

VI.- LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Isabel Tapia Fernández

El año 2014 comenzó en la Academia con una conferencia sobre un tema siempre recurrente, cual es la responsabilidad del Estado por la actuación de la Administración de Justicia, brillantemente expuesto por la Catedrática de Derecho Procesal y Académica Isabel Tapia Fernández.

En su discurso se parte del artículo 121 de la Constitución Española y de los artículos 292 y 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, como preceptos determinantes de las únicas vías a través de las cuales se puede demandar al Estado por las disfunciones aparecidas en los procesos judiciales causantes de daños a los justiciables. Tales vías son el error judicial, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia y la prisión preventiva seguida de absolución.

En la conferencia –que a continuación se inserta– se exponen detalladamente cada una de estas tres vías con referencia a las exigencias y condicionamientos que cada una de ellas impone. Sobre el error judicial se indica que son tantos los requisitos que se exigen para su declaración que, a pesar del millar de reclamaciones efectuadas en denuncia del mismo, sólo unas veinte han prosperado. Sobre el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia se señala que se ha declarado la

existencia del mismo en actuaciones penales en caso de dilaciones indebidas que afectan a la libertad de las personas, pero sin que las dilaciones indebidas hayan supuesto imputación de responsabilidad alguna al Estado en asuntos civiles o mercantiles. Y, por lo que respecta a la prisión preventiva indebida, se hace especial referencia a la doctrina jurisprudencial que ha vuelto a exigir la inexistencia del hecho como motivo determinante de la responsabilidad del Estado, dejando sin efecto la anterior doctrina que anudaba dicha responsabilidad a la inexistencia subjetiva, es decir al hecho de no haber participado el que ha sufrido la prisión preventiva en los hechos punibles.

El Estado de Derecho proclamado en la Constitución exige que los Poderes Públicos se adecuen en su actuación a dos principios esenciales: el principio de legalidad y el de responsabilidad patrimonial. Ya decía HAURIUO que existen dos correctivos de la prerrogativa de la Administración que reclama el instinto popular: que actúe, pero que obedezca a la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio. El principio de responsabilidad patrimonial de los Poderes Públicos se constituye, así, como pieza esencial del Estado de Derecho (art. 9.3 CE).

Dejando a un lado la no pacífica cuestión de la exigibilidad y alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, voy a centrar mi intervención en la responsabilidad patrimonial del Estado Juzgador.

Hasta la promulgación de la Constitución de 1978, el Estado no respondía de modo directo por los daños ocasionados por el Poder Judicial. Para exigir responsabilidad por la actuación de los Jueces y Magistrados en el desempeño de su función había que estar a las específicas normas existentes en las Leyes (Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1870 (art. 270); la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881 (art. 903), y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 1882 (arts. 757 y ss.)). En ningún caso el Estado era directamente responsable; a lo sumo, la Constitución de 1931 recogió una responsabilidad subsidiaria, cuando el Juez o Magistrado resultaba insolvente para hacer frente a dicha responsabilidad.

Sólo en un caso, el contemplado por el art. 960.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se previó un extraordinario supuesto que daba lugar a indemnización directa del Estado: el caso de la sentencia obtenida en un recurso de revisión de una sentencia firme penal que anulara la condenatoria anterior por la que una persona había estado presa injustamente. Esta norma fue introducida *ex novo* en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por Ley de 24 de junio de 1933, con motivo de un suceso ocurrido años atrás en un pueblo de Cuenca y que tuvo una enorme repercusión social: el crimen de los Galindo, más conocido como “el crimen de Cuenca”.

Es la Constitución de 1978 la que regula una responsabilidad directa del Estado por los daños causados por la actuación de los órganos integrantes de la Administración de Justicia (art. 121 CE); distinta de la atribuible a cualquier otro Servicio Público distinto de la Administración de Justicia (art. 106 CE).

En efecto, por una parte, el art. 106 CE regula una general responsabilidad del Estado Poder Ejecutivo, previendo el derecho de los particulares a ser indemnizados de las lesiones que sufran como consecuencia del

funcionamiento de los Servicios Públicos, ya sea éste un funcionamiento normal o anormal.

Pero, además, el art. 121 CE regula un régimen específico de responsabilidad del Estado Juez, por la singular estructura del Poder Judicial cuyos rasgos fundamentales se recogen en el art. 117 CE (independencia, exclusividad, responsabilidad y sometimiento a la ley). Esto es, el art. 121 CE establece la responsabilidad del Poder Judicial *stricto sensu*, la de los Tribunales, unipersonales y colegiados, actuando en un proceso en ejercicio de la función que le es propia; así como la del personal al servicio de la Administración de Justicia cuando su actuación supone un funcionamiento anormal de ésta.

Al no contemplarse en este art. 121 CE (ni en los correspondientes de la LOPJ que lo desarrolla) el funcionamiento “normal” de la Administración de Justicia susceptible de producir un daño al justiciable, cabe la pregunta de por qué no constituye título de imputación de responsabilidad del Estado. Y, consecuentemente, si el funcionamiento “normal” podría incardinarse en el general del art. 106 CE (esto es, en el funcionamiento de la generalidad de los Servicios Públicos). La respuesta es, incomprensiblemente, negativa. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que ambos preceptos son independientes; y que si el Constituyente hubiera querido comprender la responsabilidad por funcionamiento “normal” de los Tribunales dentro de la estatal regulada en el art. 106, resultaba innecesario el art. 121 que precisamente encuentra su sentido en el deber de dejar fuera de la regulación general la responsabilidad por actos del Poder Judicial, que se limita así a los supuestos de error judicial y de funcionamiento anormal, nunca a los de funcionamiento normal.

