

## MONOGRAFÍAS

La justicia penal española lleva tiempo esperando su gran reforma mediante una nueva ley procesal penal integral. Con esa finalidad se han formulado diversas propuestas, pero ninguna ha sido discutida en sede parlamentaria, lo que no impide afirmar que la justicia penal esté paulatina y progresivamente reformándose. A ello contribuyen cambios legislativos parciales, bien por iniciativa del legislador estatal, bien por exigencias del Derecho europeo. Pero la principal reforma de la justicia penal es la que está teniendo lugar al margen de esos cambios normativos; es la que responde a las necesidades de adaptación al contexto social y político en el que se ejerce (internacionalización de la criminalidad, impronta de las tecnologías digitales, cambios en las concepciones jurídico-dogmáticas, decisiones de instancias judiciales internacionales...). Todo ello es tratado en los diversos capítulos de este libro, con el análisis de aspectos relevantes del último anteproyecto de LECrim conocido, como una futura instrucción por el ministerio fiscal o las facultades de las partes acusadoras, pero también de los problemas actuales sobre el acceso a las actuaciones procesales para el ejercicio de la defensa, la incidencia en el proceso penal de la LO 7/2021 sobre protección de datos en dicho ámbito, la realidad de los recursos de apelación por error en la apreciación de la prueba o el efecto de la cosa juzgada, la jurisprudencia del TJUE en materia de detención europea y las consecuencias de una prisión provisional injusta. Todo ello se analiza en esta obra desde la tensión que todas esas cuestiones plantean a las tradicionales garantías procesales.



JUSTICIA PENAL Y SUS REFORMAS  
LOS RETOS DE LA EFICIENCIA, LA SEGURIDAD Y  
LAS GARANTÍAS PROCESALES

RICARDO JUAN-SÁNCHEZ  
ALICIA ARMENGOT VILAPLANA  
*Coordinadores*



monografías

ALTA CALIDAD EN  
INVESTIGACIÓN  
JURÍDICA



+Lectura  
GRATIS  
en la nube

RICARDO JUAN-SÁNCHEZ  
ALICIA ARMENGOT VILAPLANA  
*Coordinadores*

JUSTICIA PENAL Y SUS REFORMAS  
LOS RETOS DE LA EFICIENCIA, LA SEGURIDAD Y  
LAS GARANTÍAS PROCESALES

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web [www.tirant.com](http://www.tirant.com).

La presente obra ha sido sometida a la revisión de pares ciegos según el protocolo de publicación de la editorial a efectos de ofrecer el rigor y calidad correspondiente tanto en su contenido como en su forma, aplicándose los criterios específicos aprobados por la Comisión Nacional E 016 (BOE num. 286, de 26 de noviembre de 2016).

© Ricardo Juan-Sánchez  
Alicia Armengot Vilaplana

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELF.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://www.tirant.es)  
DEPÓSITO LEGAL: V- 1155-2022  
ISBN: 978-84-1113-684-6  
MAQUETA: Dissert Ediciones

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: [atencioncliente@tirant.com](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSC/Tirant.pdf>

*Autores*

ALICIA ARMENGOT VILAPLANA.  
*Profa. Titular de Derecho Procesal, Universitat de València.*

JOSÉ BONET NAVARRO.  
*Catedrático de Derecho Procesal, Universitat de València.*

JOSÉ MARTÍN PASTOR.  
*Catedrático de Derecho Procesal, Universitat de València.*

JUAN CÁMARA RUIZ.  
*Prof. Titular de Derecho Procesal, Universidade da Coruña.*

LUIS-ANDRÉS CUCARELLA GALIANA.  
*Catedrático de Derecho Procesal, Universitat de València.*

MANUEL ORTELLS RAMOS.  
*Catedrático de Derecho Procesal, Universitat de València.*

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO.  
*Profa. Titular de Derecho Procesal, Universitat de València.*

PATRICIA LLOPIS NADAL.  
*Profa. Ayudante Doctora de Derecho Procesal, Universitat de València.*

RICARDO JUAN-SÁNCHEZ.  
*Prof. Titular de Derecho Procesal, Universitat de València.*

Proyecto I+D+i del Ministerio de Ciencia e Innovación "La justicia penal ante los retos de la eficiencia, la seguridad y las garantías procesales, en especial la instrucción y la simplificación de las técnicas de enjuiciamiento de los delitos" (RTI2018-095424-B-100)

# Índice

## Capítulo I.

### EL MINISTERIO FISCAL, DIRECTOR DE LA INVESTIGACIÓN EN EL ANTEPROYECTO DE LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL DE 2020. ENTRE LA EFICACIA Y LAS GARANTÍAS.....25

MANUEL ORTELLS RAMOS

I. Cambio de modelo del procedimiento preliminar del proceso penal (de la instrucción previa judicial a un procedimiento de investigación dirigido por el Ministerio Fiscal): Tendencias y realizaciones fragmentarias .....	25
1. La tendencia favorable al cambio de modelo .....	26
2. Las reformas normativas que han atribuido parcialmente al Ministerio Fiscal la realización de la investigación previa en el proceso penal.....	30
3. La oportunidad de un cambio general de modelo de procedimiento preliminar con los textos pre-legislativos de una nueva LECrim de 2011 y 2013.....	36
II. La dirección por el MF del procedimiento de investigación en el APLO-CRim de 2020 .....	38
1. Potestad de dirección del procedimiento de investigación y potestades del juez respecto del conjunto del procedimiento o de periodos del mismo.....	39
2. Actos de investigación cuya validez y eficacia depende del ejercicio de potestades judiciales .....	43
A) Actos de investigación que impliquen afectación del cuerpo de una persona .....	44
B) Actos de investigación que impliquen interceptación de comunicaciones privadas a distancia por diversos medios y de conversaciones privadas directas .....	45
C) Actos de investigación consistentes en observación y vigilancia de la actividad de personas, si es sistemática o se utilizan medios técnicos .....	46

D) Actos de investigación consistentes en entrada y registro en domicilios y determinados lugares cerrados con acceso a documentos que se hallen en los mismos .....	46
E) Actos de investigación consistentes en el registro de la información contenida en dispositivos informáticos .....	47
F) Actos de investigación mediante la actuación de agente encubierto.....	48
G) Actos de investigación mediante la utilización de datos protegidos.....	48
3. Actos de investigación cuya realización no requiere ejercicio de potestades judiciales, pero que en determinadas incidencias pueden requerir ese ejercicio .....	49
III. Apuntes críticos a la propuesta de regulación del APLOECrim/2020.....	50
1. Eficacia y garantías en el modelo general de dirección del procedimiento preliminar del proceso penal .....	51
A) La crítica del Consejo Fiscal al carácter genéricamente excesivo de las potestades atribuidas al Juez de Garantías .....	58
B) El régimen de la determinación del Juez de Garantías competente: ¿Juez imparcial o juez ignorante?.....	65
C) Crítica de las específicas potestades del Juez de Garantías que afectan al conjunto del procedimiento de investigación o a períodos del mismo.....	68
2. Eficacia y garantías en la regulación propuesta para específicos actos de investigación.....	77
A) Inspecciones e intervenciones corporales.....	78
B) Interceptación de comunicaciones privadas a distancia por diversos medios y de conversaciones privadas directas.....	80
C) Observación y vigilancia de la actividad de personas sistemática o utilizando medios técnicos .....	84
D) Entrada y registro en domicilios y determinados lugares cerrados. Registro de determinados documentos y de información contenida en dispositivos informáticos.....	86
E) Investigación mediante agente encubierto en entorno real o virtual.....	87
F) Investigación mediante utilización de datos personales protegidos.....	91

G) Realización de actos de investigación que solo requieren actuación del J de G si se plantean determinados incidentes.....	93
IV. Bibliografía .....	97

## Capítulo II

EL PODER DE ACUSAR EN LAS PROYECTADAS REFORMAS DEL PROCESO PENAL.....	101
JOSÉ MARTÍN PASTOR	
I. Introducción .....	101
II. Las partes acusadoras. El poder de acusar en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 .....	102
1. Cuando no se celebra el juicio oral.....	103
A) La terminación del procedimiento penal por conformidad.....	103
B) La terminación del procedimiento penal por razones de oportunidad .....	104
C) La justicia restaurativa .....	106
2. Cuando se celebra el juicio oral: La congruencia jurídica de la sentencia .....	107
III. El Ministerio Fiscal como parte acusadora en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 .....	112
1. La ampliación de las funciones y potestades del Ministerio Fiscal en el nuevo proceso penal.....	112
2. Breve análisis de la configuración orgánica del Ministerio Fiscal.....	113
A) La vinculación del Ministerio Fiscal con el Poder Ejecutivo. Valoración crítica de la reforma del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal de 2007 .....	114
A.1. Un Fiscal General del Estado “obediente”, con un Gobierno que se escuda en su mayor autonomía.....	115
A.2. Un Fiscal General del Estado “rebelde”, que priva al Gobierno de un preciado instrumento de política criminal.....	116

B) La organización interna del Ministerio Fiscal. Las relaciones internas entre sus componentes. Las instrucciones generales y las instrucciones particulares.....	118
C) Valoración crítica sobre la posición institucional del Ministerio Fiscal.....	120
D) Propuesta de reforma: Admisibilidad de que el Gobierno pueda impartir al Ministerio Fiscal instrucciones generales para guiar su actuación.....	121
E) La organización interna del Ministerio Fiscal propuesta en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 .....	125
F) Las acusaciones particular y popular como contrapesos o garantías frente a una eventual actuación controvertida del Ministerio Fiscal.....	127
IV. La acusación particular en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.....	127
1. El fundamento y la legitimación para el ejercicio de la acusación particular .....	127
2. La personación de la acusación particular .....	129
A) La forma de personación .....	129
B) El tiempo de personación .....	130
C) El órgano ante el que personarse.....	130
V. La acusación popular en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020.....	130
1. El doble fundamento de la acusación popular. Su situación en la actualidad.....	130
2. Las limitaciones de la acusación popular para evitar su conversión en un medio de instrumentalización de la justicia al servicio de intereses ajenos al bien común .....	134
A) Los límites subjetivos a la acusación popular.....	134
B) Los límites objetivos a la acusación popular.....	135
B.1. Catálogo de tipos delictivos en los que puede ser utilizada la acusación popular.....	137
B.2. El control judicial de la seriedad y legitimidad del interés de la acusación en el caso concreto .....	137

B.3. La falta de autonomía de la acusación popular en los procesos por delitos que protegen exclusivamente bienes jurídicos individuales.....	138
B.4. Valoración negativa de los límites objetivos a la acusación popular.....	139
3. El tiempo y la forma para personarse como acusación popular .....	140
VI. Bibliografía.....	141

### Capítulo III

#### EL DERECHO DE ACCESO A LOS MATERIALES DEL EXPEDIENTE EN EL PROCESO PENAL .....

ALICIA ARMENGOT VILAPLANA

I. Introducción .....	145
II. La regulación legal sobre el derecho de acceder a las actuaciones.....	146
1. La Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales .....	146
A) Contenidos del derecho a la información.....	146
B) El derecho a ser informado de la acusación; el derecho a ser informado de los motivos de la detención. ....	147
C) El derecho a ser informado de los derechos procesales.....	149
D) El derecho de acceder a los materiales del expediente .....	151
2. La incorporación de la Directiva 2012/13/UE al ordenamiento español por la LO 5/2015, de 27 de abril de 2015.....	153
A) El derecho a la información para la persona investigada.....	153
B) El derecho a la información para la persona detenida o privada de libertad.....	156
III. La interpretación por los tribunales del derecho de acceso al expediente ..	160
1. El derecho del detenido de acceder a los elementos de las actuaciones esenciales para impugnar la privación de libertad (art. 520.2 d LECRim) .....	160

- A) La STC 13/2017, de 30 de enero: reconoce el derecho de acceder al atestado aplicando de manera vertical la Directiva 2012/13/UE no traspuesta en plazo. .... 160
- B) La STC 21/2018, de 5 de marzo: determina el régimen -no previsto por la LECRim- del derecho de acceso al expediente. .... 163
  - 1. Derecho a ser informado de los motivos de la detención: régimen jurídico ..... 164
  - 2. El derecho de acceder a las actuaciones: régimen jurídico .... 166
  - 3. Decisión del TC: lesión del derecho a la información y del derecho de acceso a las actuaciones..... 170
- C) La STC 181/2020, de 14 de diciembre: no se considera lesionado el derecho de acceso porque no se solicitó expresamente acceder a las actuaciones. .... 170
  - 1. El derecho a ser informado de las razones motivadoras de la detención..... 171
  - 2. El derecho de acceder a las actuaciones del atestado ..... 173
- D) Conclusiones ..... 175
- 2. El derecho de acceder a los elementos esenciales para impugnar la privación de libertad en caso de prisión provisional ..... 177
  - A) La adaptación del derecho a la información en función del momento y de la situación personal del investigado sobre el que se solicita la prisión provisional ..... 177
  - B) La STC 83/2019: lesión del derecho de acceso a los elementos esenciales en caso de prisión provisional acordada en una causa declarada secreta..... 180
  - C) La STC 180/2020, de 14 de diciembre: se declara lesionado el derecho de acceder a las actuaciones al adoptar la prisión provisional contra persona que estaba en libertad, en una causa declarada secreta a intervalos. Falta de información de los cambios relevantes que justificaban la solicitud de prisión provisional en ese momento. .... 184
  - D) Conclusiones ..... 189
- IV. Bibliografía ..... 190

*Capítulo IV*

**ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA REGULACIÓN DE LOS MEDIOS DE INVESTIGACIÓN EN EL ALECRIM 2020. ESPECIAL REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LECRIM APROBADO EL 24 DE NOVIEMBRE DE 2020.....193**

