

ESTUDIOS

EL SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN POR PRISIÓN PROVISIONAL INDEBIDA EN LA ENCRUCIJADA

EDORTA COBREROS MENDAZONA¹
Universidad del País Vasco

Cómo citar/Citation

Cobrerros Mendazona, E. (2019).

El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada.

Revista de Administración Pública, 209, 13-44.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.209.01>

Resumen

El sistema de indemnización de los daños sufridos por causa de una prisión provisional indebida, establecido en el derecho español desde 1985, se ha visto sacudido en sus cimientos por la intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, actuando en garantía del principio de presunción de inocencia proclamado en el art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Y, además, es muy probable que, en breve, el Tribunal Constitucional declare su inconstitucionalidad, produciéndose una situación muy complicada. Además del análisis de todo el proceso que nos ha traído hasta la situación actual, se formula alguna propuesta constructiva a este respecto.

¹ Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad del País Vasco (UPV/EHU). Grupo de Investigación IT1056-16.

Palabras clave

Presunción de inocencia; prisión provisional indemnizable; responsabilidad patrimonial del Estado-juez.

Abstract

The scheme of damages in compensation for an unduly pre-trial detention as set out by Spanish law since 1985 has been shaken into its foundations by the intervention of the European Court of Human Rights, ensuring the principle of presumption of innocence embodied in article 6.2 of the European Convention of Human Rights. Besides, it is very likely that the Constitutional Court declares its unconstitutionality leading to a very complicated situation. In addition to the analysis of the whole procedure that has brought us to the current situation, some constructive proposal thereunder is advanced.

Keywords

Presumption of innocence; pre-trial detention eligible for compensation; pecuniary responsibility of the State-Judge.

SUMARIO

I. LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PROVISIONAL. II. INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LA PREVISIÓN INDEMNIZATORIA DEL ART. 294 LOPJ, A PARTIR DE LA INEXISTENCIA *SUBJETIVA* DEL HECHO IMPUTADO. III. LA DECISIVA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, BASADA EN UNA INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. IV. EL RÁPIDO VIRAJE DE LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA HACIA UNA INTERPRETACIÓN MUY RESTRICTIVA. V. LA RECIENTE TOMA DE POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE CUESTIONA EL SISTEMA Y DEJA EL PANORAMA MUY ABIERTO. VI. CONSIDERACIONES SOBRE ESTE PROCESO. VII. LA ENCRUCIJADA ACTUAL. VIII. ALGUNAS SUGERENCIAS ANTE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS.

I. LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN PROVISIONAL²

El proceso penal es el cauce por el que se desarrolla y conduce el *ius puniendi* del Estado. Proceso que, como señalara Carnelutti, no solamente causa sufrimiento a los hombres porque son culpables, sino también para saber si son culpables o inocentes. En el desarrollo del proceso penal, la prisión provisional es una medida secundaria e instrumental, pero la realidad es que resulta una pieza nuclear y, seguramente, la más problemática, pues cohonestarla con la libertad personal y, sobre todo, con la presunción de inocencia no resulta en absoluto fácil e incluso podría constituir una aporía. Ahora bien, hay que reconocer que, hoy por hoy, la abolición pura y simple de esta medida provisional resultaría insoportable para el sistema penal y socialmente inadmisibles (además de ser inexistente en nuestro entorno). Así pues, sin perjuicio de propugnar su aplicación en la menor medida posible

² De la numerosa bibliografía existente, a los efectos que aquí interesan, valga con la remisión a los siguientes trabajos: P. Andrés Ibáñez (1996), «Presunción de inocencia y prisión sin condena», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, págs. 13-46;

(tanto en supuestos como en finalidades, en duración y, sobre todo, como última *vis* en relación con otras medidas aseguradoras menos lesivas) y con las más estrictas garantías, existiendo la prisión provisional y no siendo previsible su desaparición, resulta más responsable encararla y tratar de hacerla lo menos intolerable que se pueda (esto es, compatible con los valores democráticos basados en la libertad y seguridad personales y en la presunción de inocencia).

Como es sabido³, en nuestro sistema penal se trata de una medida cautelar prevista para delitos de mayor gravedad, adoptada en una resolución judicial motivada⁴, normalmente en los momentos iniciales de un proceso

F. Carnelutti (2010), *Las miserias del proceso penal*, Bogotá: Temis, 2ª ed.; E. Cobrerros Mendazona (2018), «Artículo 121», en VV. AA. (P. Pérez Tremps y A. Saiz Arnaiz dirs.), *Comentario a la Constitución Española: 40 aniversario 1978-2018 (Libro Homenaje a Luis López Guerra)*, Valencia: Tirant lo Blanch, vol. II, págs. 1705-1717; F. de Mateo Menéndez (2001), «Responsabilidad patrimonial por prisión preventiva indebida: nueva jurisprudencia», *Jueces para la Democracia*, 70, págs. 80-91; L. Ferrajoli (2018), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta, 10ª edic., 3ª reimpresión; J. Ferrer Beltrán (2016), «Una concepción minimalista y garantista de la presunción de inocencia», en *Motivación y racionalidad de la prueba*, Lima: Grijley, págs. 243-278; V. Guzmán Fluja (1994), *El derecho de indemnización por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch; F. López Menudo, E. Guichot Reina y J. A. Carrillo Donaire (2005), *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*. Valladolid: Lex Nova; L. Martín Rebollo (1983), *Jueces y responsabilidad del Estado. (El art. 121 de la Constitución)*, Madrid: CEC; J. L. Martínez-Cardús Ruiz (1988), «Prisión preventiva y obligación estatal de indemnizar», *Diario La Ley*, 1, págs. 972-974; C. Movilla Álvarez (1996), «Responsabilidad del Estado y del juez en los supuestos de prisión provisional injusta», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XVIII, págs. 34-3388; F. J. Navarro Sanchís (1992), «La responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia: el caso de la prisión preventiva injusta», *Cuadernos de Derecho Judicial*, XIX, págs. 503-518; J. T. Salas Darrocha (2003), «La responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional indebidamente sufrida: perspectiva constitucional», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, 3, págs. 13-29; e I. Tapia Fernández (2013), «La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia en el Ordenamiento Jurídico Español», *Justicia*, 2, págs. 69-159.

³ Para una exhaustiva consideración de la dimensión constitucional de la prisión provisional, véanse las recientes STC 29 y 30/2019, de 28 de febrero, RRAA (dictadas por el Pleno), FJ 3.

⁴ Un Auto que, por limitar un derecho fundamental (como es el de la libertad personal), requiere una motivación reforzada.

penal (aunque puede no ser así) y solo cuando lo solicite el Ministerio Fiscal o alguna parte acusadora, además deben cumplirse determinadas circunstancias —que han de interpretarse restrictivamente— y concurrir unas concretas finalidades y mediante la cual se priva de libertad a la persona imputada, en principio, con carácter transitorio o no definitivo⁵.

Ciertamente, si tras la prisión provisional se produce una sentencia firme que condena a la persona afectada a una pena de prisión igual o mayor que la ya sufrida anticipadamente, el problema parece desaparecer de manera sobrevenida, pues el adelantamiento de la pena se descuenta de esta. Sin embargo, la experiencia nos enseña que no son pocos los supuestos en los que el resultado final del proceso penal no es ese, bien porque no se produce condena alguna, bien porque la condena consiste en una pena distinta de la privativa de libertad o por un tiempo menor que el pasado en prisión provisional. Es aquí, precisamente, donde se plantea la posible compensación *a posteriori* por parte del Estado.

Conviene advertir de entrada que la cuestión indemnizatoria no es en absoluto pacífica, tampoco en el panorama comparado. Entre nosotros, tal cuestión ha tenido (*rectius*, tuvo) una «solución» bien asentada jurisprudencialmente durante más de dos décadas basada en una determinada interpretación operativa del art. 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (que es la regulación establecida desde 1985 para el problema que nos ocupa). Pero sus cimientos se vieron removidos en 2010 a resultas de la aparición en escena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Después, en 2018, tras una serie de recursos de amparo otorgados, el Tribunal Constitucional se ha «autocuestionado» la constitucionalidad misma de ese art. 294 LOPJ, en un proceso que no ha finalizado en el momento de escribir estas líneas. Aunque en el momento de corregir las pruebas de este trabajo aún no se ha producido su publicación oficial en el BOE, el Tribunal Constitucional ya ha resuelto la cuestión por sentencia del 19 de junio de 2019, en el sentido previsto de declarar la inconstitucionalidad parcial del art. 294.1 LOPJ).

Aquí intentaremos analizar sintéticamente todo ello; luego formularemos unas consideraciones, que no serán sino una manifestación de la dificultad de la cuestión abordada y de su carácter abierto en estos momentos;

⁵ Ya que la medida se puede modificar no solo cuando prospera un recurso contra la misma, sino cuando se solicita su reforma en cualquier momento de la causa (pues, técnicamente, no produce el efecto de cosa juzgada). Y, en todo caso, solo puede extenderse durante el tiempo imprescindible para el cumplimiento del fin o fines que, concretamente y para cada caso, la justifican.

y, finalmente, plantearemos alguna posible vía de salida ante la situación planteada.

II. INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LA PREVISIÓN INDEMNIZATORIA DEL ART. 294 LOPJ A PARTIR DE LA INEXISTENCIA SUBJETIVA DEL HECHO IMPUTADO

Además del error judicial y del funcionamiento anormal de la Administración de justicia, recogidos *nominatim* en el art. 121 de la Constitución española, la Ley Orgánica del Poder Judicial ha desarrollado este precepto constitucional regulando, de manera diferenciada a la de ambos títulos de imputación, el régimen de la responsabilidad patrimonial del Estado por haber sufrido una prisión provisional indebida⁶, otorgando a dicha regulación específica un tratamiento más beneficioso que el genéricamente establecido para el error judicial⁷.