En los minutos que siguen me voy a referir a la responsabilidad del Estado por la actuación de la Administración de Justicia, procamada en el art. 121 CE, y desarrollada en los arts. 292 a 294 LOPJ.

Comenzaré señalando qué sujetos de la Administración de Justicia pueden producir al justiciable daños indemnizables directamente por el Estado.

Éstos son los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial; y los demás órganos que, aunque no estén incluidos en el Poder Judicial Organización, pueden causar daños por su actuación en un proceso (miembros del Jurado y de los Tribunales Militares, Consuetudinarios, Tribunal de Cuentas, Tribunal Constitucional; así como las actuaciones del Ministerio Fiscal).

En cuanto al personal no jurisdiccional al servicio de la Administración de Justicia (Secretarios Judiciales, Funcionarios de los Cuerpos de

Tramitación, Gestión y Auxilio Judicial, Médicos Forenses... etc.), hay que distinguir si su actuación se realiza dentro de un proceso y con ella causan daños, en cuyo caso el particular podrá exigir responsabilidad al Estado por la vía del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; o si su actuación productora de daños no está relacionada con un proceso concreto, en cuyo caso estos funcionarios no estarían actuando como integrantes de la Administración de Justicia y la exigencia de responsabilidad deberá seguir la vía prevista en el art. 106 de la Constitución (con sus normas administrativas de desarrollo), cuyo título de imputación será el de la actuación, normal o anormal, de un servicio público.

Vistos cuáles son los sujetos productores de daños indemnizables por el Estado, paso, a continuación a analizar los supuestos legales originadores de reparación.

El art. 121 CE acoge como título de imputación de responsabilidad del Estado, *los “daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”*. Y en desarrollo de esta norma, los arts. 292 y 294 LOPJ, además de los ya mencionados, regulan un supuesto específico: la prisión preventiva seguida de absolución, en las condiciones que prevé el precepto.

Las diferentes vías para hacer valer la imputación de responsabilidad al Estado no son excluyentes, pero sí diversas. Ante la falta de una nítida diferenciación legal, no es infrecuente que el particular no sepa con claridad cuál es el procedimiento que ha de seguir para su reparación por el Estado, mezclando en sus alegaciones las distintas vías que la Ley le ofrece. Y en muchos casos, su petición ha sido desoída por no haber acertado en la correcta. El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que no es extraño que estos conceptos se confundan o entremezclen, al ser conceptos fronterizos cuya delimitación exacta es dificultosa.

No obstante, de la abundante doctrina jurisprudencial existente al respecto, se pueden extraer algunas consideraciones:

- que el error judicial exige siempre una concreta resolución judicial (individualizada y productora de la lesión); mientras que el funcionamiento anormal acoge cualquier otra actuación de la Administración de Justicia distinta de una resolución judicial;

- que la reclamación por error exige siempre que un Tribunal (el Supremo) declare su producción en un proceso, y una vez declarado, ya puede el justiciable realizar su solicitud de indemnización en vía administrativa, primero, y judicial después.

- que la reclamación por prisión preventiva indebida es una subespecie de error judicial, que por su naturaleza no necesita ser declarado, por lo que

el interesado podrá dirigir su petición directamente al Ministerio de Justicia conforme a las previsiones legales.

No existe, pues, un criterio seguro de delimitación; pues en realidad lo que dice la ley y constata la jurisprudencia es que el procedimiento para hacer valer la acción de responsabilidad es distinto. De este modo, cuando el título de imputación de la responsabilidad del Estado se basa en el anormal funcionamiento o en la prisión preventiva seguida de absolución, el justiciable deberá acudir directamente a la vía administrativa (Ministerio de Justicia) en solicitud de indemnización. Contra la decisión del Ministerio de Justicia, cabe recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional; y contra su resolución, recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Mientras que cuando el título de imputación de la responsabilidad del Estado es el error judicial, el justiciable, antes de acudir a la vía administrativa, deberá interponer demanda de declaración del error ante el Tribunal Supremo. Y, una vez declarado el error, ya podrá acudir a la vía administrativa en solicitud de la indemnización.

En sendos casos (sobre todo, cuando se reclama por la vía del error judicial, cuya declaración exige todo un procedimiento ante el Tribunal Supremo), el camino es largo y desanimante. No es infrecuente que el Tribunal Supremo, finalmente, esté resolviendo reclamaciones que se iniciaron más de diez años antes; para terminar declarando, en la inmensa mayoría de los casos, la irresponsabilidad patrimonial de la Administración, por la estrechez de su regulación y la rigidez de la interpretación jurisprudencial.

Veamos brevemente cada uno de los supuestos legales que constituyen título de imputación de responsabilidad al Estado.

A) El error judicial.

Conviene precisar, de entrada, que ni la LOPJ ni ninguna otra Ley definen lo que sea el error judicial indemnizable.

En principio, los posibles errores que cometan los órganos jurisdiccionales en el transcurso de un proceso han de ser corregidos dentro del mismo proceso, por la vía de los recursos que establezcan las propias leyes. Y una vez dictada una resolución que adquiere firmeza, precluye toda posibilidad de ser recurrida con base en esos errores; la producción de cosa juzgada prescinde de que la resolución sea equivocada o no: la expresión “presunción de verdad”, aunque errónea, es significativa.