JUAN CÁMARA RUIZ

- I. Introducción ..... 193
- II. La doctrina del Tribunal Constitucional sobre los actos de investigación de la LECrim de 1882 ..... 194
  - 1. Declaraciones del detenido y del investigado-procesado ..... 194
    - A) La declaración ante la policía y en el juzgado de instrucción..... 195
    - B) Garantías que deben respetarse en cada supuesto de declaración ..... 197
    - C) Renuncia de la asistencia de abogado en la declaración ante el juez de instrucción ..... 200
    - D) Trascendencia de la calidad en que se cita al declarante para declarar ..... 201
    - E) Distinción entre vulneración formal y vulneración material de las garantías procesales ..... 203
    - F) Alcance de la ineficacia de la declaración en la que se han vulnerado derechos y garantías constitucionales ..... 205
  - 2. Intervenciones corporales y pruebas de alcoholemia y similares ..... 206
    - A) Intervenciones corporales..... 206
      - a) Clases de diligencias practicables ..... 206
      - b) Derechos afectados..... 207
      - c) Presupuestos para acordar la diligencia de investigación..... 209
        - a') Fin constitucionalmente legítimo..... 210
        - b') Previsión legal ..... 210
        - c') Jurisdiccionalidad..... 211
        - d') Proporcionalidad..... 212
        - e') Motivación de la resolución judicial ..... 212

d) Requisitos a observar durante la práctica de la diligencia.....	213
B) Pruebas de alcoholemia y similares .....	214
a) Naturaleza de las pruebas de alcoholemia y similares.....	214
b) Derechos afectados.....	216
a') Derecho de defensa.....	216
b') Derecho a no declarar contra sí mismo .....	218
c) Requisitos a observar durante la práctica de la diligencia .....	219
d) Ineficacia derivada.....	220
3. Declaraciones de testigos.....	221
4. Identificación del presunto culpable.....	222
A) Rueda de reconocimiento.....	223
B) Reconocimiento fotográfico .....	224
5. Entrada y registro en lugares cerrados.....	226
6. Intervención y observación de las comunicaciones telefónicas .....	228
II. Los principios exigibles a los medios de investigación y medidas de investigación tecnológicas en Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.....	229
1. Principios rectores en la investigación exigidos en LO 13/2015 LE-Crim .....	229
2. Principios determinantes de la validez del acto de investigación .....	231
III. Las características exigibles a los medios de investigación en el Anteproyecto de LECrim aprobado el 24 de noviembre de 2020.....	232
IV. Bibliografía .....	236

## Capítulo V

### PROTECCIÓN DE DATOS CON OCASIÓN DE LAS DILIGENCIAS DE INVESTIGACIÓN JUDICIALES O FISCALES: RECOPIACIÓN Y TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES PARA EL PROCESO PENAL. .... 237

RICARDO JUAN-SÁNCHEZ

I. Introducción: protección de datos y sus peculiaridades en el proceso penal. ....	237
II. El Derecho europeo como punto de partida: una larga, rápida y constante evolución en la consolidación del principio de disponibilidad de datos personales para su uso penal.....	245
III. Régimen normativo sobre la recopilación y tratamiento de datos para los fines propios del proceso penal: LO 7/2021, LECrim y legislación sectorial de los servicios electrónicos.....	250
IV. El no siempre fácil deslinde del derecho fundamental a la protección de datos del resto de derechos del art. 18 CE.....	254
V. Principio de proporcionalidad en materia de datos personales, gradación de las injerencias y otras cuestiones atinentes al derecho de defensa. ....	261
VI. Aspectos complementarios sobre el tratamiento de los datos personales con ocasión de una investigación o enjuiciamiento criminal: las obligaciones de los tribunales y las fiscalías y, en particular, la conservación de los datos.....	265
VI. Principales diligencias de investigación con incidencia en el tratamiento de datos personales. ....	269
1. El mero tratamiento de datos como diligencia informativa, el deber de colaboración y la cesión de datos por las autoridades judiciales como excepción al principio de especialidad. ....	272
2. Acceso a bases de datos de carácter policial/judicial. ....	278
3. Tratamiento de datos obtenidos a través de open source recurses.....	279
4. Datos de registro de nombres de pasajeros (PNR) y la LO 1/2020. ....	280
5. Datos derivados de las comunicaciones de telefonía móvil e internet. ....	282
6. Datos obtenidos mediante técnicas de registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información, de registros remotos de equipos informáticos o de captación de la imagen, de seguimiento y de localización. ....	284
VII. Bibliografía.....	284

### Capítulo VI

#### EL RECURSO DE APELACIÓN PENAL POR ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA .....289

MARÍA JOSÉ MASCARELL NAVARRO

I. Introducción histórica sobre el recurso de apelación penal.....	290
1. Reglamento provisional para la Administración de Justicia en lo respectivo a la Real Jurisdicción Ordinaria de 26 de septiembre de 1835. ....	290
2. Ley provisional reformada prescribiendo reglas para la aplicación de las disposiciones del Código Penal de 9 de junio de 1850.....	291
3. Ley de 11 de abril de 1868 y Leyes provisionales de 18 de junio de 1870 .....	293
4. Ley provisional de Enjuiciamiento Criminal de 1872 .....	296
5. Compilación General de las disposiciones vigentes sobre el Enjuiciamiento Criminal de 1879 .....	298
6. Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882.....	299
II. La introducción de la segunda instancia en la LECrim y el motivo de error en la valoración de la prueba .....	301
1. La LO 7/1988, de 28 de diciembre, y los primeros pronunciamientos sobre el recurso de apelación por error en la valoración de la prueba .....	302
2. La STC (Pleno) 167/2002, de 18 de septiembre y el cambio en la jurisprudencia constitucional .....	305
A. Defensa contradictoria del acusado. ....	307
B. Inmediación.....	310
a. Inmediación y pruebas personales.....	311
b. Inmediación y pruebas de naturaleza material .....	313
c. Inmediación y prueba pericial .....	314
d. Rectificación de las inferencias deductivas e intermediación.....	314
III. La Ley 41/2015 y la nueva redacción del art. 792.2 LECrim .....	317
1. El art. 14.5 PIDCP y el art. 2 Protocolo nº 7 CEDH.....	317
2. El Anteproyecto de la Ley 41/2015.....	320

3. La Ley 41/2015, de 5 de octubre .....	324
A) Recurso de apelación interpuesto por la acusación .....	324
B) Recurso de apelación interpuesto por el condenado .....	333
C) La justificación del diferente régimen del recurso de apelación fundado en el error en la valoración de la prueba .....	336
IV. Anteproyecto de Ley Orgánica de Enjuiciamiento Criminal de 2020 .....	339
1. Motivos del recurso de apelación .....	340
2. Alegación por la acusación de errores en la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida .....	341
3. “Irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica de la sentencia”.....	341
4. Estimación del recurso de apelación por “Irracionalidad, arbitrariedad o manifiesta insuficiencia de la motivación fáctica de la sentencia”.....	342
5. Recurso de apelación interpuesto por la parte condenada para instar la revisión de la valoración de la prueba en que se basa el fallo condenatorio.....	343
6. Otras novedades del Anteproyecto .....	345
V. Bibliografía .....	346

### Capítulo VII

#### ENJUICIAMIENTO CRIMINAL, COSA JUZGADA Y PERSPECTIVAS DE REFORMA LEGISLATIVA.....349

LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

I. Planteamiento del objeto de estudio y sistemática .....	349
II. Desinterés objetivo y principio acusatorio como presupuesto para la aplicación irrevocable del Derecho penal al caso concreto .....	352
III. Exclusividad jurisdiccional y enjuiciamiento criminal.....	356
1. Fundamento constitucional .....	356
2. Dimensión negativa y reforma procesal.....	357



3. Dimensión positiva y núcleo duro de la actuación jurisdiccional en materia criminal.....	361
A) Aplicación <ab initio> del Derecho penal al caso concreto.....	361
B) Limitación de derechos fundamentales e instrucción criminal ....	364
IV. Aplicación irrevocable del Derecho: efecto de cosa juzgada .....	365
1. Planteamiento general .....	365
2. Cosa juzgada y garantías del proceso penal .....	367
A) Introducción .....	367
B) Efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada .....	368
C) Garantía del <ne bis in ídem> en caso de archivo de la instrucción .....	369
3. Artículos de previo pronunciamiento y evitación de un segundo proceso con el mismo objeto .....	371
A) La cosa juzgada .....	371
B) Tratamiento procesal .....	372
C) Efectos .....	373
D) Perspectivas de reforma .....	373
4. Decomiso autónomo .....	373
A) Efectos de cosa juzgada.....	373
B) Sentencia de decomiso autónomo y eventual proceso autónomo de decomiso posterior .....	375
C) Sentencia de decomiso autónomo y eventual proceso penal posterior .....	376
5. Impugnación de los efectos de cosa juzgada .....	378
A) Proceso de revisión .....	378
a') Causas. Supuesto especial de revisión por violación de derecho humano declarada por el TEDH .....	378
b') Declaración de inconstitucionalidad de norma penal como causa de revisión: conveniencia de previsión expresa en la LECrim.....	383
c') Revisión por aplicación de la retroactividad de norma penal más favorable .....	384

d') Crímenes contra la comunidad internacional. sentencia de la CPI y revisión .....	384
B) Anulación de la sentencia dictada en ausencia .....	385
V. Bibliografía .....	388

### Capítulo VIII

#### LA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA Y LOS JUICIOS CELEBRADOS EN REBELDÍA: ANÁLISIS DEL ART. 4.BIS DE LA DECISIÓN MARCO 2002/584/JAI A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJUE .....

PATRICIA LLOPIS NADAL

I. Introducción .....	395
II. Regulación vigente: del derogado art. 5.1) al actual art. 4.bis de la Decisión Marco 2002/584.....	398
1. El derogado art. 5.1): el caso particular de las resoluciones dictadas en rebeldía y las garantías que podían exigirse al Estado miembro emisor. ....	398
2. El actual art. 4.bis: los cuatro supuestos de ejecución obligatoria y el carácter excepcional de la no ejecución facultativa. ....	399
A) Los supuestos en que no cabe denegar la ejecución de una orden europea de detención y entrega aun cuando el imputado no haya comparecido en el juicio del que deriva la resolución. ....	403
B) La posibilidad de denegar la ejecución cuando el imputado no haya comparecido en el juicio y no concurren los requisitos previstos en las letras a) a d): entre la facultad y la obligación. ....	407
3. La relación entre el derogado art. 5.1 y el actual art. 4.bis: la jurisprudencia Melloni como punto de partida. ....	413
III. Los conceptos autónomos del Derecho de la Unión Europea previstos en el art. 4.bis de la Decisión Marco 2002/584. ....	417
1. La necesidad de concretar qué ha de entenderse por “juicio del que derive la resolución”. ....	417

A) Los procedimientos de recurso como juicio del que se deriva la resolución. ....	418
B) Los procedimientos de refundición de penas como juicio del que se deriva la resolución. ....	422
C) Los procedimientos de revocación de la suspensión de una pena no han de entenderse como el juicio del que se deriva la resolución. ....	426
2. La “citación judicial en persona” y la “notificación oficial por otros medios” como conceptos autónomos de Derecho de la Unión Europea interpretados por el TJUE. ....	428
IV. El carácter autónomo e independiente del art. 4.bis de la Decisión Marco 2002/584 respecto de otras normas de derecho derivado. ....	431
V. Conclusiones. ....	434
1. Cuestiones resueltas por el TJUE en torno a la interpretación y a la aplicación del art. 4.bis de la Decisión Marco 2002/584. ....	435
2. Cuestiones pendientes de resolver en torno a la interpretación y a la aplicación del art. 4.bis de la Decisión Marco 2002/584. ....	436
VI. Fuentes consultadas. ....	438
1. Bibliografía. ....	438
2. Jurisprudencia del TJUE. ....	439
3. Conclusiones del Abogado General. ....	439
4. Documentos de la Comisión Europea. ....	440

### Capítulo IX

#### INDEMNIZACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL SEGUIDA DE ABSOLUCIÓN. ESPECIAL REFERENCIA AL ANTEPROYECTO DE LE CRIM APROBADO EL 24 DE NOVIEMBRE DE 2020. ....

JOSÉ BONET NAVARRO

I. Introducción. ....	441
II. La indemnización en la regulación vigente. ....	443
1. Contextualización en un ámbito superior de reparación integral de la prisión provisional, tanto específica como genérica. ....	443

2. Cuestiones candentes en la reparación en forma específica. ....	443
3. Antecedentes legislativos y jurisprudenciales sobre la reparación en forma genérica. ....	447
A) Legislación española. ....	447
B) Legislación en algunos países de nuestro entorno. ....	449
4. Principales hitos en la reparación en forma específica. ....	454
III. La indemnización por prisión provisional en el Anteproyecto de LECrim aprobado el 24 de noviembre de 2020. ....	462
1. El derecho a ser compensado conforme al artículo 10 ALECRim. ....	462
2. Competencia y legitimación. ....	464
3. Trámites específicos para obtener la indemnización. ....	466
3. Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional. ....	472
IV. Algunas consideraciones conclusivas. ....	473
V. Bibliografía citada. ....	475

#### 4. Documentos de la Comisión Europea.

Informe COM(2020) 270 final, de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Decisión Marco del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros, de 2 de julio de 2020.

Commission Staff Working Document SWD(2021) 227 final, Statistics on the practical operation of the European arrest warrant – 2019, de 6 de agosto de 2021.

Commission Staff Working Document SWD(2020) 127 final, Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2018, de 2 de julio de 2020.

Commission Staff Working Document SWD(2019) 318 final, Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant – Year 2017, de 28 de agosto de 2019.