⁶ Dice así el art. 294 LOPJ: «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 les hayan irrogado perjuicios. 2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad o de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido. 3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior [esto es, por solicitud dirigida directamente al Ministerio de Justicia y, contra su resolución, posibilidad de entablar recurso contencioso-administrativo]».

⁷ Tanto en lo relativo al *cauce procedimental* establecido —puesto que no hace falta acudir al Tribunal Supremo en demanda *ad hoc* de declaración de error judicial (o, en su caso, en recurso extraordinario de revisión), como requisito previo al ejercicio de la acción indemnizatoria en vía administrativa, sino que es la resolución judicial que pone fin al proceso penal la que habilita para solicitar el resarcimiento— como, sobre todo, en lo relativo al *requisito sustantivo o de fondo* establecido jurisprudencialmente, ya que no hace falta demostrar que el Auto de ingreso en prisión reúne todas las intensas cualificaciones negativas que las diferentes salas del Tribunal Supremo han exigido para que una resolución judicial sea considerada un error judicial indemnizable (esto es, que se trate de un yerro palmario, patente, indubitable y demás contundentes calificativos). Si el error judicial *in genere* (al que se refiere el art. 293.1 LOPJ) tiene que consistir en una resolución judicial adoptada de manera muy equivocada, el error judicial en que consiste la prisión provisional indebida (a la que se refiere el art. 294 LOPJ) no exige tal requisito, sino que el propio proceso judicial haya demostrado inequívocamente la

Yendo al núcleo de la cuestión, para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado el legislador estableció que debe existir previamente una sentencia absolutoria (o un sobreseimiento libre) de quien haya sufrido prisión preventiva motivada, precisamente, *por la inexistencia del hecho imputado*. Como de inmediato se advierte, interpretado de manera literal o estricta, el motivo es restringidísimo porque resulta harto improbable que se inicie un proceso penal por unos hechos, aparentemente, de gravedad, se produzca la medida cautelar que nos ocupa y, al final, suceda que no haya existido hecho delictivo alguno (lo que sería, prototípicamente, el «crimen de Cuenca»; aunque cabría aquí, también, la atipicidad penal del hecho realmente existente).

Así previsto, está claro que el supuesto no alcanza a los casos más necesitados de atención reparatoria, que son los de las personas inocentes que han sufrido la prisión provisional, aunque haya habido actuaciones delictivas (por ejemplo, de terceras personas). Con todo, esta limitadísima previsión legal fue tempranamente interpretada de forma mucho más amplia de lo que la estricta dicción literal del precepto permitía sospechar. Tal interpretación extensiva adquirió carta de naturaleza con una meritoria y decisiva Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 27 de enero de 1989⁸. Pese a tratarse de una sentencia desestimatoria de la indemnización solicitada, interesa mucho la interpretación ampliatoria de los supuestos del art. 294 LOPJ que efectúa basándose en el criterio finalista:

El art. 294 cumple la función de hacer innecesaria la previa declaración jurisdiccional del error en los casos en los que el propio curso del proceso penal ha puesto de relieve más descarnadamente el error, es decir, la improcedencia —objetivamente apreciada *a posteriori*— de la prisión provisional. Esto es lla-

incorrección de la medida (aunque no hubiera habido descuido o torpeza algunos del órgano judicial).

⁸ Ponente Delgado Barrio. Aunque es de justicia reconocer que antes había abierto el camino el Consejo de Estado, en sendos dictámenes de 9 de octubre de 1986 (núms. 49220 y 49283, respectivamente; acompañados ambos de un voto particular discrepante), en los que, tras la condena de los culpables, otras personas que no habían tenido nada que ver con los graves delitos investigados (un asesinato y un robo a mano armada), pero que habían sufrido prisión provisional, solicitaron una indemnización al Ministerio de Justicia. No estará de más destacar —como tendremos ocasión de comprobar aquí— que este alto órgano consultivo siempre se ha mostrado muy atento y preocupado por la problemática que plantean estos supuestos indemnizatorios, sobre los que preceptivamente debe dictaminar, comenzando por su *Memoria de 1987* (págs. 112 y 113) en la que exhortó (en vano) a una intervención definitivamente clarificadora del legislador.

mativamente manifiesto en los casos de inexistencia del hecho, objetivamente entendida.

Pero tal inexistencia, desde un punto de vista subjetivo, significa una imposibilidad de participación en un hecho que ha resultado ser inexistente.

Así las cosas, esa imposibilidad de participación no puede quedar circunscrita a los casos de hecho inexistentes, puede derivar de otros supuestos: piénsese en el hecho existente con una acreditada no participación en él —es, por indicar un ejemplo, el caso clásico de la coartada—. Cabe perfectamente concluir que la antes señalada finalidad del art. 294 exige su aplicación no solo en los casos de inexistencia del hecho, sino también en los de probada falta de participación.

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

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

Esta opción interpretativa comportaba, así, que debía incluirse en el presupuesto de hecho del art. 294 LOPJ también el caso de que el proceso penal hubiera demostrado la imposibilidad de participación del sujeto que había sufrido la prisión provisional en el hecho delictivo (que sí se había producido, por lo que no podría hablarse de «inexistencia objetiva»), en lo que vendría a constituir una especie de *suficiente prueba de su inocencia* (la ahora denominada «inexistencia subjetiva»). Esta interpretación extensiva posibilitó en la práctica la indemnización de muchos casos que, a la vista de los hechos constatados en el proceso penal previo, realmente eran merecedores de una compensación. Es más, la que luego resultará tan discutida diferenciación entre absolución por inocencia probada —indemnizable por la vía del art. 294 LOPJ— y absolución por falta de pruebas suficientes —no comprendida en la previsión de ese precepto— fue considerada no contraria al principio de igualdad por el propio Tribunal Constitucional⁹.

⁹ En su STC 98/1992, de 22 de junio, FJ 2; en la que, además —si bien con un cierto carácter de *obiter dictum*—, el Tribunal Constitucional parece dar a entender que lo

Pero también es verdad que esta interpretación ampliatoria tenía dos flancos débiles. En primer lugar, porque los procesos penales no están para demostrar (ni dar patentes de) la inocencia de nadie —ya que esta se presume— sino para probar culpabilidades, con lo que las sentencias no condenatorias no se tienen que adentrar, en principio, en más cuestiones. Pero resulta que la probada falta de participación del sujeto que requiere este supuesto de inexistencia subjetiva exige deducir la inocencia probada de una no condena, lo que implica interpretaciones (a veces no fáciles) de la propia sentencia penal absolutoria y, en definitiva, volver a valorar una resolución judicial firme. Para visualizar mejor esta dificultad no tenemos más que reparar en los problemas que plantea la posibilidad de recurrir una sentencia absolutoria por quien, aunque absuelto, considera que no se ha recogido suficientemente su inocencia¹⁰.

En segundo lugar, porque plantea un problema en los supuestos que quedan excluidos, esto es, en los casos de falta de prueba de la participación en el hecho, puesto que, en definitiva, se está denegando la solicitud indemnizatoria a quien no ha visto vencida o rota su presunción de inocencia y, por tanto, la justificación de tal denegación podría entenderse como una valoración distinta de la inocencia (presumida, primero, y garantizada por una resolución penal absolutoria, después) de la persona acusada. Por aquí será, precisamente, por donde vendrán los principales problemas, como a continuación tendremos oportunidad de comprobar.

En cualquier caso, esta interpretación amplia del art. 294 LOPJ, comprensiva también de la «inexistencia subjetiva» (en los términos vistos), fue mantenida de manera constante durante más de veinte años hasta producirse la irrupción del Tribunal de Estrasburgo.

que sería discriminatorio sería interpretar el art. 294 LOPJ limitándolo al supuesto de inexistencia objetiva (que, como veremos, será el resultado final al que llegará la Sala Tercera del Tribunal Supremo, a partir de 2010).

¹⁰ La Sala Segunda del Tribunal Supremo había mantenido, tradicionalmente, vedada la posibilidad de recurrir sentencias absolutorias, pero parece haberse abierto también a una interpretación más amplia. Véase, en este último sentido, sus sentencias de 8 de julio de 1998, rec. 3356/1997; de 16 de diciembre de 1998, rec. 2885/1997; de 18 de febrero de 2001, rec. 3305/1999; de 2 de febrero de 2011, rec. 1173/2010; y de 29 de junio de 2018, rec. 2364/2017. Esta extensión de la legitimación encontraría respaldo en las SSTC 79/19987, de 27 de mayo, FJ 3, y 157/2003, de 15 de septiembre, FFJJ 8 y 9.

III. LA DECISIVA INTERVENCIÓN DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS, BASADA EN UNA INTERPRETACIÓN AMPLIA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA¹¹

En 2006 ve la luz la *Sentencia Puig Panella c. España*¹², que entronca directamente la pretensión indemnizatoria en los supuestos de prisión preven-

¹¹ Para este apartado y el siguiente, puede verse L. Arroyo Jiménez (2013), «Puig Panella c. España (STEDH de 25 de abril de 2006): la presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional», en VV. AA. (R. Alcácer Guirao, M. Beladiez Rojo y J. M. Sánchez Tomás, eds.), *Conflictos y diálogo con Europa: las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Civitas, págs. 313-349; J. Campaner Muñoz (2017), «La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana (1)», en *La Ley Penal*, 129; E. Cobrerros Mendazona (2012), «Los paradójicos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida (las sentencias Puig Panella y Tendam del Tribunal Europeo de Derecho Humanos)», en VV. AA. (E. García de Enterría y R. Alonso García, coords.), *Administración y Justicia (Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández)*, Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, vol. II, págs. 2775-2806; L. López Guerra (2013), «El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y los tribunales españoles, coincidencias y divergencias», en *Teoría y Realidad Constitucional*, 32, págs. 139-158; L. Martín Rebollo (2008), «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación ambigua (a propósito de la sentencia TEDH de 25 de abril de 2006)», en VV. AA., *Derechos Fundamentales y otros Estudios en homenaje al profesor Dr. Lorenzo Martín-Retortillo*, Zaragoza: Gobierno de Aragón, vol. I, págs. 1509-1527, y (2012), «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado (Una relación paradójica: a propósito de la sentencia TEDH de 13 de julio de 2010. Caso Tendam)», en VV. AA. (E. García de Enterría y R. Alonso García, coords.), *Administración y Justicia (Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández)*, Cizur Menor: Civitas-Aranzadi, vol. II, págs. 2943-2966; M. Sánchez Morón (2012), «Consecuencias imprevistas de la presunción de inocencia: la revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por error judicial por efecto de la sentencia Tendam del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Justicia Administrativa*, 55, págs. 49-64; P. Sardina Cámara (2012), «La responsabilidad patrimonial por prisión preventiva en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Revista General de Derecho Administrativo*, 30; V. M. Seligrat González (2018), «Responsabilidad civil por uso indebido de prisión preventiva. El restrictivo giro jurisprudencial del Tribunal Supremo: problemas de adecuación con principios constitucionales y recientes criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 189, págs. 213-232; e I. Tapia Fernández (2019), «La eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos seguidos para exigir responsabilidad patrimonial al Estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derecho Humanos», *La Ley Penal*, 134.

