

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida de condena tras la STC 85/2019

María José Trillo-Figueroa

*Administradora Civil del Estado en excedencia por servicios en otra Administración
Letrada del Consejo de Estado*

RESUMEN: El objeto de este artículo es analizar cuál ha sido la evolución en España de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la adopción de la medida cautelar de privación de libertad desde su regulación constitucional y legal hasta el momento actual, prestando para ello especial atención a la tramitación parlamentaria del artículo 294 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; a los primeros años de su restrictiva aplicación; a los debates doctrinales y jurisprudenciales sobre el error judicial, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y la inexistencia objetiva y subjetiva como criterios para indemnizar por prisión preventiva; a la evolución que se derivó como consecuencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos Puig Panela y Tendam en relación con la presunción de inocencia; a la auto-cuestión de inconstitucionalidad planteada y a la Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2019, de 19 de junio por la que se consideró que el artículo 294.1 de la LOPJ contravenía, en dos de sus incisos, el derecho a la igualdad y el derecho a la presunción de inocencia consagrados con carácter fundamental en los artículos 14 y 24 de nuestra Constitución. En última instancia, y transcurridos seis años desde la mencionada declaración de inconstitucionalidad sin que se haya tan siquiera iniciado una reforma del régimen legal en España, trataré de exponer cuál es el régimen que se ha ido forjando a través de la práctica administrativa y jurisprudencial.

Palabras clave: Prisión provisional, prisión preventiva, medida cautelar de privación de libertad, presunción de inocencia, absolución, sentencia de absolución, auto de sobreseimiento, auto de sobreseimiento libre, auto de sobreseimiento provisional, responsabilidad patrimonial, perjuicio moral, perjuicio patrimonial, daños, daños morales, daños patrimoniales, *compensatio cum damno*, STC 85/2019, STEDH Puig Panela, STEDH Tendam, artículo 294.1 de la LOPJ.

ABSTRACT: The aim of this article is to analyse the evolution in Spain of the institution of the State's financial liability derived from the adoption of the precautionary measure

of deprivation of liberty: from the scope of its constitutional and legal regulation (article 294 of Organic Law 6/1985, of 1 July, of the Judiciary); to the first years of its restrictive application; to the doctrinal and jurisprudential debates on judicial error, the abnormal functioning of the Administration of Justice and the objective and subjective non-existence as criteria for compensating for pretrial detention; to the jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Puig Panella and Tendam; to the self-question of unconstitutionality raised and to the Judgment of the Spanish Constitutional Court 85/2019, of June 19, by which it was considered that article 294.1 of the LOPJ contravened, in two of its paragraphs, the right to equality and the right to the presumption of innocence enshrined in articles 14 and 24 of our Constitution. Ultimately, and six years after the aforementioned declaration of unconstitutionality without even a reform of the legal regime having been initiated in Spain, I am determined to explain what is the regime that has been forged through administrative and jurisprudential practice.

Keywords: Precautionary measure of deprivation of liberty, equality, presumption of innocence, judicial absolution, liberty, State's financial liability, moral damage, financial damage, *compensatio cum damno*, STC 85/2019, Judgment Puig Panella, Judgment Tendam, article 294.1 of the Judiciary Act.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL ARTÍCULO. II. LA PRISIÓN PREVENTIVA: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO. III. PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR PRISIÓN PREVENTIVA: LA REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, GÉNESIS Y PUBLICACIÓN. IV. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISPRUDENCIA HASTA 2019. A. La prisión preventiva como error judicial y los presupuestos indemnizatorios: la inexistencia objetiva y la inexistencia subjetiva. B. Prisión preventiva y absolución por falta de prueba: la presunción de inocencia y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. V. LA DECLARACIÓN PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 294.1 DE LA LOPJ: LA STC 85/2019. VI. CRITERIOS DERIVADOS DE LA DECLARACIÓN PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDAD: A. Delimitación positiva de la declaración de inconstitucionalidad: la exclusión del automatismo en el reconocimiento de indemnizaciones. B. Delimitación negativa. Aspectos del artículo 294 de la LOPJ no afectados por la declaración de inconstitucionalidad. C. Delimitación temporal. VII. EL RÉGIMEN JURÍDICO DERIVADO DE LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE A LA PRISIÓN PREVENTIVA NO SEGUIDA DE CONDENA TRAS LA STC 85/2019. A. Aspectos procedimentales. a) Competencia. b) Plazo. c) Certificados exigibles. B. Aspectos sustantivos. C. Circunstancias que pueden modular o excluir la responsabilidad. D. Los perjuicios y su cuantificación. VIII. CONCLUSIONES

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETO DEL ARTÍCULO

El objeto de este artículo es analizar cuál ha sido la evolución en España de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la adopción de la medida cautelar de privación de libertad y cuál es el régimen jurídico que se ha ido articulando desde la declaración parcial de inconstitucionalidad del

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial por Sentencia del Tribunal Constitucional 85/2019, de 19 de junio.

Por mi ocupación profesional como Letrada del Consejo de Estado en la sección que despacha los asuntos de Justicia, me considero una espectadora privilegiada de la evolución de la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de la prisión preventiva. Por este motivo, en este breve artículo, trataré de dar difusión a cuál ha sido la evolución jurídica de esta institución, desde su regulación constitucional y legal hasta el momento actual, prestando para ello especial atención a la tramitación parlamentaria del artículo 294 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial; a los primeros años de su restrictiva aplicación; a los debates doctrinales y jurisprudenciales sobre el error judicial, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y la inexistencia objetiva y subjetiva como criterios para indemnizar por prisión preventiva; a la evolución que se derivó como consecuencia de la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos Puig Panela y Tendam en relación con la presunción de inocencia; a la auto-cuestión de inconstitucionalidad planteada y a la Sentencia por la que se consideró que el artículo 294.1 de la LOPJ contravenía, en dos de sus incisos, el derecho a la igualdad y el derecho a la presunción de inocencia consagrados con carácter fundamental en los artículos 14 y 24 de nuestra Constitución. Para tal finalidad, utilizaré el material recopilado durante estos años, que es fruto no sólo del estudio personal, sino del trabajo y de las reflexiones compartidas con mis compañeros de la sección segunda del Consejo de Estado, auténticos maestros todos ellos.

Finalmente, y transcurridos seis años desde la mencionada declaración de inconstitucionalidad sin que se haya tan siquiera iniciado una reforma del régimen legal en España, trataré de exponer cuál es el régimen que se ha ido forjando a través de la práctica administrativa y jurisprudencial.

II. LA PRISIÓN PREVENTIVA: CONCEPTO Y RÉGIMEN JURÍDICO

Según el diccionario de la Real Academia Española la prisión preventiva es *“la medida privativa de libertad acordada judicialmente antes de que se produzca una sentencia condenatoria. Tiene por objeto evitar la destrucción de prueba o prevenir y evitar el peligro de fuga”*.

Lo primero que debe decirse es que la prisión preventiva se configura como una excepción constitucionalmente permitida al derecho que toda persona tiene a la libertad y a la seguridad. Garantizar de forma efectiva la libertad es una de las principales conquistas del constitucionalismo derivado de la Revolución Francesa. Es por ello que, el artículo 17. 1 de la Constitución Española (CE) dentro de la sección 1.^a del (de los derechos fundamentales y de las libertades públicas) del Título I (de los derechos y deberes fundamentales), proclama que *“nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido*

en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley". En otras palabras, que toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad y que la privación de libertad sólo resulta admisible en los casos y con las garantías establecidas en la Ley.

La prisión preventiva es concebida como un supuesto de privación legítima de libertad amparado en la previsión del art. 17.1 CE, que se sitúa entre los deberes estatales de perseguir eficazmente el delito y de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano (STC 41/1982, de 2 de julio, FJ 2) y que se impone a la persona como un sacrificio en aras del interés general encarnado por la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5)¹.

Se trata de una medida de naturaleza cautelar. Recae sobre la libertad de las personas y su regulación debe realizarse con todas las garantías. Una de esas garantías reside en la necesidad de limitar por ley el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

El régimen jurídico de la prisión preventiva en España fue desarrollado en los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Los criterios positivizados consisten (i) en la fijación del tiempo máximo de prisión provisional de acuerdo con las penas previstas para el delito que se imputa, así como el carácter de dicho delito y la alarma social que provoque. En ningún caso la prisión preventiva puede extenderse más allá de los 2 años y es abonable, por ejemplo, pudiendo ser aplicada a la misma causa en caso de que el fallo sea finalmente condenatorio o a otras causas que tuviera pendientes por condena el mismo individuo cuando el fallo sea finalmente de absolución.

La prisión (ii) habrá de ser dictada por el Juez de forma motivada y deberá ser acorde con los fines de la medida (SSTC 165/2000, de 12 de junio, 26/2008 y 122/2009), además de ponderar las circunstancias personales del procesado (STC 33/1999, de 8 de marzo); sin que baste, pues, la alarma social o el carácter del delito para decretar la prisión (STC 47/2000, de 17 de febrero), debiendo optar por otro tipo de medidas menos restrictivas cuando de ese modo se garantice la presencia en el juicio del encausado.

La medida cautelar de prisión se adoptará (iii) para asegurar la presencia del investigado o encausado en el proceso; (iv) cuando pueda inferirse racionalmente un riesgo de fuga; (v) para evitar la ocultación, alteración o destrucción de las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en los casos en que exista un peligro fundado y concreto y (vi) para evitar que el investigado o encausado pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

¹ Fundamento Jurídico 5.º de la STC 19/1985, de 19 de junio.

III. PRESUPUESTO DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR PRISIÓN PREVENTIVA: LA REGULACIÓN EN LA LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL, GÉNESIS Y PUBLICACIÓN

La segunda acepción que el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española contiene en relación con la prisión preventiva, la configura como un *“título de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado derivado de la absolución del sujeto que ha estado provisionalmente privado de libertad o de su apartamiento del proceso, en virtud de sentencia y otra resolución judicial de efecto equivalente”*.

Esta segunda acepción define la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de una prisión preventiva cumplida pero no seguida de condena sino de absolución. En esos casos, está social y jurídicamente previsto que el Estado indemnice por el daño que toda privación de libertad comporta.

La responsabilidad patrimonial del Estado derivada de prisión preventiva no seguida de condena constituye una institución singular, distinta de la regulada en el artículo 121 de la CE —referida al error judicial y al funcionamiento anormal de la Administración de Justicia— (aunque relacionada con ambas) y que ha sufrido una importante evolución desde que fuera regulada en el artículo 294 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ).

Nuestra jurisprudencia constitucional entiende que su *“presupuesto constitucional es la existencia de indicios racionales de comisión de una acción delictiva, y su objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de tal medida [SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 62/1996, de 16 de abril, FJ 5; 44/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 b) y c)]. En concreto, esas finalidades se identifican, con carácter general, con «la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado» (STC 47/2000, FJ 3)”*².

Actualmente y después de una larga evolución, el máximo intérprete de la Constitución entiende que la prisión provisional obedece a decisiones judiciales irreprochables, adecuadas en tanto en cuanto se den los presupuestos y requisitos para adoptarla en el proceso penal. No existe, pues, ni error del órgano judicial que acuerda la prisión preventiva ni funcionamiento anormal en su comprensión habitual. Como hemos de ver, esto no ha sido siempre así, por el contrario, este es el resultado de una evolución cuyo punto de arranque situamos en los trabajos parlamentarios para la redacción y aprobación de la LOPJ.

Pues bien, la versión positiva del artículo 294 de la Ley Orgánica cuando esta fue aprobada era del siguiente tenor:

² Fundamento jurídico 5 de la STC 85/2019.