Commission Staff Working Document SWD(2019) 194 final, Replies to questionnaire on quantitative information on the practical operation of the European arrest warrant - Year 2016, de 22 de mayo de 2019.

## Capítulo IX

### Indemnización de la prisión provisional seguida de absolucón. Especial referencia al Anteproyecto de LECrim aprobado el 24 de noviembre de 2020

JOSÉ BONET NAVARRO

*Catedrático de Derecho Procesal. Universitat de València*

#### I. INTRODUCCIÓN.

Los artículos 10 y 868 a 872 ALECrím regulan los aspectos materiales y procesales de lo que denomina “resarcimiento de la privación de libertad seguida de sentencia absolutoria” o, más específicamente y en realidad, como “prisión provisional seguida de absolucón”. Esta regulación sobresa por dos aspectos principales. El primero es el de intentar ofrecer una respuesta coherente a los dilatados antecedentes jurisprudenciales -y en menor medida también doctrinales- sobre el cicatero régimen indemnizatorio de la prisión provisional seguida de resolucón más favorable contenido en el artículo 294 LOPJ. Y es que, durante el largo periodo de aplicacón de este precepto, antes de su parcial declaracón de inconstitucionalidad, su literalidad restrictiva sin más justificacón de fondo que limitar la responsabilidad del Estado en un supuesto considerado de funcionamiento anormal de la Administracón de Justicia, o pretendida modalidad específica de error judicial, en la práctica supuso privar de reparacón a demasiadas personas que probablemente la merecían dada la extraordinaria afectacón de su libertad deambulatoria como sujetos pasivos de una de las medidas cautelares más gravosas se imponen regularmente en los países homologables democráticamente. Aunque algunos autores venían

denunciando esta situación<sup>1</sup>, lamentablemente así vino ocurriendo durante décadas, hasta que llegó la STC, 85/2019 y su declaración de inconstitucionalidad de los incisos “por inexistencia objetiva” y “por esta misma causa” tras importantes pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la más que estricta interpretación y aplicación por el Tribunal Supremo. De ese modo que se encauzó el camino hacia un sistema coherente, homologable en los países de nuestro entorno y, sobre todo, respetuoso con el tremendo sacrificio que implica la privación de libertad por prisión provisional. El segundo aspecto destacable del citado Anteproyecto es que, no obstante, intentar salvar los papeles en la medida de lo posible, incorporando las mayores trabas posibles para intentar excluir o al menos limitar la indemnización de quien se vio privado injustamente de libertad.

Objetivo de este trabajo es aproximarnos a esta regulación, entenderla, y, de ser posible, ofrecer alguna propuesta interpretativa o de mejora. Para ello es preciso con carácter previo una referencia, siquiera somera, sobre el régimen previo de reparación de la prisión provisional tanto en nuestro ordenamiento como en el de algunos países de nuestro entorno, así como una aproximación a los principales antecedentes jurisprudenciales que lo han venido interpretando

<sup>1</sup> Incluso, quien suscribe, hace más de veinticinco años destacaba que “*situaciones merecedoras de una justa reparación, en la práctica, quedarán desamparadas*” (BONET NAVARRO, J., “Prisión provisional “injusta”: Límites a la reparación en forma específica (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 2 de julio de 1993)”, en *Revista General de Derecho*, abril de 1994, pp. 3642-3648). Y, entre otros, destacan por su rotundidad, autores como RODRÍGUEZ RAMOS, L. (en “La irresponsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia. El Ancien Régime aún persiste en el siglo XXI”, en *Diario La Ley*, 11 de abril de 2012; así como también en otros trabajos posteriores siempre muy claro en la misma línea).

## II. LA INDEMNIZACIÓN EN LA REGULACIÓN VIGENTE

### 1. *Contextualización en un ámbito superior de reparación integral de la prisión provisional, tanto específica como genérica*

La indemnización que nos ocupa es una parte de un fenómeno más general relativo a la reparación de la prisión provisional, tanto en forma específica como genérica. La primera regulada actualmente en el artículo 58 CP y la segunda en el 294 LOPJ. Precisamente esta distinta ubicación sistemática, junto a su diversa operativa y a otras razones más crematísticas, quizá ha podido empañar la contemplación completa del sistema de reparación y, por esa vía, generar soluciones un tanto incoherentes. Al margen de algunos matices que no es posible abordar en estos momentos (como, entre otros, el justo abono de días de privación de libertad por prisión provisional que se merecería por ser esta todavía más gravosa en comparación con la pena), lo bien cierto es que resultaba altamente llamativo el hecho de que la prisión provisional previa resolución más favorable recibiera en líneas general una reparación pero, por no contar con pena que compensar, en la mayoría de los supuestos el preso provisional se viera privado de una reparación en forma genérica. En otros términos, si alguien, por no ser muy delincuente, no tenía penas pendientes, por el mero hecho de ser absuelto por falta de pruebas, por aplicación del principio *in dubio pro reo* y de la presunción de inocencia (y hasta en algún periodo de tiempo, incluso cuando se demostraba la inocencia por acreditarse la autoría de otra persona), tras la privación de libertad, lo mejor que recibía era una palmadita en la espalda y, si te he visto, no me acuerdo.

### 2. *Cuestiones candentes en la reparación en forma específica*

La reparación en forma específica se produce como abono a cuenta de días de pena en la misma o en otra causa siempre que sea anterior o coetánea, no posterior por aquello no otorgar una especie de crédito de impunidad. Quizá por su relación con el cumplimiento de la pena, la reparación en forma específica o abono se ha regulado tradicional-

mente en el Código Penal (inicialmente en los artículos 98 CP 1822<sup>2</sup>, pasando por diversos textos<sup>3</sup>, hasta el artículo 58.1 CP, reformado en varias ocasiones, principalmente mediante la LO 15/2003, de 25 de noviembre, y la LO 5/2010, de 22 de junio.

La reparación en forma específica ha planteado interesantes cuestiones que no es ahora el momento abordar con la profundidad que merecería. Solamente me limitaré a enunciar alguna de las más significativas:

- 1.<sup>a</sup> Se produjo una desproporcionada generosidad derivada de una lectura estricta de la inicial redacción del artículo 58.1 CP, carente de prevenciones respecto de la prisión provisional de sujeto pasivo privado ya de libertad en cumplimiento de una pena. Concretamente, la STC, Sala 2<sup>a</sup>, 57/2008, de 28 de abril, impuso una lectura estricta de los términos iniciales del artículo 58 CP, y, de ese modo, abrió un periodo en el que el tiempo de privación de libertad en concepto de prisión provisional podía adquirir doble valor, al menos cuando coincidía privación de libertad por condena y por medida cautelar<sup>4</sup>. Esta situación,

<sup>2</sup> Según este artículo 98 CP de 1822, “en las penas que tengan tiempo determinado se empezará á contar este desde el día en que se notifique al reo la sentencia que cause ejecutoria; pero el tiempo que hubiere estado preso, le será contado como parte del de la pena, graduándose cada seis meses de arresto ó prision por tres de obras públicas, ó por cuatro de reclusion ó presidio. Los días de arresto, reclusion ú otra pena temporal serán completos de veinte y cuatro horas; los meses de treinta días cumplidos; los años tambien completos de doce meses”. Sobre los antecedentes históricos del artículo 58 CP, puede verse MANZANARES SAMANIEGO, J. L., “El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas”, en *Diario La Ley*, núm. 8293, de 15 de abril de 2014, Ref. D-121.

<sup>3</sup> Real Decreto de 9 de octubre de 1853, el de 2 de noviembre de 1879, la Ley de 17 de enero de 1901, artículo 114 del Código Penal de 1928; artículo 33 del Código Penal de 1932 y texto refundido de Código Penal de 1944.

<sup>4</sup> Según ROCA POVEDA, M., “Pena de prisión y prisión provisional concurrencia temporal desde distintos procesos y relevancia en el abono del tiempo sufrido en prisión preventiva (en torno a la STC 57/2008, de 28 de abril)”, en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 56, 2009, p. 81, esta sentencia marca un hito que exige reflexionar sobre el tratamiento de la pluralidad de delitos y la reafirmación del ordenamiento jurídico. Véase también, entre otros, NISTAL BURÓN, J., “La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo de la prisión preventiva cuando concurre de forma simultánea con causas penadas. Consecuencias y efectos (A propósito de la sentencia del Tribunal Consti-

unida a un completo soporte argumentativo aportado principalmente por el Tribunal Supremo (desde la STS, Sala 2<sup>a</sup>, Secc. 1<sup>a</sup>, 1391/2009, de 10 de diciembre) aceleró la reforma de la redacción del artículo 58.1 CP operada mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, apenas tras dos años desde su publicación<sup>5</sup>, por la que se desterraba esta posibilidad

- 2.<sup>a</sup> En los casos de privación de libertad por prisión provisional acordada en mas de una causa, se atiende al criterio de realidad en la privación de libertad, de modo que computará un único periodo, aunque concurren varias prisiones provisionales simultáneas<sup>6</sup>. Sin embargo, este criterio de realidad no parece importar cuando se trata del abono en supuestos de multitud de penas concurrentes que superen el máximo de cumplimiento. En este caso<sup>7</sup>, el cómputo o abono se realizará con indepen-

tucional, (Sala 2.<sup>o</sup>) 57/2008 de 28 de abril”, en *Diario La Ley*, núm. 6982, de 4 de Julio de 2008, Ref. D-210; MARTÍN PALLÍN, J. A., “Un recluso con doble personalidad”, en *Diario La Ley*, núm. 7142, 25 de marzo de 2009, Ref. D-100, LA LEY.

<sup>5</sup> Con esta refoma, en palabras de la STS, Sala 2<sup>a</sup>, Secc. 1<sup>a</sup>, 417/2017, de 8 de junio (ponente: Miguel Comenero Menéndez de Luarca), “el tiempo de privación de libertad sufrido por una persona, bien sea como penada o bien sea en concepto de prisión preventiva, aplicado o abonado ya al cumplimiento de una pena, no podrá ser nuevamente abonado como preventiva para el cumplimiento de la nueva pena impuesta en la causa en la que aquella prisión preventiva fue acordada”.

<sup>6</sup> Como afirma la STS, Sala 2<sup>a</sup>, Secc. 1<sup>a</sup>, 311/2020, de 24 de marzo (ponente: Juan Saavedra Ruiz) “puede sostenerse que las prisiones provisionales simultáneas realmente solo conllevan una privación de libertad única y la pluralidad de las mismas no deja de ser a estos efectos meramente formal o incluso precautoria ante posibles decisiones de libertad provisional dictadas por un juzgado y no por otro u otros. Por ello no es posible computar doblemente la prisión provisional cuando ya ha sido aplicada en la causa en la que se acordó o incluso en otra causa distinta conforme a las previsiones contenidas en la redacción anterior y actual del art. 58 conforme a la LO 15/2003”. Y en la misma línea otras muchas previas como las SSTS, Sala 2<sup>a</sup>, Secc. 1<sup>a</sup>, 414/2010, de 17 de marzo (ponente: Juan Saavedra Ruiz); o 667/2010, de 11 de junio (mismo ponente); y posteriores, como la 397/2020, de 16 de julio (ponente: Andrés Palomo del Arco).

<sup>7</sup> Inicialmente el cumplimiento máximo se consideraba una pena nueva que sustituida las acumuladas. Pero con la llamada “doctrina Parot”, que deriva de la STS, Sala 2<sup>a</sup>, Secc. 1<sup>a</sup>, 197/2006, de 28 de febrero (ponente: Julian Artemio Sánchez Melgar), esto cambió. Véase, entre otros muchos, SÁNCHEZ MELGAR, J., “La vigencia de la «doctrina Parot», entrelazada con el caso «Troitiño». Algunos

dencia del tope de cumplimiento efectivo de la pena previsto en el artículo 76 CP, de modo que “*la reducción de tiempo de cumplimiento derivado de dichos abonos no se ha de efectuar sobre ese máximo de cumplimiento sino para cada una de las penas que se han de ejecutar de conformidad con lo previsto en los artículos 75y 76 del Código Penal*”<sup>8</sup>. Al margen de otras consideraciones, resulta indiscutible que en estos supuestos el abono se convierte en una mera ficción, en tanto se ha cumplido privación de libertad en concepto de prisión provisional que no será abonada en realidad y, por último, resultará que el tiempo de privación de libertad superará el máximo previsto legalmente. De ahí que resulte significativo el voto particular del magistrado Perfecto Agustín Andrés Ibáñez dictado en numerosas resoluciones<sup>9</sup>. Termina concluyendo que “*el penado tiene*

---

aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas”, en *Diario La Ley*, núm. 7642, de 1 de junio de 2011, Ref. D-227. Como recuerda VIVANCOS GIL, P. A., “Refundición y acumulación de condenas. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo”, en *Diario La Ley*, núm. 8517, de 13 de abril de 2015, Ref. D-143, se considera que no es una nueva pena sino meramente un límite máximo de cumplimiento en un centro penitenciario, lo que implica que los beneficios penitenciarios se deben aplicar pena a pena, según vayan entrando a cumplir, hasta alcanzar el máximo de cumplimiento.