¹² De 25 de abril de 2006, núm. 1483/02.

tiva seguida de sentencia no condenatoria con el derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH. De este pronunciamiento podemos destacar, en primer lugar, una afirmación básica o principal, cual es considerar que ni el art. 6.2 CEDH ni ninguna otra cláusula del Convenio otorgan al acusado un derecho a ser reembolsado de las costas o —en lo que aquí más interesa— un derecho a la reparación por su ingreso en prisión preventiva legal en caso de que las diligencias penales iniciadas en su contra no hubieran prosperado, de tal manera que «el simple rechazo de una indemnización no es contrario, por tanto, en sí mismo a la presunción de inocencia»¹³. Dicho más claramente, el Convenio de Roma no exige a los Estados firmantes la articulación de un sistema interno de reparación por prisión provisional indebida¹⁴. Pero no podemos quedarnos en esta afirmación, sino que lo que sucede es más bien que, aunque no resulta imprescindible para el Convenio de Roma, si un Estado se dota de un sistema indemnizatorio lo tiene que hacer con respeto y observancia de todos los preceptos de dicho Convenio, incluido el que garantiza la presunción de inocencia.

Avanzando un poco más en la construcción que hace el Tribunal Europeo, la presunción de inocencia se vulnera, a su juicio, si una decisión judicial

¹³ Así formulada, esta interpretación ya se encuentra en la STEDH de 25 de agosto de 1987, *Englert c. Alemania*, núm. 10282/1983, apdo. 36.

¹⁴ Pero sin confundir esto con el derecho a una indemnización por error judicial penal establecido como necesario, en el art. 3 del Protocolo núm. 7 —suscrito por España en la fecha de su elaboración (22 de noviembre de 1984), pero ratificado veinticinco años después, con lo que para nosotros entró en vigor el 1 de diciembre de 2009 (es decir, mucho más tarde que los hechos enjuiciados en el proceso que nos ocupa)—, que dispone lo siguiente: «Cuando una condena penal definitiva sea ulteriormente anulada o cuando se produzca una medida de gracia porque un nuevo hecho o una nueva revelación prueben que se ha producido un error judicial, la persona que ha sufrido una pena en razón de dicha condena debe ser indemnizada conforme a la ley o los usos en vigor en el Estado de que se trata, a menos que se pruebe que la no revelación en tiempo útil del hecho desconocido le sea imputable en todo o en parte». Adviértase, en cualquier caso, que este sería un supuesto distinto del que nos ocupa, que concuerda más con las previsiones establecidas para el recurso extraordinario de revisión en el art. 960 LECrim, cuyo segundo párrafo, referido precisamente a la consecuencia indemnizatoria del *iudicium rescindens*, fue introducido en nuestro ordenamiento por ley de 24 de junio de 1933, a raíz del «crimen de Cuenca». También en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ratificado por España el 13 de abril de 1977 y en vigor desde el 27 de julio siguiente), su art. 9.5 recoge el derecho efectivo a obtener reparación por parte de toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa.

relativa a un acusado refleja la impresión o la sensación de que es culpable¹⁵, cuando previamente su culpabilidad no ha sido legalmente establecida; bastando para tal vulneración con una motivación que conduzca a pensar que se considera al interesado culpable, aunque no haya una constatación formal en tal sentido y señalando expresamente que el ámbito de la presunción de inocencia no solo alcanza al propio proceso penal, sino que se extiende a actuaciones judiciales posteriores a la finalización de las diligencias penales¹⁶. De tal manera que —y aquí se enmarca el problema que presentaba este asun-

¹⁵ *Sentiment* en el original francés de la sentencia; este término se viene repitiendo desde la *S. Minelli c. Suiza*, de 25 de marzo de 1983, 8660/1979, apdo. 37 (*reflects an opinion*, en las versiones inglesas), hasta la actualidad (véase la STEDH de 27 de noviembre de 2018, *Urat c. Turquía*, núm. 53561/09 y 13952/11, apdo. 52).

Incidentalmente podemos añadir que, para interpretar la presunción de inocencia garantizada en el art. 48 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el Tribunal de Luxemburgo ha seguido fielmente la construcción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: véase la STJ de 10 de julio de 2014, *Nikolau c. Tribunal de Cuentas de la Unión Europea*, C-220/13P, apdo. 35; la STG de 27 de febrero de 2014, *Abdelaziz Ezz c. Consejo de la Unión Europea*, T-256/11, apdo. 82; y la STFP de 11 de mayo de 2010, *Nanopoulos c. Comisión Europea*, apdo. 185.

¹⁶ Esta concepción amplia de la presunción de inocencia, operativa también extramuros del proceso penal, se puede encontrar ya claramente formulada en la STEDH de 10 de febrero de 1995, *Allenet c. Francia*, núm. 15175/89, y también ha sido asumida por el Tribunal General de Luxemburgo: véase la STG de 8 de julio de 2008, *Franchet c. Comisión de las Comunidades Europeas*, T-48/05, apdo. 211.

Aunque un tanto de pasada, el Tribunal Constitucional hace tiempo que afirmó que «el derecho fundamental a la presunción de inocencia pose[e] una *indudable proyección extraprocesal*, por implicar el derecho de todos a no ser considerado ni tratado como partícipe en un hecho punible sin previa resolución judicial que así lo declare» (STC 284/1994, de 24 de octubre, FJ 2; la cursiva está añadida). Sin embargo, y con posterioridad, en el Auto de inadmisión del recurso de amparo intentado por el señor Puig Panella, el Tribunal Constitucional descartó expresamente «que la denegación de la indemnización solicitada por el demandante, en vía administrativa primero y judicial después, haya vulnerado su derecho a la presunción de inocencia, pues los actos del poder público a los que se imputa tal violación *no son actos en los que se haya ejercido la potestad sancionatoria*» (ATC 220/2001, de 18 de julio, FJ 1; la cursiva está añadida). Esta misma doctrina ya se podía advertir en el anterior ATC 145/1998, de 22 de junio, FJ 3. Más recientemente, el alcance extraprocesal de la presunción de inocencia parece plenamente asumido por el Tribunal Constitucional, constituyendo un punto central y controvertido entre la opinión mayoritaria y los votos particulares en su STC 133/2018, de 13 diciembre (de Pleno, aunque resuelve un recurso de amparo), en una vertiente que aquí tiene un interés mucho menor, como es el del alcance de las conclusiones de una comisión parlamentaria de investigación.

to— una denegación de indemnización por prisión preventiva puede plantear problemas desde el prisma del art. 6.2 CEDH «si motivos indisolubles de la parte dispositiva equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad sin que esta haya sido previamente establecida de una manera legal». Dicho más directamente: una resolución denegatoria de la indemnización establecida en el ordenamiento interno, según los términos de su motivación, puede lesionar la presunción de inocencia garantizada por el Convenio.

En el caso concreto de que se trataba, el Tribunal de Estrasburgo llega a la conclusión de que, para rechazar la demanda de indemnización, el Ministerio de Justicia —en resolución confirmada posteriormente por la jurisdicción contencioso-administrativa— se basó en la falta de certeza total sobre la inocencia del recurrente, lo que le resulta incompatible con el necesario respeto a la presunción de inocencia garantizada por el Convenio.

La preocupante conclusión de este asunto será que el ámbito excluido de los supuestos indemnizatorios del art. 294 LOPJ, pese a la interpretación ampliatoria del Tribunal Supremo —que, como hemos visto, pretendía superar los estrechos márgenes que el legislador había establecido, en su dicción literal estricta, pero que dejaba fuera algunos supuestos de absolución—, quedaba descalificado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos porque su aplicación, en tanto fundada en la «falta de prueba» como «ausencia de inocencia probada», contraviene lo dispuesto en el art. 6.2 CEDH.

Esta sentencia constituyó un primer y serio aldabonazo¹⁷, pero no consiguió un cambio de rumbo. El golpe de gracia vendrá cuatro años más tarde con la *Sentencia Tendam c. España*¹⁸.

En este segundo pronunciamiento el Tribunal de Estrasburgo insistirá en su conocido principio básico al respecto, consistente en que la presunción de inocencia se vulnera si una decisión judicial refleja la impresión o da la sensación de que una persona es culpable cuando su culpabilidad no ha sido legalmente probada con anterioridad. A continuación, recuerda expresamente que el ámbito de aplicación de la presunción de inocencia garantizado por el Convenio no se limita a procesos penales pendientes, sino que comprende también otros procesos judiciales consecuencia de la absolución definitiva del imputado; y, una vez firme la absolución, la expresión de dudas sobre la culpabilidad, incluidas las relativas a los motivos de tal absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia.