Sin embargo, algunas veces los errores cometidos por Jueces y Magistrados en resoluciones firmes con efectos de cosa juzgada son de tal

magnitud que el ordenamiento jurídico debe proveer al justiciable de un mecanismo de reparación. Este remedio viene asegurado a través de dos vías: a) la del mal llamado “recurso de revisión”, que propiamente es una acción rescisora de la cosa juzgada, extraordinariamente limitada; y b) a través del procedimiento extraordinario que prevé la Ley Orgánica del Poder Judicial (arts. 192 y 193), mediante el cual un error judicial irreparable ya por la vía del recurso, que no encaja en ninguno de los motivos extraordinarios por los que cabe “revisar” una sentencia firme, puede ser declarado a través de este procedimiento especial.

Desde muy temprana jurisprudencia, el Tribunal Supremo ha declarado que el error judicial es el cometido en una resolución, insubsanable dentro del proceso por la vía de los recursos; consistente en una equivocada información sobre los hechos enjuiciados, por contradecir lo que es evidente, o una aplicación del derecho que se basa en normas inexistentes o entendidas, de modo palmario, fuera de su sentido o alcance.

Y lo ha diferenciado del simple desacierto o equivocación del juzgador. No es el simple desacierto lo que constituye error judicial indemnizable, sino que se exige que la resolución judicial sea manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico o haya sido dictada con evidente arbitrariedad. El error no puede confundirse con cualquier equivocación o discrepancia en el establecimiento de los hechos o en la interpretación del derecho. El desacierto de juzgador no entra como elemento definidor del error judicial indemnizable.

Diferenciado, así, el error judicial indemnizable del mero desacierto e incluso equivocación del juzgador, el Tribunal Supremo ha establecido los requisitos necesarios para que prospere la reclamación. Y así:

1– Se exige la imputación del error a un acto judicial individualizado: precisamente una resolución judicial, y no otro acto procesal.

2– Se ha de tratar de un error *de iure* o *de facto* cualificado.

El error “*de iure*” ha sido descrito por el Tribunal Supremo como un “*error patente, indubitado e incontestable*”, una flagrante equivocación manifiesta y palmaria, que se da cuando el Juez o Magistrado realiza una aplicación insensata o absurda del derecho, una aplicación de la norma “*disparatada, extravagante o desprovista de todo fundamento legal o doctrinal*”, ocasionando un “*desorden en la recta y debida administración de justicia*”, generándose con ello “*una ruptura de la armonía del concierto jurídico y una situación de desorden en lo que la recta justicia debe procurar*”. La reclamación frente al error sólo puede prosperar cuando “*la posible falta de adecuación entre lo que debió resolverse y lo que se resolvió sea tan ostensible y clara que cualquier persona versada en derecho pudiera así apreciarlo, sin posibilidad*

de que desde algún punto de vista defendible en derecho pudiera reputarse acertada”.

Pero también esta flagrante equivocación, manifiesta y palmaria, se puede cometer por el Juzgador al errar en los hechos. Y este error se produce *“cuando convergen manifiestas equivocaciones en la fijación de los hechos, se parte de pruebas que no han tenido lugar, así como de aportaciones extraprocesales, o cuando sucede que los hechos que se presentan probados son omitidos trascendentalmente”.*

3– Se exige que el error sea irreparable por otro cauce, esto es, que no se haya podido eliminar esa decisión mediante la interposición de los recursos pertinentes. Se afirma, así, el carácter subsidiario de la reclamación de error judicial, que en ningún caso es una tercera instancia.

En la exigencia de este requisito, la Jurisprudencia ha incidido en frecuentes contradicciones, que, a mi juicio, pueden llegar a vulnerar el derecho a la tutela efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción. En efecto, en la exigencia de agotamiento de los recursos procedentes, el TS ha entendido en unos casos que la interposición de los recursos extraordinarios es necesaria y en otros no; ha considerado en unos casos exigible la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, y en otros no; ha declarado unas veces que era preceptivo el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, y otras no...etc. Y esta vacilación jurisprudencial no es en absoluto desdeñable, puesto que, en ocasiones, el TS ha rechazado la demanda de declaración de error judicial por extemporanea, al haberse sobrepasado el plazo de tres meses exigido legalmente.

4– Y es que, como cuarto requisito, el art. 293.1 LOPJ exige que la acción se ejercite *inexcusablemente en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse”.*

La Jurisprudencia ha venido estableciendo sin fisuras que este plazo de tres meses es de caducidad y no de prescripción, no siendo, por tanto, susceptible de interrupción por actuaciones frente a los órganos judiciales, como la interposición de un recurso de amparo o de cualquier otro recurso improcedente.

5– El error ostensible y patente así de finido ha de ser determinante en la producción del daño evaluable económicamente e individualizado.

6– Y, por último, en ningún caso habrá lugar a la indemnización a cargo del Estado cuando el error judicial tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado (art. 295 LOPJ).

De esta aproximación al concepto y requisitos de error judicial

indemnizable, tal como ha sido configurado por la Jurisprudencia, surge una primera consideración lógica: ¿cuándo se pueden dar tantos y tan graves disparates en una resolución judicial, de modo que el Juez o Tribunal haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, dictando una resolución esperpéntica y absurda, ya sea *de iure* ya sea *de facto*?

Parece, así, razonable llegar a la conclusión de que, a pesar de las múltiples reclamaciones judiciales por error judicial indemnizable, sólo en muy pocos casos se ha llegado a reconocer tal pretensión.

Desde luego, un error en la aplicación del derecho por los Jueces y Magistrados es en verdad poco probable en los términos apuntados, esto es, es impensable una resolución judicial “esperpéntica y absurda”, “disparatada, extravagante o desprovista de todo fundamento legal”.