1. *Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.*
2. *La cuantía de la indemnización se fijará función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.*
3. *La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior”.*

Del estudio de la evolución de la tramitación parlamentaria del anteproyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial se desprenden algunas cuestiones relevantes sobre la voluntad del legislador, uno de los criterios de interpretación de las normas según el artículo 3.1 de nuestro Código Civil.

Merece por ello la pena detenerse, acaso brevemente, en tres de los cambios más significativos que fueron introducidos en el Senado durante la tramitación parlamentaria y que afectan esencialmente al ámbito subjetivo de la institución de la responsabilidad patrimonial derivada de prisión preventiva y a los perjuicios indemnizables.

En primer lugar, se aprecia una evolución entre la redacción originaria y la final respecto a la calificación de las personas que pueden solicitar la indemnización: en el primer borrador, en el Congreso de los Diputados, el ámbito de aplicación subjetiva del precepto se extendía sobre quienes fueran “*declarados inocentes*”³ —dejando al margen a quienes, por ejemplo, fueran absueltos por otras causas distintas de lo que es la prueba de la inocencia, como sería el caso de quien resulte absuelto por falta de prueba. Sin embargo, en la versión que salió del Senado y que finalmente resultó aprobada, se hace referencia a quienes “*sean absueltos*”.

En segundo lugar, digna de mención también fue la evolución que hubo entre el borrador del Congreso y lo que salió del Senado y fue definitivamente aprobado respecto a la calificación de los perjuicios. En un primer momento en el Congreso de los Diputados se previó que los perjuicios generados por la privación de libertad fueran “*graves*”. Por unanimidad, en el Senado se suprimió la calificación de “*graves*” (enmienda n.º 258⁴) que venía calificando los perjuicios.

En tercer lugar, hubo también cambios en lo que se refiere a la extensión de los perjuicios. En todo momento la dicción del artículo se refería a los efectos

³ Artículo 314.2 del Anteproyecto de Ley Orgánica. Boletín: A-118-I, 19 de septiembre de 1984, página 1.369. A_118-I.PDF (congreso.es)

⁴ Enmienda promovida por el grupo popular en el Senado (Zapatero González) que para justificar su supresión se preguntaba: “¿Qué más perjuicios le vamos a exigir que el haber sufrido prisión preventiva siendo inocente?”. PS0126.PDF (congreso.es)

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

de cuantificación de una indemnización a las consecuencias personales y familiares, pero resulta reseñable que se rechazara una enmienda en la que se trataban de incorporar como daños igualmente indemnizables los laborales y profesionales (enmienda n.º 259 formulada por el Grupo popular y rechazada por mayoría).

Estos tres aspectos resultan todavía a día de hoy relevantes para orientar la práctica administrativa y judicial en la aplicación del artículo 294.1 de la LOPJ a las reclamaciones y a los recursos que se vienen planteando desde 2019 en relación con la privación de libertad no seguida de condena y es que, como hemos de ver, la declaración de inconstitucionalidad solo afectó a dos incisos del precepto, pero no a otros que siguen teniendo plena vigencia y eficacia.

IV. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL POR PRISIÓN PREVENTIVA EN LA JURISPRUDENCIA HASTA 2019

Tras la aprobación de la Ley Orgánica del Poder Judicial el 1 de julio de 1985 y su entrada en vigor dos días después, comienza una primera época en la que la Jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, todavía sin hacer, comienzan a sentar las bases del régimen de la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva perfilando los casos en que una prisión preventiva decretada por los órganos judiciales podía generar derecho a una indemnización al amparo del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia.

La interpretación del artículo 294.1 fue problemática desde la entrada en vigor de la LOPJ y la jurisprudencia tanteó distintas posibilidades interpretativas en orden a determinar el alcance del precepto. Se puede decir que hubo dos líneas interpretativas básicas, una primera (A) que duró hasta el año 2010 y otra (B) desde 2010 y hasta la declaración parcial de inconstitucionalidad del mencionado artículo en 2019.

A. La prisión preventiva como error judicial y los presupuestos indemnizatorios: la inexistencia objetiva y la inexistencia subjetiva

En el marco general inicial, el Tribunal Supremo tanteó las distintas alternativas y utilizando todos los posibles criterios y recursos hermenéuticos disponibles para descubrir las posibilidades que el precepto encerraba ante la estrechez de su dicción literal, imponiéndose al final una interpretación inspirada por el elemento teleológico que consiguió abrir varias brechas interpretativas para extraer toda la potencialidad normativa que el precepto albergaba sin violentar la voluntad legislativa ni forzar las reglas de la hermenéutica.

Tras una primera fase de asentamiento con sentencias más dubitativas, las primeras resoluciones se orientaron a forjar la jurisprudencia de la inexistencia

del hecho, una inexistencia material. Se entendía que podían solicitar la indemnización por prisión preventiva quienes contaran con una sentencia absolutoria o con un auto de sobreseimiento libre de los que se derivara de forma clara y evidente de la inexistencia del hecho imputado. La inexistencia del hecho implicaba o bien que los hechos delictivos no habían existido materialmente o bien que, aun existiendo los hechos, estos eran atípicos.

En estos primeros años de aplicación del artículo 294.1 de la LOPJ el supuesto indemnizatorio se interpretaba principalmente como un caso específico de error judicial, objetivo, sin culpa y que no requería de una previa declaración judicial de error como se prevé con carácter general y a través del recurso de revisión, para los supuestos de error judicial vinculados con decisiones adoptadas por Jueces y Magistrados en ejercicio de la potestad jurisdiccional que les atribuye la CE.

A la luz de esta primera jurisprudencia, la interpretación literal del artículo 294.1 de la LOPJ llevaba a concluir que en los casos de prisión preventiva indebida sólo había derecho a una indemnización cuando el interesado que había sufrido prisión preventiva hubiera sido absuelto (o hubiera sido sobreseída la causa mediante auto de sobreseimiento libre), pero no por cualquier motivo sino únicamente «por inexistencia del hecho imputado».⁵

Sin embargo, la rigidez de la previsión contenida en el art. 294.1 de la LOPJ fue matizada y flexibilizada casi desde el principio por los tribunales, que no siguieron una interpretación literal del mencionado artículo. La primera Sentencia que realizó una interpretación extensiva del artículo 294.1 LOPJ fue la STS de 27 de enero de 1989.

En esta sentencia el Tribunal Supremo entendió que el artículo 294.1 de la LOPJ era un supuesto específico de responsabilidad patrimonial por prisión preventiva, pero no el único. Explicaba que este artículo era una manifestación del error judicial objetivamente entendido y que no requería de declaración jurisdiccional de error, aunque admitía que, en algunos casos, la prisión preventiva seguida de absolución o de sobreseimiento libre podría conectarse con el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia⁶. En concreto llegaba a señalar que el 294 cumplía una función análoga a la del recurso de revisión.

⁵ La razón de la rigidez de la presión del artículo 294.1, en su sentido literal, procedía de otras experiencias ajenas y estaba fundada en la idea del legislador de la LOPJ de que, a la vista de algunos casos de absolución por falta de pruebas, debía evitarse que una persona absuelta en tales circunstancias fuera indemnizada por el Estado que la juzgó y solo halló indicios, pero no pruebas suficientes para condenarle. El *in dubio pro reo*, que impone la absolución, no conllevaría necesariamente la indemnización.

⁶ “La especificidad del art 294 de la Ley Orgánica se manifiesta así claramente: en los supuestos de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado se entiende que el propio proceso penal ha evidenciado la existencia del error judicial de suerte que ya no será necesaria una declaración jurisdiccional en tal sentido. Y de este encuadramiento sistemático del artículo 294 de la LOPJ deriva ya una

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

De acuerdo con esta primera Jurisprudencia, *“el artículo 294 cumple la función de hacer innecesaria la previa declaración jurisdiccional de error en los casos en los que el proceso penal ha puesto más descarnadamente el error, es decir, la improcedencia, objetivamente apreciada a posteriori, de la prisión provisional”*.

Esta sentencia ya apuntaba a la posibilidad de realizar una interpretación extensiva del concepto de inexistencia del hecho imputado, incluyendo los casos de falta de absolución por falta de participación. Se refería ya al concepto de inexistencia subjetiva y, en consecuencia, a permitir la indemnización en los supuestos en los que la absolución viniera determinada por la exclusión del sujeto imputado en la comisión del delito.

“En consecuencia” —matizaba la citada resolución—, *“la inexistencia subjetiva aunque está también al margen de la literalidad del artículo 294 queda plenamente amparada por su espíritu, lo que debe dar lugar a una interpretación extensiva que reconozca la virtualidad del precepto en todos aquellos casos que, pese a la dicción expresa, están comprendidos en el designio normativo del precepto a interpretar”*.

Esta pionera sentencia admitió la inexistencia objetiva y la subjetiva y, a pesar de que amplió sustancialmente la literalidad de la Ley, no extendió esa ampliación a todos los supuestos de absolución del encausado que hubiera sufrido prisión preventiva por cuanto la ausencia de autoría (inexistencia subjetiva del hecho) ha de ser *«ausencia de participación del acusado suficientemente acreditada deducida del examen del conjunto de la resolución penal»*. En esta línea, se descartaba expresamente que pudiera resultar equiparable la absolución por falta de prueba de la participación del afectado (in dubio pro reo) o la absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal, ya fuera por exclusión de la antijuridicidad, de la imputabilidad, de la culpabilidad o de la punibilidad, o, en términos más generales, cuando existieran causas de justificación o de inimputabilidad.

En este sentido, señalaba que, *“prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son pues dos supuestos equiparables y subsumibles ambos en la regulación del art.294. No resulta en cambio viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión provisional habrá de discurrir por el cauce general del art 293.1. de la LOPJ”*.

importante consecuencia: tal precepto no cubre todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de una sentencia condenatoria a una pena privativa de libertad de una duración que abarque todo el tiempo pasado en situación de prisión. Solo cubre algunos supuestos y para los demás no amparados por el artículo 294 ha de entenderse plenamente viable el cauce general del art 293 supuesta la concurrencia de los requisitos propios de la responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”.

En definitiva, esta sentencia y las que la siguieron⁷ adoptaron una interpretación extensiva a partir de una sutil distinción que no estaba en la literalidad del artículo. Los tribunales, en efecto, distinguieron entre la inexistencia objetiva del hecho y la inexistencia subjetiva del hecho. Esta segunda interpretación abrió la puerta a indemnizar aquellas absoluciones o sobreseimientos que desearan en la declaración como hecho probado de la no participación de la persona que había padecido la prisión provisional. Con esta interpretación, se ampliaba notablemente el presupuesto de la responsabilidad, que se aplicaría, así, a supuestos como es el de la ausencia de autoría probada de quien hubiera estado procesado y hubiera sufrido prisión preventiva.

B. Prisión preventiva y absolución por falta de prueba: la presunción de inocencia y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

La analizada interpretación extensiva del artículo 294 de la LOPJ se estuvo aplicando hasta el año 2010. Como consecuencia del criterio establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto Puig Panella c. España (TEDH/2006/35, de 25 de abril de 2006), posteriormente reiterado en el asunto Tendam c. España (TEDH/2010/84, de 13 de julio de 2010), la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo modificó su doctrina tradicional conforme a la cual el art. 294 LOPJ debía interpretarse extensivamente para cubrir tanto los supuestos de inexistencia objetiva del hecho imputado como los de inexistencia subjetiva. Ambos pronunciamientos resolvieron casos promovidos por personas que habían solicitado en España una indemnización por prisión preventiva y a las que se les había denegado la indemnización.

En el asunto Puig Panella, el TEDH constató que el rechazo del Ministerio de Justicia a indemnizar al reclamante se basaba únicamente en la falta de prueba de la no participación en los hechos que se le imputaban. Consideraba que este razonamiento planteaba una duda sobre la inocencia del demandante y que ello vulneraba su derecho a la presunción de inocencia.