¹⁷ Así, el Consejo de Estado se hizo inmediato eco de esta doctrina (en su Dictamen de 22 de junio de 2006, núm. 598/2006), dedicando además una reflexión *ad hoc* en su *Memoria* de ese año en la que se proponía —de manera más bien voluntarista— una interpretación del art. 294 LOPJ que salvase los escollos de la construcción *Puig Pennella* (véase *Memoria 2006*, págs. 161 y ss.).

¹⁸ De 13 de julio de 2010, núm. 25720/05.

Es más, en virtud del *in dubio pro reo* —que para el Tribunal de Estrasburgo constituye una expresión particular del principio de la presunción de inocencia— «no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona». Añadiendo, seguidamente (lo que resultará letal para nuestro sistema): «las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos tenidos en cuenta en cada ocasión por el Juez penal. Al contrario, en el marco del artículo 6.2 del Convenio, el fallo de una sentencia absolutoria debe ser respetado por toda autoridad que se pronuncie directa o incidentalmente sobre la responsabilidad penal del interesado». Y, además, «exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia»¹⁹.

A la vista de este argumentario, no hace falta insistir en que la interpretación del art. 294 LOPJ, en la parte que posibilita la denegación de indemnización aun en caso de sentencia absolutoria, quedaba netamente desautorizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Este planteamiento, en fin, se verá íntegramente ratificado por una tercera y más reciente intervención del Tribunal Europeo: la *Sentencia Vlieeeland y Lanni c. España*²⁰.

La postura del Tribunal Europeo de Derechos Humanos podrá resultar discutible —que lo es— y, desde nuestra óptica, desconcertante por las indeseadas consecuencias que ha producido, pero hay que reconocer que, sin perjuicio de algunos pronunciamientos algo más matizados, se trata de una jurisprudencia muy firmemente aplicada desde la década de los años ochenta del pasado siglo. Interpretación que, además, no deja mucho margen, pues existiendo una previsión indemnizatoria para los casos de prisión preventiva, no parece viable adoptar una posterior resolución desestimatoria que, de alguna manera, no ponga en duda la inocencia, por mucho que se tenga especial cuidado en los términos de su motivación. Además, no hace falta recordar que la interpretación del Tribunal de Estrasburgo resulta decisiva, *ex art. 10.2 CE*, en la interpretación de nuestros derechos fundamentales, entre los que también se encuentra el de la presunción de inocencia (*art. 24.2 CE*).

¹⁹ Afirmación tradicional en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo. Así, por ejemplo, en la STEDH de 13 de enero de 2005, *Capeau c. Bélgica*, núm. 42914/1998, dictada también en un asunto de denegación de indemnización por prisión preventiva, podemos leer: «El hecho de exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia, lo que lleva a pensar que el tribunal considera culpable al interesado, parece poco razonable y revela una vulneración de la presunción de inocencia» (apdo. 25)

²⁰ De 16 de febrero de 2016, núms. 53465/11 y 9634/12.

IV. EL RÁPIDO VIRAJE DE LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA HACIA UNA INTERPRETACIÓN MUY RESTRICTIVA

Como ha quedado señalado, la *Sentencia Tendam* se dictó en julio de 2010. Pues bien, solo cuatro meses más tarde, la Sala Tercera del Tribunal Supremo modificará radicalmente su jurisprudencia para adaptarse —lo dice expresamente— a la doctrina del Tribunal de Estrasburgo. Y lo hará, paradójicamente, restringiendo muchísimo el campo de aplicación de los supuestos indemnizatorios que hasta ese momento se venían entendiendo comprendidos en el art. 294 LOPJ.

Así, dos sentencias de 23 de noviembre de 2010²¹ marcarán un nuevo y decisivo rumbo en su interpretación y aplicación por el Tribunal Supremo:

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

Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que hay absolución.

²¹ Recursos núm. 1908/2006 y 4288/2006, ponentes Trillo Alonso y Herrero Pina, respectivamente.

El razonamiento anterior conduce al Tribunal Supremo a desestimar la indemnización solicitada, no sin antes reiterar que el cambio de criterio jurisprudencial en la interpretación del alcance del art. 294 de la LOPJ le viene impuesto por el respeto al derecho reconocido por el art. 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en los términos que resultan de las mencionadas sentencias *Puig Panella* y *Tendam*. Así pues, la Sala Tercera es perfectamente consciente de que está cambiando —y, además, de manera radical— su interpretación anterior e incluso deja traslucir que lo hace bien a su pesar, tratándose de un giro interpretativo al que viene obligada.

Ante la nueva situación creada, el Tribunal Supremo descarta asumir una interpretación propia *contra legem* —esto es, contradictoria con el art. 294 LOPJ— que llevase a otorgar la indemnización en todos los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución, máxime teniendo en cuenta que esta no es una exigencia ineluctable del art. 6.2 CEDH (como ya sabemos que ha afirmado el Tribunal Europeo en reiteradas ocasiones). Planteadas así las cosas, si la interpretación «amplísima» resulta contraria a la ley española y si la «intermedia» existente hasta la fecha resulta contraria al Convenio, la Sala Tercera entiende que no le queda más remedio que aplicar una interpretación estricta o «restrictiva». Así lo hará, aunque precisando que, para estos casos de prisión preventiva indebida, siempre queda la posibilidad de acudir al más genérico supuesto de error judicial del art. 293 LOPJ²².

Para hacernos una mejor idea del alcance de este giro jurisprudencial operado a partir de 2010, podemos señalar que, desde entonces (y salvo error), el Tribunal Supremo solo ha concedido una solicitud de indemnización basada en el art. 294 LOPJ²³. Aunque también hay que reconocer que la Audiencia Nacional sí lo ha hecho en una treintena de sentencias de instancia, bien que probablemente reconduciendo, ahora, a supuestos de inexistencia objetiva diversos casos que antes eran considerados como de inexistencia subjetiva: retirada de la acusación fiscal, inexistencia de pruebas, apartamiento del proceso penal o delito provocado, por ejemplo.

La intervención del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, considerando que España no había respetado suficientemente la presunción de inocencia de quien no entra en el ámbito de los supuestos indemnizables, y el cambio interpretativo del Tribunal Supremo al respecto han tenido como consecuencia que queden sin respaldo indemnizatorio diversos supuestos que sí entraban, hasta ese momento (por la tan repetida constatación de la

²² Lo que, sin embargo, en la práctica no se ha producido nunca (salvo error) y resulta casi imposible de que suceda (como luego se argumentará).

²³ Se trata de la STS de 17 de mayo de 2016, rec. 3696/2014, ponente Trillo Alonso.

«inexistencia subjetiva», que a partir de entonces desaparece), en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del Estado y que unánimemente habían sido considerados merecedores de indemnización por la vía del art. 294 LOPJ. Resulta ciertamente paradójico (y lamentable, en nuestro caso) que un superior nivel de garantía de los derechos fundamentales —*sub specie* protección de la presunción de inocencia— haya generado un retroceso en el sistema indemnizatorio del Estado por la pérdida de libertad indebida.

V. LA RECIENTE TOMA DE POSTURA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL QUE CUESTIONA EL SISTEMA Y DEJA EL PANORAMA MUY ABIERTO

Todo esto, sin embargo, tampoco ha conducido a una situación definitivamente consolidada, puesto que el sistema entero ha sido contestado en sede constitucional con fundamento en una lectura estricta de los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

En efecto, el argumento principal de los demandantes en diversos recursos de amparo ha sido que la presunción de inocencia es idéntica, tanto cuando se absuelve por inexistencia del hecho delictivo (la «inexistencia objetiva», ya mencionada) como cuando se absuelve por insuficiencia probatoria; de tal manera que este segundo supuesto exige el mismo trato que el primero, con lo que la denegación indemnizatoria viene a constituir *per se* una lesión de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE.

El Alto Tribunal, no sin discrepancias internas²⁴, ha otorgado ya el amparo solicitado en sendas sentencias de enero de 2017²⁵. Apoyándose directamente en los tres pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ya conocemos, el Tribunal Constitucional viene a interpretar que, tras una sentencia absolutoria, el requisito de la inexistencia (objetiva) del hecho delictivo exigida por el art. 294 LOPJ —obviamente cuando no se aprecia, que es en la (casi) totalidad de los casos— constituye una lesión de la presunción de inocencia. O, dicho de otro modo, siempre que se deniega una solicitud de indemnización a quien ha resultado absuelto se suscitan dudas sobre la inocencia del solicitante de la indemnización y eso resulta inadmisibles desde el punto de vista del art. 24.2 CE.

²⁴ Dirigidas más bien, posiblemente, contra la construcción extensiva de la presunción de inocencia del Tribunal de Estrasburgo.

²⁵ STC 8/2017, de 19 de enero (del Pleno), y STC 10/2017, de 30 de enero (de la Sala Segunda).

Como es fácilmente deducible, estas sentencias vienen a poner en duda la constitucionalidad misma del sistema basado en el art. 294 LOPJ.

Finalmente, durante la tramitación de un nuevo recurso de amparo, el Pleno del Tribunal Constitucional, tras haber avocado para sí su conocimiento, en un auto muy fundamentado ha planteado cuestión interna de inconstitucionalidad «respecto de los incisos del artículo 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» por oposición a los artículos 17, 14 y 24.2 CE»²⁶.

Hay que estar, entonces, a la espera de lo que nos depare la sentencia que el Pleno del Tribunal Constitucional dicte sobre la constitucionalidad de los mencionados incisos. Pero, vistos los precedentes de los recursos de amparo ya otorgados —no sin dejar de reconocer que con notables discrepancias internas— y los razonamientos utilizados por el Pleno en el planeamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad, resulta bastante previsible que el Tribunal Constitucional declarará la inconstitucionalidad del art. 294.1 LOPJ, en la parte en que limita el supuesto indemnizatorio al requisito de la inexistencia del hecho imputado (o inexistencia objetiva, en terminología ya muy conocida). [Como ya hemos advertido que así se ha producido con su Sentencia del 19 de junio de 2019].