Pero sí que se han concedido declaraciones de errores de hecho, por “la desatención” del Juzgador a datos de carácter indiscutible, que aparecían en los autos de forma incontestable.

En estas casi tres décadas de vigencia de la norma, y a pesar del millar de reclamaciones efectuadas por error judicial, apenas veinte de ellas han prosperado. Y de estas veinte, la mayoría, como digo, se deben a un error de hecho, que demuestra una contradicción abierta y palmaria entre la realidad acreditada en el proceso y las conclusiones que el Juzgador obtiene respecto de esa realidad.

Así, por ejemplo, se ha declarado el error judicial:

- el error en la persona del embargado que tenía un nombre similar al ejecutado, pero documento de identidad diverso;

- la equivocación del Juzgador que proveyó al abono del importe de un pagaré a quien no era su legítimo tenedor, por haberlo endosado a un tercero;

- el error cometido en la Providencia del Juez que en un proceso de ejecución hipotecaria mandó hacer entrega del sobrante al hipotecante deudor, pese a que había un acreedor posterior con derecho anotado en el Registro;

- o el cometido en la Sentencia que desestimó la acción reivindicatoria, por no haber aportado el demandante documento alguno que acreditara su titularidad, cuando por el contrario la escritura se encontraba en los autos;

- o, en fin, el cometido en una sentencia ilógica que declara probada la pretensión del actor, prescindiendo de todos los datos fácticos incorporados al proceso a través del correspondiente procedimiento probatorio.

En cuanto al error de derecho, el Tribunal Supremo lo ha reconocido en sendas sentencia que en un accidente de circulación concedieron indemnización a la víctima, a cargo de la Compañía aseguradora por la cobertura del seguro obligatorio, cuando la causa del siniestro fue el conductor fallecido del vehículo causante del mismo. El TS razona que, aunque la normativa anterior daba lugar a interpretaciones distintas, tras la modificación del Reglamento sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto 7/2001, de 12 de enero, y la jurisprudencia que lo interpreta, ya no hay lugar a dudas; por lo que *“la resolución contra la que se dirige la demanda de error judicial resulta ser manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico al conceder legitimación a la actora para reclamar un daño que no es propio sino que resulta por el fallecimiento de la víctima (el conductor causante del siniestro)...”* lo que está excluido de la cobertura del seguro expresamente por el art. 10 del citado Real Decreto.

B) El funcionamiento anormal de la Administración de Justicia.

Ya he dicho anteriormente que la Constitución al distinguir dos vías de atribución de responsabilidad al Estado por el funcionamiento de los Servicios Públicos: la del art. 106, y la del art. 121, sólo prevé la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación del Servicio Público Administración de Justicia cuando en su funcionamiento haya procedido de modo anormal.

Para que surja este título de imputación de responsabilidad del Estado, se deben dar las siguientes circunstancias:

- a) existir un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente;
- b) se debe producir un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia;
- c) ha de existir la oportuna relación de causalidad entre el funcionamiento de la Administración de Justicia y el daño causado, de tal manera que éste aparezca como una consecuencia de aquél y por lo tanto resulte imputable a la Administración;

y d) la acción se ha de ejercitar dentro del plazo de un año desde que la producción del hecho determinante del daño propició la posibilidad de su ejercicio. Este plazo, por expresa mención legal (art. 293.2) es de prescripción.

Pero no se expresa legalmente qué es un funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. La Jurisprudencia ha venido declarando que

éste es “*un concepto jurídico indeterminado que debe quedar integrado en función de la naturaleza de los actos emanados de la función y las circunstancias concurrentes en el supuesto enjuiciado*”.

En una primera aproximación, y en atención a las declaraciones jurisprudenciales, se pueden avanzar algunas consideraciones:

Primero: Ha de tratarse de actuaciones procesales generadoras de daños injustificados para alguno de los litigantes. El funcionamiento anormal supondrá, así, la infracción de una norma procesal. Ahora bien, no todo incumplimiento de la norma procesal es funcionamiento anormal, aunque sí todo funcionamiento anormal implicará infracción de norma procesal.

Segundo: La ilegalidad procesal no tiene que implicar necesariamente “culpa” subjetiva”, imputable a alguna persona de la Administración de Justicia; sino que en muchos casos se estará en presencia de una “culpa objetiva” del Estado: “*los retrasos, aun llamados estructurales, que son debidos a defectos de organización o a falta de medios, no dejan por ello de ser constitutivos de retraso anormal en el funcionamiento de la Administración de Justicia*”, dice el Tribunal Supremo.

Tercero: El funcionamiento anormal se reducirá, en la inmensa mayoría de los casos, a un retraso indebido en las actuaciones procesales. Pero ello no quiere decir que solamente las dilaciones indebidas constituyan funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Éste es el típico supuesto que no agota sin embargo todos los casos en los que se puede imputar responsabilidad al Estado por funcionamiento anormal. Piénsese, por ejemplo, en los daños producidos por la divulgación en los medios de comunicación de actuaciones declaradas secretas (filtraciones); o en la pérdida o deterioro de objetos en depósito judicial.

Pero es lo cierto que la dilación indebida constituye el supuesto típico de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El problema se traslada, entonces, en conceptuar lo que sea una dilación indebida que sirva de título de imputación de la responsabilidad estatal. Porque también éste es un concepto jurídico indeterminado que necesita ser dotado de contenido concreto en cada caso, atendiendo a criterios objetivos. Y estos criterios objetivos (según la jurisprudencia) se identifican con la naturaleza y circunstancias del litigio atendiendo a su complejidad y al interés arriesgado en el mismo, la conducta procesal del litigante y la actuación del órgano jurisdiccional. Para valorar esa “anormalidad” hay que partir de una apreciación razonable de los niveles de exigencia que la Administración de Justicia, desde el punto de vista de la eficacia, debe cumplir según las necesidades de la sociedad actual y para alcanzar los cuales los poderes públicos están obligados a procurar los medios necesarios.

