como sigue:

- a) el perjuicio moral fruto del desprestigio social y la ruptura con el entorno, así como la angustia, la ansiedad, la frustración o el temor que ello suele conllevar;

<sup>42</sup> Véase la STDEH de 12 de julio de 2013, *Allen c. Reino Unido*, cit.

<sup>43</sup> STS de 10 de octubre de 2019, cit., FJ 11.

- b) la indemnización debe aumentar en relación con el tiempo que ha durado la privación de libertad y lo tiene que hacer con una tasa creciente, esto es, debe ser progresiva, dado que la prolongación agrava gradualmente el perjuicio;
- c) la valoración de circunstancias como la edad, la salud, la conducta cívica del afectado, los hechos imputados, los antecedentes penales, la rehabilitación de la honorabilidad perdida, la mayor o menor probabilidad de obtener el olvido social, así como la huella que haya podido dejar la prisión en la persona;
- d) el lucro cesante y los efectos económicos;
- e) el estado de salud, si las condiciones físicas y mentales durante el ingreso han ido a menos o se han deteriorado de forma significativa, y
- f) la existencia de personas a su cargo fuera de la prisión o hijos menores.

### 1.1. *Apariencia y realidad en la aplicación de los criterios*

Los criterios indicados se citan en todas las SSTS y SSAN que resuelven desde octubre de 2019 supuestos de prisiones preventivas devenidas erróneas. Sin embargo, otra cosa bien distinta es que aquello que se contempla en los fundamentos luego sea tenido en cuenta a la hora de resolver y determinar la cuantía de la indemnización. Por limitaciones obvias, no resulta posible aquí realizar un estudio de todos los casos y supuestos resueltos por nuestros tribunales y, además, resultaría estéril, pues se trata de una pretensión que ya ha cubierto la doctrina en un trabajo reciente (Simón Castellano, 2020b: 299-344), y, por ello, creemos necesario meramente reproducir aquí las conclusiones más significativas que se han alcanzado al respecto.

El mero estudio de las tres primeras resoluciones del TS tras la STC 85/2019 permite observar pequeñas contradicciones internas en la determinación de la cuantía. En la primera de las resoluciones se determina el daño moral global desquitando una parte que ya ha sido indemnizada por otro concepto —dilaciones indebidas—<sup>44</sup>; en otra la indemnización se desglosa con gran claridad, identificando la suma que corresponde por daño moral global y la que corresponde por lucro cesante por perjuicios patrimoniales, no haciendo mención a ningún otro concepto por no haber quedado debidamente acreditado<sup>45</sup>, mientras que en la tercera no se desglosa y resulta imposible saber si la mayor cuantía indemnizada se debe a una especial intensidad por las

---

<sup>44</sup> *Ibid.*

<sup>45</sup> Nos referimos a la STS de 20 de diciembre de 2019, cit.

circunstancias específicas alegadas por el recurrente o por el cálculo del lucro cesante, que no se especifica<sup>46</sup>.

La disparidad de criterios en la determinación de la cuantía se hace más patente aún si cabe en la práctica de la AN. Así, por ejemplo, encontramos fallos que contradicen sus propios fundamentos jurídicos<sup>47</sup>, al no valorar el daño moral de forma global; otras resoluciones que sí lo hacen, y, finalmente, algunas que aplican una regla de equivalencia con base en la indemnización concedida en la STS de 10 de octubre de 2019, como si se tratara de una regla de tres, tratando de objetivar la indemnización<sup>48</sup>. Si lo anterior ya de por sí es preocupante, los problemas se multiplican cuando esa misma regla de equivalencia ha sido empleada por la AN en otras ocasiones empleando como base o referencia otra indemnización<sup>49</sup>, la concedida en la STS de 20 de diciembre de 2019<sup>50</sup>. Se emplea, así, una misma regla de equivalencia, aunque con una base distinta, que procede de SSTTS que han valorado congruentemente, en el marco de un sistema de procesos autónomos, daños cuya intensidad es diferente por tratarse de supuestos y circunstancias personales y familiares desiguales. La selección discrecional por parte de la AN se aleja de la valoración global del daño moral y de los criterios del derecho de daños, y en ese trayecto hacia la objetivación de la cuantía acaba situando, por paradójico que parezca, a unos reclamantes en posición de desigualdad en relación con otros.

La práctica judicial nos muestra, así, su peor faceta, muy alejada de los propios criterios que señala, y se reproduce, con mimetismo, en los fundamentos jurídicos de sus resoluciones.

---

<sup>46</sup> Véase la STS de 24 de junio de 2020, cit.