VI. CONSIDERACIONES SOBRE ESTE PROCESO²⁷

El recorrido efectuado ha dado cuenta, resumidamente, de la regulación establecida y de su aplicación efectiva para los supuestos de compensación económica por los perjuicios sufridos en un derecho tan fundamental de toda persona como es su libertad. Podemos ahora formular a este respecto unas sintéticas consideraciones que ayuden a clarificar la situación en la que nos encontramos.

- A) No hace falta insistir en que tan aflictiva medida, como es la prisión provisional, puede tener importantes (a veces, irreversibles) repercusio-

²⁶ Se trata del ATC 79/2018, de 17 de julio.

²⁷ En relación con algunas reflexiones recogidas en este apartado, puede verse S. del Saz Cordero (2014), «La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado», *Revista de Administración Pública*, 195, 2014, págs. 55-98, y (2017), «La inútil prolongación de la agonía del artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial», *Revista Vasca de Administración Pública*, 108, págs. 269-291; F. Díaz Fraile (2017), *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva*, Valencia: Tirant lo Blanch; G. Domenech Pascual (2015), «¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación?», *InDret*, 4, y (2016), «El error de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial», *Revista de Administración Pública*, 199, págs. 171-212.

nes, tanto físicas como psíquicas sobre quien la padece, además de otras secuelas en el ámbito familiar, social, laboral, reputacional, etc. Resulta, por tanto, más que razonable establecer una previsión destinada a paliar *a posteriori* los daños efectivamente sufridos por quien ha padecido cárcel no habiendo cometido delito alguno. Y, entre nosotros, con mayor razón aún, puesto que la combinación de dos factores, como son la larga duración de los procesos penales en nuestro sistema judicial, por un lado, y la extensa previsión legal de la medida provisional (nada menos que hasta cuatro años o hasta la mitad de la pena impuesta si la sentencia condenatoria hubiera sido recurrida, según permite el art. 504 LECrim), por otro, hace que el daño se pueda multiplicar exponencialmente.

A estos efectos, una regulación específica sobre los supuestos indemnizatorios para el caso de la prisión provisional indebida —como ha sido la opción desde 1985— que parta de la constatación de un error *de resultado*, frente a la configuración del genérico error judicial conceptualizado como un error *de actividad*, no conlleva atisbo de inconstitucionalidad alguno. En efecto, el art. 121 CE otorga un amplísimo margen al legislador y, además, siempre cabe su inclusión diferenciada dentro del título de imputación error judicial (aunque sea *sui generis*). Ha de añadirse, además, que una tal previsión especial al respecto no supone ruptura alguna del principio de igualdad dado el diferente punto de partida o presupuesto de hecho tomado en consideración a efectos de una regulación más favorable a la indemnización por prisión provisional indebida que la general establecida para el error judicial²⁸.

- B) La previsión del art. 294 LOPJ pudo solucionar muchos más problemas que los inicialmente imaginables, gracias a una interpretación jurisprudencial notablemente amplia de su presupuesto de partida (la pura inexistencia factual del hecho imputado), y fue muy mayoritariamente aceptada.

Pero esta solución hay que reconocer que albergaba dificultades conceptuales y presentaba algunas fallas en su aplicación efectiva. En efecto, ciñéndonos al caso de la sentencia absolutoria, vemos que la interpretación amplia, largamente asentada entre nosotros, suponía que la aplicación a cada caso implicaba una «relectura» y una verdadera «interpretación» operativa de los términos en los que estaba redactada la resolución judicial, a fin de deducir de ella si nos encontrábamos ante una inocencia probada (indemnizable) o ante una culpabilidad no probada (no indemnizable). Todo ello con la difi-

²⁸ Acabamos de ver que el Tribunal Constitucional ha cuestionado la regulación del art. 294.1 LOPJ también en relación con el art. 14 CE, pero desde una perspectiva diferente a la aquí mencionada, porque lo hace desde el punto de vista «interno» o de contraste entre todos los absueltos.

cultad que tradicionalmente suele presentar la redacción, a veces un tanto estereotipada y expeditiva, de las resoluciones absolutorias (que suelen albergar una carga motivacional mucho menor que las condenatorias), a lo que debe añadirse la «ajenidad» que suelen mostrar los fallos absolutorios con respecto a la existencia previa de una prisión preventiva durante la instrucción.

En fin, no merece insistir más en la falta de idoneidad de un proceso penal para demostrar la inocencia «en positivo».

- C) Esta construcción, con las mencionadas debilidades estructurales, confrontada a un entendimiento muy extenso de la presunción de inocencia, no ha superado el test de Estrasburgo en lo relativo a la presunción de inocencia.

Tradicionalmente se ha venido atribuyendo a este principio una doble virtualidad o dimensión (bien que en íntima conexión): como regla probatoria o de juicio (no se puede afirmar la culpabilidad sino superando, debidamente, el punto de partida básico de la inocencia) y como regla de tratamiento del imputado (no se le puede considerar como si fuese culpable si no hay una previa sentencia declaratoria de su culpabilidad)²⁹. Pues bien, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene una concepción muy amplia de esta dimensión de la presunción de inocencia como regla de trato, operativa también extramuros de cualquier proceso penal y que afecta a cualquier otra resolución judicial (aun no penal) o, incluso, a cualquier resolución puramente administrativa. De alguna manera, esto supone que sobre ningún acusado puede recaer la sospecha de su culpabilidad si no se ha producido su condena. Y, por lo que ahora más nos interesa, recaída sentencia absolutoria, esta produciría una suerte de cosa juzgada universal, de tal manera que cualquier sospecha que se pudiera producir en otros procesos o procedimientos (distintos del proceso penal original o de otros procesos penales subsiguientes, se insiste) no sería compatible con la presunción de inocencia. Entendiendo, además, por sospecha cualquier consideración que no parta de la absoluta inocencia del no condenado.

Dicho ahora de una manera más cercana a nuestra experiencia, la presunción de inocencia no permite diferenciar ya entre (declarado) inocente, con derecho a indemnización, y (declarado) no culpable, sin derecho a indemnización, derivada del art. 294 LOPJ. Tal cosa vendría a suponer, según esta concepción amplia de la presunción de inocencia que lidera el Tribunal de Estrasburgo, una especie de distinción entre inocentes de primera y de segunda clase, incompatible con aquel principio.

²⁹ En este último ámbito, se prescinde ahora de la enjundiosa cuestión de su compatibilidad con la medida de prisión provisional, precisamente.

Así, muy contundente, el Tribunal Europeo no ha admitido la dicotomía fundamental en la que se basaba la interpretación de la jurisdicción contencioso-administrativa, consistente en que, si la absolución era por prueba de la falta de participación en el hecho delictivo, la prisión provisional resultaba indemnizable, pero si la absolución lo era por falta de prueba suficiente de la comisión del hecho delictivo la medida cautelar padecida no resultaba indemnizable. Como ya hemos visto, la garantía de la presunción de inocencia (tal y como se viene entendiendo de antiguo en aquella sede) no soporta esta construcción, por las consecuencias de exclusión que su punto de partida conlleva, viéndose desautorizada, solemnemente, hasta en tres ocasiones.

El resultado final —como ya ha quedado constatado— ha sido que, por una mayor garantía del derecho fundamental a la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo ha tenido que acotar muchísimo *malgré lui* las posibilidades indemnizatorias del art. 294.1 LOPJ, interpretándolo en su estricta literalidad y, además, de manera *prima facie* contraria a lo dicho anteriormente por el propio Tribunal Constitucional³⁰.

- D) La alternativa expresamente propuesta por el Tribunal Supremo en su nueva posición, consistente en remitir al genérico error judicial indemnizable *ex art.* 293 LOPJ (que bien es verdad que estuvo siempre latente como vía alternativa a la del art. 294 LOPJ), no debe hacernos confiar demasiado (más bien nada) en las posibilidades reparatorias que podría producir, pues, además de que ello requiere inexcusablemente recorrer el proceso judicial previo y autónomo ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo para obtener la sentencia *ad hoc* que declare el error judicial (imprescindible título para iniciar luego la acción indemnizatoria en vía administrativa), la asentada conceptualización jurisprudencial del error judicial indemnizable como auténtico dislate judicial la hace muy difícilmente aplicable a una resolución judicial adoptada normalmente al comienzo de un proceso penal, donde no hay pruebas acabadas sino meros indicios y para la que el concurso del Ministerio Fiscal (o, en su defecto, de la parte acusadora) deviene fundamental, puesto que la adopción de la medida provisional de ingreso en prisión no la puede adoptar nunca *motu proprio* el órgano judicial instructor (art. 505 LECrim.).

La reconducción a la vía del error judicial es así, en la práctica, un reenvío a ninguna parte³¹.

³⁰ Recuérdese lo señalado *supra*, en la nota 8.

³¹ Como reconoce hasta el Consejo de Estado en su *Memoria* del año 2011 (págs. 130-133).

- E) Pero incluso el último viraje hacia la interpretación más restrictiva del Tribunal Supremo no ha zanjado la cuestión, ya que, llevando el razonamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hasta sus últimas consecuencias —como ha hecho el Tribunal Constitucional—, parece inevitable concluir que cualquier desestimación de la reparación solicitada en caso de absolución lesiona la presunción de inocencia (por contraste con quien sí puede ser legalmente indemnizado, se insiste). Así, en la situación actual, parece ser que, mientras haya alguna previsión específica para la prisión preventiva no seguida de condena, cualquier denegación a quien no ha sido condenado constituye *eo ipso* una lesión de su derecho garantizado por el art. 24.2 CE.

