

SECCIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

10913 *Pleno. Sentencia 85/2019, de 19 de junio de 2019. Cuestión interna de inconstitucionalidad 4314-2018. Planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación el artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Principio de igualdad ante la ley y derecho a la presunción de inocencia: nulidad de los incisos del precepto legal que regulan la indemnización a quienes hayan sufrido prisión provisional limitándola a los supuestos de inexistencia del hecho imputado o sobreseimiento libre (STC 8/2017). Votos particulares.*

ECLI:ES:TC:2019:85.

El Pleno del Tribunal Constitucional, compuesto por el magistrado don Juan José González Rivas, presidente; la magistrada doña Encarnación Roca Trías; los magistrados don Andrés Ollero Tassara, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Santiago Martínez-Vares García, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez, don Alfredo Montoya Melgar, don Ricardo Enríquez Sancho, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y la magistrada doña María Luisa Balaguer Callejón, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 4314-2018, planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Han comparecido y formulado alegaciones el abogado del Estado y la fiscal general del Estado. Ha sido ponente el magistrado don Fernando Valdés Dal-Ré.

I. Antecedentes

1. Mediante providencia de 6 de septiembre de 2018, el Pleno de este Tribunal admitió a trámite la presente cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el Pleno en el recurso de amparo avocado núm. 4035-2012, en relación con los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), por posible vulneración de los arts. 17, 14 y 24.2 CE. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), acordó reservarse para sí el conocimiento de la cuestión.

2. Los antecedentes de la presente cuestión interna de inconstitucionalidad son los que a continuación se resumen.

a) Mediante escrito registrado en este Tribunal el 3 de julio de 2012, la procuradora de los Tribunales doña María de los Ángeles Sánchez Fernández, en nombre y representación de don Mohammed Saad Akhtar, interpuso recurso de amparo contra la sentencia de 24 de mayo de 2012 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección

Tercera) de la Audiencia Nacional, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 422-2011 interpuesto contra la resolución del secretario de Estado de Justicia de 11 de mayo de 2011, recaída en el expediente núm. 321-2010, denegatoria de la indemnización solicitada por haber sufrido prisión provisional y ser absuelto posteriormente.

Los hechos de los que trae causa el recurso de amparo (tramitado ante el Pleno de este Tribunal con el núm. 4035-2012) son, en síntesis, los siguientes:

(i) Mediante resolución de 11 de mayo de 2011, el secretario de Estado de Justicia, por delegación del ministro de Justicia, resolvió desestimar la reclamación formulada por el demandante de amparo por la prisión provisional en la que permaneció 358 días, acordada en el procedimiento penal en el que fue absuelto de todos los cargos por sentencia de 13 de octubre de 2009 de la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona. En la resolución se aduce, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, que se absuelve al hoy reclamante por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia, porque la prueba practicada en el juicio oral no permite estimar acreditada su participación en los hechos declarados probados. «Estamos ante el supuesto de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria sin que se haya acreditado la total desconexión de la reclamante respecto de los delitos que se le imputaban. Por otra parte, tampoco la sentencia [penal] declara la inexistencia de los hechos imputados, requisito fijado por el artículo 294 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

(ii) Contra dicha resolución se interpuso recurso contencioso-administrativo en el que se alega, en síntesis, que concurren los requisitos para la existencia de un funcionamiento anormal de la administración de Justicia, procediendo la aplicación del art. 294 LOPJ, al estar en presencia de la inexistencia subjetiva; es decir, de la no participación del actor en los hechos imputados. Especifica que no se debe aplicar la jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en las sentencias de 23 de noviembre de 2010, que remiten a la vía del error judicial del art. 293 LOPJ, ya que dicha jurisprudencia es posterior a su reclamación e infringe los derechos fundamentales contenidos en los arts. 14, 17 y 24.1 y 2 de la CE, así como los arts. 5.5, 6.2 y 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