El giro de la jurisprudencia derivada de la sentencia Puig Panella encuentra su fundamentación en la interpretación del principio a la presunción de inocencia:

⁷ Sentencia de la sección 6.^a de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 15 de diciembre de 1999, Sentencia de la Sección 1.^a de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1990, Sentencia de la Sección 1.^a de la sala 3.^a del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990, Sentencia de la Sección 1.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 29 de marzo, Sentencia de la Sección 1.^a de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 30 de abril de 1990; Sentencia de la Sección 1.^a de la sala 3.^a del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 1990.

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

“La presunción de inocencia se vulnera si una decisión judicial relativa a un acusado refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad previamente no ha sido legalmente establecida. Basta, incluso en ausencia de constatación formal, con una motivación que conduzca a pensar que el juez considera al interesado culpable” (...). “Así, una decisión que niega al acusado, tras la suspensión de las diligencias, una indemnización por el ingreso en prisión preventiva, puede plantear problemas bajo el ángulo del artículo 6.2., si motivos indisociables del dispositivo equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad sin que éste haya sido previamente establecida de manera legal (ver, mutatis mutandis, Sentencias Englert contra Alemania, previamente citada, aps 36-37 y Letscher contra Países Bajos, citada igualmente, pg 436, ap 29⁸).

De acuerdo con lo anterior, esta sentencia declaró que en este caso se había producido una violación del artículo 6.2 del Convenio y obligó al Estado español a pagar al demandante una indemnización de 12.000 euros en concepto de daño moral y de 4.299 euros en concepto de cosas y gastos.

El caso Tendam contra España (TEDH/2010/84, de 13 de julio de 2010) se refería a un ciudadano alemán, Hans Edwin Tendam, que interpuso recurso ante el Tribunal el 9 de julio de 2005 en virtud del artículo 34 del Convenio para la protección de Derechos Humanos y de las Libertades Públicas. Fundaba el demandante su pretensión en que le había sido denegada la indemnización solicitada en concepto de daños y perjuicios por los 135 días en los que había permanecido privado de libertad así como por el deterioro de los bienes que le habían sido embargados durante la tramitación del procedimiento penal.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea estimó que se había producido una violación del artículo 6.2 del Convenio sobre la base de que, *“en virtud del principio in dubio pro reo, que constituye una expresión particular del principio de la presunción de inocencia, no debe existir diferencia cuantitativa alguna entre una puesta en libertad por ausencia de pruebas y una puesta en libertad resultante de la constatación de la inocencia de una persona. En efecto, las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos que cada vez admite el Juzgado Penal. Al contrario, en el marco del artículo 6.2 del Convenio, el fallo de una sentencia de absolución debe ser respetado por toda autoridad que se pronuncia en materia directa o indirecta sobre la responsabilidad penal del interesado (Vassilios Stavropoulos contra Grecia, núm, 35522/2004, ap.39, 27 de septiembre de 2007). Por otro lado, 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 poco razonable y revela vulneración de la presunción de inocencia (Capeau contra Bélgica, núm 49914/1998, ap 25, CEDH)”*⁹

⁸ TEDH_25-4-2006_assumpte_puig_panella.pdf (gencat.cat) (Párrafo 51 de la Sentencia).

⁹ TEDH_13-7-2010_assumpte_tendam.pdf (gencat.cat) (párrafo 37 de la Sentencia)

A pesar de las diferencias con el asunto Puig Panella (en el que había un pronunciamiento del Tribunal Constitucional favorable al recurrente), el tribunal apreció que en este caso, —que el recurrente fue absuelto en apelación y no cumplió una pena de prisión firme—se había producido también violación del artículo 6.2 del Convenio por cuanto el Ministerio, y los tribunales posteriormente, arrojaban dudas sobre la inocencia del demandante cuando fundaban la absolución en la falta de prueba.

Al igual que en el asunto Puig Panella, el fallo declaraba que se había producido violación del artículo 6.2 del Convenio y, además, del artículo 1 del Protocolo n.º 1 (en relación con los bienes incautados cuya prueba, concernía a la Administración que los custodiaba y no al reclamante) y por ello condenaba al Gobierno a pagar al demandado 15.600 euros en concepto de daño moral.

La jurisprudencia que derivó de estos dos pronunciamientos delimitó el alcance subjetivo de la presunción de inocencia¹⁰ en el sentido de que ésta no se limita a los procesos penales sino que se extiende a las decisiones judiciales posteriores a la absolución del imputado¹¹ e incluso a *“declaraciones que emanan de las autoridades públicas en la medida en que tales declaraciones equivalgan a una constatación de culpabilidad que ignore la previa absolución del imputado”*¹².

Ante las mencionadas SSTEDH, aparecían dos opciones principales: (i) Una primera, que implicaba volver a una interpretación literal y rigurosa del art. 294.1 LOPJ y considerar que sólo cabía indemnización si, tras la prisión, el acusado fue absuelto «por inexistencia del hecho imputado» y (ii) otra segunda, recogida en algunos votos particulares de Sentencias de la Audiencia Nacional, que suponía generalizar la indemnización a todos los supuestos de prisión preventiva indebida, a todas las personas que habiendo sufrido prisión preventiva hubieran sido absueltas por cualquier causa, por inexistencia objetiva o subjetiva, y tanto si la absolución fue porque no hubo hecho, porque no era delito la acción imputada o porque, aun habiendo delito, el acusado fue absuelto por no haberse demostrado su participación o por falta de prueba¹³.

El Tribunal Supremo siguió la primera de las vías mencionadas por cuanto *“no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre «por inexistencia del hecho imputado», es decir, cuando tal*

¹⁰ Memoria del Consejo de Estado de 2011, página 127. CONSEJO DE ESTADO (consejo-estado.es)

¹¹ Apartados 51 de la Sentencia Puig Panella y 35 de la Sentencia Tendam.

¹² Apartado 36 de la Sentencia Tendam.

¹³ Se consideró que esta vía no era coherente con la voluntad del legislador de 1985, ni que esa fuera la única salida a la nueva situación, puesto que la STEDH no decía que se hubiera de indemnizar en todo caso sino que no debe haber discriminación desde la perspectiva de la presunción de inocencia.

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente.”

Y así, estableció, mediante dos sentencias de 23 de noviembre de 2010, una nueva doctrina que entendía que el artículo 294.1 LOPJ sólo comprendía los casos de inexistencia objetiva del hecho —como supuesto específico de error judicial no sujeto a previa declaración judicial del mismo— y que los casos de inexistencia subjetiva estaban sometidos al régimen previsto en el artículo 293.2 LOPJ —funcionamiento anormal de la Administración de Justicia—. Entendía además que esta jurisprudencia no suponía infracción del art. 6.2 del Convenio, pues, ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolucón y no exigen a los Estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena. Así lo afirma el Tribunal Supremo en dos Sentencias de 23 de noviembre de 2010 (recursos de casación números 4288-2006 y 1908-2006) que con cita en las Sentencias del TEDH de 25 de abril de 2006, asunto Puig Panella c. España, núm. 1483/02, y de 13 de julio de 2010, asunto Tendam c. España, núm. 25720/05, justifican el cambio de criterio jurisprudencial.

Como consecuencia de este viraje, a nivel interno fue la Sentencia de la Sección 6.^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 23 de noviembre de 2010 la encargada de revisar la jurisprudencia que se venía aplicando respecto de la aplicación del artículo 294 de la LOPJ volviendo a una interpretación restrictiva del precepto y reconduciendo los casos de inexistencia subjetiva a la “*vía general prevista en el artículo 293 de la LOPJ*”.

La explicación que da la sentencia en su fundamento de derecho tercero es la siguiente:

“Pues bien, siendo clara la improcedencia de una interpretación del precepto como título de imputación de responsabilidad patrimonial en todo supuesto de prisión preventiva seguida de una sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre y descartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuáles sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han

indicado por la jurisprudencia de esta sala, a la que sustancialmente se ha hecho referencia al principio de este fundamento de derecho, que supone la ausencia del presupuesto de toda imputación, cualesquiera que sean las razones a las que atienda el juez penal”.

Como bien puede apreciarse, la nueva jurisprudencia vuelve a la interpretación restrictiva del precepto, limitando su ámbito a los supuestos reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en una sentencia absolutoria o en un auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente.

Con todo, el Tribunal Constitucional se manifestó contrario a esta interpretación y en aplicación de la STEDH de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, señaló que para determinar si concurría o no la responsabilidad de la Administración de Justicia por prisión provisional no podrían utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afectaran a la presunción de inocencia (SSTC 8/2017, de 19 de enero de 2017, FJ7 y 10/2017, de 30 de enero de 2017). Según el máximo intérprete de la CE, en aplicación del principio in dubio pro reo, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en la inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable.

V. LA DECLARACIÓN PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 294.1 DE LA LOPJ: LA STC 85/2019

Al hilo de lo anterior, no ha de extrañar que fuera finalmente el propio Tribunal Constitucional en Pleno quien, con fecha 6 de septiembre de 2018, admitió a trámite una auto-cuestión de inconstitucionalidad¹⁴ planteada a raíz de un recurso de amparo interpuesto contra una sentencia de la Sala Tercera de la Audiencia Nacional, desestimatoria de un recurso contencioso-administrativo interpuesto a su vez contra la resolución del Secretario de Estado de Justicia, denegatoria de la indemnización solicitada por haber sufrido prisión provisional y ser absuelto posteriormente.

La auto-cuestión fue planteada en relación con los incisos “*por inexistencia del hecho imputado*” y “*por esta misma causa*” del artículo 294.1 de la LOPJ por cuanto podían resultar contrarios a los derechos fundamentales consagrados en los artículos 14, 17 y 24 de la CE. En esta línea, el Pleno del Tribunal Constitucional estimó procedente plantear cuestión de inconstitucionalidad en un triple sentido:

¹⁴ n.º 4314/2018

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

“En tanto esa selección de supuestos indemnizables en el art. 294.1 LOPJ mediante los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esa misma causa” puede dejar fuera otros que debieran serlo con fundamento en las exigencias constitucionales para privar de libertad cautelarmente a una persona (art. 17 CE), introduciendo diferencias irrazonables de trato por las razones de la absolución (art. 14 CE) que irremediablemente dejan latentes dudas sobre la inocencia del sujeto no condenado en el proceso penal (art. 24.2 CE)”.

El Tribunal Constitucional, declaró por Sentencia 85/2019 la inconstitucionalidad de los dos incisos señalados del artículo 294.1 de la LOPJ con base fundamentalmente, en dos argumentos, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 24.2 de la CE y del principio de igualdad recogido en el artículo 14 CE.

El máximo intérprete de la Constitución consideró que la selección de supuestos indemnizables que diferenciaba entre los casos de prisión provisional no seguida de condena contrariaba el artículo 14 CE en tanto que injustificada, por no responder a la finalidad de la indemnización y conducir a resultados desproporcionados. Así lo expresaba en el fundamento jurídico 9.º:

“La selección establecida en el artículo 294 LOPJ por los incisos controvertidos discrimina entre el supuesto de inexistencia del hecho imputado y el resto de los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento. La diferencia de trato desde una perspectiva indemnizatoria entre quienes, después de sufrir prisión preventiva, no resultan condenados por no haberse probado la existencia del hecho y quienes lo han sido por razones de fondo, es además, radical, pues solo los primeros pueden ver satisfecha su pretensión de ser indemnizados. Esa diferencia no sólo carece de justificación desde la finalidad del precepto que recoge el derecho a la indemnización de quienes se vieron privados de su libertad en aras el interés común, sino que resulta evidentemente desproporcionada en sus consecuencias, de un carácter gravoso extraordinario, ya que quedan excluidos del derecho a la indemnización, por lo que vulnera el principio de igualdad ante la Ley (art. 14 CE)”.