VII. LA ENCRUCIJADA ACTUAL³²

Si, como parece muy probable³³, el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el requisito de la inexistencia del hecho imputado —porque, en definitiva, excluye indebidamente a algunos absueltos—, el art. 294.1 LOPJ

³² En relación con lo que en este apartado se desarrolla, puede consultarse (con diferentes orientaciones): S. del Saz Cordero (2014 y 2017); F. Díaz Fraile (2017); G. Domenech Pascual (2015 y 2016); L. Ferrajoli (2018); J. Igartua Salaverria (2010), «¿Es preciso probar la inocencia en la revisión penal?», *Diario La Ley*, núm. 7532, de 21 de diciembre, y (2018), «Cómo entender y aplicar el estándar «más allá de toda duda razonable»», *Diario La Ley*, 9258, de 13 de septiembre; J. L. Manzaneros Samaniego (2011), «En las fronteras del error judicial», *Diario La Ley*, 7750, de 5 de diciembre; (2011), «La responsabilidad patrimonial por prisión provisional», *Diario La Ley*, 7761, de 23 de diciembre, y (2012), «Otras cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial por prisión preventiva», *Diario La Ley*, 7768, de 3 de enero; L. Martín Rebollo (2018), «Artículo 121», en AA.VV. (S. Muñoz Machado, ed.), *Comentario mínimo a la Constitución española*, Barcelona: Planeta, págs. 467-468; L. Medina Alcoz (2016), «Los hechos en el Derecho Administrativo español. Una aproximación», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 177, págs. 103-158; L. Rodríguez Ramos (2012), «La responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia. El *Ancien Régime* aún persiste en el siglo XXI», *Diario La Ley*, 7835, de 11 de abril, (2016), «Apariencia y realidad en la responsabilidad patrimonial del Estado Juez (limitada vigencia del artículo 121 CE)», *Teoría y Realidad Constitucional*, 38, págs. 411-431, y (2018), «Todo preso preventivo absuelto merece indemnización. (La STC 8/2017, referente de una reinterpretación del artículo 294 LOPJ)», *Diario La Ley*, 8949, de 27 de marzo.

³³ Vaticinio que no resulta muy arriesgado a la vista de que —como ha quedado recogido— el Tribunal Constitucional ya ha otorgado el amparo en dos recursos (el primero de ellos, además, resuelto por el Pleno) y de que este mismo órgano, tras haber avocado para sí el conocimiento de un tercer recurso de amparo, ha cuestionado la constituciona-

quedará del siguiente tenor: «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».

Atendiendo solo al derecho a la presunción de inocencia, esta solución es la que, probablemente, menos problemas plantee. Y, a primera vista y aisladamente considerada, la que resulta más lógica y coherente; pues podría razonarse: si no hay condena, no tenía que haber habido prisión provisional y, por tanto, automáticamente surge el derecho a ser indemnizado. Ahora bien, esto aumenta exponencialmente el ámbito de aplicación del resarcimiento estatal, de tal manera que toda prisión provisional no seguida de condena dará derecho a percibir una compensación a cargo del Estado; con lo que se implanta, así, *ex novo* un sistema rigurosamente *objetivo* de indemnización para lo que, en definitiva, no es sino una especie —si bien cualificada— del género error judicial.

Esa solución tan lineal y sencilla suscita, sin embargo, algunos recelos que conviene racionalizar.

Para evitar equívocos, explicitaremos el punto de partida que aquí se sostiene: es razonable, incluso deseable, y, además, perfectamente constitucional el establecimiento por el legislador de un sistema indemnizatorio específico para los supuestos de prisión preventiva indebida que sea más «generoso» que el establecido para el error judicial y en el que lo relevante sea el error de *resultado* final manifestado —esto es, la absolución— más que la *actividad* jurisdiccional desarrollada al adoptar la medida provisional (actividad que ha podido ser perfectamente correcta y cuidadosa, pero que ha producido un perjuicio que, tras el desarrollo de todo el proceso penal, se vea que debe ser indemnizado por absolutamente injusto). Además, dicho rotundamente, una persona que no ha cometido delito alguno y, por las circunstancias del caso (y sin culpa suya al respecto), ha sido sometida a prisión merece una completa compensación por parte del Estado; y un ordenamiento que no prevé la hipótesis de su indemnización es un ordenamiento claramente deficiente. En este sentido, en absoluto debiera caerse en la tentación de derogar pura y simplemente el art. 294 LOPJ para hacer desaparecer el problema, máxime tras haber tenido ya un sistema indemnizatorio (aun con todos los defectos que se quieran señalar).

Ahora bien, en la opinión que aquí se mantiene, no todo absuelto ha sufrido un daño que el Estado deba reparar. En las próximas líneas intentaremos aclarar esta delicada (y discutible, naturalmente) afirmación.

En primer lugar, debemos reiterar que el derecho a la presunción de inocencia, *ex art.* 6.2 CEDH, no exige un sistema indemnizatorio para todos

lidad del precepto de la Ley Orgánica del Poder judicial en un Auto muy fundamentado. [Como ya hemos reiterado, este vaticinio se ha visto plenamente corroborado].

los casos de absolución y ni siquiera el pago de las costas del proceso penal, según la interpretación del propio Tribunal Europeo³⁴. Aunque también es cierto que, establecido un sistema indemnizatorio, este no puede aplicarse con lesión de dicho derecho (en su dimensión extraprocesal). En efecto, quienes no resulten beneficiarios de la indemnización, pese a haber sido absueltos, no puede ser que sea debido a una conculcación de su presunción de inocencia. Aquí hay que reconocer que es donde se presentan las principales dificultades para el régimen indemnizatorio por prisión provisional indebida, salvo que, obviamente, se establezca para todos los supuestos.

Volveremos sobre este último punto inmediatamente, pero antes procede hacer algunas consideraciones sobre el proceso penal como cauce debido del *ius puniendi* del Estado.

No resulta impertinente recordar, a este respecto, que un sistema penal garantista está basado en un proceso que tiene rígidamente establecidas unas formas, unos tiempos y, sobre todo, unos principios informadores que constriñen la punición estatal, puesto que tal proceso presupone o implica la opción por minimizar las posibilidades de condena de un inocente, aun pagando el precio inevitable de que no sean condenados algunos culpables de hechos delictivos. Así, entre otros aspectos, existen unos plazos fatales para el ejercicio de la acción penal (so pena de que entre en juego la prescripción) y unas rígidas exigencias para la consideración de las pruebas de cargo (so pena de su invalidez para la condena). Pero, además, el principio para la valoración del acervo probatorio vigente obliga a conformar una idea de la culpabilidad «más allá de toda duda razonable»: estándar de prueba utilizado tanto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos como por el Tribunal Constitucional o la Sala Segunda del Tribunal Supremo y que es mucho más exigente que el requerido en el proceso civil, en el que es de aplicación el de la probabilidad «prevalente» (hipótesis más probable que cualquier otra). Adviértase que esto significa, ni más ni menos, aceptar que el juzgador puede considerar que sea más probable la culpabilidad (hipótesis prevalente sobre su contraria, la de la inocencia) y, sin embargo, tener que absolver porque tal culpabilidad no ha quedado probada *beyond a reasonable doubt*.

Se trata, entonces, de un conjunto de mecanismos del que nos hemos dotado para garantizar, lo máximo posible, que no se produzca la condena de ningún inocente, prefiriendo culpables libres a inocentes condenados³⁵.

³⁴ Desde la STEDH *Englert c. Alemania*, citada *supra* en la nota 12, hasta, por ejemplo, la de 12 de julio de 2013, *Allen c. Reino Unido*, núm. 25424/09, apdo. 8.

³⁵ Lo que se prolonga hasta las diferencias existentes entre el recurso extraordinario de revisión en el proceso civil (art. 509 y ss. LEC) y en el proceso penal (arts. 954 y ss. LECrim).

Así, el «coste de las injusticias» (Ferrajoli) del sistema tiene, a los efectos que aquí interesan, una doble faceta: por un lado, la cifra de la *ineficiencia*, constituida por el número de culpables que quedan sin condenar (algunos de los cuales han podido sufrir prisión preventiva); por otro, la cifra de la *injusticia*, en la que entraría el supuesto de los inocentes que han sufrido prisión provisional (además de otros, que ahora no vienen al caso). Pues bien, lo que sucede es que, desde el momento en el que se establece un nivel de garantías que pretende asegurar al máximo que no se condene a un inocente, inevitablemente estamos admitiendo que queden impunes autores de hechos delictivos y, a la vez, estamos pretendiendo que no haya inocentes que sean declarados culpables. Y la realidad nos demuestra que, pese a las garantías existentes y a las cautelas adoptadas, algunos errores judiciales resultan inevitables. Por aquí es por donde se encaminan las presentes consideraciones: así, si admitimos que va a haber culpables que no resulten condenados por haberse beneficiado (legalmente, eso sí) de los elementos garantistas del sistema y si no hay razones de justicia (ni distributiva ni conmutativa) para compensarles —como no las hay, puesto que el daño sufrido habrá sido consecuencia de sus propios actos ilícitos—, no parece una exigencia ineluctable establecer un sistema general o automático de reparación universal para estos delicados supuestos.

Concretando un poco más: el *in dubio pro reo* obliga a no condenar penalmente, pero no parece que sea una exigencia ética deducible del valor justicia, ni una exigencia jurídica deducible de principio constitucional (o del derecho internacional de los derechos humanos) alguno, que su aplicación conlleve *en todo caso* una indemnización además de la absolucón. Lo primero, porque la justicia requiere compensar por el daño injusto sufrido y esto parece que solo se produce cuando un inocente (*stricto sensu*) ha sufrido la prisión provisional. Lo segundo —esto es, desde el punto de vista del derecho—, porque tampoco se deduce tal cosa del art. 121 CE (ni del art. 9.3 CE, si se quiere forzar su traída a colación³⁶), ni del art. 6.2 CEDH (como reiteradamente ha dicho el Tribunal de Estrasburgo a propósito del contenido del derecho a la presunción de inocencia), ni de cualquier otro principio jurídico supralegal³⁷.