Y así, según la jurisprudencia, se producen dilaciones indebidas ocasionadoras de indemnización:

- por la excesiva duración de la prisión preventiva, cuando ésta ha tenido por causa única y directa la lenta progresión y extraordinaria dilación en la realización de las diligencias de actuación sumarial;

- por la injustificada inactividad en la práctica de diligencias sumariales, que se prolongan por un tiempo excesivo;

- por el retraso (doscientos cuarenta días) en la respuesta judicial a la petición de libertad del preso preventivo formulada reiteradamente por el Ministerio Fiscal;

- por el insólito retraso en la tramitación de un proceso penal, sin que la conducta del procesado hubiese entorpecido su desarrollo o conclusión.

En asuntos civiles o mercantiles no tengo conocimiento de pronunciamientos del Tribunal Supremo que declaren la responsabilidad del Estado por anormal actuación de la Administración de Justicia. Sí que tengo noticia de pronunciamientos de la Audiencia Nacional actuando como tribunal de instancia, que declaran el anormal funcionamiento en casos como el archivo de las actuaciones en un juicio cambiario sin haber decretado el embargo preventivo de bienes del deudor, lo que ocasionó daños injustificados al demandante; o el emplazamiento irregular por parte del personal al servicio del órgano judicial, que produjo daños indemnizables derivados de la pérdida de la oportunidad procesal de oponerse en su día a la demanda civil interpuesta.

C) La tercera vía de atribución de responsabilidad al Estado es
La prisión preventiva indebida.

El art. 294 LOPJ regula un supuesto específico de error judicial: *“1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se hayan irrogado perjuicios”*.

En estos casos, el error es tan evidente que se hace innecesaria la previa declaración judicial, ya que el propio curso del proceso penal ha puesto de relieve destacadamente el error, esto es, la improcedencia de la prisión provisional. Para estos casos de error evidente, el Legislador ha previsto que la indemnización se reclame directamente al Estado por la vía administrativa, sin tener que solicitar la previa declaración del error.

Como es sabido, la Ley permite que, como medida cautelar y mientras dura el proceso penal, el Juez pueda adoptar frente a un imputado la

medida cautelar de privación de libertad por un tiempo “imprescindible” para alcanzar los fines a los que tiende la medida, y en todo caso, con los límites temporales establecidos en el art. 504. La Ley parte de la atribución de un hecho delictivo de una cierta importancia a una persona frente a la cual es aconsejable privarla de libertad por el tiempo imprescindible para conjurar el riesgo de fuga, evitar la ocultación de pruebas, evitar la comisión de otros hechos delictivos, o que pueda actuar contra bienes jurídicos de la víctima.

Pues bien, cuando la sentencia firme que se dicta en ese procedimiento resulta absolutoria para el acusado, es claro que aquella medida cautelar que se adoptó “a prevención” ha resultado ser, cuando menos, inadecuada. Por eso, el art. 294 LOPJ, en los casos y con los límites que establece, prevé una reparación a cargo del Estado para aquel preso preventivo que resultó absuelto tras las pruebas practicadas en el juicio oral.

Ahora bien, este supuesto específico es muy limitado, de tal modo que el precepto no cubre todos los casos de prisión preventiva seguida de absolución, sino sólo aquellos que expresamente menciona. Los demás supuestos, como ha dicho reiteradamente la Jurisprudencia, habrán de encauzarse por la vía del error judicial, si es que el Juez acordó aquella prisión provisional con palmaria equivocación; o por el funcionamiento “anormal” de la Administración de Justicia, si es que la privación de libertad resultó “anormal”. El problema aquí es que, como se ha visto, el cauce del error judicial o del anormal funcionamiento son tan estrechos que difícilmente podrán dar cabida a una medida cautelar de prisión preventiva que se adoptó de acuerdo con las previsiones legales y sin que la Administración hubiera actuado de una forma anormal.

Para atribuir responsabilidad al Estado por prisión preventiva indebida, el art. 294 LOPJ establece dos requisitos:

– En primer lugar, en cuanto a la forma de la resolución: ésta ha de ser una sentencia absolutoria o un auto de sobreseimiento libre.

La sentencia absolutoria, desde el punto de vista formal, no plantea problema alguno. Pero sí el auto de sobreseimiento. Porque, de entre los dos posibles modos de terminación anticipada de un proceso penal, sólo el sobreseimiento libre puede originar responsabilidad del Estado. Ello es así porque sólo el libre tiene efectos de cosa juzgada, ya que se basa en la certeza del Juzgador: no existen indicios racionales de la perpetración del hecho; o el hecho no es constitutivo de delito; o aparecen exentos de responsabilidad criminal los procesados (art. 637 LECrim.). Mientras que el sobreseimiento provisional se funda en la duda del Juzgador: no resulta debidamente justificada la perpetración del delito, o habiéndose cometido, no hay motivos suficientes para acusar a esa persona (art. 641 LECrim.).

Es evidente que sólo en el primer caso el Auto de sobreseimiento es semejante en sus efectos de cosa juzgada a una sentencia absolutoria; no así en el segundo. Por eso es por lo que la norma sólo concede posibilidad de atribución de responsabilidad al Estado cuando el sobreseimiento es libre.