Entendía el Alto Tribunal que se vulneraba el derecho a la presunción de inocencia (artículo 24 CE) siempre que el régimen resarcitorio discriminaba entre las razones para absolver, *“tanto si se identifica la selección efectuada por la referencia a la inexistencia objetiva como si se interpreta de forma más amplia y se da cabida también a la inexistencia subjetiva, se reproduce el esquema vetado por el artículo 24.2 de la CE de distinguir entre las absoluciones o sobreseimientos por prueba de la inocencia y por aplicación del principio de presunción de inocencia”.*

En esta misma línea, subrayaba en el fundamento jurídico 11.º que:

“Como se destacó en la STC 8/2017, para decidir sobre si concurre o no responsabilidad de la Administración de Justicia por prisión provisional no seguida de condena no podrán utilizarse argumentos que directa o indirectamente afecten

a la presunción de inocencia del demandante, entendiendo que viola este derecho cualquier razonamiento que ponga en duda la inocencia del demandante, como el afirmar que la razón de la absolución deriva de la aplicación de los principios del proceso penal (presunción de inocencia) y no de la inexistencia del hecho delictivo. En el mismo sentido insistimos en la STC 10/2017, FJ 4, al sostener que, cuando las resoluciones denieguen la indemnización porque se absuelve debido a la insuficiencia de la prueba practicada para generar una convicción sobre la responsabilidad criminal más allá de toda duda razonable, dichas resoluciones suscitan dudas sobre la inocencia del denunciante, de modo que se menosprecia el derecho del actor a la presunción de inocencia”.

Concluía el Tribunal que la delimitación que venía realizándose sobre el ámbito resarcible obedecía a las razones de fondo de la absolución, establecía de forma inevitable diferencias entre los sujetos absueltos vinculadas a la eficacia del derecho a la presunción de inocencia, obligaba a argumentar con base en esas diferencias y dejaba latentes dudas sobre su inocencia incompatibles con las exigencias del artículo 24.2 de la Constitución.

En línea con lo anterior, el fallo de la Sentencia 85/2019 resolvió: *“estimar la presente cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y por esta misma causa” del artículo 294.1 de la LOPJ 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial con los efectos indicados en el fundamento jurídico 13”.*

VI. CRITERIOS DERIVADOS DE LA DECLARACIÓN PARCIAL DE INCONSTITUCIONALIDAD

Analizados los aspectos más relevantes de la sentencia, procede a continuación realizar estudio de los criterios y de los efectos que se extraen de la misma, que son los que, a falta de intervención legislativa, han resultado aplicados por la doctrina y por la jurisprudencia para la configuración de un nuevo régimen de responsabilidad patrimonial.

A. Delimitación positiva de la declaración de inconstitucionalidad: la exclusión del automatismo en el reconocimiento de indemnizaciones

Una delimitación positiva de la declaración de inconstitucionalidad, que deriva del citado fundamento jurídico 13.º, descarta el automatismo en el reconocimiento de las indemnizaciones y señala que:

“Una interpretación literal del precepto así depurado de su tacha de inconstitucionalidad permitiría ciertamente sostener que la prisión provisional, cuando

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolución (o de sobreseimiento libre), 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. De modo que la doctrina de esta sentencia no solo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al quantum indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho general de daños (como pueden ser la compensatio lucri cum damno o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima)”.

De entre los criterios de la teoría general de la responsabilidad civil aplicables en los que insiste la sentencia destacan la posibilidad de modular o excluir la indemnización en atención “al grado de contribución del sujeto en la adopción de la medida cautelar” (v., a.e., STS de 17 de marzo de 2015, ROJ 1166/2015) y a “cuyo desencadenamiento no haya contribuido el perjudicado” (fundamento jurídico 7, tercer párrafo) o a la “relevancia causal de la conducta de la propia víctima” (fundamento jurídico 13.º, cuarto párrafo). A esos mismos efectos, apunta a la aplicación del criterio de la *compensatio lucri cum damno* (fundamento jurídico 13.º, párrafo cuarto) y al criterio de resolver en equidad.

De lo que este párrafo declara se desprende de forma directa, que el Tribunal Constitucional no considera procedente la indemnización automática de los perjuicios irrogados en todos los casos en que se haya dictado una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre. Esta declaración expresa del Tribunal Constitucional, que parece orientada a excluir una determinada interpretación (sin afirmar su inconstitucionalidad) se explica por el hecho de que el tenor literal, una vez suprimidos los dos incisos declarados inconstitucionales, podría apuntar en esa dirección. Sin embargo, se insiste, el Tribunal Constitucional parece excluirla de raíz.

Además, el propio Tribunal apela en primera instancia a una intervención legislativa que, sin embargo, seis años después no se ha producido ni tiene visos de producirse. Afortunadamente, la Sentencia contempla esta posibilidad e insta a los operadores jurídicos a aplicar la teoría general de la responsabilidad civil y a interpretar el precepto de forma congruente con su finalidad. Matiza que dentro del Derecho general de daños, pueden resultar de aplicación tanto la *compensatio lucri cum damno* como la relevancia causal de la propia víctima.

B. Delimitación negativa. Aspectos del artículo 294 de la LOPJ no afectados por la declaración de inconstitucionalidad

Una delimitación negativa de la sentencia permite sentar que declaración de inconstitucionalidad no afecta al resto de las previsiones que los artículos 292 a 297 de esa misma Ley Orgánica dedican a las reclamaciones indemnizatorias por prisión preventiva, en particular; al resto de las previsiones autónomas de ese artículo 294, como son, en concreto, las de su apartado número 2, que prevé que la cuantía de la indemnización estará *“en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido”*.

No se extiende tampoco a la tramitación y resolución de las reclamaciones por el Ministerio de Justicia de acuerdo con el régimen aplicable a la responsabilidad patrimonial del Estado, ni al plazo de prescripción de 1 año del derecho a ser indemnizado como tampoco a la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ministerio de Justicia (artículo 294. 3 que se remite al artículo 293, número 2, del mismo cuerpo legal).

C. Delimitación temporal

La delimitación temporal de los efectos de la STC 19/1985 parte inexorablemente de lo preceptuado en el artículo 38.1 de la Ley Orgánica 2/1079, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, que al efecto prevé que:

“Las sentencias recaídas en procedimientos de inconstitucionalidad tendrán el valor de cosa juzgada, vincularán a todos los Poderes Públicos y producirán efectos generales desde la fecha de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado”.

En este caso, la sentencia fue publicada en el Boletín Oficial del Estado n.º 177, de 25 de julio de 2019. Es esta en consecuencia la fecha a partir de la que la versión depurada del artículo 294.1 de la LOPJ comenzó a tener efectos.

Además, la propia sentencia declara que el principio de seguridad jurídica conlleva que su *“declaración de inconstitucionalidad solo sea eficaz en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme”* (fundamento jurídico 13).

Con ello, la sentencia deja claro que su versión revisada del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene ciertos efectos retroactivos ya que debe aplicarse a los procedimientos administrativos y procesos judiciales que, al dictarse esa sentencia, no habían todavía finalizado con una resolución firme.

En el caso de los procesos pendientes de contestación a la demanda, de conclusiones o de señalamiento para votación y fallo, la Ley 29/1998, de 13 de julio,

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo prevé en su artículo 36 la posibilidad de solicitar en estos casos la ampliación del recurso al acto administrativo, la disposición o actuación y esta petición producirá la suspensión del curso del procedimiento, dándose traslado a las partes para que realicen alegaciones en plazo común de cinco días.

En el caso de los expedientes pendientes en vía administrativa, la casuística resultó ser bastante variada, (i) habiendo expedientes que se encontraban en las primeras fases de tramitación, (ii) otros ya muy avanzados con propuesta de resolución desestimatoria que, al no haber sido resueltos, tuvieron que cambiar el sentido de la propuesta de resolución y de la resolución misma¹⁵; (iii) otros en los que la propuesta de resolución era estimatoria y así debía mantenerse pero en los que el criterio cuantificador podría verse alterado *in peius*¹⁶ y (iv) otros que se encontraban pendiente del preceptivo dictamen y en los que el Consejo de Estado procedió a devolverlos al Ministerio de Justicia con la finalidad de que se abriera un trámite de audiencia a los reclamantes en el que se les informara del contenido de la Sentencia¹⁷.

En aquellos primeros meses de aplicación de la versión revisada del artículo 294.1 de la LOPJ, hubo también una tipología interesante de reclamaciones de responsabilidad patrimonial por prisión preventiva¹⁸ iniciadas mucho antes de la publicación de la STC, que habían ya sido desestimadas en vía administrativa y en vía judicial de acuerdo con el régimen legal entonces vigente, pero en las que había sido estimado el recurso de amparo formulado por los interesados. En todos estos casos el Tribunal Constitucional había declarado la nulidad de las sentencias desestimatorias de los recursos, la vulneración del derecho a la igualdad (art 14 CE) y del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), instando a los poderes públicos a restablecer al recurrente en sus derechos y a que se retrotrajeran las actuaciones al momento anterior al dictado de la última resolución citada para que se resolviera la reclamación de responsabilidad patrimonial de forma respetuosa con los derechos fundamentales a la igualdad y a la presunción de inocencia. En todos estos supuestos, la retrotracción implicó la tramitación de un nuevo procedimiento (con nuevo dictamen de la Comisión Permanente del Consejo de Estado) y la resolución conforme al nuevo régimen legal derivado de la declaración de inconstitucionalidad tantas veces mencionada¹⁹.

¹⁵ Este fue el caso del expediente 100/2020 que dio lugar al primer dictamen del Consejo de Estado tras la STC 85/2020.

¹⁶ En estos casos, el Consejo de Estado informó en el sentido de que procedía aplicar el módulo cuantificador vigente antes de la STC 85/2019 (que indemnizaba con 120 euros por día de privación de libertad). Tal fue el caso, por ejemplo, del dictamen 215/2020.

¹⁷ Entre otros muchos, expedientes números 586/2019, 126/2020 o 495/2020.

¹⁸ Entre otros, dictámenes números 109/2020, 784/2021, 1096/2021, 683/2021, 381/2022 o 324/2022.

¹⁹ Entre otros, dictámenes números 109/2020, 784/2021, 1096/2021, 683/2021, 381/2022 o 324/2022.

IX. EL RÉGIMEN JURÍDICO DERIVADO DE LA PRÁCTICA ADMINISTRATIVA Y JURISPRUDENCIAL APLICABLE A LA PRISIÓN PREVENTIVA NO SEGUIDA DE CONDENA TRAS LA STC 85/2019

Decretada la inconstitucionalidad parcial del artículo 294.1 de la LOPJ y a falta de un pronunciamiento legislativo, se ha ido creando un nuevo régimen que resulta de la jurisprudencia y de la práctica administrativa.

De entre las sentencias que fueron delimitando el régimen aplicable a este tipo de recursos tras la declaración de inconstitucionalidad fueron, principalmente, las siguientes: De la Audiencia Nacional (Sentencia 1348/2019, de 10 de octubre; Sentencia 1883/2019, de 20 de diciembre y Sentencia 3341/2020, de 13 de octubre de 2020) y del Tribunal Supremo (Sentencia de la sección 5.^a de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 14 de septiembre de 2020; Sentencia de la sección quinta de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2020; Sentencia de la sección 5.^a sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 22 de septiembre de 2020; Sentencia sección 5.^a de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2020 y Sentencia de la sección 5.^a de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2020).

Como hemos de analizar posteriormente, la Jurisprudencia se muestra partidaria de indemnizar el daño derivado de la privación de libertad de forma global; apunta a que la indemnización ha de ser progresiva, subraya que son relevantes las circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, rehabilitación de la honorabilidad perdida, mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho así como la huella que hubiera podido dejar la prisión en la personalidad o conducta del que la hubiese padecido y, en fin, tiende a sostener como criterio cuantificador del lucro cesante el SMI, referido a la jornada de trabajo, sin distinción de sexo u edad.