<sup>8</sup> Son palabras de la STS, Sala 2ª, Secc. 1ª, 759/2011, de 30 de junio (ponente: Juan Saavedra Ruiz). En el mismo sentido, como la STS, Sala 2ª, Secc. 1ª, 1290/2011, de 22 de noviembre (ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro); y hasta en los mismos términos, entre otras, SSTS, Sala 2ª, Secc. 1ª, 515/2020, de 15 de octubre (ponente: Antonio del Moral García); 266/2018, de 4 de junio (ponente: Luciano Varela Castro); 42/2013, de 15 de enero (ponente: Carlos Granados Pérez); 534/2012, de 28 de junio (ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo); 337/2012, de 4 de mayo (ponente: Manuel Marchena Gómez); 83/2012, de 10 de febrero (ponente: Alberto Gumersindo Jorge Barreiro). Incluso se utiliza esta doctrina para desestimar incidentes de nulidad, como en los AATS, de 3 de octubre de 2012 (ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre); o de 1 de octubre de 2012 (ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón); así como también para decretar la inadmisión del recurso de casación en diversas resoluciones como los AATS, Sala 2ª, Secc. 1ª, 1525/2012, de 13 de septiembre (ponente: Juan Saavedra Ruiz); 783/2012, de 12 de abril (ponente: Joaquín Giménez García).

<sup>9</sup> Por ejemplo, SSTS, Sala 2ª, Secc. 1ª, 395/2012, de 31 de mayo (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón); 615/2012, de 10 de julio (ponente: Antonio del Moral García); 625/2012, de 17 de julio (Ponente: Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre), todas ellas con voto particular de Perfecto Agustín Perfecto Ibáñez.

*derecho a que se determine el periodo de prisión provisional de cómputo necesario a efectos de cumplimiento, tiempo que, de la pena concreta que corresponda, deberá tenerse por cumplido y ser efectivamente compensado, al efecto de calcular el periodo que reste por cumplir dentro del límite máximo fijado*”<sup>10</sup>, pues, de lo contrario, el abono se convierte en una mera ficción, en el que se abona tiempo real por tiempo hipotético, abstracto o ficticio.

- 3.<sup>a</sup> Queda subsistente un problema de una justa reparación en el abono. Si partimos de que la privación de libertad es más gravosa en los supuestos de prisión provisional que en los de pena, dado su específico régimen penitenciario menos favorable, debería reconsiderarse un abono superior al mero día de privación por prisión por día de privación por pena.

### 3. Antecedentes legislativos y jurisprudenciales sobre la reparación en forma genérica

#### A) Legislación española

Como es sabido los artículos 292 a 295 LOPJ contienen el régimen de responsabilidad consecuencia de daños causados por error judicial así como del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Y específicamente contempla el derecho a indemnización

---

<sup>10</sup> Son términos literales del voto particular a la STS, Sala 2ª, Secc. 1ª, 615/2012, de 10 de julio (ponente: Antonio del Moral García), que formula el magistrado Perfecto Agustín Andrés Ibáñez. Lo que se reproduce, sin perjuicio de algunas pequeñas variaciones o adaptaciones, así como algún refuerzo argumentativo, en otros votos particulares del mismo magistrado sobre esta cuestión. Por ejemplo, en el voto particular a la STS, Sala 2ª, Secc. 1ª, 329/2011, de 5 de mayo (ponente: Perfecto Agustín Andrés Ibáñez), añade que “*dicho metafóricamente, como si Parot -que, por no formar parte del marco legal, no puede ser fuente de derecho- hubiera existido. Pues de otro modo, o sea, en el caso de compensar tiempo de prisión efectivamente cumplido en régimen cautelar, con tiempo solo teórico de pena, se estaría defraudando el propósito legal-constitucional de búsqueda de la equivalencia*”. Y en el voto particular a la STS, Sala 2ª, Secc. 1ª, 395/2012, de 31 de mayo (Ponente: Cándido Conde-Pumpido Tourón), como también a otras, subraya “*lo de real, porque esta es la clave en la que opera el tenor de la ley*”.

a favor de quienes hayan sufrido prisión preventiva y sean absueltos o dictado auto de sobreseimiento libre. La posición, podemos considerar oficial sobre este régimen, es el que recuerda el ATS, Sala 2ª, Secc. 1ª, de 11 de septiembre de 2017 (Ponente: Antonio del Moral García) “*la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio el Poder Judicial en desarrollo del art. 121 de la Constitución, dentro del Título V del Libro III - “la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia” (arts. 292 a 297)- configura varios mecanismos destinados a un efectivo resarcimiento patrimonial en los dos supuestos contemplados en su art. 292.1: a) daños producidos en cualesquiera bienes o derechos por error judicial y b) daños derivados del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La doble vía arrastra un dispar tratamiento procesal. En el supuesto de error judicial se precisa una previa declaración judicial que reconozca su existencia (art. 293.1 LOPJ). En el segundo supuesto, anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, se eleva la petición indemnizatoria directamente al Ministerio de Justicia, (art. 293.2 LOPJ). El caso singularizado de indemnización por padecimiento de prisión preventiva cuando recae posteriormente un auto de sobreseimiento libre o una sentencia absolutoria por inexistencia del hecho imputado queda asimilado procedimentalmente a las reclamaciones por funcionamiento anormal (art. 294.3 LOPJ), aunque conceptualmente revista características peculiares”.* Todo esto al margen de la declaración de inconstitucionalidad del señalado inciso “por inexistencia del hecho imputado” declarada por la STC 85/2019, de 19 de junio, y sin perjuicio de que, como ha evidenciado la misma sentencia, en realidad el artículo 294 contempla una responsabilidad específica al margen del error judicial y del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. En cualquier caso, este artículo 294 LOPJ reconoce que “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”, cosa que se producirá siempre que se haya sufrido prisión provisional”<sup>11</sup>. Y para la fijación del *quantum* indemnizatorio se atenderá al tiempo de privación de libertad y de las consecuencias perso-

<sup>11</sup> Así lo pone de manifiesto, entre otras, la STS, Sala 3ª, Secc. 5ª, 1159/2020, de 14 de septiembre (Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy).

nales y familiares que se hayan producido, según se determine en el trámite propio de responsabilidad patrimonial en vía administrativa ante el Ministerio de Justicia en el plazo de prescripción de un año y en el eventual posterior vía jurisdiccional contencioso-administrativa.

## B) Legislación en algunos países de nuestro entorno

En los países de nuestro entorno, la reparación de la prisión provisional, sobre todo en forma genérica, se presenta ciertamente mejorable. En el ámbito iberoamericano la indemnización se prevé en puntuales supuestos, sin perjuicio de que pueda obtenerse alguna indemnización con base en la responsabilidad del Estado basada en el artículo 9.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como en el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. En algunos países se contiene una mínima referencia a una indemnización por error judicial, aunque se trata de un supuesto que no se corresponde exactamente con el que nos ocupa. Sería el caso de México, donde se ha propuesto una debida interpretación del artículo 64 de la Ley General de Víctimas para encontrar fundamento suficiente para la indemnización<sup>12</sup>. Pero una referencia expresa e indubitada sobre esta cuestión solamente lo hallamos en el artículo 275 del Código Procesal Penal

<sup>12</sup> MOSRI GUTIÉRREZ, Z., “Prisión preventiva y reparación del daño en México: Ley General de Víctimas y federal de responsabilidad patrimonial del Estado”, en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 269, 2017, pp. 774 y ss, indica que la Ley General de Víctimas establece la compensación: que responde por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente calculables, consecuencia del delito o de la violación de derechos humanos, incluyendo el error judicial, de modo que sería aplicable a los actos jurisdiccionales. Y entiende que “cuando la Ley General de Víctimas equipara, en su artículo 64, al *error judicial* como una *forma* de violación a los derechos humanos, susceptible de obtener compensación, abre la posibilidad para los particulares acudir a la Comisión para la Atención de Víctimas a solicitar la reparación por todos los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables, consecuencia de la prisión preventiva dictada por error judicial, ya que al considerar que la prisión preventiva sólo puede ser decretada por un juez y sus consecuencias: privación de la libertad e imposibilidad de ejercer plenamente todos los derechos, es la misma para aquella prisión preventiva dictada legítimamente, es decir, por la comisión de delitos graves en términos del artículo 19 Constitucional que en la prisión preventiva arbitraria “.

paraguayo<sup>13</sup>; en el artículo 419 del Código Orgánico Integral Penal del Ecuador<sup>14</sup>; y el artículo 4 de la Ley uruguaya núm. 15859<sup>15</sup>.

En Europa el reconocimiento de la reparación en forma genérica es más extenso y generalizado. En caso de no poder ser abonada la privación de libertad, sin perjuicio de las correspondientes excepciones, será indemnizada por los daños morales y materiales que genera. Sin ánimo de exhaustividad:

- 1.º El artículo 225 del *Código Processal Penal* portugués (DL núm. 78/87) prevé unas limitadas posibilidades de indemnización, de modo que, quien haya sufrido detención, prisión provisional o arresto domiciliario podrán reclamar indemnización por dos

<sup>13</sup> Dispone que “también corresponderá esta indemnización cuando la absolución o el sobreesamiento definitivo se basen en la inocencia del imputado y este haya sufrido privación de libertad durante el procedimiento”. Establece que el Estado estará siempre obligado al pago de la indemnización, por supuesto sin perjuicio de su derecho de repetir contra algún otro obligado. Y para ello, el tribunal podrá imponer la obligación solidaria, total o parcialmente, a quienes hayan contribuido dolosamente o por culpa grave al error judicial. En el caso de las medidas cautelares sufridas injustamente, el tribunal podrá imponer la obligación, total o parcialmente, al denunciante o al querellante que haya declarado falsamente sobre los hechos.

<sup>14</sup> Prevé que “cuando el procesado sea absuelto o sobreesido, debe ser indemnizado por los días de privación de libertad sufridos, conforme lo previsto en los artículos anteriores”, si bien la indemnización será pagada por el acusador particular, y, solo si no lo hubiere, le corresponderá pagar al Estado, sin perjuicio de que pueda repetir contra quien haya “inducido” la acusación fiscal.

<sup>15</sup> Establece que “quien haya sufrido prisión preventiva en un proceso penal sin haber sido en definitiva condenado a pena privativa de libertad por lo menos igual al lapso de prisión preventiva sufrida, tendrá derecho a recibir del Estado la indemnización en dinero de los perjuicios materiales y morales que dicha prisión preventiva o el exceso de ella, en su caso le hubiere causado”. El mismo precepto establece las exclusiones de esta regla general, esto es, “los casos de clausura del proceso por muerte del reo, desistimiento de la instancia por el ofendido, remisión, eliminación del delito por ley posterior al procesamiento y sobreesamiento por gracia o amnistía, así como aquellos en que la pena se reduzca por aplicación de una ley más benigna posterior al procesamiento y en general, todas las situaciones análogas a las anteriores”. Y sigue con una escueta referencia procedimental, “las acciones indemnizatorias se sustanciarán con el Fiscal de Hacienda de Turno en representación del Estado, tramitándose por la vía incidental. Y, por último, concluye autorizando al Estado a repetir lo pagado contra los terceros declarados responsables del perjuicio causado, de conformidad a la Constitución y a las leyes.

daños sufridos cuando: a) La privación de libertad fuera ilegal, conforme al párrafo 1 del artículo 220, o el párrafo 2 del artículo 222<sup>16</sup>; b) La privación de libertad fuera debida a un grave error en la evaluación de los supuestos fácticos de los que dependía; o c) Se compruebe que el imputado no fue autor del delito o actuó de manera justificada. Y en los supuestos de los puntos b y c anteriores, el deber de indemnizar cesará si el acusado hubiera concurrido, por dolo o negligencia, en la privación de su libertad. Y se reclamará conforme al procedimiento previsto en el artículo 226 del mismo Código.

- 2.º El artículo 314 del *Codice di Procedura Penale* italiano contempla la llamada “*riparazione per l’ingiusta detenzione*”, esto es, el derecho a una indemnización equitativa en los supuestos en los que el sujeto pasivo de la medida cautelar haya sido absuelto con pena firme porque el hecho no exista, por no haber cometido el hecho, porque el hecho no constituye delito o no está previsto por la ley como delito, siempre que el sujeto pasivo no haya contribuido con dolo o negligencia grave. Y a continuación, el mismo precepto dispone que el mismo derecho se aplica al absuelto por cualquier causa, o al condenado que durante el juicio haya sido sometido a prisión preventiva, cuando por decisión irrevocable se compruebe que se ha dictado o mantenido la disposición que ordenó la medida, sin que se cumplan las condiciones de aplicabilidad previstas en el mismo (artículos 273 y 280, apartado 3 y apartado 4)<sup>17</sup>. Todo ello se instrumentará a través del procedimiento previsto en los artículos 643 a 647 del mismo *Codice di Procedura Penale* italiano

<sup>16</sup> Estos preceptos regulan el habeas corpus en virtud de detención y de prisión ilegales respectivamente.

<sup>17</sup> Con el fin de evitar la doble reparación, se excluye en la parte de la prisión preventiva que haya sido abonada a efectos de pena, o cuando la privación de libertad por prisión preventiva se haya sufrido bajo otro título (artículo 314.4 *Codice di Procedura Penale* italiano). Incluso contempla el supuesto de absolución por haberse derogado el tipo por el que venía acusándose, de modo que se excluye de la reparación el tiempo de duración de la medida cautelar en que el precepto no había estado derogado (artículo 314.5 *Codice di Procedura Penale* italiano).