<sup>47</sup> Como la SAN de 2 de julio de 2020, cit., en la que se fija una indemnización calculada exclusivamente con base en la aplicación de una forma de cálculo de 25 euros al día durante los 280 días de prisión preventiva injusta o indebida. Se trata de fórmula de cálculo diaria del daño moral contraria a la propia doctrina del TS y del TC, que establecen que los daños morales no pueden ser objeto de valoración diaria.

<sup>48</sup> Se produce en los supuestos resueltos en las SSAN de 2 de julio de 2020, cit.; de 7 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1931, y de 17 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1791. En todas estas la AN aplica una regla de equivalencia partiendo de los 351 días de prisión que fueron indemnizados con 3000 euros en la STS de 10 de octubre de 2019, cit.

<sup>49</sup> Véase la SAN de 15 de julio de 2020, ECLI:ES:AN:2020:1935.

<sup>50</sup> El TS condena al Ministerio de Justicia al abono de una indemnización de 12 309,60 euros, más su interés legal desde la fecha de la reclamación, por un total de 461 días en prisión preventiva, desglosados en 3000 euros en concepto de daños morales y el resto, 9309,50 euros, por perjuicios laborales.

## V. CONCLUSIONES DE LEGE DATA ET FERENDA

De todo lo expuesto se pueden resumir las siguientes conclusiones, unas dirigidas al legislador y otras a los jueces y tribunales:

- 1) La CE, en su art. 121, sentó sobre bases sólidas la responsabilidad patrimonial del Estado-juez, pero el legislador se retrasó más de seis años y medio en implementar su efectividad, implementación que, además, pecó de insuficiente, abusando de conceptos indeterminados, de falta de sistemática y de no superar inercias transpersonalistas que arrastra la Administración de Justicia española desde el *Ancien Régime*, pendiente de la Segunda Revolución de la Justicia tras haberse cumplido el 150.º aniversario de la primera, que tuvo lugar en torno a 1870.
- 2) El legislador debe subsanar sus torpezas de hace treinta y cinco años. Primero, incluyendo en la futura ley de enjuiciamiento penal (el adjetivo *criminal* ha desaparecido del contexto y este debería ser su nomenclatura, salvo que se opte por elaborar un código procesal penal que incluya otras normas procesal penales hoy dispersas) la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado-juez en lo relativo a los errores judiciales evidenciados en los supuestos de absolución o sobreseimiento libre de investigados y acusados, incluyendo en este concepto tanto los que sufrieron prisión preventiva como los que no la padecieron, emulando los ejemplos que brinda el derecho comparado también en la descripción de las excepciones en régimen de *numerus clausus*. Y, en segundo lugar, definiendo en la LOPJ el concepto de error judicial genérico en términos *pro civibus*, considerándolo solo incardinable en el ámbito del concepto alternativo de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, cuando tenga las características monstruosas que ahora tiene, sin que en tales casos fuera precisa la previa declaración de su existencia por la sala del TS correspondiente, dada la evidencia de su carácter aberrante, siempre que no opte por la vía penal de la prevaricación.
- 3) Y, como tarea previa, reforzar en la futura ley de enjuiciamiento penal la excepcionalidad de la prisión preventiva, exigiendo la concurrencia de un *fumus boni iuris* tan intenso que la prueba *prima facie* sea, si no plena, casi plena, tanto en lo relativo a la existencia del hecho y de su tipicidad penal como en la participación en este del investigado/encausado/acusado. También esta reforma tendría que formar parte de otra más amplia propia de la Segunda Revolución de la Justicia, aboliendo

la figura del juez instructor, creando una auténtica policía judicial no contaminada con la gubernativa, configurando un Consejo General del Poder Judicial más forense y menos curial, y, en definitiva, actualizar el Poder Judicial tanto a un Estado social y democrático de derecho como los más avanzados como a una sociedad urbana, industrial y de servicios, globalizada y digitalizada.

- 4) Antes y después de las reformas legislativas apuntadas *ut supra*, la Sala 3.<sup>a</sup> del TS debe reconsiderar sus estrictos criterios transpersonalistas seguidos al aplicar estas normas, forzando la interpretación de las normas vigentes desde la perspectiva personalista de extremar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales. En este ámbito, los criterios legales —genéricos— y jurisprudenciales —específicos— para la valoración y determinación del *quantum* indemnizatorio deberían ser suficientes en el marco de un sistema de procesos autónomos, que, a la par, permite garantizar que no se trate igual aquello que es, sustancialmente, distinto, y, por lo tanto, que se reserve una indemnización personalizada atendiendo a las circunstancias concretas del caso. Sin embargo, la aplicación práctica por parte del TS y la AN, muy especialmente de esta última, nos muestra una realidad punzante: se recurre al socorrido procedimiento de *corta y pega* de criterios en los fundamentos jurídicos para, finalmente, decidir con base en otros, a veces incluso contradictorios y divergentes, tales como reglas de equivalencia objetivas con base en indemnizaciones concedidas anteriormente y que nada tienen que ver con una valoración global del daño moral. Por su parte, los jueces de lo penal también deberían reconsiderar la praxis jurisprudencial *contra civibus* de dictar el sobreseimiento provisional cuando procede el sobreseimiento libre, limitando, así, el ámbito del derecho a una indemnización por este error específico.