Por su parte, en el ámbito de su función consultiva, el Consejo de Estado tuvo que abandonar los presupuestos indemnizatorios anteriores y contribuir a la formación de una doctrina que resultara aplicable al nuevo artículo 294.1 de la LOPJ.

Hasta ese momento, el Consejo de Estado indemnizaba a razón de 120 euros por día de privación de libertad siempre y cuando el reclamante hubiera sido sometido a la medida cautelar de prisión provisional y posteriormente hubiera obtenido una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre (o resolución judicial de efecto equivalente) sobre la base de la inexistencia del hecho imputado.

El primer dictamen en el que fue aplicada la versión revisada del artículo 294.1 de la LOPJ fue el dictamen n.º 100/2020. Sin perjuicio de lo que luego se dirá, este primer dictamen contemplaba, como hasta ahora, como indemnizables, los daños personales y familiares sufridos como consecuencia de la prisión

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

preventiva y excluía los daños derivados del lucro cesante. Además, el dictamen propuso incrementar el baremo que contemplado por el servicio instructor de 25 a 50 euros por cada día de privación de libertad.

En ese primer dictamen el Consejo de Estado entendía que la STC 85/2019 concedía un amplio margen de decisión a los órganos administrativos para la fijación de un baremo, reconocía que el nuevo artículo 294.1 de la LOPJ ampliaba sustancialmente el número de casos indemnizables, pero echaba en falta una mayor justificación de los 25 euros por día que proponía el órgano instructor y consideraba que la reducción propuesta (de 120 a 25 euros por día) era muy drástica.

Seis años después de la sentencia, a falta de reforma legislativa, la formación de un régimen jurídico aplicable a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva no seguida de condena se debe fundamentalmente a la labor de esa jurisprudencia de los Tribunales y a la mencionada doctrina del Consejo de Estado.

Se tratará a continuación de esbozar cuáles son las líneas maestras de este régimen y para ello se distinguirá entre los aspectos procedimentales (A), aspectos sustantivos (B) y criterios de cuantificación (C).

A. Aspectos procedimentales

El estudio del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños derivados de una privación de libertad no seguida de condena debe partir de la versión depurada del artículo 294.1 de la LOPJ, cuyo tenor literal es el siguiente:

- “1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.*
- 2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.*
- 3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior”.*

A partir de ello, los aspectos procedimentales se refieren a la competencia, al plazo y a los certificados que son exigibles en este tipo de reclamaciones.

a) Competencia

En primer lugar, del contenido del artículo 293.2 de la LOPJ al que se remite expresamente el artículo 294.3 en lo tocante a los aspectos procedimentales

se desprende en primer lugar, que la petición indemnizatoria debe ir dirigida directamente al Ministerio de Justicia y que se tramita con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial del Estado. En atención a la reciente reestructuración de los Departamentos ministeriales (Real Decreto 829/2023, de 20 de noviembre), las menciones que los citados preceptos efectúan al Ministerio de Justicia han de entenderse dirigidas hoy en día, al Ministerio de la Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes, a quien corresponde resolver este tipo de expedientes.

b) Plazo

En segundo lugar, y de acuerdo con estas últimas normas, el artículo 293.2 in fine de la LOPJ dispone que *“el derecho a reclamar la indemnización prescribirá al año, a partir del día en que pudo ejercitarse”*.

En términos generales, la interpretación que se hace sobre el cómputo del plazo de prescripción en este tipo de reclamaciones no plantea problemas ya que se sigue el criterio de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que ha interpretado generalmente los mencionados preceptos a partir del principio o teoría de *actio nata* propia del Derecho civil. De acuerdo con esta jurisprudencia el plazo de prescripción no empieza a correr si no ha nacido la acción (*actio nondum natae non praescribitur*) y dicho nacimiento se determina conforme a un doble criterio: el criterio objetivo (la ejercitabilidad de la acción conforme a las reglas que prevé en cada caso el ordenamiento jurídico) y el criterio subjetivo, *i.e.* el conocimiento efectivo por el interesado, o al menos, la cognoscibilidad razonable con la diligencia exigible en cada caso, de los elementos esenciales de la pretensión indemnizatoria (como la existencia del daño, su autoría, su antijuridicidad y la entidad y alcance de los perjuicios causados).

Así fue expresado por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2014 (recurso número 145/2010) en su fundamento jurídico quinto:

«el cómputo del plazo para el ejercicio de la responsabilidad patrimonial no puede ejercitarse sino desde el momento en que ello resulta posible, por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos. Afirmación que se sustenta en la aceptación por este Tribunal del principio de “actio nata” (nacimiento de la acción) para determinar el origen del cómputo del plazo para ejercitarla, según el cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad.»

Esta jurisprudencia también aparece —*inter alia*— en las Sentencias de 20 de noviembre de 2015 y 2 de junio de 2016. En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo 463/2019, de 4 de abril (recurso número 4399/2017) decía en

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

su fundamento jurídico quinto: «Esta doctrina obedece, en atención al principio de indemnidad, a la necesidad de preservar el derecho del perjudicado a ser íntegramente resarcido en situaciones en que no ha podido hasta entonces conocer en su totalidad el alcance de su daño, por causas en modo alguno imputables a su persona o comportamiento [...]». A mayor abundamiento, recordaba la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de enero 2011 (recurso número 2373/2006) que, desde el punto de vista del derecho de defensa, lo verdaderamente importante para que comience a correr el plazo de prescripción de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es, tal como ha tenido ocasión de subrayar la Sentencia 38.366/1997, de 25 de enero de 2000, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*asunto Miragall Escolano y otros contra España*), el momento en que el interesado tiene conocimiento de la sentencia, dado que es entonces cuando sabe que el evento lesivo se ha consumado y, por tanto, cuando debe considerar si ejercer su derecho a indemnización por daños.

De acuerdo con ello, este Consejo de Estado ha establecido como doctrina consolidada que, cuando se reclama por los perjuicios derivados de la tramitación de un procedimiento judicial, la regla general es que el plazo de prescripción empieza a computarse desde que se notifica la resolución que pone fin al mismo para el reclamante, sea esta la sentencia absolutoria u otro tipo de resolución —como un Auto de sobreseimiento—xxxxx (entre otros muchos, los dictámenes números 1.016/2006, 1.305/2008, 534/2012, 599/2013, 1.054/2013, 142/2014, 991/2015, 391/2017, 1008/2019, 1484/2023, 1693/2024, 1688/2024, 123/2025, 407/2025, 411/2025 y 412/2025).

De este modo, la regla general a seguir en este tipo de expedientes es contar el plazo desde la fecha de la notificación al interesado de la resolución que pone fin al proceso para dicho interesado²⁰. Con todo, este Alto Cuerpo Consultivo ha establecido algunas excepciones cuando la fecha de notificación antes referida no conste en el expediente, y sigue siendo necesario buscar un hito temporal posterior del que haya constancia suficiente, admitiendo de este modo que el *dies a quo* pueda situarse en fechas distintas. Así, excepcionalmente se ha admitido la fecha del auto que declara la firmeza de la resolución definitiva, pero no porque hasta ese momento no haya podido ejercitarse la acción (lo que llevaría a desplazar el *dies a quo* hasta la fecha de su notificación), sino porque en esa fecha es patente que ya se ha notificado la resolución en que se basa la reclamación (o que pone fin al procedimiento), y que ha transcurrido incluso el plazo para la interposición de eventuales recursos, de forma que el interesado dispone (dictamen 391/2017, de 15 de junio).

La mencionada regla general no ha sido normalmente contestada ni en sede administrativa ni en sede judicial. Sin embargo, sí que resulta significativo y por

²⁰ Dictamen 1.484/2023

ello es digno de mención, el criterio seguido en alguna ocasión por el Ministerio de Justicia en la tramitación de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivada de prisión preventiva seguida de absolución, —que se basa en algunas sentencias de la Audiencia Nacional—, que han fijado el *dies a quo* en la fecha de notificación del auto de firmeza, sobre la base de que la sentencia absolutoria (o, en otros casos, el auto de sobreseimiento libre) podría ser modificada en vía de recurso, desapareciendo así el supuesto de hecho del artículo 294.1 de la LOPJ.

Concretamente, en el asunto 1.031/2023 el dictamen del Consejo de Estado concluyó, frente al instructor que, *“el dies a quo debe fijarse en la fecha de notificación de la sentencia absolutoria o del auto de firmeza, teniendo en cuenta las razones que ha venido aduciendo el Consejo de Estado en este concreto ámbito (art. 293 LOPJ), el criterio mantenido en el ámbito —más general— de la responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 67 de la Ley 39/2015), la necesaria coherencia con el criterio que se desprende de la regulación civil de esta misma institución de la prescripción (arts. 1969 y ss. del CC), el criterio mantenido por el TEDH en cuestiones análogas, la ausencia de un criterio claro y uniforme sobre esta cuestión en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que, sin embargo, ha partido siempre de la doctrina de la actio nata, (lo que impone una solución común a los casos regidos por el 67.1 de la Ley 39/2015 y 293 de la LOPJ), la recta aplicación del principio “actio nondum nata non praescribitur” y, sobre todo, la imperiosa necesidad de dar certeza a esta cuestión tal y como exige el principio constitucional de seguridad jurídica²¹”*.

Este dictamen entendía que la reclamación era extemporánea. Sin embargo, la Resolución estimó parcialmente las pretensiones del reclamante e indemnizó, oído el Consejo de Estado por entender que la reclamación había sido formulada dentro de plazo. (En el mismo sentido, el dictamen n.º 1.031/2023).

Desde 2023 sin embargo, se puede concluir que los órganos administrativos que tramitan los expedientes de responsabilidad patrimonial por prisión preventiva no seguida de condena, han orientado el cómputo del plazo de la acción a la jurisprudencia y a la doctrina señalada, resultando absolutamente excepcional el desplazamiento del plazo a la fecha de la notificación del auto de la firmeza.

Prueba de ello es que las propuestas de resolución más recientes, acogen la tesis de la fecha de la notificación de la sentencia absolutoria con cita de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de mayo de 2022 (ROJ: SAN 1728/2022), en la que la se declara expresamente que *“si la declaración de firmeza es de 18 de octubre de 2012 y la reclamación previa no se produce hasta el 18 de octubre de 2013, es evidente que era extemporánea, porque el plazo del año debió partir de una fecha anterior”* (en aquel caso, *“la fecha en el que el recurso de apelación quedó desierto, cosa que tuvo que suceder mucho antes”*, puesto que, dictada la sentencia absolutoria, se interpuso un recurso de apelación que quedó sin embargo desierto). E

²¹ Dictamen 1.031/2023 // 127/2020 de 30 de noviembre de 2023

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

insiste a continuación: «*El dies a quo debe tomar en consideración la fecha “desde que el daño o el suceso al que se imputan los efectos lesivos se produjo” “ya que desde ese momento se disponía de todos los elementos fácticos y jurídicos necesarios para el ejercicio de la acción” (...), sin necesidad de esperar a la firmeza.*».

c) *Certificados exigibles*

En tercer lugar, un aspecto vinculado con el procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial y que cobra especial importancia en las reclamaciones que se vienen sustanciando desde 2019 es el relativo a la exigencia en este tipo de expedientes del certificado de excarcelación y de los listados de causas y de vicisitudes de los reclamantes.

Con la incorporación de estos certificados se trata de acreditar el número exacto de días de privación de libertad, de una parte, y confirmar si eventualmente esos días han sido abonados a otras posibles causas pendientes que tuviera el reclamante. Estos datos resultan especialmente relevantes. Nótese que en el caso de que haya habido abono a otras posibles causas (utilizando los días de privación preventiva de libertad de la misma persona para compensar otros periodos de prisión derivados de otros procesos penales que pudiera tener), el derecho a la indemnización podrá quedar excluido o el monto indemnizatorio reducido.