Al sobreseimiento libre ha equiparado la Jurisprudencia la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal, por cuanto *“la retirada de la acusación implica, cuando menos, una presunción de la denominada inexistencia subjetiva del hecho porque, si hubiese indicios racionales de la participación en éste del imputado, no se habría desistido de aquélla”*.

Y también equivale al sobreseimiento libre el Auto que deja sin efecto el procesamiento anteriormente acordado, porque *“el auto de levantamiento del procesamiento es idéntico materialmente al auto de sobreseimiento libre, de suerte que la diferencia de nomen iuris no puede obstar para la aplicación del art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial”*.

– El segundo requisito que prevé la norma es que esa resolución (sentencia o auto de sobreseimiento libre) tenga un específico contenido: declare la inexistencia del hecho.

Según la dicción legal, sólo una sentencia absolutoria que declare la inexistencia del hecho; o un auto de sobreseimiento libre por el motivo que prevé el art. 637.1 LECrim. (*“Cuando no existan indicios racionales de haberse perpetrado el hecho que hubiere dado motivos a la formación de la causa”*), constituyen título de imputación de responsabilidad a cargo del Estado. Cualquier otro motivo de absolución, deberá hacerse valer, en su caso, a través de las otras dos vías: el error judicial o el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, en los términos vistos anteriormente.

En los primeros años de aplicación de la norma, la Jurisprudencia fue muy restrictiva en la interpretación de lo que constituya la *“inexistencia objetiva del hecho”*, apegándose a la estricta literalidad.

Y así, entendió que la dicción legal no acogía los casos en los que, evidenciada la existencia del hecho, sin embargo éste no era constitutivo de delito. La inexistencia del hecho no es equiparable a la inexistencia de delito, decía el TS, y el art. 294 se refiere exclusivamente a cuestiones de hecho –a la inexistencia objetiva del hecho–, en tanto que la identificación de un caso de inexistencia de delito requiere un juicio de valor por parte del órgano juzgador.

Pero en resoluciones posteriores, el Tribunal Supremo ha entendido que también la inexistencia de delito origina título de imputación de responsabilidad, argumentando que si la Ley habla de *“hecho imputado”*, éste no puede ser otro que *“la conducta penalmente tipificada”*, ya que hecho imputado y tipo

penal son conceptos coincidentes”. En todo caso, dice el Tribunal Supremo, no quedan amparados por el art. 294 LOPJ todos los supuestos de inexistencia de delito, sino únicamente aquéllos en los que no concurre la acción típica, quedando excluidos *“los supuestos de absolución por concurrir causas de exención de la responsabilidad criminal”*.

Pero, si bien ésta fue la primera interpretación de la norma que realizó el TS, pronto entendió que debía ampliarse, de acuerdo con los diversos criterios de interpretación contenidos en el Título Preliminar del Código Civil.

Y así, por más de veinte años ha venido manteniendo que la literalidad del precepto (inexistencia del hecho punible) no resiste una interpretación integradora desde el punto de vista de la finalidad de la norma. De este modo, desde la importantísima STS de 27 de enero de 1989 ha declarado que por inexistencia del hecho ha de entenderse, no sólo la inexistencia objetiva del mismo, sino también la imposibilidad de participación del sujeto en él: desde el punto de vista subjetivo, el hecho ha resultado ser inexistente. El hecho existe, pero la sentencia declara acreditada la no participación del sujeto en él (es el clásico ejemplo de la coartada). *“Prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son pues dos supuestos equiparables y subsumibles ambos en la regulación del art. 294.*

A partir de este momento, a la “inexistencia objetiva del hecho” se equiparó sin fisuras la denominada “inexistencia subjetiva”, que significa “acreditada imposibilidad de participación en el hecho punible”. Incluso el TC ha acogido esta interpretación: *“Es indudable –dice el TC en Sentencia de 22 de junio de 1992– que, desde la finalidad de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales y deben, por ello, recibir tratamiento unitario...”*

No es aplicable la norma *“a los casos de absolución por falta de prueba de la participación en el hecho punible”*, porque –sigue diciendo el TC en la sentencia reseñada– *en los primeros está probada la inocencia del acusado y, por consiguiente, que la prisión preventiva fue acordada con error judicial y esto no ocurre cuando la participación del acusado en el hecho perseguido no pudo probarse de manera convincente. Y es que una cosa es que exista prueba positiva de un hecho negativo –no existencia del hecho o no participación del acusado– y cosa bien distinta la ausencia de prueba de un hecho positivo –existencia del hecho o participación del acusado–, pues esta última no es acreditativa del error judicial que contempla el art. 294 de la LOPJ”*.

Durante más de veinte años el Tribunal Supremo ha venido ratificando esta doctrina, declarando que el ámbito de aplicación del art. 294 abarca tanto los supuestos de inexistencia objetiva del hecho imputado como los de

inexistencia subjetiva, o lo que es igual, hecho delictivo existente con prueba de no participación en él. Sólo quedan fuera de este ámbito los casos de absolución por falta de pruebas. Cuando existe una “duda razonable” de la participación del acusado en el hecho punible, el principio *in dubio pro reo* obliga al Juzgador a absolverle; y en estas condiciones, el art. 294 LOPJ no concede la acción de reclamación patrimonial contra el Estado por esta vía.