- 3.º En Austria, se cuenta con una ley federal específica para la indemnización por daños y perjuicios derivados del proceso penal "*Strafrechtliches Entschädigungsgesetz*" (*Bundesgesetz über den Ersatz von Schäden aufgrund einer strafgerichtlichen Anhaltend oder Verurteilung*). Esta regulación contempla la responsabilidad del Estado, sin perjuicio de que pueda repetir, la legitimación y las correspondientes exclusiones, como cuando se haya compensado en forma genérica con pena; la absolución derive de una ley posterior más beneficiosa; de haber realizado el hecho estando demente; si la parte puede ser responsable de la medida cautelar. Es de destacar que el § 5 prevé que el importe de la indemnización oscilará entre 20 euros mínimo y no más de 50 euros por día de privación de libertad, para lo que se tendrá en cuenta la duración de la medida, las circunstancias personales de la persona lesionada y cómo le ha afectado, todo ello libre *ex lege* de impuestos estatales, con prescripción de tres años desde que el perjudicado tuvo conocimiento y en ningún caso antes de un año desde la decisión o fallo definitivo (§ 8º). Por último, regula un procedimiento en los párrafos 9 a 16 de la misma Ley.
- 4.º En Alemania, según la StrEG (*Strafverfolgungsentschädigungsgesetz. Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmaßnahmen*), de 8 de marzo de 1971, cualquiera que haya sido procesado indebidamente en un proceso penal podrá exigir una indemnización estatal por los daños. Entre otras cosas, regula la *Entschädigung für andere Strafverfolgungsmaßnahmen*, por la que será regla general que quien haya sufrido daños como consecuencia de la ejecución de la prisión preventiva o de cualquier otra medida de persecución penal será indemnizado por la Hacienda Pública en el caso de absolución o de sobreseimiento, y del mismo modo se indemnizará si el tribunal decide no imponer pena, o si la pena es menos grave que la medida cautelar, por ejemplo, si en lugar de pena procede imponer sanción administrativa. Asimismo, contempla una prolija previsión de los supuestos de exclusión de indemnización en el párrafo 5 del

mismo StrEG<sup>18</sup>. E igualmente, la indemnización podrá ser denegada total o parcialmente si el sujeto pasivo provoca el inicio de la medida inculpándose falsamente en puntos esenciales o en contradicción con sus declaraciones posteriores así como también ocultando circunstancias exonerantes esenciales, aunque haya contestado la acusación, o por haber sido absuelto o sobreseído al actuar en estado de incapacidad o porque hubo un impedimento procesal; e igualmente cuando se aplican normas procedentes a menores teniendo en cuenta la privación de libertad sufrida (§ 6 StrEG)<sup>19</sup>. Igualmente, regula un procedimiento para obtener la indemnización en los párrafos 8 y 9 StrEG.

- 5.º Los artículos 149 a 150 del *Code de Procédure Pénale* francés y R. 26 a R. 40-22, con vigencia desde el año 2000, regulan la reparación en forma genérica. Según su artículo 149, al margen de la responsabilidad por funcionamiento anormal de la administración de justicia o de responsabilidad del juzgador, la persona que haya sufrido prisión provisional en el curso de un procedimiento finalizado con sobreseimiento o absolución tendrá derecho, a instancia de parte, a la reparación íntegra de los daños morales y materiales que le haya causado. Y partiendo

<sup>18</sup> Se trata de los supuestos de detención, en cualquier otra privación de libertad así como en la retirada provisional del carné de conducir cuando no se imputen a las penas; también las privaciones de libertad decretadas o exoneradas por el motivo de que la medida se haya cumplido con la privación de libertad; la retirada provisional del carné de conducir y la inhabilitación de ejercer profesión u oficio, por el hecho de que dejaron de cumplirse los presupuestos para ello, por el decomiso de cosa. Asimismo, se excluye también cuando el sujeto pasivo haya provocado la medida con dolo o negligencia grave, pero no cuando se haya limitado a no declarar o no recurrir. También se excluye en la medida en que la haya provocado culpablemente al no comparecer a una citación judicial o se incumplido una orden del párrafo 116.1.1º a 3º StPO.

<sup>19</sup> Respecto de la fijación del importe indemnizatorio, se pretende que alcance a los daños materiales provocados por la medida, y en el caso de privación de libertad con base en una decisión judicial, también a los daños morales. Por considerarse irrelevante, solamente se abonará cuando supere veinticinco euros. Y para los daños morales, la indemnización será de setenta y cinco euros por cada día de privación de libertad efectiva. Y no se indemnizará por los daños que se hubieran producido igualmente en caso de no haberse llevado a cabo las medidas (§ 7 StrEG).

de ello prevé numerosos supuestos de exclusión de la indemnización: cuando el único fundamento de la resolución favorable sea padecer en el momento de los hechos un trastorno psíquico o neuropsíquico que haya excluido su discernimiento o el control de sus actos; o sea debida a una amnistía posterior a la prisión provisional; la prescripción de la acción pública; por estar al mismo tiempo privada de libertad por otro motivo; por estar en prisión por haber confesado libre y voluntariamente o sea debida a haberse dejado acusar erróneamente con el fin de eludir el enjuiciamiento del verdadero autor. Los artículos 149-1 a 150 *Code de Procédure Pénale* contiene reglas específicas, entre otras cosas, sobre competencia “*premier président de la cour d’appel*” y de la “*Commission Nationale*” para el recurso, así como normas de procedimiento. Regulación que se desarrolla de forma muy prolija en los artículos R26 a R40-22 del decreto del *Conseil d’Etat*.

#### 4. Principales hitos en la reparación en forma específica

Lo más destacable en los precedentes del sistema indemnizatorio quizá sea la discriminación que se provocaba en las absoluciones con fundamento distinto a la “inexistencia del hecho imputado” como derivaba de la misma dicción literal del precepto. La STS, Sala 3ª, Secc. 1ª, de 27 de enero de 1989 (ponente Javier Delgado Barrio), como tantas otras, entendía que el artículo 294 LOPJ regulaba un supuesto específico de error judicial. De ese modo, si la absolución se producía “por inexistencia del hecho imputado” (ampliada desde la indicada sentencia a la “inexistencia subjetiva), se reconocía *ex lege* la responsabilidad del Estado, y el problema quedaba circunscrito meramente a la determinación del monto indemnizatorio. Pero, como es sabido, en la mayoría de las ocasiones la absolución se produce por falta de pruebas o por aplicación de la presunción de inocencia e *in dubio pro reo*, y, en tales casos, solamente cabía indemnización si se daba un supuesto de error judicial, lo que se presentaba como algo más que difícil. Esta dificultad se generaba, primero, dada la concepción estricta sobre el concepto de error mantenida por el Tribunal Supremo, y, en cualquier caso, porque el hecho de que no haya condena tras una medida cautelar no implica necesariamente la concurrencia de ningún

tipo de error ni de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia<sup>20</sup>.

La redacción del artículo 294 LOPJ se presentaba mejorable pues, incluso tras la declaración de inconstitucionalidad parcial, todavía presenta carencias como la de dejar fuera de su tenor literal -lo que impone forzar interpretaciones integradoras- situaciones equivalentes como el sobreseimiento provisional<sup>21</sup>, o la de condena a pena inferior a la de prisión provisional; y, en sentido inverso, carece de previsiones sobre posibles limitaciones o exclusiones indemnizatorias

<sup>20</sup> La Memoria del Consejo de Estado, de 2011, Madrid, 2012, pp. 132-133, partiendo de la restrictiva concepción de error judicial mantenida por el Tribunal Supremo, reconoce que “*es ilustrativo de la inidoneidad de la vía del artículo 293 para obtener una indemnización en los supuestos de prisión preventiva no amparados por el artículo 294, el hecho de que el Consejo de Estado no haya conocido de pretensiones que, al no concurrir los requisitos previstos en el artículo 294, se hayan orientado a través de la declaración del error judicial prevista en el artículo 293.1. La dificultad de recurrir a ese cauce del error judicial ya ha sido constatada por el propio Tribunal Supremo, de lo que es buena muestra, por ejemplo, el Auto de su Sala de lo Penal, de 22 de noviembre de 2011 (recurso número 20544/2011), recaído en relación con una solicitud de demanda de error judicial frente a un auto de un Juzgado de Instrucción que acordó la prisión preventiva del solicitante. Denegando tal solicitud, el Alto Tribunal declara que sólo podrá apreciarse el error judicial “en la fijación de los hechos que sea claro y evidente, como cuando los hechos incorporados a la declaración probada o indiciaria han sido tenidos por existentes de forma absolutamente gratuita y caprichosa, por no tener los mismos relación alguna con la actividad probatoria desarrollada en el proceso”, reiterando que debe tratarse de “equivocaciones manifiestas y palmarias en la fijación de los hechos o en la aplicación de la ley, siempre en el ámbito de lo ilógico, de lo irracional o de lo arbitrario”.* Por su parte, la STC 85/2019 reconoce rotundamente que “*la selección efectuada por los incisos del art. 294.1 LOPJ de cuestionada constitucionalidad implica en realidad la ausencia de indemnización de esos otros supuestos de prisión preventiva legítima sin ulterior condena, sustancialmente iguales desde la ratio del precepto que los de inexistencia objetiva del hecho. Y ello porque la vía del art. 293.1 LOPJ es una vía conceptualmente inadecuada y, por ello, inútil en la práctica*”.

<sup>21</sup> Por ejemplo, la STS, Sala 3ª, Secc. 5ª, 187/2021, de 11 de febrero (Ponente: Ángeles Huet de Sande), se refiere a la “*jurisprudencia de esta Sala que ha superado la interpretación meramente formalista de aquel precepto, art.294.1 LOPJ, y sentado la doctrina de que ha de estarse al significado real de la resolución de sobreseimiento de la causa penal, de tal forma que un sobreseimiento provisional puede equivaler a un auto de sobreseimiento libre cuando así se infiera de las circunstancias concurrentes (por todas, STS de 21 de julio de 2015, rec.1273/2013, y las que allí se citan)*”.

cuando pueda resultar improcedente la reparación<sup>22</sup>. Desde luego, lo que resulta nítido es que se muestra en suma cicatero, con la patente intención de ahorrar responsabilidad del Estado, impidiendo -o, cuanto menos, dificultando- una adecuada indemnización que repare las afecciones a unos derechos tan relevantes como los que están en juego y que provocan daños tan groseros que merecerían tener un tratamiento coherente y una merecida reparación incluso cuando derivan de actuaciones lícitas, amparadas legalmente y en principio justificadas. Así y todo, esto no impide que puedan y deben introducirse limitaciones y exclusiones. Pero las mismas no deberían derivar del tipo de absolución<sup>23</sup>, como lamentablemente se había previsto y tantas veces aplicado<sup>24</sup>, incluso a pesar de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había dado reiterados toques de atención sobre

<sup>22</sup> En palabras de la STC 85/2019 “desde el entendimiento de la previsión legal como indemnización del específico daño causado legítimamente, el requisito legal puede reconducirse al papel de indicador de la ajenidad del sujeto privado de libertad respecto al daño, con lo que se asegura el elemento constitutivo del derecho a la reparación de no haber contribuido a la producción del perjuicio indemnizable”.

<sup>23</sup> Posición contraria se mantiene en el voto particular de los magistrados Antonio Narváez Rodríguez y Ricardo Enríquez Sancho a la STC 85/2019, que estiman poderse justificar este tratamiento diferenciado en atención al “distinto grado de intensidad aflictivo que, para el sometido a prisión provisional, supone, no sólo no haber tenido participación o no haber sido probada dicha participación en un delito que no ha cometido, pero cuando el hecho criminoso sí que se produjo en la realidad, a aquél otro supuesto en que el sometido a prisión provisional, no sólo no ha tenido participación o no se ha probado esta en la comisión del hecho delictivo, sino que, además, aquel “delito” ni siquiera ha llegado a existir (...) no es lo mismo, en intensidad de carga aflictiva, aquella situación en la que sufre un ingreso en prisión provisional por la presunta comisión de un crimen que, no sólo se acredita después que no cometió o que no hubo pruebas que lo inculparon (inexistencia subjetiva), sino que, además, su ingreso en prisión provisional lo fue por un crimen que ni siquiera llegó a existir, bien porque nunca llegó a producirse la muerte (caso paradigmático del conocido crimen de Cuenca), bien porque, habiendo tenido lugar el deceso, aquél se reveló como una muerte no violenta, producida por causas naturales de la víctima (inexistencia objetiva). En este último supuesto hay un doble grado de intensidad aflictiva para la persona que lo sufra, pues, al ingreso en prisión provisional por un acto delictivo no cometido, se añade además la consciencia posterior de que aquel acto delictivo ni siquiera llegó a existir”.

<sup>24</sup> Entre otras muchas, por ejemplo, la STS, Sala 3ª, Secc. 6ª, de 23 de noviembre de 2010 (núm. recurso: 1908/2006) (ponente: Juan Carlos Trillo Alonso).

este régimen en lo que respecta a la presunción de inocencia<sup>25</sup>. En su inicial consideración, se partía de la idea de que la prisión provisional previa absolución o sobreseimiento libre era un supuesto de error judicial. Posición irónicamente errónea, puesto que la afección de los derechos y su reparación opera al margen de la categoría, intensidad, tipo o motivo de la absolución y, en general, lo hace con independencia del tipo de resolución más favorable que pueda dictarse. Quizá un hipotético error en la adopción de una medida cautelar favorezca una posterior resolución favorable<sup>26</sup>, pero puede haber, y de hecho las suele haber habitualmente, medidas cautelares perfectamente correctas, merecidas y en absoluto erróneas, que preceden una sentencia favorable; como a la inversa, medidas cautelares erróneas anteriores a una condena<sup>27</sup>. En definitiva, error y absolución operan autónomamente,

<sup>25</sup> Claramente por la STEDH, Secc. 3ª, de 13 de julio de 2010 (caso Tendam contra España) cuando, entre otras cosas, afirma 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 una constatación de la inocencia de la 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”.

<sup>26</sup> Como indica la ATS, Sala 2ª, Secc. 1ª, de 11 de septiembre de 2017 (Ponente: Antonio del Moral García), “si el error hay que detectarlo en la decisión de prisión preventiva, la argumentación habrá de resaltar por qué aquella medida no debió haberse adoptado. Sin perjuicio de que cabrían algunas matizaciones, la decisión de prisión preventiva ha de ser analizada desde una perspectiva ex ante, y no ex post. Es decir, se tratará de dilucidar si en aquellos momentos iniciales de la instrucción con los elementos de que se disponía y atendidas todas las circunstancias era procedente o no decretar la prisión preventiva. Además, no bastará con concluir que quizás no debiera haberse dictado; habrá que demostrar que se decretó de forma claramente equivocada”.