³⁶ Como hace la reciente STC 112/2018, de 17 de octubre, CI, FJ 4.

³⁷ El principio de que quien produce un daño ilegal a otro tiene la obligación de repararlo siempre ha estado claro en las relaciones *inter privatos*. Ha costado más admitirlo cuando es un poder público el causante del daño, pero también ha terminado instalándose en nuestro ordenamiento, aunque con ciertos matices.

Con el valor que se quiera dar al argumento de la analogía, recuérdese que, en la construcción de la responsabilidad patrimonial de los Estados por su incumplimiento del derecho de la Unión Europea, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo se remon-

Si reconducimos el razonamiento a términos más próximos al ámbito de nuestra responsabilidad patrimonial pública, es difícil considerar que una persona que ha realizado una determinada acción delictiva, pero que ha resultado absuelta por haber entrado en juego alguno de los mecanismos garantistas del proceso penal (por ejemplo, la prescripción), reúna el requisito de la antijuridicidad para ser indemnizada por la prisión provisional sufrida en su momento (si esta se efectuó con todos los requisitos, obviamente). Planteado de otra manera, en este supuesto, quien ha sido acusado de haber cometido *prima facie* un delito, aunque luego no haya sido condenado, ¿puede decir que no había tenido el deber jurídico de soportar el perjuicio causado por la medida provisional adoptada? Esto es, ¿que además de beneficiarse del proceso penal debido tiene derecho a ser resarcido? La respuesta a estos interrogantes dependerá, naturalmente, del concepto de antijuridicidad que se sostenga, pero algunos entendemos que no comprende este supuesto.

Una concepción muy amplia y «formal» de la antijuridicidad, aplicada al caso —esto es, entender que quien ha sido absuelto en ningún caso tiene que soportar ningún daño causado por la medida provisional—, puede llevar a conclusiones excesivas. Veámoslo con un ejemplo que lleve esta visión hasta su último extremo. Si una persona resulta absuelta porque, tras haber registrado un domicilio y encontrado diversas drogas y armas, resulta que la conversación telefónica interceptada por la policía (y que era la única prueba para solicitar tal registro) había tenido lugar unos días más tarde del período para el que había sido autorizada por el juez de instrucción, ¿también en este caso habrá que indemnizar por la prisión preventiva sufrida? Y, además, ¿habrá que indemnizarle por los daños materiales originados por el registro (por ejemplo, los deterioros producidos para encontrar los efectos que estaban escondidos y camuflados tras una pared falsa) en el domicilio que se utilizaba como depósito³⁸? Si se enten-

tó al «protoprincipio» consistente en que «una acción u omisión ilegal produce la obligación de reparar el daño causado» (Sentencia de 5 de marzo de 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, apdo. 29), para incluir en aquel caso la indemnización por actuaciones del poder legislativo estatal. Principio además modulado por el conocido (y discutible) requisito de que el incumplimiento consista en una «violación suficientemente caracterizada», que hace que solo resulte indemnizable el daño originado por una infracción «grave» o «manifiesta» de alguna norma del derecho de la Unión Europea destinada a conferir derechos, por parte del poder público estatal en el ejercicio de sus facultades; con la inmediata consecuencia de quedar sin indemnización daños producidos por actuaciones ilegales, pero en los que su causación no haya superado tal umbral de tolerancia.

³⁸ Obviamente no por la incautación de las armas y la droga, porque son objetos fuera del comercio lícito entre particulares. Para lo que pudiera valer, incluso desde 2015 se

diera amplísimamente la antijuridicidad habría que responder afirmativamente a estos interrogantes, siguiendo más o menos este *iter* argumentativo: dado que no ha habido un delito, así declarado en sentencia penal (puesto que esta ha sido absoluta), y dado que el autor de la acción absuelto es igual de inocente que quien no se hubiera visto involucrado en diligencia penal alguna (llevando la presunción de inocencia a sus últimas consecuencias), la conclusión será que la indemnización resulta obligada. Esto a algunos se nos antoja excesivo. Con ello no se quiere decir que ningún perjuicio sufrido en unas diligencias penales deba ser indemnizado por quien se encuentre en estas circunstancias, pero no por algo que pueda ser conectado directamente con su actuación presuntamente delictiva, origen de las diligencias penales.

Además, y siguiendo con nuestra construcción de la responsabilidad del Estado-juez, un mecanismo resarcitorio tan objetivo no encaja nada bien en el sistema constitucional previsto y legislativamente desarrollado: por un lado, el error judicial comporta unas exigentísimas condiciones de intolerabilidad o descalificación de la actuación jurisdiccional³⁹ y, por el otro lado, el funcionamiento de la Administración de justicia debe calificarse, precisamente, de anormal para que origine el derecho a ser indemnizado. La responsabilidad objetiva y «automática» que previsiblemente quedará tras la intervención del Tribunal Constitucional —y que modificará de manera tan radical la opción del legislador orgánico— parte, ciertamente, del pie forzado de una consideración aislada y amplísima de la presunción de inocencia (tal y como la ha interpretado el Tribunal de Estrasburgo), pero no resulta fácilmente asimilable en el sistema derivado del art. 121 CE.

Volviendo al bucle del que parece que no podemos escapar, la única posibilidad para la diferenciación de supuestos —y que aquí se considera como la más adecuada, según se ha dicho ya— sería requerir en cada caso, para el otorgamiento de la indemnización, la prueba de que el absuelto no ha cometido hecho delictivo alguno por el que se le decretó la prisión. Sin embargo, como esto debe partir de un pronunciamiento judicial previo de no culpabilidad, inmediatamente surge la presunción de inocencia no derrotada que, tal como la ha entendido el Tribunal de Estrasburgo, en la práctica impide cualquier matización ulterior de este tipo porque se identifica con alguna suerte de sospecha sobre la inocencia, pues toda denegación de la indemnización solicitada significa *per se* una sospecha sobre la inocencia, inadmisibles según

prevé el decomiso en algunos casos en los que no medie sentencia de condena, aunque sí indicios de criminalidad (art. 127ter CP).

³⁹ Probablemente excesivas, tal y como las ha interpretado el Tribunal Supremo; pero eso es otra cuestión que no procede abordar ahora.

los parámetros convencionales y, en consecuencia, también constitucionales, como tanto hemos reiterado.

La suficiente prueba de la «inexistencia subjetiva» respondía a una finalidad razonable, sin perjuicio de sus intrínsecas dificultades y contradicciones, que ya se han explicitado. Sin embargo, la *vis* expansiva de la presunción de inocencia ha conducido la cuestión a un callejón sin salida donde la reparación de algunos resulta inviable, so pena de indemnizar a todos; solución, esta última, que a algunos nos produce insatisfacción y que no es fácil de justificar. Así, una aplicación maximalista de un principio tan valioso e imprescindible como es el de la presunción de inocencia ha venido a provocar unos efectos perversos y a no dejar mucho margen al legislador para establecer una nueva regulación, sobre todo tras el muy probable y próximo pronunciamiento de inconstitucionalidad del art. 294.1 LOPJ.

VIII. ALGUNAS SUGERENCIAS ANTE LOS PROBLEMAS PLANTEADOS

Dado que, como se ha señalado antes, parece fuera de toda duda la conveniencia de alguna previsión indemnizatoria específica realmente operativa para el caso que nos ocupa y dado que nuestro sistema ha entrado en vía muerta, conviene hacer algún esfuerzo de reflexión para superar el estadio de análisis y diagnóstico de la cuestión y proponer alguna solución. A estos efectos podemos formular dos diferentes propuestas.

- 1ª) Si, en breve, el art. 294.1 LOPJ queda mutilado de sus referencias a la inexistencia del hecho imputado por una sentencia estimatoria de la cuestión de inconstitucionalidad, el efecto inmediato será la extensión de la indemnización a *todos* los casos de prisión provisional seguida de absolución. Si se impone esta consecuencia —que aquí se ha considerado no del todo satisfactoria— convendría que, en su aplicación, tuviera en cuenta las circunstancias concretas de cada caso, en línea con las reflexiones recién expuestas; esto es, diferenciarse los dos supuestos: a) aquellos en los que se indemniza por una antijuridicidad «formal» (cuando alguien que, habiendo sido acusado de cometer el hecho delictivo, luego resulta absuelto); y b) aquellos en los que se indemniza por resultar deducible su inocencia «material» al final del proceso.

Ni qué decir tiene que debería reservarse la indemnización más completa e individualizada para el segundo caso, sin caer en la tentación de aplicar baremos o compensaciones *automatizadas*, porque, si así no se hiciera, se podría caer en una objetivación o estandarización de la indemnización («X euros por cada día en prisión preventiva») que podría

banalizar un perjuicio tan grave como es el de la pérdida de libertad de los inocentes que, además, igualaría, también materialmente, a todos los absueltos (hayan cometido o no actuaciones *prima facie* delictivas), que es lo que a algunos nos parece incorrecto.

Por esta vía de la individualización de las circunstancias del caso —y, por consiguiente, de su reparación— podría, quizá, salvarse, por un lado, el formal trato igual a todos los absueltos y, por otro lado, no afectar al principio de igualdad, que en su integridad también incluye no tratar igual a lo desigual, sin causa justificada. De esta manera se intentaría cuadrar el círculo del trato igual a todos los absueltos (indemnización en todos los casos), pero a la vez teniendo en cuenta las diferencias que entre ellos pudiera haber y que hubieran podido quedar manifestadas al final del proceso penal (individualización de las circunstancias a la hora de indemnizar).