En definitiva, los días de abono que compensan los impuestos por una sentencia condenatoria no son indemnizables de acuerdo con lo sentado por la STC 85/2019 y con el principio de la *compensatio lucri cum damno*. Como antes se señalaba, la STC contempló este principio como de posible aplicación para modular o excluir la indemnización (FJ n.º 13, párrafo cuarto) de forma que el régimen indemnizatorio del artículo 294.1 de la LOPJ solo debe aplicarse a los casos de prisión preventiva seguida de absolución o libre sobreseimiento en los que esa prisión preventiva no sea aplicable al cumplimiento y cómputo de otras penas.

Dada la relevancia que tiene este dato y la posible concurrencia del principio de la *compensatio lucri cum damno* en la teoría de la responsabilidad por daños y en la fundamentación de la STC 85/2019, el Consejo de Estado se muestra particularmente exigente con la necesidad de incorporar estos certificados a todos los expedientes de reclamación. Debe subrayarse que su utilidad es esencial para fijar el término inicial y el término final de las estancias en prisión indemnizables y para conocer posibles abonos.

Aunque en estos últimos años no han abundado, sí que puede señalarse algunos casos en los que el Consejo de Estado ha propuesto desestimar reclamaciones de responsabilidad en la que los certificados habían acreditado de forma indubitada los días de privación de libertad del reclamante habían sido abonados en su integridad a otra causa que el mismo señor tenía pendiente. Dicho de

otra forma, en este concreto caso, el abono ha determinado la exclusión de la responsabilidad y, en consecuencia, de la indemnización.²²

B. Aspectos sustantivos

a) Presupuesto del régimen indemnizatorio: El régimen previsto en el artículo 294.1 de la LOPJ se refiere a prisiones preventiva seguidas de absolución. Este es el primero de los requisitos materiales que se exigen para aplicar este régimen indemnizatorio. No han faltado sin embargo reclamaciones formuladas al amparo de lo previsto en el artículo 294.1 de la LOPJ en los que se ha constatado que el reclamante no había estado preventivamente de libertad²³ o en los que habiendo estado, no había recaído sentencia absolutoria²⁴. También se ha dado el caso de personas que no han acreditado su estancia en prisión preventiva a pesar de solicitar una indemnización al amparo del régimen previsto en el artículo 294.1 de la LOPJ.²⁵

Además, este régimen de resarcimiento ha sido recientemente aplicado análogicamente a otros supuestos de prisión²⁶ (no preventiva), como por ejemplo, al caso de una prisión cumplida en ejecución de una sentencia derivada de un error judicial así declarado, o en un supuesto de exceso de duración de una privación de libertad en cumplimiento de una condena, o, en fin, a un caso de exceso de privación de libertad derivado de un acumulación de penas cuando se ha acreditado la existencia de un funcionamiento anormal.

Pues bien, se ha entendido que los criterios cuantificadores que se aplican para fijar las indemnizaciones del primer tipo de casos permiten valorar los factores y circunstancias concretas que concurren en el segundo tipo, por lo que el Consejo ha entendido razonable la mencionada aplicación analógica.

La Ley exige que el preventivamente privado de libertad haya sido absuelto o que haya sido dictado auto de sobreseimiento libre. Por el contrario, el auto de sobreseimiento provisional no entra dentro del supuesto de hecho previsto en el artículo 294.1 de la LOPJ²⁷.

Se requiere por tanto de una sentencia absolutoria, de un auto de sobreseimiento libre o de una resolución de efecto equivalente a una sentencia absolutoria o a un auto de sobreseimiento libre.

En este punto, debe advertirse que, en ocasiones, la jurisprudencia y el Consejo de Estado han entendido que excepcionalmente pueden concurrir resolu-

²² Dictámenes n.º 1.656/2022 y n.º 1.481/2023

²³ Dictamen 188/2021

²⁴ Dictamen 106/2020 y n.º 1.656/2022

²⁵ Dictamen n.º 585/2024

²⁶ Dictamen n.º 658/2023, dictamen n.º 658/2023 y dictamen 141/2024

²⁷ Dictámenes números 33/2020, 105/2020 y 171/2020

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

ciones de efecto equivalente a una sentencia absolutoria o a un auto de sobreseimiento libre.

La cuestión relativa a las resoluciones de efecto equivalente —y, concretamente, a cuáles y bajo qué circunstancias podían ser consideradas de efecto análogo a una absolució n o a un sobreseimiento libre— se suscitó ya en reclamaciones formuladas al amparo de la redacción original del artículo 294 de la LOPJ, que contemplaba sólo las sentencias absolutorias y los autos de sobreseimiento libre y exigía que esos dos tipos de resoluciones se fundamentasen en la inexistencia de los hechos imputados a los reclamantes y por los que estos hubieran estado sometidos a prisión preventiva.

Sobre la base de dispensar el máximo respecto a las funciones que corresponden a los jueces y magistrados titulares de la potestad jurisdiccional, tanto la jurisprudencia como la práctica administrativa lo admitieron con un carácter rigurosamente excepcional. Así, aunque la redacción original del citado artículo 294 sólo contemplaba las sentencias absolutorias y los autos de sobreseimiento libre, existían otras resoluciones que podían tener un efecto equivalente a esas dos modalidades de resoluciones y podían ser tenidas en cuenta para reconocer a los interesados una indemnización al amparo del citado precepto legal. Los autos de sobreseimiento provisional figuraron entre las resoluciones a las que, en algunos casos marcadamente excepcionales, se atribuyó una significación equivalente a la de una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre.

Ese análisis de equivalencia descansó en los términos originales de ese artículo 294 y, más en concreto, en el segundo requisito en él recogido, cual es la exigencia de que las sentencias absolutorias y los autos de sobreseimiento libre se fundamentasen expresamente en la inexistencia del hecho imputado a los reclamantes. Dicho en otras palabras, lo que la jurisprudencia, la doctrina de este Consejo y la práctica administrativa se plantearon fue la posibilidad de que un auto de sobreseimiento provisional (categoría no mencionada en el citado precepto legal) se fundamentase en los mismos motivos (la citada inexistencia del hecho imputado) que se exigían a las resoluciones sí recogidas en tal precepto y, al llegar en algunos casos a la conclusión de que se producía esa identidad de fundamentos, entendieron que la persona destinataria de un auto de sobreseimiento provisional podía tener derecho a obtener la indemnización prevista en el mencionado artículo 294.

Ocurre, sin embargo, que ese requisito material ha desaparecido del citado precepto tras la depuración que del mismo hizo la STC 85/2019, de modo que, en su redacción actual, el artículo 294 de la LOPJ sólo contempla el requisito formal de que exista una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre.

Pese a ello, con posterioridad a la citada sentencia del Tribunal Constitucional, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido contemplando la posibilidad de que los autos de sobreseimiento provisional se equiparen a autos de sobreseimiento libre a los efectos del artículo 294 de la LOPJ y ha precisado

que tal equivalencia se dará siempre que las circunstancias del sobreseimiento provisional permitan apreciar que respondió a razones sustancialmente equivalentes a las que determinan el sobreseimiento libre. Cabe citar, en ese sentido, las sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo números 187/2021, de 11 de febrero; 1151/2021 y 1159/2021, ambas de 22 de septiembre; 598/2022, de 19 de mayo, y 1317/2022, de 17 de octubre.

De acuerdo con lo anteriormente indicado, bajo el nuevo régimen, el análisis de equivalencia se basa en circunstancias netamente diferentes, ya que ha desaparecido por completo la mención que el precepto legal contenía a la inexistencia del hecho.

En el ejercicio de la función consultiva, el Consejo de Estado ha tratado ya con esta cuestión, llegando a una conclusión desfavorable en el juicio de equivalencia en la mayor parte de las consultas en las que se ha planteado la cuestión²⁸. La gran mayoría de estas consultas se fundaban en autos de sobreseimiento provisional, pero no han faltado otros casos singulares, como aquel en el que la equivalencia se pretendía sobre un auto de apertura de juicio oral²⁹. Desde la STC 85/2019 el único supuesto equiparable fue el analizado en el dictamen 1.864/2022, de 2 de febrero de 2023, referido precisamente a un auto de sobreseimiento provisional.

También se ha dado el caso de que la reclamación se sustentara en un auto de sobreseimiento dual³⁰, es decir, se decretara el sobreseimiento libre de algunos de los posibles delitos investigados y el provisional respecto de otros. En este tipo de supuestos, por lo demás, bastante excepcional, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, sentada en la Sentencia número 791/2022, de la Sección Quinta de su Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de junio, entendió que para que se pudiera reconocer la indemnización se debía contar con una constatación judicial sobre la inexistencia del delito que principalmente sustentó la situación de prisión indebida.

Según esta jurisprudencia para reconocer el derecho a indemnización por prisión preventiva indebida, no es preciso que finalmente se produzca la absolución de todos los delitos que motivaron aquélla, sino que basta con que se constate judicialmente la inexistencia del delito que principalmente sustentó la situación.

Según razonaba la mencionada sentencia:

“a la vista de la doctrina constitucional y jurisprudencial establecida respecto del artículo 294 LOPJ, podemos dar respuesta a la cuestión de interés casacional ahora suscitada en los siguientes términos: para reconocer el derecho a indemnización por prisión preventiva indebida —ex artículo 294.1 LOPJ— acordada

²⁸ Dictámenes 448/2023, 496/2023, 685/2023, 179/2024 y 323/2024

²⁹ Dictamen n.º 323/2024

³⁰ Dictamen 685/2023

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

en relación con dos o más delitos, no es preciso que finalmente se produzca la absolución de todos los delitos que motivaron aquélla; para aquel reconocimiento basta con que se constate judicialmente la inexistencia del delito que principalmente sustentó la situación de prisión indebida, aunque se confirme finalmente la condena a pena privativa de libertad por otro delito”.

Finalmente, se debe destacar que el régimen que se deriva a de la aplicación del artículo 294.1 de la LOPJ se refiere a prisiones preventivas acordadas por autoridades judiciales españolas y en relación con procedimientos judiciales españoles. Aun así, el Consejo ha conocido de casos en que ese precepto legal se aplicó a pesar de que la concreta decisión de privar cautelarmente de libertad a una persona se había adoptado por una autoridad judicial extranjera, pero a iniciativa de una autoridad judicial española. Esto ocurre, por ejemplo, y como explica muy sintéticamente el dictamen n.º 141/2024, cuando:

“(...) dentro de un procedimiento judicial español, tuvo noticia de que una persona investigada se encontraba fuera de España, lo que le llevó a interesar de las autoridades judiciales de ese tercer Estado que adoptaran las medidas que fuesen necesarias para asegurar que esa persona no se sustraería del mencionado procedimiento judicial español, decantándose esas autoridades judiciales del tercer Estado por acordar la prisión preventiva del afectado, que, finalmente, fue entregado a las autoridades españolas y quedó inmerso en el procedimiento judicial que se seguía en España. Por lo tanto, pese a las peculiaridades de esos casos, se mantuvo en ellos el núcleo esencial que caracteriza al artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: una prisión preventiva que procede de un proceso penal español y se desenvuelve dentro del mismo”.

C. Circunstancias que pueden modular o excluir la responsabilidad

Analizado el presupuesto de hecho que contempla la versión revisada del artículo 294.1 de la LOPJ, procede a continuación centrarse en aquellas circunstancias que permite modular o excluir la responsabilidad.