<sup>27</sup> Argumenta el mismo ATS, Sala 2ª, Secc. 1ª, de 11 de septiembre de 2017, cit., que “cabe una prisión preventiva decretada correctamente que vaya seguida de una sentencia absolutoria también correcta: porque se desvanecen los indicios que existían; porque el testigo se retracta de la inicial declaración; porque desaparecen pruebas; o sencillamente porque las exigencias indiciarias para una prisión preventiva se mueven en un escalón inferior y menos riguroso a las requeridas para una sentencia condenatoria y se manejan además otros parámetros (riesgo de fuga, peligro de reiteración delictiva...). Como cabe igualmente que una equivocada decisión de prisión preventiva preceda a una sentencia condenatoria

de modo que el artículo 294 LOPJ no regula ninguna modalidad de error, agravada, explícita, ni de otro tipo, sino que simplemente impone el deber del Estado a reparar uno de los supuestos de afeción de los derechos más graves al que se somete a las personas en determinadas circunstancias legalmente previstas y con un fin perfectamente lícito. Se trata, en realidad, de un supuesto de “responsabilidad” objetiva del Estado por funcionamiento de la Administración de justicia, sin necesidad de que ese funcionamiento deba ser erróneo o anormal. Por tal motivo se repara siempre, tanto si hay condena como si no la hay, sea en especie o genéricamente. Sin embargo, no se consideró así durante demasiado tiempo, como tampoco pareció incoherente un régimen de indemnización que discriminara en función del tipo de absolución, lo que generaba la paradoja de un mismo supuesto que podía repararse en especie, pero, de no haber pena que cumplir, no era posible su reparación. Y eso sin atender a las dificultades para concretar los supuestos que quedaban amparados por el ámbito del artículo 294 LOPJ en su inicial redacción y su vaivén sobre la inexistencia subjetiva, con todas las implicaciones que esto suponía sobre la presunción de inocencia. De hecho, el TEDH tuvo que estimar varias reclamaciones contra España sobre este punto y de ese modo planteó dudas sobre la conformidad del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en este punto<sup>28</sup>, con el derecho a la presunción de inocencia<sup>29</sup>.

(porque existiendo indicios suficientes de comisión del delito y participación en él del inculpado, sin embargo no concurriese ninguno de los otros factores exigibles para legitimar esa medida). La absolución no atrae automáticamente la etiqueta de “indebida” para la prisión preventiva previa”.

<sup>28</sup> Por ejemplo, la STEDH, de 25 de abril de 2006 (Puig Panella contra España) pone de manifiesto que “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 ésta haya sido previamente establecida de manera legal”.

<sup>29</sup> Asimismo, la STEDH, Secc. 3ª, de 13 de julio de 2010 (caso Tendam contra España), recuerda entre otras cosas que “la presunción de inocencia es vulnerada si una decisión judicial que concierne a un detenido refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad no ha sido legalmente probada previamente. Basta, incluso en ausencia de constatación formal, una motivación que dé lugar a pensar que el juez considera culpable al interesado”. También la STEDH, de 16 de febrero de 2016 (asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanmi c. España*), se presenta similar al menos en cuanto excluye tratamientos diferenciados

Pero ante los toques del TEDH, el Tribunal Supremo (desde las SSTS, Sala 3ª, Secc. 6ª, de 23 de noviembre de 2010 (ponentes: Juan Carlos Trillo Alonso, y Octavio Juan Herrero Pina), acude al efecto y no a la causa<sup>30</sup>, y hasta la jurisprudencia del Tribunal Europeo les sirve de pretexto para excluir en el ámbito del artículo 294 LOPJ la llamada “inexistencia subjetiva”<sup>31</sup>. Por su parte el Consejo de Estado intenta salvar los papeles en lo que respecta a la limitación indemnizatoria solo en los supuestos de “inexistencia del hecho imputado”

En la Memoria del Consejo de Estado de 2011 (págs. 122-140) se ofrece una nueva perspectiva del artículo 294 LOPJ. En primer lugar, entiende que no es una modalidad de error. A continuación, intenta salvar la al parecer intocable inclusión de la inexistencia subjetiva en el tenor del artículo 294 LOPJ, y considera que la llamada inexistencia subjetiva no fue “una interpretación extensiva de esa inexistencia del hecho imputado, sino una identificación de los casos en que la inexistencia se refería al sujeto de la acción enjuiciada, que es uno de esos elementos definidores de los hechos imputados, y uno especialmente relevante”. De ese modo y a diferencia de lo que parece man-

---

en función del tipo de absolución. Y con base en alguna de esta jurisprudencia TEDH, DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., “TEDH, Sentencia de 25.04.2006, Puig Panella c. España, 1483/02. A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de Administración de Justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 25, septiembre-diciembre 2006, p. 986, afirma la “dudosa compatibilidad entre algunos aspectos de la legislación española en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de justicia y el Convenio europeo”.

<sup>30</sup> Esta causa, como indica DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., “TEDH, Sentencia de 25.04.2006, Puig Panella c. España, 1483/02. A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de Administración de Justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia”, cit., p. 985, no es otra cosa más que “la distinción, mantenida en el ordenamiento jurídico español, entre «inocencia positiva» —inocencia probada— e «inocencia negativa» —culpabilidad no probada—”.

<sup>31</sup> Véase un esquema de la evolución jurisprudencial en MARTÍ MARTÍ, J., “La revisión de la doctrina del “error judicial” en los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución”, en *Diario La Ley*, núm. 7617, de 27 de abril de 2011. También, por ejemplo, las SSTS, Sala 3ª, Secc. 6ª, de 9 de julio de 2015 (Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy); y Secc. 5ª, 321/2018, de 1 de marzo (Ponente: José Juan Suay Rincón).

tener el Tribunal Supremo, la inexistencia subjetiva queda al margen de lo resuelto por el TEDH. Y con todo esto, concluye en cómo ha de procederse para valorar si existe indemnización o no: *“el foco no ha de ponerse sobre el enjuiciamiento de la conducta de los reclamantes ni, únicamente, sobre las razones de su absolución o del sobreseimiento de las actuaciones que frente a ellos se dirigieron. Por el contrario, la atención ha de centrarse en la resolución por la que se acordó aplicarles la medida cautelar de prisión preventiva y sobre las razones por las que se adoptó aquella medida privativa de libertad, a fin de comprobar si la ulterior absolución, sobreseimiento libre o resolución equivalente se acuerden “por inexistencia del hecho imputado” o por otros motivos distintos*”, de modo que cabrá indemnización *“sólo en determinados casos: aquellos en que el desarrollo ulterior del proceso revele que no existió el hecho imputado que llevó a aplicar la medida cautelar de prisión provisional”*. En definitiva, el Consejo de Estado viene a decir que el “hecho imputado” a que se refiere el artículo 294 LOPJ no es la causa de la absolución, sino que se refiere al hecho o hechos que presenten caracteres de delito cuya existencia exige el artículo 503 para acordar la prisión.

Frente a lo anterior cabría decir que el artículo 294 LOPJ habla de absolución por inexistencia del hecho, no que se haya absuelto por hecho distinto al que justificó la medida cautelar, que es lo que parece entender el Consejo de Estado. Y precisamente es el mismo artículo 294 LOPJ, tal y como venía siendo interpretado por el mismo Tribunal Supremo, el que genera prelación entre absoluciones y la consecuencia de disvalorar al absuelto por otras causas, de modo que para alcanzar una indemnización se hacía preciso demostrar la inocencia a pesar de haber sido previamente absuelto.

En este contexto, llegan las SSTC, Pleno, 8/2017, de 19 de enero; y Sala 2ª, 10/2017, de 30 de enero, respecto de la presunción de inocencia. En esencia lo que vienen a decir es que, aunque ni el artículo 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio otorgan derecho a una compensación por una detención o prisión provisional previa resolución favorable, la concreción o aplicación de la genérica previsión del artículo 294 LOPJ tal y como está configurado, cuando limita la indemnización a la absolución por inexistencia del hecho imputado exige, presupone e implica sembrar sospechas sobre la inocencia del que ya ha sido absuelto, y, al tiempo, dudas sobre su culpabilidad. Y

es que discriminar a efectos indemnizatorios a quien ha sido absuelto con base en la presunción de inocencia es tanto como ignorar la absolución previa, ofrece diferencias cualitativas entre las distintas absoluciones y está exigiendo aportar prueba adicional sobre su inocencia como condición para obtener la indemnización, cosa tan irrazonable como contraria a la presunción de inocencia<sup>32</sup>.

Y, por último, le STC, Pleno, 85/2019, de 19 de junio, considera inconstitucionales los incisos “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” del artículo 294 LOPJ. La importancia de esta resolución, además de por eliminar cualquier discriminación en atención a la causa de absolución y toda duda de inconstitucionalidad, sitúa la reparación de la prisión provisional en el marco adecuado, al margen del error judicial y hasta del funcionamiento anormal de la administración de justicia. Entre otras muchas cosas, afirma que “la persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación del derecho inviolable a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero también activa un mecanismo de compensación del extraordinario sacrificio que impone”. Y, de ese modo, ofrece un punto de partida para una justa reparación de la extraordinaria afección y limitación de los derechos que, en mi opinión, marcará una tendencia de futuro proporcional al progreso como sociedad.

Ahora bien, la indemnización no ha de ser necesariamente automática ni exenta de excepciones. Según afirma la STC, 85/2019, *“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*

<sup>32</sup> Afirma QUINTEIRO CRUZ, D., “Las deficiencias de la responsabilidad del Estado-Juez con origen en la prisión provisional decretada por error judicial”, en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 22, 2018, p. 247 “no puede caber exigencia de prueba de inocencia respecto de quien ya fue declarado absuelto o sobreseído el procedimiento en el que se le investigaba como posible responsable penal (cualquiera que sea la causa). En este sentido, exigir prueba respecto de la inexistencia del hecho (ontológico) en un expediente ulterior de responsabilidad patrimonial, además de tornarse prácticamente inviable por el mismo hecho de referirse a una circunstancia negativa, vulnera indudablemente el derecho a la presunción de inocencia que, en todo proceso penal y posterior, ha de primar”.

*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)*". Y, por tanto, requiere una atención legislativa, con amplias posibilidades de configuración, y, mientras tanto, jurisprudencial, en sus palabras, "*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*".

### III. LA INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM APROBADO EL 24 DE NOVIEMBRE DE 2020

#### 1. El derecho a ser compensado conforme al artículo 10 ALE-Crim

El artículo 10 ALE-Crim, y en parte el artículo 868 del mismo, es el llamado a sustituir el artículo 294 LOPJ y a regula los aspectos "sustantivos". A su vez, la actual regulación del procedimiento en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, pasaría a otra específica en los artículos 868 a 872 del mismo ALE-Crim.

Lo bien cierto es que este artículo 10 ALE-Crim desarrolla con cierto detalle con la clara intención (como en el caso de la atribución de competencia "*para valorar los elementos que pueden determinar la denegación del resarcimiento*") de intentar excluir, denegar o limitar al máximo la indemnización. Incluso en algunos matices de lenguaje puede apreciarse esta intención, por ejemplo, se habla de derecho a pedir indemnización, cuando el precedente se refería a que tendrá derecho a una indemnización, cosa que no es exactamente lo mismo. Asimismo, la petición indemnizatoria será "por el tiempo de privación de libertad que haya sufrido". Esto no debería significar que los daños se

limiten a los que se produzcan única y exclusivamente durante dicho periodo, entre otras cosas, porque los efectos de los hechos dañosos pueden perfectamente trascender a este periodo de tiempo. Un buen ejemplo sería el de la pérdida de empleo consecuencia de la privación de libertad que difícilmente va a ser recuperado una vez obtenida la libertad y que puede durar un tiempo más o menos dilatado a pesar de mantenerse activo en la búsqueda de empleo.

Las resoluciones que permitirán la indemnización, según el artículo 868 ALE-Crim son "la sentencia absolutoria, el auto de sobreseimiento o el decreto de archivo". Pero en el último supuesto se limita a las letras a, b y c del artículo 586 del mismo ALE-Crim, de modo que quedarían ausentes de reparación los puntos, d y e del mismo, esto es, los de archivo "cuando no existan indicios racionales de la comisión del hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento", y "cuando no haya elementos suficientes para atribuir la responsabilidad criminal a una persona determinada". Con esta exclusión, aunque sea en un ámbito algo más limitado, podríamos entrar en un bucle, puesto que una vez más quedarán exentas de reparación las resoluciones favorables basadas en la falta de pruebas, tanto del hecho como de la atribución subjetiva del mismo. Y esto se hace a pesar de todas las dudas mantenidas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la afeción al derecho a la tutela judicial efectiva. Y hasta incluso podría generar nuevas dudas respecto de otros derechos fundamentales como el de libertad, sobre lo que ya ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Constitucional en supuesto si no idéntico, al menos sustancialmente equivalente.