- 2^a) Si el legislador se decidiera a intervenir para dar una salida en la línea con la postura aquí mantenida —y que coincide con la finalidad última que perseguía la interpretación amplia del art. 294.1 LOPJ que mantuvo la jurisdicción contencioso-administrativa con anterioridad a su corrección como consecuencia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, podría considerarse la posibilidad de que, en todos aquellos supuestos en los que hubiera habido prisión provisional, fuese la propia resolución judicial que pone fin al proceso penal (sentencia absolutoria o, en su caso, auto de finalización) la que estableciese la procedencia o no de una indemnización por el tiempo pasado en prisión provisional. Esto es, que el mismo órgano que resuelve sobre la acusación penal decidiese también sobre las consecuencias de la medida provisional adoptada por el órgano judicial durante el proceso⁴⁰.

A estos efectos, el órgano sentenciador tiene un completo y cabal conocimiento del proceso en su integridad y, también en caso de absolución, una mejor comprensión de lo sucedido en su tramitación. Aunque habría que solventar, asimismo, un doble peligro: a) por un lado, habría que evitar cualquier atisbo de reacción o mecanismo de defensa de tintes corporativos, esto es, de justificar la no procedencia de la indemnización —pese a haber decretado la

⁴⁰ Aunque respondiendo, ciertamente, a una lógica muy diferente, recuérdese que el art. 742 LECrim ya prevé que la sentencia penal resuelva «todas las cuestiones referentes a la responsabilidad civil que hayan sido objeto del juicio» (salvo que se hubiera hecho expresa reserva de la acción civil para su posterior ejercicio, según se prevé en el art. 112 LECrim). Lo que se menciona aquí únicamente para señalar que la sentencia penal también puede incluir otros pronunciamientos, como es este de la indemnización por los daños derivados de la actuación delictiva.

absolución, se insiste— para, de alguna manera, «exculpar» al órgano judicial que dispuso la prisión provisional; y b) por otro lado, también habría que conjurar los problemas que pudieran surgir en cuanto a la imparcialidad de este pronunciamiento con respecto a la medida misma de la prisión cautelar adoptada o, dicho más claramente, eliminar cualquier sospecha sobre su parcialidad (subjetiva y también objetiva) por la posible implicación del órgano que resuelve, de tal manera que no hubiera habido ninguna previa actuación —al menos, autónoma— favorable a la misma, ni en vía de recurso de apelación, ni, menos aún, como medida adoptada por el propio órgano sentenciador⁴¹. Hay que reconocer que esta última circunstancia (la intervención directa del órgano sentenciador en el decurso de la prisión preventiva) plantea un problema de entidad no menor a la propuesta que aquí se formula y habría de buscársele alguna salida respetando las exigencias de la imparcialidad⁴².

Lo aquí sugerido supondría una innovación de entidad en los hábitos del proceso criminal y una nueva faceta en la labor enjuiciadora, pero tendría la virtualidad de que, siendo una resolución judicial absolutoria (o su equivalente), aun en el supuesto de que se mostrase, justificadamente, no favorable al otorgamiento de indemnización, su razonamiento no podría considerarse *por sí mismo* contrario a la presunción de inocencia, de la misma manera que cuando se absuelve por aplicación del *in dubio* tampoco se considera que la sentencia absolutoria ponga en duda la inocencia. Lo importante en la senten-

⁴¹ Debe recordarse que, desde que finaliza la instrucción, es el órgano llamado a sentenciar el competente para todo lo relacionado con la prisión preventiva, incluida su adopción *ex novo* si así lo considerase para salvaguardar el buen fin del proceso. A este respecto, puede tener interés la STEDH de 26 de octubre de 2010, *Cardona Serrat c. España*, núm. 3817/06, especialmente apdos. 28 y ss. (y la jurisprudencia ahí recogida), desde la perspectiva de la necesaria imparcialidad subjetiva y objetiva.

⁴² Para un ámbito no muy distante de este, repárese en lo establecido para el supuesto de error judicial imputable a alguna Sala del Tribunal Supremo, cuyo conocimiento se atribuye a la Sala Especial del art. 61 LOPJ (art. 293.1,b LOPJ); y, con mayor similitud de razón, en lo establecido en la Unión Europea, donde —para el conocimiento de la acción de indemnización por los daños causados al no respetarse el plazo razonable por el Tribunal General— el Tribunal de Justicia ha establecido que deberá resolver el Tribunal General, pero en una formación diferente de la que conoció del litigio que dio lugar la procedimiento cuya duración se considera lesiva (véanse, así, sus dos sentencias de 26 de noviembre de 2013: *Gascogne Sack Deutschland c. Comisión*, C-40/12P, apdo. 96; y *Kendrion c. Comisión*, C-50/12P, apdo. 101). Sin embargo, la existencia de un funcionamiento anormal en la tramitación de recursos de amparo o de cuestiones de inconstitucionalidad, a efectos de la responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional, la declara el propio Tribunal Constitucional (art. 32.8 LRJSP):

cia penal es la absolucón; de tal manera que el no otorgamiento de indemnización en la sentencia absolutoria no podría interpretarse como una lesión de la presunción de inocencia que debe entenderse respetada con el fallo absolutorio. Naturalmente, la sentencia absolutoria que no reconociese la indemnización tendría que poder ser recurrida, pues existiría el gravamen legitimador suficiente y, en consecuencia, entraría en juego la garantía del art. 24 CE⁴³.

Así, además, evitaríamos la no fácil cuestión de la «interpretación» de las sentencias penales absolutorias que había que hacer —primero por la Administración y luego por la jurisdicción contencioso-administrativa— para dilucidar si nos encontrábamos ante una inocencia demostrada o ante una culpabilidad no probada, según el sistema que estuvo vigente entre nosotros hasta 2010.

A partir de aquí —esto es, de la obtención de una sentencia absolutoria que estableciese la procedencia de compensar los perjuicios sufridos por la medida cautelar—, el interesado podría dirigirse al Ministerio de Justicia para solicitar la indemnización en la vía administrativa y, en caso de desacuerdo (con la cantidad, por ejemplo), acudir al recurso contencioso-administrativo. Pero la sentencia penal absolutoria favorable a la concesión de indemnización constituiría un título que ya no podría ponerse en discusión. Nos aproxim r amos, así, al régimen de la acción indemnizatoria procedente en caso de error judicial (art. 293 LOPJ).

En esta hipótesis, el legislador debería considerar la pertinencia de establecer algunas pautas o criterios para determinar los casos en los que el órgano judicial penal, pese a la absolucón, podría declarar —eso sí, muy motivadamente— la improcedencia de la indemnización.

Es una propuesta que tiene dificultades, ciertamente, pero su consideración quizá podría ayudar a encontrar una salida viable al problema que, hoy por hoy, tenemos mal resuelto.

En efecto, en estos momentos deberían evitarse dos riesgos. El primero es el de optar por la indemnización indiscriminada para todos los casos de absolucón —y, peor aún, si se parificasen cuantitativamente—, que puede resultar una comprensible tentación, en cuanto que se muestra como la «solución» más lineal y, aparentemente, sencilla y, además, porque no presentaría problemas con respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a su interpretación por el Tribunal de Estrasburgo. Esta opción, sin embargo, deja un poso de insatisfacción, por todas las razones anteriormente señaladas; esto es, la indemnización de quien no se lo merece (por sus actuaciones en relación con actividades presuntamente delictivas), por un lado, y la insuficiente

⁴³ Recuérdese lo advertido *supra*, en la nota 9.

singularización de quien sí debería ser plenamente reconocido por el sistema resarcitorio (sin ser asimilado a otros supuestos), por otro.

El segundo riesgo es el de la eliminación pura y simple de un sistema indemnizatorio específico para la prisión provisional seguida de absolución —esto es, la derogación *in integrum* del art. 294 LOPJ—, reconduciéndolo al genéricamente establecido para el error judicial, que era la única salida que el Tribunal Supremo consideró que le quedaba tras los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo (como ya ha quedado dicho). Esto significaría una regresión evidente con respecto al sistema que hemos tenido durante muchos años y, sobre todo, una incomprensible restricción de las obligaciones del Estado-juez, pues tal opción, en vez de partir de lo que ha resultado finalmente en el proceso penal (la absolución), solo deja como elemento decisivo el criterio del desacierto de la actividad jurisdiccional llevada a cabo en la adopción de la medida cautelar. Esto, indefectiblemente, conducirá a la no concesión de indemnización alguna en la (casi) totalidad de los supuestos, por mucha evidencia de la inocencia del interesado que resulte, porque —conviene no olvidarlo— ya no será eso, en absoluto, lo que haya que tener en cuenta para indemnizar, sino si el órgano judicial cometió, en su momento, un yerro palmario, patente, indubitado e inadmisibles en la aplicación de las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal sobre la medida cautelar. Se insiste, no singularizar el supuesto que aquí nos ocupa del subsumido genéricamente en el error judicial es tratar igual lo demasiado desigual⁴⁴.

La propuesta aquí esbozada tiene sus dificultades técnicas y hay que reconocer que introduce en el seno del proceso penal un elemento extraño de autocorrección —o, mejor, de autocompensación— que no resulta sencillo de encajar. Pero también ayudaría a que, en todo proceso penal en el que se ha ordenado la prisión provisional y luego se ha producido la absolución, aquella no resultase un indiferente jurídico o fuera solventada solo con la inmediata puesta en libertad, en el caso de que continuase vigente la medida cautelar; sino que hubiese una consideración específica sobre las consecuencias de tan grave medida en cuanto a su reparación por el Estado, que únicamente poderosas razones de inexistencia de antijuridicidad —en el sentido anteriormente apuntado— podrían excluir.

En cualquier caso, el problema que tenemos planteado es suficientemente grave como para ser abordado en profundidad y exploradas todas las posibilidades, en busca de la que, finalmente, resulte la mejor solución.

⁴⁴ Es cierto que el Tribunal Constitucional no ha admitido la construcción conocida como «discriminación por indiferenciación», pero ello no obsta para que la mejor solución, también constitucional, sea, justamente, la diferente regulación de dos supuestos de hecho bien distintos.