La STC 85/2019 se refiere expresamente a estas circunstancias en reiteradas ocasiones. Además de la mención expresa que el fundamento jurídico 13.º, ya extractado, hace a la relevancia causal de la conducta de la víctima, pueden destacarse otros párrafos de la STC que insisten en ello. Así, el fundamento jurídico 7.º (tercer párrafo), indica que el legislador “*podrá fijar aspectos cualitativos, como la concreción de un umbral mínimo del sacrificio indemnizable o reglas de modulación o exclusión de la indemnización, en atención, esencialmente, al grado de contribución del sujeto en la adopción de la medida cautelar, operando conforme a los requisitos generales de la responsabilidad: daño individual económicamente evaluable fruto de un sacrificio de especial intensidad no catalogable como limitación del derecho y a cuyo desencadenamiento no haya contribuido el perjudicado*”.

En la misma línea insiste a continuación el mismo fundamento jurídico 7.º, cuando señala que la averiguación de si concurre el supuesto indemnizable solo es posible cuando el proceso ha culminado “*y su modulación debe atender a las razones de la adopción y el mantenimiento de la medida, con singular importancia de la conducta del afectado*”; elementos que permitirán “*evaluar y, en su caso, descartar la indemnización del sujeto absuelto*”.

Se trataría de tomar en consideración si la conducta observada o seguida por el afectado fue tomada en consideración por el órgano judicial para adoptar la medida cautelar de prisión preventiva. En caso de que así fuese, las indemnizaciones aplicables deberían reducirse o incluso excluirse. El propio Tribunal Constitucional apunta algunos casos en los que sí podría excluirse (o, al menos reducirse) la indemnización sobre la base de la conducta del interesado: “*Supuestos de confesión infundada o de fuga por parte del investigado, por ejemplo, constituyen conductas causalmente (co)determinantes del daño que, sin embargo, no obstan a que la absolución o el sobreseimiento posterior se deba a la inexistencia del hecho imputado*”. Se valoraría por tanto la conducta del interesado antes de que fuera decretada la prisión preventiva y después, durante la investigación posterior.

Conductas que pueden contribuir causalmente a la adopción de la medida cautelar de prisión provisional y, por tanto, a la generación del perjuicio por el que luego se ha reclamado a la Administración, son, por ejemplo, encontrarse en busca y captura, concurrir dificultades para la citación y la localización, tener los antecedentes policiales y judiciales (confirmados por sentencia) o tener conocimiento de la existencia de amenazas entre las partes.

Pocos han sido hasta ahora los supuestos en los que se apreciado esta contribución causal. Como muestra, mencionar el asunto 104/2020, —en el que el auto de prisión consideraba que concurrían todas las conductas mencionadas en el párrafo anterior y en el que, en consecuencia, la indemnización se redujo a la mitad—, o el asunto 448/2023 —en el que se excluyó la indemnización, por cuanto la conducta infractora del reclamante era lo que había determinado que no se dictara sentencia absolutoria, ni auto de sobreseimiento libre ni provisional de efecto equivalente—³¹.

Con todo, la prudencia obliga en estos casos. Nótese que el artículo 294.1 de la LOPJ fue declarado parcialmente inconstitucional porque se entendió que vulneraba la presunción de inocencia cuando se distinguía entre distintos tipos de absolución. Con ello se quiere decir que no parece adecuado que los órganos administrativos tomen en consideración la conducta anterior y posterior de quien ha sido privado de libertad preventivamente, absuelto y que ha presentado una reclamación a los efectos de modular su cuantificación. Esa toma en consideración, y, sobre todo, cualquier juicio emitido sobre la conducta del

³¹ Dictamen 448/2023.

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

reclamante, podría eventualmente poner en duda la presunción de inocencia o, lo que es peor, la inocencia de quien a pesar de esa conducta ha sido finalmente absuelto por sentencia.

Otro elemento que da soporte a la relevancia causal de la conducta del interesado es el art. 295 de la LOPJ, que excluye con carácter general la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado. Se trata de un precepto que ya ha venido siendo utilizado por el Consejo de Estado en ocasiones, también para los casos de prisión provisional³². Ciertamente, su tenor no hace referencia expresa y específica a los casos de prisión provisional (menciona, de forma genérica, los supuestos de error judicial y funcionamiento anormal); sin embargo, ello no ha sido óbice para su aplicación también en relación con el art. 294, lo que encontraba apoyo no solo en la concepción que había venido identificando este precepto como un supuesto específico de error judicial “objetivo”, sino también en una interpretación sistemática del Título de la LOPJ que regula la responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la Administración de Justicia; y, por supuesto, de la consideración que la conducta del interesado tiene, con carácter general, en la doctrina general de la responsabilidad.

D. Los perjuicios y su cuantificación

Señala el artículo 294.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

El mencionado artículo 294 se refiere, sin mayores precisiones, a los “perjuicios” irrogados, lo que contrasta con las puntualizaciones que el artículo 292, número 2, de la Ley Orgánica del Poder Judicial sí efectúa a propósito de los daños indemnizables en caso de error judicial y del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia:

“el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Así lo afirma también la STC 85/2019 al aludir a los “requisitos generales de la responsabilidad”, señalando que debe tratarse de “daño individual económicamente evaluable fruto de un sacrificio de especial intensidad no catalogable como limitación del derecho” (fundamento jurídico 7.º, párrafo tercero).

La alusión del apartado número 2 del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial a que la cuantía de la indemnización se fijará atendiendo a “las consecuencias personales y familiares que se hayan producido” permite que la acota-

³² Antes de la declaración de inconstitucionalidad, en el dictamen n.º 335/2016. Con posterioridad a ésta, dictamen n.º 585/2024.

ción administrativa de la versión revisada de ese precepto legal centre los daños indemnizables en los de naturaleza personal y familiar, descartando, por el contrario, los daños de índole económica (laborales, empresariales, profesionales, etc...). Así lo ha venido tradicionalmente entendiendo el Consejo de Estado para quien, como antes se ha señalado, la voluntad del legislador fue precisamente la de excluir los daños profesionales del supuesto de hecho del artículo 294.

En el Derecho comparado, Francia e Italia, por ejemplo, prevén la indemnizabilidad —con una mayor o menor extensión, según los casos— de los perjuicios personales (daños físicos, trastornos psiquiátricos, etc), de los daños familiares (separación de un hijo recién nacido, separación de madre soltera y su hija de corta edad; nacimiento de un hijo durante la preventiva; cónyuge y bebé que carecen de medios materiales, cónyuge enfermo; distancia excesiva del domicilio habitual y la cárcel), de los daños morales (daño a la imagen, daño existencial, daño a la identidad, etc), de los materiales (pérdidas salariales, pérdidas de fondo de comercio, lucro cesante —pérdida de oportunidad de negocio, de oportunidad de cotizar para la jubilación, de oportunidad de seguir una determinada formación o examen—), de los honorarios profesionales y de representación letrada. En Reino Unido y los países de influencia anglosajona existe una histórica y consolidada práctica jurisprudencial relativa a la aplicación del *habeas corpus* y de sus distintas derivaciones prácticas.

Hasta ahora en España el sistema giraba en torno a un módulo cuantitativo diario que ascendía a 120 euros por cada día de privación de libertad, pero hay que recordar que el reconocimiento de la indemnización era excepcional. El radical cambio operado tras la declaración de inconstitucionalidad implica un cambio de régimen en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o de auto de sobreseimiento libre cuya indemnizabilidad ha de considerarse ahora regla general y que justifica, una necesaria redistribución de los recursos disponibles.

En otros países de nuestro entorno los sistemas oscilan entre los 25 euros/día fijos en Alemania o la graduación que hacen en Austria entre 20 y 50 euros diarios. En Italia, por ejemplo, la forma de indemnización más extendida es el reconocimiento de una suma de dinero cuya cuantía no podrá globalmente exceder por prescripción legal de 516.456,90 euros (artículo 315.2 del Código Procesal Penal) y se admite, como alternativa, la concesión de una pensión vitalicia, cuyo máximo todavía no ha sido legalmente determinado. En Francia, por su parte, no existe un baremo euros/día oficialmente establecido, aunque parece que los cálculos parten de unos 75/80 euros día, se es especialmente riguroso con la prueba de los daños y en todo caso, se considera que el primer y segundo mes el sufrimiento por el denominado *shock carcelario* es mayor que después, y, por tanto, merecedor de una indemnización superior a los días/meses subsiguientes.

Esta idea del shock carcelario es tratada de forma distinta en el Derecho Comparado. También desde una perspectiva doctrinal, las posiciones oscilan entre aquellos que entienden que el daño, en los dos primeros meses es mayor y

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

aquellos otros que, por el contrario, creen que el daño se incrementa a medida que pasa el tiempo.

En España no hay ninguna previsión al respecto y tampoco ha sido éste un tema sobre el que haya una jurisprudencia mínimamente consolidada. Es más, como sostienen los profesores Doménech-Pascual y Jiménez³³, a pesar de que tanto el Tribunal Supremo como la Audiencia Nacional reiteran de forma constante que la compensación debe incrementarse a medida que se prolonga la medida de privación de libertad —por entender que el daño se agrava a medida que pasa el tiempo—, la práctica judicial contradice de forma explícita este mismo argumento, ya que ninguna sentencia hasta la fecha ha incrementado la indemnización por este motivo.

El Tribunal Constitucional sí que alude en la sentencia al concepto de cargas generales cuando apunta que “*el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos estatales que ejercen el ius puniendi en aras del interés de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos delictivos* (fundamento jurídico 5.º, párrafo 5.º) y al “*sacrificio de especial intensidad no catalogable como limitación de derecho*” (fundamento jurídico 7, párrafo tercero). La asunción de este deber de soportar las medidas legítimas de protección puede llevar también a plantearse la posibilidad de un umbral mínimo por debajo del cual no habría derecho a indemnización (p.ej., durante el primer mes de prisión provisional), posibilidad que la propia STC menciona. Sin embargo, ello no parece encajar bien con el tenor vigente del art. 294 LOPJ y la alusión que hace el Tribunal Constitucional aparece referida al amplio margen de maniobra de que dispone el legislador y que el margen de la Administración en este punto ha de ser mucho más limitado. En cambio, sí puede excluirse de forma expresa el periodo inicial de privación de libertad que la Ley permite, de forma general, antes de la puesta a disposición judicial (72 horas).

Desde la publicación de la STC 85/2019 han sido ya muchas tanto las sentencias como las resoluciones recaídas que reconocen la indemnización. De acuerdo con la jurisprudencia iniciada en 2020 (y referenciada al comienzo de la exposición de este apartado VII), se indemniza el daño moral de forma global. El daño moral en este tipo de reclamaciones se anuda a la privación de libertad y este es el daño que se indemniza. En muchos casos también, la jurisprudencia ha reconocido también una indemnización por el daño profesional, que se vin-

³³ “Changes in damages when liability rules change: an empirical study of compensation for the time spent in pretrial detention. *International Review of Law and Economics* 78 (2024), página 6: “*Interestingly, this actual judicial practice contradicts the arguments explicitly put forward by the Supreme Court and the National Court in almost seventy judgments. Both Courts have expressly declared that the compensation must increase at an increasing rate with the length of pretrial detention, “since the undue prolongation of imprisonment gradually aggravates the damage”. 28 They thus actually do the opposite of what they argue.*”

cula con el lucro cesante de quien ingresa en prisión, es decir, generalmente, con lo dejado de percibir.

Sobre la mencionada jurisprudencia, puede afirmarse que la valoración de los daños morales que toda privación de libertad comporta se realiza de forma global y que sólo excepcionalmente, podrían indemnizarse de forma adicional otros daños extraordinarios siempre que resulten debidamente acreditados.

En general, el baremo que se utiliza asciende a 25 euros por día de privación de libertad y el Consejo de Estado ha venido subrayando la necesidad de evitar desigualdades injustificadas en la indemnización de los perjuicios morales derivados de una situación de prisión provisional³⁴, lo que exige también tener en cuenta las sumas reconocidas en otros expedientes análogos que se vienen resolviendo por el Ministerio de Justicia.