Por lo demás, que la indemnización haya de determinarse conforme a las reglas generales del Derecho de daños es algo que merece poca discusión. Como ocurre también, tal y como ha reiterado la jurisprudencia reciente, que será improcedente la indemnización cuando los daños no hayan sido efectivos o cuando resulten imputables a la conducta del propio afectado. Así y todo, merece formularse alguna consideración, sobre todo por el uso del adverbio "principalmente", así como también por la referencia en el punto tercero a causa "inmediata y principal". Ciertamente, para ponderar el *quantum*, de un lado, podrá atenderse a todas las circunstancias o, de otro, limitarse exclusivamente a la causa que se considere principal para estimar o desestimar la indemnización. Esta última opción de todo o nada

es la que parece optar el legislador simplifica considerablemente la decisión. Sin embargo, al no servir para ponderar sino meramente para excluir, podría alejar la decisión del verdadero sentido de la reparación en la justa medida que debería presidir esta regulación. El problema igualmente se plantea con los detalles pues a los efectos de determinar la efectividad de los daños se tendrá en cuenta “*el tiempo de privación cautelar de libertad que haya sido abonado al ejecutar una pena impuesta en causa distinta*”. Esta referencia no incluye el supuesto perfectamente admisible en que la sentencia sea favorable por ser de condena a una pena inferior a la prisión provisional. Y esta imprevisión, como mínimo, supondrá generar algún conflicto, tener que tramitar un procedimiento, y, por último, forzar un pronunciamiento que pueda poner orden a esta imprevisión.

Sea para excluir o, en mi opinión, al menos en algunos casos también para moderar, al margen de las dificultades que esta actividad implica<sup>33</sup>, es perfectamente correcto y adecuado que pueda apreciarse que el privado de libertad haya contribuido causalmente a la producción de su propio daño, cuando la privación de libertad haya sido sufrida por el incumplimiento de reglas imperativas de conducta. Igualmente, será así en los supuestos particulares en los que cabe entender que ocurre esto mismo, esto es, cuando se produce “el quebrantamiento de medidas cautelares menos gravosas o el intento efectivo de sustracción de la acción de la justicia, de ocultación o destrucción de fuentes de prueba o de atentado contra bienes jurídicos de la víctima”. Con todo, el precepto se ocupa de sentar una opción posible, pero no necesaria, y por supuesto perjudicial para el solicitante, pues, cuando se den estas circunstancias, no cabrá moderar sino directamente excluir la indemnización.

## 2. Competencia y legitimación

La competencia para la determinación de la indemnización se traslada de los órganos del orden jurisdiccional administrativo a los del orden penal. Y esto es así, como reconoce la Exposición de Motivos,

<sup>33</sup> Véase al respecto las consideraciones que realiza, en relación con el artículo 294 LOPJ, la STS, Sala 3ª, Secc. 5ª, 1407/2020, de 27 de octubre cit.

por hallarse en “*las mejores condiciones para valorar los elementos que pueden determinar la denegación del resarcimiento*”. La competencia en este caso, tal y como establece el artículo 859 ALECRim es funcional y dependerá del órgano competente para el proceso en que se haya adoptado la prisión provisional. De ese modo, generalmente será competente la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, cuando la prisión provisional se haya adoptado en un proceso competencia de un órgano de instancia “inordinado” en el ámbito de su circunscripción, así como también cuando sea la misma Sala la competente por razón de aforamiento. Igualmente será en su caso competente la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional cuando la prisión provisional haya sido acordada en un proceso penal de su competencia. Y también podrá ser competente la misma Sala de lo Penal del Tribunal Supremo en los no demasiado habituales supuestos en que la prisión provisional haya sido acordada en un proceso penal de su competencia por razón de aforamiento.

Por lo que se refiere a la legitimación, aunque el artículo 868 ALECRim se titula como tal, en realidad se limita a reiterar términos prácticamente similares a los del artículo 10 del mismo Anteproyecto, referido a “la persona absuelta que haya sufrido prisión provisional tendrá derecho a reclamar una indemnización por el tiempo de privación de libertad que haya sufrido”. Se reitera la referencia a “la persona encausada que haya padecido prisión provisional en el proceso penal”, si bien la legitimación a la que se refiere este artículo 858 es “para reclamar” la indemnización, lo que confirma de nuevo la expresión del artículo 10 ALEC que contempla solo el derecho a reclamar y no necesariamente a obtener indemnización. Pero nada especial ni nuevo aporta este precepto en lo referente a la legitimación salvo lo referente a las resoluciones que permitirán reclamar -en principio, con éxito- la indemnización, esto es, la sentencia absolutoria, el auto de sobreseimiento o el decreto de archivo dictado en alguno de los supuestos previstos en las letras a), b) y c) del artículo 586.2. En realidad, esta es la verdadera o principal aportación de este precepto. Al menos, deja claro que no solamente la sentencia absolutoria permitirá “reclamar” la indemnización, aunque a continuación excluya las resoluciones de archivo por falta de indicios o de elementos suficientes, así como también la sentencia de condena a pena inferior al tiempo de prisión provisional.

Lo que no se expresa, al menos con claridad, es a quién corresponde la legitimación pasiva. Con la lectura de esta regulación no se termina de saber a ciencia cierta a quién ha de reclamarse, ni siquiera -como es de suponer- si es necesario reclamar frente a alguien. Lo que parece claro, a pesar del tenor literal, es que legitimado pasivo no será el propio Tribunal, como tampoco parece que deba serlo el Ministerio Fiscal o la abogacía del Estado, quienes podrán -en los términos legales más bien "deberán"- formular oposición. Salvo otra previsión, parece claro que la legitimación pasiva la ostentará genéricamente el Estado, representado tanto por el indicado Ministerio Fiscal como por el mismo abogado del Estado. Quizá la indefinición en este punto sobre la legitimación pasiva se debe al traslado de una cuestión más bien propia del orden jurisdiccional contencioso administrativo al orden jurisdiccional penal. Desde luego, resulta cuando menos exótico que un Tribunal del orden penal sea quien imponga al Estado -esto es, le condene- el pago de una indemnización por una responsabilidad específica por el hecho de haber sufrido prisión provisional sin contar con pena a la que compensar el tiempo de privación de libertad sufrido en ese concepto.

De otro lado, ninguna mención expresa o directa se hace sobre la capacidad, tanto para ser parte como de actuación procesal. Ambas capacidades han de presuponerse dado que, si el demandante-reclamante ha sido sujeto de prisión provisional, cabe presuponerle capacidad. Por supuesto, en caso de perderse, debería ser integrada conforme a las reglas generales. De otro lado, en caso de fallecimiento del sujeto pasivo de la medida cautelar, a pesar del tenor literal del precepto, nada obstaría para que el sucesor adquiriera *mortis causa* legitimación para reclamar la indemnización conforme a la regulación del derecho de daños. Afortunadamente, algo sí queda claro: la capacidad de postulación porque, según el artículo 870 ALECRim, la reclamación de indemnización que pueda presentarse "estará firmada por abogado y procurador".

### 3. Trámites específicos para obtener la indemnización

Partiendo de la previsión del artículo 868 ALECRim por el que "podrá reclamar, de acuerdo con lo señalado en el artículo 10 de esta ley, una indemnización por los daños que se hayan derivado de dicha

medida cautelar", el artículo 870 del mismo ALECRim desarrolla los requisitos que habrán de concurrir en la demanda en reclamación de indemnización. Junto a estar firmada por abogado y procurador por ser preceptiva su intervención como se ha indicado antes, se enumeran los siguientes:

1.º Se presentará dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la resolución que haya puesto fin al proceso. A pesar de que se refiera a días naturales y, al no computarse los inhábiles, podrán ganarse algunos días más, lo bien cierto es que el plazo para reclamar la indemnización no es precisamente extenso. Esta brevedad se manifiesta con particular intensidad cuando todavía se reduce de hecho en los casos en que, siendo recurrible, por último, la resolución devenga firme por no haberse formulado el recurso, ser extemporáneo o incumpla los presupuestos.

Partiendo de que el *dies a quo* del plazo, tanto el de recurrir como el de reclamar la indemnización, es el de la notificación de la resolución que haya puesto fin al proceso, tratándose por ejemplo de sentencia absolutoria recurrible en apelación, la firmeza se producirá una vez transcurrido un tercio del periodo previsto para poder presentar la reclamación.

2.º Se "justificará" el tiempo de prisión provisional padecido y la efectividad de los daños derivados de la misma, así como el importe que se solicita como indemnización. Dada la atribución de competencia para conocer de la reclamación de la indemnización, la "justificación" del tiempo de prisión se supone que queda facilitada en cuanto constará en el órgano jurisdiccional que decretó la medida cautelar. Y todavía más es así en caso de aforamiento, pues se hallará incluso en el mismo órgano que conoce de la reclamación indemnizatoria. En cuanto a la efectividad de los daños derivados de la misma, en principio, la propia privación de libertad, con la separación del entorno habitual, del trabajo, de la familia y amigos, de su forma vida al completo, trae implícita un resultado dañoso, cosa que se presupone o resulta notorio. Por tal motivo, la vinculación entre la privación de libertad y el resultado dañoso no requiere más acreditación que la de la propia privación de libertad en los términos indicados. Otra cosa es el alcance de los daños, su cuantificación y la consecuente fijación de indemnización. Junto al tiempo de privación de libertad, en cuanto



a los daños morales, convendrá acreditar -y no solamente afirmar- las circunstancias personales y familiares, entre otras, la edad, salud, condiciones físicas o mentales durante el ingreso con poder de hacer más gravosa la estancia, personas a su cargo fuera de prisión, hijos menores, 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 cualquier otra similar o equivalente que permita fijar el *quantum* indemnizatorio, y el aumento progresivo que proceda, más allá del mínimo de daño moral que puede considerarse usual en atención a la privación de libertad.

Y si la acreditación de los anteriores aspectos es de por sí importante, por las posibilidades de que representen una partida importante en la indemnización, todavía lo es más ofrecer cumplida prueba de todo lo relativo al daño emergente y lucro cesante. En esa línea, la acreditación de eventuales efectos psicológicos que vayan más allá de los que suelen conllevar *per se* y que puedan constatarse mediante informe pericial forense sobre la ansiedad, inseguridad, fobias, lesiones, cicatrices o enfermedades sufridas precisamente como consecuencia del internamiento en un centro penitenciario. Igualmente, habría de fijarse todo lo relativo al lucro cesante: pérdida de trabajo, de oportunidades, de vivienda, de bienes fruto de embargos por deudas provocadas por el ingreso, y falta de ingresos en general. En fin, todo esfuerzo probatorio será poco para alcanzar una indemnización que se corresponda al máximo con la realidad de los daños.

3.º Consecuencia de todo lo anterior, podrá interesarse la práctica de prueba, no solamente la documental que convendrá acompañar a la demanda de reclamación, sino también aquella que resulte necesaria, como la pericial, testifical o cualquier otra que permita acreditar los hechos constitutivos de la pretensión indemnizatoria.

A continuación de la presentación de la demanda, y aunque no se mencione expresamente, se presupone que deberá decidirse sobre la admisión por el Letrado de la Administración de Justicia. Y, sin perjuicio de la posible suspensión cuando sea subsanable, en caso de que el mismo entienda que falta algún presupuesto o requisito, dará traslado tribunal para que por medio de providencia o auto decida la

admisión o inadmisión, respectivamente. Y una vez admitida, salvo que se encontrase ya en su poder (principalmente, al reclamarse ante al órgano que fue competente por aforamiento), el tribunal reclamará el procedimiento penal íntegro y lo unirá al expediente. También hará lo propio con las certificaciones necesarias para determinar si la prisión provisional ha sido o puede ser abonada en otra causa penal distinta. Esto último resulta coherente con la necesidad de que la prisión provisional sea reparada pero solamente procederá en forma genérica cuando no haya sido o pueda ser abonada y por tanto reparada en forma específica.

Una vez recabada la documentación anterior, esto es, en el plazo indeterminado en el que se podrán dar las más variadas incidencias que puedan generar de modo más o menos justificado importantes dilaciones, se dará traslado -junto a la demanda-, al Ministerio Fiscal y al abogado del Estado para que, en el plazo de veinte días (se supone que desde el ignoto momento de la recepción de toda la documentación necesaria), puedan oponerse a la pretensión indemnizatoria. Tal y como se regula, parece presuponerse que la oposición deberá presentarse en todo caso, se entiende porque la indemnización sea improcedente, indebida o excesiva. Sin embargo, no parece que debería ser así siempre y en todo caso, sino solamente cuando de verdad concurren los motivos de oposición. Lo bien cierto es que esta oposición podrá basarse en la improcedencia o en el exceso de la indemnización, esto es, tal y como se regula en el artículo 10 del mismo ALECrím, en la inexistencia o ineffectividad del daño o en la contribución causal del propio demandante en su situación de privación de libertad. También podrá versar sobre el importe indemnizatorio concretamente reclamado. Y, en correlación, con esto, en el mismo escrito de oposición podrá interesarse la práctica de prueba.

Cuando se haya interesado la práctica de prueba o en cualquier otro caso en el que el tribunal lo considere necesario, se convocará a las partes a una vista. En la misma se practicará la prueba con oralidad, o, lo que viene a ser lo mismo, con inmediatez, concentración y publicidad. Con todo, por lo general, la prueba que acreditará normalmente los daños será mediante documentos tradicionales o digitales, y, a lo sumo, con la prueba pericial.

A continuación, tal y como prevé literalmente el artículo 870.5 ALECRim, “dentro de los diez días siguientes a la celebración de la vista o, en su defecto, a la presentación de los escritos de oposición, el tribunal dictará sentencia pronunciándose sobre la procedencia y el importe de la indemnización”. Parece presuponerse así que, como regla general, se celebrará vista, cuando la misma no es imprescindible pues se limita a los supuestos en que “se haya interesado la práctica de prueba” o cuando el tribunal lo considere necesario. También se presupone como se adelantaba en el punto anterior, que, en caso de no proceder vista, los escritos de oposición van a ser presentados, como si de algún modo fuera imprescindible o irrenunciable oponerse a la reclamación indemnizatoria o que la reclamación ha de ser considerada en todo caso improcedente, indebida o excesiva. Y por esta razón, ni si quiera se contempla expresamente un plazo para dictar sentencia en el posible supuesto de que se formule oposición. Lo bien cierto es que, en tal caso, debería dictarse transcurrido el plazo previsto para formular esta oposición, esto es, una vez transcurridos los veinte días siguientes a la recepción de la documentación por el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado.