Pero esta equiparación entre la inexistencia objetiva y subjetiva del hecho imputado sufre un vuelco de 180 grados con dos Sentencias del Tribunal Supremo de la misma fecha: 23 de noviembre de 2010, en las que se vino a negar como supuesto indemnizable la acreditada no participación en el hecho del imputado, esto es, la denominada inexistencia subjetiva. Y este cambio de criterio se produjo “*ex abrupto*” y por sorpresa, ya que incluso unos días antes todavía el Tribunal Supremo venía admitiendo la inexistencia subjetiva del hecho como porductora de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Para dar este giro a la doctrina hasta entonces mantenida, el TS se escuda en unas Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (primero, en la de 25 de abril de 2006 –asunto Puig Panella contra España–, y después en la de 13 de julio de 2010 –asunto Tendam contra España–) donde se cuestiona la interpretación que venían haciendo los Tribunales españoles al respecto. Y con base en este cuestionamiento, el TS llega a conclusiones que, a mi juicio, no son consecuencia obligada de aquellas declaraciones del TEDH.

Se trataba de sendos casos en los que los imputados, después de sufrir prisión preventiva, fueron absueltos por falta de pruebas, en aplicación del principio *in dubio pro reo*. Solicitaron a continuación indemnización por haber sufrido prisión indebida con base en el art. 294 LOPJ, solicitud que fue rechazada en aplicación de la doctrina consolidada: su absolución fue por falta de pruebas de su participación en los hechos y no por la prueba de su no participación.

En estas circunstancias, acudieron al TEDH alegando violación de la presunción de inocencia del art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, arguyendo que, al negárseles la indemnización, se está reconociendo que la ley española considera que, aunque el acusado haya sido declarado inocente, persiste la duda sobre su culpabilidad. El inocente declarado es tratado así por la ley española como un “inocente no reconocido” o, en términos afirmativos, como un “eventual culpable”, lo cual, concluyen, es contrario a la presunción de inocencia que proclama el art. 6.2 del Convenio.

El TEDH acogió la demanda y declaró la violación del art. 6.2 del Convenio, argumentando, en síntesis, lo siguiente:

1°. Que el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 6.2 del Convenio se vulnera si una decisión judicial relativa al acusado refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente.

2°. Que, aunque ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio da derecho a indemnización por encarcelamiento preventivo en caso de absolución, la expresión de sospechas sobre la inocencia de un imputado no es admisible tras una absolución firme: una vez firme la absolución –incluso si se trata de una absolución por el beneficio de la duda– la expresión de dudas sobre la culpabilidad no es compatible con la presunción de inocencia; pues 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 una persona. Las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos que cada vez admite el Juzgador penal.

3°. En estas condiciones, el hecho de exigir a una persona que presente prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva parece poco razonable y revela una vulneración de la presunción de inocencia.

Tras estas declaraciones, y entrando ya a enjuiciar los casos planteados, el TEDH dice que hay que examinar si, por su manera de actuar, por los motivos de sus decisiones, o por el lenguaje utilizado en sus razonamientos, el Ministerio de Justicia, primero, y los Tribunales internos, después, vulneraron el derecho a la presunción de inocencia. Y al rechazar la demanda de indemnización, se basaron en expresiones tales como que “la no participación del demandante en los hechos delictivos no fue suficientemente probada”; y esta motivación, sin matiz ni reserva, deja planear una duda sobre la inocencia del demandante.

En estas condiciones, concluye el TEDH, las resoluciones dictadas por los Tribunales españoles son incompatibles con el respeto de la presunción de inocencia, porque *“este razonamiento, que distingue entre una absolución en ausencia de pruebas y una absolución que resulta de una constatación de la inexistencia de los hechos delictivos, ignora la absolución previa del imputado, cuyo fallo debe ser respetado por toda autoridad judicial, sean cuales fueren los motivos admitidos por el Juzgado de lo Penal”*.

Con base en estas declaraciones del TEDH (que, no se olvide, se refieren al derecho a la presunción de inocencia, no al derecho a recibir indemnización del Estado por prisión preventiva indebida), el TS cambia radicalmente de criterio y restringe el ámbito de aplicación del art. 294 LOPJ para reducirlo a su estricta literalidad: inexistencia objetiva del hecho imputado. Y toda la jurisprudencia posterior sigue monóticamente esa interpretación.

Algunas consideraciones críticas podemos hacer de este cambio de criterio de nuestro Tribunal Supremo.

A primera vista, no deja de llamarnos la atención el hecho de que, siendo el contenido de ambas sentencias del TEDH idéntico, ante la primera de ellas (la STEDH 2006/35) nuestro Tribunal Supremo no hizo además alguno de cambiar su doctrina, y continuó asimilando los casos de inexistencia objetiva del hecho y los de inexistencia subjetiva. Y sólo es a partir de la STEDH 2010/84 cuando realiza ese giro radical.

Teniendo en cuenta que la inmensa mayoría de casos de concesión de indemnización por esta vía se debe a la denominada inexistencia subjetiva del hecho, creo que algo tendrá que ver en esta decisión los muchos “recortes” que el ciudadano viene sufriendo por causa de la crisis por todos padecida. Porque, evidentemente, una sentencia absolutoria que declara que el hecho por el que se siguió el proceso no ha existido será por fuerza muy excepcional.

Pero, aparte de ello, sorprende que el Tribunal Supremo saque unas conclusiones tan radicales de unas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al que le hace decir lo que a mi juicio no dice. En primer lugar, porque la demanda ante el TE se plantea por violación del derecho a la presunción de inocencia, no por un derecho inexistente en el Convenio a indemnización. Y en segundo lugar porque lo que dice el TE es que no cabe que por unas expresiones contenidas en las resoluciones judiciales, se pueda llegar a la conclusión de que la absolución es distinta si proviene de la certeza y no de la duda de la no participación del imputado en el delito; porque la absolución no debe dejar que planee duda alguna sobre cuál fue el motivo de la misma. Pero no dice nada más.