En lo que se refiere a los daños profesionales, la jurisprudencia ha reconocido en ocasiones indemnizaciones calculadas conforme al salario mínimo profesional Interprofesional (p.ej. STS de 20 de diciembre de 2019 —ROJ 4276/2019—; STS de 14 de septiembre de 2020 —ROJ 2808/2020—; STS de 22 de septiembre de 2020 —ROJ 2994/2020—)³⁵.

En este punto, el Consejo de Estado en el ejercicio de su función consultiva ha evolucionado desde su posición inicial, sentada, entre otros, en los dictámenes números 100 y 711/2022. Se ha venido entendiendo que los daños laborales y profesionales, o por pérdida de salarios, no son indemnizables de acuerdo con el artículo 294.2 de la LOPJ cuya dicción literal señala que *“la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido”*. Como se razonaba en el Dictamen 100/2020, la voluntad del legislador fue incluir como indemnizables los daños personales y familiares, excluyéndose expresamente durante la tramitación parlamentaria de la Ley Orgánica del Poder Judicial la inclusión, entre los daños indemnizables, de los daños profesionales y laborales.

En efecto, la tramitación parlamentaria del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial revela que el proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno remi-

³⁴ Dictamen 899/2022

³⁵ En ellas se recoge, como criterio de cuantificación del lucro cesante que, *«por lo que se refiere a los perjuicios laborales, hemos de tener en cuenta el SMI, referido a la jornada legal de trabajo, sin distinción de sexo u edad, fijos eventuales o temporeros; coeficiente que se fija cada año por el Gobierno, para cuya determinación se tienen en cuenta factores como el Índice de Precios al Consumo, la productividad media nacional alcanzada o el incremento de la participación del trabajo en la renta nacional»*. Y sobre esa base debe señalarse que *la indemnización que corresponde fijar por dicho concepto indemnizatorio debe ascender a los días impedidos de ejercer ningún tipo de actividad y a la vista de no alegarse, ni concurrir, circunstancias excepcionales»* (STS cit. de 14 de septiembre de 2020, f.j. tercero; en términos análogos, STS cit. de 20 de diciembre de 2019). No obstante, no falta algún caso en que se reconocen la totalidad de los ingresos dejados de percibir en función de su trabajo (STS cit. de 22 de septiembre de 2020).

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

tió a las Cortes Generales contuvo ya la previsión de la que resultó el comentado apartado 2 de ese artículo 294 (la necesidad de atender a los daños personales y familiares de los afectados), sin que, a lo largo de su tramitación en el Congreso de los Diputados, se propusiese introducir matización alguna al respecto. Abierta la tramitación en el Senado, se presentó una enmienda (número 259) que proponía incorporar una referencia a las consecuencias profesionales y laborales de la privación cautelar de libertad, que fue rechazada en el informe de la ponencia y no volvió a suscitarse con posterioridad.

Nótese, por otra parte, que esa precisión referida a las consecuencias personales y familiares no se encuentra en otros preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial de la Administración de las leyes 39/2015 y 40/2015, regida por el principio de indemnidad, sino que se trata de una precisión que contiene la LOPJ —reflejo también de esa diferencia de la voluntad del legislador en cuanto al alcance de la indemnización—. A ello cabe añadir que la práctica administrativa se ha ceñido en todo este tiempo —durante décadas— a las indemnizaciones de los daños personales y familiares, y el artículo 294.2.º de la LOPJ no ha quedado afectado en este punto por la STC 85/2019.

El criterio general aplicado de forma constante en la práctica administrativa es rechazar el carácter indemnizable de los daños profesionales, sin embargo, recientemente ha llamado la atención el Consejo de Estado sobre algunos casos en los que ha quedado acreditado que la situación de inactividad personal puede comportar perjuicios personales y familiares³⁶.

Pueden existir casos en los que resulte acreditado que la suspensión o posposición de las actividades que podría llevar a cabo el reclamante de no estar privado cautelarmente de libertad ha generado daños. Es claro, en ese sentido, que una prisión preventiva es una situación que puede trastocar y demorar, sin una perspectiva temporal clara, las actuaciones e iniciativas que el interesado se planteaba desarrollar.

Con todo, este Consejo ha entendido que tal situación de inactividad y de suspensión o posposición de actividades puede considerarse incluida en los daños personales y familiares expresamente contemplados y admitidos por el apartado número 2 del aludido precepto y que requiere ser acreditada. Debe notarse que, después de unos años vacilantes, esta doctrina ha sido recientemente acogida por el servicio instructor de los expedientes de responsabilidad patrimonial en el Ministerio de Presidencia, Justicia y Relaciones con las Cortes³⁷.

En todo caso, la posposición de actividades puede, según esa doctrina, incluirse en el concepto de daños personales y familiares, no además de estos, y siempre que resulten acreditados.

³⁶ Entre otros, dictámenes n.º 711/2022, n.º 897/2022, n.º 1034/2023, n.º 524/2024, n.º 1554/2024, n.º 2020/2024 y n.º 766/2025.

³⁷ Dictamen n.º 866/2025, de 2 de octubre.

La acreditación resulta a estos efectos capital. Pero, además, el Consejo de Estado ha venido reclamando que se acredite también si el preso preventivo intentó trabajar en prisión y si finalmente llegó a trabajar (lo que excluiría la pérdida de oportunidad³⁸). En este sentido, de acuerdo con el artículo 4.2.f) del Reglamento Penitenciario, aprobado por el Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, los internos tienen “*derecho a un trabajo remunerado, dentro de las disponibilidades de la Administración penitenciaria*”. Según el artículo 133 del citado Reglamento Penitenciario: “3. *Los presos preventivos podrán trabajar conforme a sus aptitudes e inclinaciones, a cuyo efecto la Administración Penitenciaria les facilitará los medios de ocupación de que disponga. Cuando voluntariamente realicen trabajos productivos encuadrados en la relación laboral especial penitenciaria gozarán, en igualdad de condiciones con los penados, de las remuneraciones establecidas para los mismos*”.

Pues bien, la valoración global de los daños personales cubiertos por el artículo 294 de la LOPJ y en la que estarían incluidos los de índole profesional tiene, con carácter general, un componente marcadamente convencional, que se calcula como tanto alzado y no relacionada con las percepciones que el interesado recibió como contraprestación del prolongado período en que desarrolló un trabajo remunerado en prisión. Por ello, de acuerdo con las circunstancias concurrentes en cada caso, el Consejo de Estado estima que una referencia relevante para la cuantificación global de los daños profesionales es la que se haya hecho de los daños morales y que, salvo que concurren circunstancias especiales o que las que se den conduzcan a desechar la existencia de daños profesionales, la compensación aplicable a estos últimos consiste en un 50 % de la compensación aplicable a los daños morales.

VIII. CONCLUSIONES

- 1.^a El régimen indemnizatorio de la versión revisada del artículo 294.1 de LOPJ exige una intervención legislativa urgente que afronte con decisión su regulación.
- 2.^a Desde una perspectiva de técnica normativa, en mi opinión, lo más adecuado sería realizar una modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de modo que, el apartado 1.º del artículo 294, quedara redactado en los términos establecidos en la STC 85/2019. El legislador orgánico, podría incorporar en el párrafo 3.º las peculiaridades del nuevo sistema, desplazando a un apartado 4.º el contenido del vigente apartado 3.º. Otra posibilidad pasaría por la aprobación de una Ley que, singularmente, y de acuerdo con la LOPJ, regule el nuevo régimen jurídico. Aún en esta opción, entiendo que sería necesario modificar la LOPJ para hacer una

³⁸ Dictamen n.º 340/2024

El régimen de la responsabilidad patrimonial derivado de la prisión preventiva no seguida...

referencia al régimen legalmente establecido, es decir, aunque solo fuera para introducir una remisión a ese régimen legal. En este caso, deberían tramitarse conjuntamente una Ley Orgánica de Modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial y una ley ordinaria, reguladora del régimen jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de prisión preventiva no seguida de absolución. Debe recordarse que la norma de rango orgánico exigirá para su aprobación, modificación y derogación de mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (artículo 81.1.de la CE).

3.^a Desde una perspectiva material, la nueva regulación legal deberá limitarse a regular el régimen en los aspectos procedimentales y de cuantificación. Se trata de articular un sistema objetivo y de fácil conocimiento cuya regulación tenga en todo en caso en cuenta:

- a) El ámbito de aplicación objetivo y subjetivo de la norma: En términos objetivos se debe partir del supuesto previsto en el artículo 294 de la LOPJ, a saber, de una prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento libre excluyendo la indemnizabilidad automática. En términos subjetivos, se referirá a las personas que hayan cumplido prisión preventiva en España o a instancia de nuestras autoridades judiciales en procesos tramitados en España siempre que esa privación de libertad haya sido seguida de absolución.
- b) Los aspectos procedimentales aplicables, que, en materia de plazo, de competencia y de consultas preceptivas, deben acotarse a los términos que se encuentran vigentes. En la tramitación de este tipo de expedientes, resultará preceptivo recabar en todo caso la siguiente documentación: el auto de prisión preventiva dictado en cada caso de acuerdo con lo previsto en los artículos 502 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; la sentencia absolutoria, el auto y el certificado de excarcelación y los listados de causas y de vicisitudes de cada reclamante.
- c) Las circunstancias que pueden modular o excluir la responsabilidad con expresión de los casos concretos de abono de los días de privación de libertad preventiva a otras causas penales (*compensatio lucri cum damno*); los supuestos de confesión infundada o los de fuga, por referencia expresa a los supuestos a los que se refiere la STC 85/2019.
- d) Los baremos o criterios globales y de tipo convencional para cuantificar los daños personales y familiares que resulten efectivos, individualizados, evaluables económicamente y debidamente acreditados teniendo siempre en cuenta los recursos disponibles. (i) Un eventual anteproyecto de ley en este punto podrá articular, si se tiene o no en cuenta el antes mencionado shock carcelario, si éste se produce durante el primer mes, por ejemplo, o desde el segundo en adelante, pero

por cierto tiempo limitado. En cualquier caso, tanto si se concibe que el daño incrementa progresivamente, como si se entiende que decrece a medida que pasa el tiempo, sería útil que se establecieran baremos de cuantificación para estos supuestos concretos. La reforma debería precisar (ii) el baremo que indemniza el daño moral, y seguramente, a tal finalidad, lo más objetivo sea establecer una cuantía fija, que hasta ahora está siendo de cerca de 25 euros. (iii) El daño moral se indemnizará de forma global por referencia al que toda privación de libertad comporta. (iv) Se deberán, en su caso, especificar las circunstancias que pueden concurrir para agravar los daños morales, en qué casos y conforme a qué baremos hay que valorarlas para incrementar excepcionalmente la compensación.

- e) Y, en fin, teniendo en cuenta la dicción literal del artículo 294.2 de la LOPJ, la nueva ley debería afrontar la cuestión de los daños profesionales en el bien entendido de que la LOPJ no los incorpora en el régimen de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal y por error judicial, que durante su tramitación quedaron excluidos y que estos sólo podrían tener cabida de entenderse que implicaron una postposición de una actividad que generó un daño personal, cuando esa inactividad esté motivada por la prisión preventiva, debidamente acreditada y el reclamante no pudiera trabajar en prisión. Tal y como se ha apuntado en este trabajo, de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado, para estos casos, lo más acertado sería no indemnizar por los salarios dejados de percibir, ni incorporar referencia alguna al Salario Mínimo Interprofesional sino tomar en consideración la cuantificación global de los daños morales y aplicarle un 50% salvo que concurran circunstancias especiales o que las que se den conduzcan a desechar la existencia de daños profesionales.

Madrid, 30 de septiembre de 2025