La sentencia, según el artículo 871 ALECRim, será estimatoria y, por tanto, “concederá la indemnización”, lo cual debería significar que condenará al Estado para que pague con cargo a sus presupuestos, “cuando haya quedado acreditada la efectividad de los daños y la falta de contribución causal del propio demandante en la producción de estos”. Según el tenor literal del precepto, parece que la reclamante, como situada en la posición activa, tendrá la carga de la prueba de la efectividad de estos daños y de un hecho negativo como es que no contribuyó causalmente en su procedencia. En mi opinión, la formulación en estos términos manifiesta la voluntad del prelegislador de establecer los mayores impedimentos y cargas posibles para reparar los daños derivados de la prisión. Que la privación de libertad, con todo lo que implica, genera daños efectivos es algo notorio que ni siquiera requiere ningún tipo de acreditación, cuestión distinta es el montante exacto o el *quantum* indemnizatorio de dichos daños, que requerirán un soporte fáctico que deberá estar acreditado, el menos más allá de lo que se presupone. Por ejemplo, no será necesario acreditar que la existencia de tener una vida cotidiana de la que ha sido separado por la privación de libertad, pero sí las circunstancias

que permitan modular esos daños, como todo lo relativo a la familia, personas dependientes, trabajo, ingresos, vivienda, estado de salud, antecedentes sociales y penales, y cualquier otro que pudiera influir en la modulación de los daños. Y, de otro lado, que el reclamante se le imponga la prueba de un hecho negativo como es la no causalidad en los daños, se parece mucho a la llamada “prueba diabólica”. En mi opinión, en el caso de ausencia probatoria, cuando no se acredite que el propio reclamante es el causante de los daños, procederá la indemnización o, en otros términos, quien tiene realmente la carga de la prueba sobre la causalidad de los daños es precisamente quien formula la oposición, como hecho defensivo que es (y no constitutivo de la pretensión indemnizatoria como parece presentarse en el precepto).

Asimismo, procederá denegar la indemnización cuando hayan sido compensados los días de prisión provisional “*en otra causa distinta*” -y, deberíamos añadir, “en la misma causa” cuando el abono sea inferior al tiempo de prisión y en la medida de dicho abono- “*o por concurrir cualquier otra circunstancia debidamente acreditada, los daños no hayan resultado efectivos o cuando estos se hayan debido principalmente a la propia contribución causal del demandante*”. En este punto, al menos, queda claro que el hecho de que los daños no hayan resultado efectivos o hayan sido debidos principalmente a la propia contribución causal del demandante, son hechos defensivos que han de ser acreditados por quien haya formulado la oposición. Sin embargo, resulta significativo el sesgo a favor de la no indemnización por excluirla cuando “*hayan sido debidos principalmente a la propia contribución causal del demandante*”, cuando, a continuación, se prevé poder moderar la indemnización cuando la contribución causal del demandante haya sido relevante pero no haya sido la causa principal de la prisión provisional. Por último, se prevé que el tribunal moderará la indemnización que haya de ser concedida cuando la compensación en especie no haya reparado íntegramente los daños sufridos, ha de entenderse que será así tanto en la misma como en otra causa- o cuando, como se ha indicado, la contribución causal del demandante, siendo relevante, no haya sido la causa principal de la prisión provisional.

Esta última previsión, en comparación con otros supuestos, implica que, si la causa principal de la prisión es del solicitante, al margen de que haya concurrencia de causa relevante por el Estado, se excluye

en todo caso la indemnización, y si no es principal la causa del solicitante, la modera. Sin embargo, si la causa principal corresponde al Estado, solamente cabrá imponer sin moderar la indemnización cuando no exista causa concurrente del solicitante. De ese modo, la desigualdad entre las partes está servida, en cuanto que la causa principal del solicitante excluye siempre la indemnización, pero la causa principal del Estado no implicará en todo caso imponer indemnización pues podrá ser moderada. Al parecer, al Estado no le basta con la ventaja de estar situado siempre en la parte pasiva del proceso, necesita también actuar como un verdadero ventajista, repartiendo y llevándose la mejor parte.

Por último, se prevé la recurribilidad de la sentencia que se dicte en el procedimiento sobre el fondo del asunto mediante recurso de casación. Como excepción, y en la misma línea que otras sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en primera instancia, no cabrá recurso cuando la sentencia haya sido dictada por el mismo alto Tribunal. Nada se prevé, sin embargo, sobre otro tipo de resoluciones, como un eventual auto de inadmisión que, como tal, pone fin al procedimiento, y que debería ser recurrible mediante queja para que pueda valorarse por el órgano *ad quem* (al menos cuando exista) la procedencia o no de la inadmisión.

### 3. Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional

Por último, tal y como prevé el artículo 872 ALECrím, se crea la "Comisión Nacional para el seguimiento de la prisión provisional". Será presidida por el presidente del Consejo General del Poder Judicial, que lo es también del Tribunal Supremo, por el Fiscal General del Estado, por el presidente de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por el Teniente Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo y por el presidente del Consejo General de la Abogacía.

Su función será evaluar anualmente la aplicación en España de esta medida cautelar, y en particular, examinará que la prisión provisional efectivamente sea el último recurso por contar tanto los órganos judiciales como las fiscalías con los medios humanos y materiales suficientes para ejecutar las medidas cautelares legalmente previstas que sean una alternativa eficaz. Para ello se prevé que, con la colabo-

ración de todas las autoridades administrativas y judiciales, realice un informe anual sobre la evolución de la prisión provisional en España, donde se analizará particularmente la utilización en la práctica de los tribunales de medidas cautelares alternativas a la privación de libertad (se supone que internado en un centro penitenciario). Igualmente, dedicará una sección a reflejar los asuntos que, en el período anual correspondiente, hayan dado lugar a indemnización por prisión provisional seguida de absolución, proponiendo, en su caso, las medidas o reformas necesarias para reducir este tipo de casos en el futuro.

Una vez elaborado, según el mismo artículo 872.3 ALECrím, el informe se remitirá al Gobierno de la Nación, por conducto del Ministerio de Justicia, al Defensor del Pueblo, al Consejo General de la Abogacía, a la Fiscalía General del Estado y al Consejo General del Poder Judicial. Y esperemos que igualmente se haga público para que sea accesible a quien financia todo esto.

## IV. ALGUNAS CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

La convivencia en sociedad supone cesión constante de derechos, especialmente de libertad. Y los beneficios derivados de la misma convivencia social compensan con creces tales cesiones. Sin embargo, en ocasiones, se produce una aflicción tan intensa que merece ser reparada. Esta concepción, actualmente en sus albores, irá generalizándose a medida que la sociedad progrese en cuanto a la responsabilidad social e individual y al respeto hacia el interés público y a la persona individualmente considerada. Por el momento, solamente consiste en reparar el extraordinario sacrificio que impone la limitación del derecho a la libertad consecuencia de la persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad en las condiciones y en los casos previstos por la ley, y concretamente consecuencia de la prisión provisional en aquellos casos en que no sea posible el abono por pena.

Y es que la prisión provisional ha de repararse con carácter general, primero en especie, abonando el tiempo de privación de libertad en concepto de prisión provisional por el correspondiente a la pena pendiente; y, si lo anterior no es posible, económicamente por los daños y perjuicios que el sacrificio realizado ocasiona.

En el caso español, la reparación en forma específica ha sido regulada en el Código Penal mientras que la reparación en forma genérica venía regulándose en la Ley Orgánica del Poder Judicial. El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal se ocupa de este segundo aspecto, lo que denomina “resarcimiento de la privación de libertad seguida de sentencia absolutoria”. Regulación que más o menos se corresponde con la STC 85/2019, cuando anunciaba 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 que, según expresa en su Exposición de Motivos, se regula “*con las exigencias de la más reciente doctrina constitucional (STC 85/2019)*”.

Lo más destacable es que se aprecia la manifiesta voluntad de intentar excluir o al menos minimizar la indemnización. Hasta tal punto es así, que la misma Exposición reconoce nada menos que se atribuye la competencia de los órganos del mismo orden jurisdiccional penal precisamente porque se hallan “*en las mejores condiciones para valorar los elementos que pueden determinar la denegación del resarcimiento*”. No escatima esfuerzos para intentar excluir algunos supuestos indemnizables como los casos de archivo cuando no existan indicios racionales de la comisión del hecho que haya dado lugar a la formación del procedimiento; o no haya elementos suficientes para atribuir la responsabilidad criminal a una persona determinada. Y también se observa esta voluntad al omitir como supuesto indemnizable el supuesto de condena que imponga una pena inferior al tiempo de prisión provisional.

En un contexto de responsabilidad y respeto, tanto hacia la sociedad como a la persona individualmente considerada, deberían rechazarse supuestos indemnizatorios en atención al tipo o contenido de la resolución. A lo sumo, se justifica que la indemnización por el daño se atribuya en atención de la responsabilidad por el mismo, de modo que cabría excluirla en los supuestos en que la responsabilidad corresponda al mismo sujeto pasivo de la medida cautelar. Asimismo, como ha reiterado la jurisprudencia, como es el caso de la STS, Sala 3ª, Secc. 5ª, 1407/2020, de 27 de octubre, el daño ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, pero como igualmente reconoce “*es indudable que en el supuesto de la prisión provisional, la mera privación de libertad hace que el daño reúna esas condiciones*”.

Asimismo, la STS, Sala 3ª, Secc. 5ª, 1159/2020, de 14 de septiembre (Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy) indica en ese sentido que “*por pura lógica, haber sufrido una prisión preventiva con ulterior absolución del delito imputado comporta un daño que ha de ser indemnizado*”, en la generalidad de los supuestos debe accederse a la pretensión indemnizatoria”.

Y por lo que se refiere a la cuantía de la indemnización por el daño, el interés público no ha de suponer necesariamente que deba excluirse o reducirse, sino que se fije en la cuantía verdaderamente merecida. Así, se calculará según las circunstancias particulares que concurren en cada caso concreto partiendo de que los daños y perjuicios han de ser directamente imputables a la prisión provisional, deberán ser alegados y acreditados por el perjudicado, que tendrá en principio la carga de la prueba. De hecho, la distribución de la carga de la prueba, a pesar de lo que parece derivar de la actual redacción en el Anteproyecto, ha de distribuirse entre las partes del proceso, según sean los hechos constitutivos o defensivos, y todavía así considerando la disponibilidad y facilidad probatoria.

Con carácter general, sería altamente conveniente que el legislador se preocupara más de la responsabilidad y del respeto mutuo que de intentar regular de la forma más cicatera que se le ocurre.

## V. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- BONET NAVARRO, J., “Prisión provisional “injusta”: Límites a la reparación en forma específica (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 2ª) de 2 de julio de 1993)”, en *Revista General de Derecho*, abril de 1994, págs. 3642-3648.
- DÍAZ PÉREZ DE MADRID, A., “TEDH, Sentencia de 25.04.2006, Puig Panella c. España, 1483/02. A propósito del régimen de responsabilidad patrimonial en materia de Administración de Justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 25, septiembre-diciembre 2006, págs. 973-987.

- MANZANARES SAMANIEGO, J. L., "El abono de las medidas cautelares en la duración de las penas", en *Diario La Ley*, núm. 8293, de 15 de abril de 2014, Ref. D-121.
- MARTÍ MARTÍ, J., "La revisión de la doctrina del "error judicial" en los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución", en *Diario La Ley*, núm. 7617, de 27 de abril de 2011.
- MARTÍN PALLÍN, J. A., "Un recluso con doble personalidad", en *Diario La Ley*, núm. 7142, 25 de marzo de 2009, Ref. D-100, LA LEY.
- MOSRI GUTIÉRREZ, Z., "Prisión preventiva y reparación del daño en México: Ley General de Víctimas y federal de responsabilidad patrimonial del Estado", en *Revista de la Facultad de Derecho de México*, núm. 269, 2017, págs. 755-790.
- NISTAL BURÓN, J., "La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el cómputo de la prisión preventiva cuando concurre de forma simultánea con causas penadas. Consecuencias y efectos (A propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional, (Sala 2.º) 57/2008 de 28 de abril)", en *Diario La Ley*, núm. 6982, de 4 de Julio de 2008, Ref. D-210.
- QUINTEIRO CRUZ, D., "Las deficiencias de la responsabilidad del Estado-Juez con origen en la prisión provisional decretada por error judicial", en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 22, 2018, págs. 233-248.
- ROCA POVEDA, M., "Pena de prisión y prisión provisional concurrencia temporal desde distintos procesos y relevancia en el abono del tiempo sufrido en prisión preventiva (en torno a la STC 57/2008, de 28 de abril)", en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, núm. 56, 2009.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., "La irresponsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia. El Ancien Régime aún persiste en el siglo XXI", en *Diario La Ley*, 11 de abril de 2012.
- SÁNCHEZ MELGAR, J., "La vigencia de la «doctrina Parot», entrelazada con el caso «Troitiño». Algunos aspectos de actualidad en el cumplimiento sucesivo de las penas", en *Diario La Ley*, núm. 7642, de 1 de junio de 2011, Ref. D-227.

- VIVANCOS GIL, P. A., "Refundición y acumulación de condenas. Liquidación de condena y licenciamiento definitivo", en *Diario La Ley*, núm. 8517, de 13 de abril de 2015, Ref. D-143.