A mi juicio, el Tribunal Supremo podría haber seguido con su doctrina tradicional, siempre que en su razonamiento para conceder o denegar la indemnización no sembrara aquella duda sobre si la inocencia es de una u otra cualidad; duda que pondría en peligro la presunción de inocencia, pero que no atañe a los supuestos legalmente indemnizables. O, en el mejor de los casos, si el TS entiende que se han de extraer aquellas consecuencias de la doctrina del TEDH, debería conceder la indemnización por prisión preventiva seguida de absolución en todo caso (también cuando lo es por falta de pruebas), porque la absolución no admite gradaciones.

Finalmente, dos consideraciones con relación a las consecuencias derivadas de este cambio de criterio.

La primera se refiere a la aplicación del nuevo criterio. En los casos que he tenido ocasión de examinar, el reclamante de la indemnización, que fue absuelto por la acreditada no participación en el hecho delictivo, durante

muchos años ha venido atravesando un calvario hasta llegar al Tribunal Supremo, confiado en la reiterada, unánime, monolítica, doctrina jurisprudencial según la cual eran acreedores de tal indemnización a cargo del Estado. Y, repentinamente, quedan sorprendidos por ese cambio de criterio del Tribunal Supremo y contemplan cómo su esfuerzo, su tiempo, y su dinero, se ven abocados a un fracaso que en absoluto esperaban; porque cuando iniciaron tal vía crucis tenían un horizonte claro. Es el caso mediático de Dolores Vázquez, por ejemplo, pero también de otros muchos anónimos.

Bien se podría haber establecido –cosa que no se ha hecho–, que la nueva interpretación jurisprudencial comenzara a aplicarse a los casos en los que la solicitud de reclamación tuviera lugar tras la nueva interpretación jurisprudencial (23 de noviembre de 2010). Pero no ha sido así; sino que se ha denegado la reclamación aplicando el nuevo criterio a unas situaciones en las que el demandante ejerció la acción de responsabilidad patrimonial apoyado por una Jurisprudencia unánimemente favorable a su pretensión. El TS ha realizado así una aplicación retroactiva de una interpretación desfavorable de su propia jurisprudencia. Es verdad que la prohibición de la retroactividad de la norma penal desfavorable se predica sólo de la ley, por lo que un cambio de interpretación jurisprudencial, por muy desfavorable que pueda resultar para el penado, al no producirse en virtud de un cambio legislativo, no afecta a esa prohibición. Pero no creo que esto suponga un obstáculo a lo que vengo manteniendo. Véase, si no, lo que está ocurriendo en casos como los Del Río Prada, y tantos otros tan sangrantes que se vienen produciendo, debidos a una aplicación retroactiva de doctrina jurisprudencial (no legislativa).

La segunda consideración que quiero hacer está en íntima conexión con la anterior: El Tribunal Supremo dice expresamente que la no concesión de la indemnización solicitada por la vía del art. 294 no empece a que el que ha sufrido prisión preventiva y no encuentra acogida en el estrecho cauce de esta vía, pueda acudir a las genéricas de error judicial o de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. Es decir, parece querer aliviar su conciencia creando la esperanza en el justiciable de poder acudir a esas “vías generales”. Esta advertencia podrá ser útil en los casos en los que se inicie el proceso indemnizatorio tras la STS de 23 de noviembre de 2010, porque el justiciable ya conoce el nuevo criterio. Pero en absoluto en los casos iniciados con varios (a veces, muchos) años de anterioridad que, de repente, se ven sorprendidos por ese nuevo criterio jurisprudencial. Porque, aun suponiendo que tuvieran ganas y medios para iniciar un nuevo proceso indemnizatorio, acudir a la vía del error judicial ya no será posible: el plazo de caducidad de tres meses desde que se dictó la resolución que se reputa

errónea (el Auto de prisión preventiva) impediría *ab initio* tal reclamación. Pero es que, además, la reclamación de indemnización por la vía del error sería muy difícil –si no imposible– si tenemos en cuenta el concepto de error indemnizable que expusimos en su momento: resolución judicial absurda, palmariamente equivocada, esperpéntica.

Descartada la vía del error judicial, aún queda la posibilidad de invocar el anormal funcionamiento de la Administración de Justicia, cuyo plazo de interposición de la acción indemnizatoria de un año, lo es de prescripción, y por tanto podría entenderse interrumpido por el procedimiento incoado. Pero ¿qué “anormal funcionamiento” podría invocarse aquí, cuando la prisión provisional se adoptó concurriendo los requisitos legales establecidos?. Además de que, como también he dicho con anterioridad, el anormal funcionamiento ha de provenir no de una resolución judicial (porque, entonces, habría que reclamar por error judicial), sino de una actuación (o un conjunto de actuaciones) de los sujetos integrantes de la Administración de Justicia, distintos del Juzgador.

Se mire como se mire, el cambio jurisprudencial operado indudablemente “*in peius*”, nos deja una sensación amarga: la indemnización será prácticamente imposible. De hecho, en estos tres años transcurridos desde aquel cambio de criterio, no tengo conocimiento de que el Tribunal Supremo (que ha dictado ya más de veinte sentencias al respecto) haya concedido una sola indemnización por esta vía.

En segundo lugar, la amargura se torna en auténtica sensación de denegación de justicia para todos aquellos presos preventivos declarados inocentes por la acreditada falta de participación en los hechos, que solicitaron una indemnización reparadora a cargo del Estado confiados en la interpretación que de la norma venía haciendo el TS.

Como recientemente ha dicho el Profesor Rodríguez Ramos, en la situación actual es mejor hablar de “irresponsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia”.