### Bibliografía

- Abadías Selma, A. y Simón Castellano, P. (2020). *La prisión provisional y su estudio a través de la casuística más relevante: un análisis ante la segunda revolución de la justicia penal*. Barcelona: Atelier.
- Carnelutti, F. (2010). *Las miserias del proceso penal*. Bogotá: Temis.
- Cobrerros Mendazona, E. (2012). Los paradójicos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida (Las Sentencias Puig Panella y Tendam del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). En E. García de Enterría Martínez-Carande y R. Alonso García (coords.). *Administración y justicia*.

- Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (pp. 2775-2806). Madrid: Thomson Reuters Civitas.
- (2019). El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada. *Revista de Administración Pública*, 209, 13-44.
- Del Saz, S. (2014). La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quién posteriormente no resulta condenado. *Revista de Administración Pública*, 195, 55-98.
- Díaz Fraile, F. (2017). *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva. Crítica del Derecho español vigente*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Doménech Pascual, G. (2015). ¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por los daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento. *Indret: Revista para el análisis del Derecho*, 4-2015, 1-42.
- González Alonso, A. (2012). *Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Guichot Reina, E. (2019). Responsabilidad administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 201, 231-250.
- Guzmán Fluja, V. C. (1994). La extensión del principio de responsabilidad del Estado a la actividad de la Administración de Justicia. *Dereito*, 3 (1), 107-131.
- Martín Rebollo, L. (1977). *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*. Madrid: Civitas.
- (2012). Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación paradójica (A propósito de la Sentencia TEDH de 13 de julio de 2010. Caso Tendam). En E. García de Enterría Martínez-Carande y R. Alonso García (coords.). *Administración y justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández* (pp. 2943-2966). Madrid: Thomson Reuters Civitas.
- Medina Alcoz, L. y Rodríguez Fernández, I. (2019). Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolución. Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 200, 147-190.
- Míguez Ben, E. (1984). Antecedentes y elaboración de la primera ley de expropiación. *Revista de Administración Pública*, 104, 121-178.
- Montero Daroca, J. (1988). *Responsabilidad civil del juez y del Estado por la actuación del Poder judicial*. Madrid: Tecnos.
- Muerza Esparza, J. J. (2020). Prisión provisional... indemnizable. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 959, 6.
- Muñoz Carrasco, P. (2019). Los presos preventivos absueltos podrán ser indemnizados. *Diario La Ley*, 9481.
- Recasens Siches, L. (1970). *Tratado general de filosofía del Derecho*. México: Porrúa.
- Rodríguez Ramos, L. (1984). La prisión preventiva ¿pena anticipada, medida cautelar y/o medida de seguridad? *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, 1056-1059.
- (1987). La prisión preventiva: algo más que una medida cautelar (Comentario a las SSTC 32 y 34/1987). *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, 1078-1082.

- (1988). El derecho a la libertad: régimen de la prisión provisional. *Poder Judicial*, Extra 1, 63-68.
- (2000). Inconstitucionalidad de la vigente regulación de la prisión preventiva. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 451, 1-3.
- (2016). Apariencia y realidad en la responsabilidad patrimonial del Estado Juez (Limitada vigencia del artículo 121 CE). *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, 411-431. Disponible en: <https://doi.org/10.5944/trc.38.2016.18595>.
- (2017). Todo preso preventivo absuelto merece indemnización. *Diario La Ley*, 8949.
- (2019). ¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas. *Diario La Ley*, 9477.
- Serrano Alberca, J. M. (1985). Artículo 121. En F. Garrido Falla (dir.). *Comentarios a la Constitución* (pp. 1732 y ss.). Madrid: Civitas.
- Simón Castellano, P. (2020a). Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (interrogantes tras la STC 85/2019). *La Ley Penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, 143,7.
- (2020b). La dimensión constitucional del daño sacrificial y el sistema de indemnización por prisión provisional injusta en la encrucijada. En P. Simón Castellano y A. Abadías Selma (coautores). *La prisión provisional a análisis: su problemática aplicación práctica y el sistema de indemnización por daño sacrificial* (pp. 207-374). Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- (2020c). La presó provisional i la responsabilitat patrimonial de l'Estat jutge: dues reformes pendents. *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, 224-239. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3463>.