(iii) Por sentencia de 24 de mayo de 2012, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó la pretensión formulada. Se razona que, conforme al cambio de criterio jurisprudencial sobre el marco del art. 294 LOPJ, introducido por el Tribunal Supremo en dos sentencias de 23 de noviembre de 2010 y confirmado posteriormente por otras sentencias del alto Tribunal, el art. 294 LOPJ contempla solo supuestos de inexistencia objetiva del hecho, que no se aprecia en el caso, ya que la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona declara la existencia de los delitos de homicidio en grado de tentativa y de lesiones y absuelve por la no acreditación de la participación de los acusados en los hechos declarados probados por insuficiencia de la prueba de cargo. A juicio de la sala, la pretensión debería haberse canalizado, en tiempo y forma, por la vía del art. 293 LOPJ.

b) El recurrente denuncia en su demanda de amparo que la sentencia de la Audiencia Nacional ha vulnerado sus derechos a la libertad y seguridad (art. 17.1 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE y art. 6.2 CEDH) así como la obligación de indemnizar fijada en el art. 5.5. CEDH. Suplica que se declare su nulidad y se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a su dictado. En síntesis, fundamenta sus quejas con los siguientes argumentos:

(i) Se desconoce el derecho a la libertad del art. 17 CE en cuanto se ha acreditado que no tuvo participación en el delito que provocó la prisión provisional y, sin embargo, se ha desestimado la pretensión indemnizatoria al respecto. El recurrente parte de que la obligación de soportar la privación de libertad como sacrificio del interés individual en beneficio del interés general de la sociedad (STC 47/2000, de 17 de febrero) debe ser

indemnizada por el Estado cuando se archive o se absuelva en el procedimiento penal. Junto a esa premisa, trae al debate los arts. 121 CE y 294 LOPJ y el carácter objetivo –a su entender– de la responsabilidad patrimonial del Estado por anormal funcionamiento de la administración de Justicia, cuyos dos únicos requisitos, funcionamiento anormal y daño, estima que están claramente presentes en los supuestos de prisión provisional seguida de sentencia absolutoria o archivo.

(ii) Se vulnera el derecho a la igualdad consagrado en el art. 14 CE. La denegación de la indemnización por haber sufrido prisión provisional comporta una diferenciación sin causa justificada respecto de las personas a las que sí se les reconocen indemnizaciones por dilaciones indebidas, incluso con independencia de que la sentencia dictada en el proceso penal sea absolutoria o condenatoria. En ambos supuestos concurre una responsabilidad patrimonial objetiva del Estado por anormal funcionamiento de la administración de Justicia.

(iii) Se lesiona el derecho a la presunción de inocencia reconocido en los arts. 24.2 CE y 6.2 CEDH, ya que, a pesar de que existe una sentencia absolutoria, se pone en duda su inocencia al considerar que existen indicios de culpabilidad para denegar la indemnización reclamada, tal como razonan las SSTEDH de 25 de abril de 2006, caso *Puig Panella c. España*, o de 13 de julio de 2010, caso *Tendam c. España*.

(iv) Se infringe el art. 5.5 CEDH, que, a su juicio, establece la obligación de los Estados firmantes de indemnizar a las personas que, habiendo estado privadas de libertad, sean declaradas inocentes con posterioridad.

c) Por providencia de 23 de mayo de 2013, la Sala Segunda de este Tribunal acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo, cuya tramitación continuó conforme al cauce legalmente previsto, acordando el Pleno de este Tribunal por providencia de 20 de febrero de 2017 recabar para sí el conocimiento del recurso de amparo, a propuesta del presidente y de conformidad con el art. 10.1 n) LOTC.

d) El Pleno acordó, por providencia de 24 de mayo de 2018 y en ejercicio de la potestad prevista en el art. 55.2 LOTC, con suspensión del plazo para dictar sentencia, «oír a las partes personadas y al Ministerio Fiscal, para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear cuestión de inconstitucionalidad o sobre el fondo de ésta, respecto de si los incisos del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial "por inexistencia del hecho imputado" y "por esta misma causa" pueden resultar contrarios a los derechos a la libertad personal (art. 17 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (24.2 CE), al vincular el derecho a la indemnización por prisión preventiva solo a los supuestos en que la resolución penal determina la inexistencia del hecho imputado».

e) La representación procesal del recurrente en amparo formalizó escrito registrado el 7 de junio de 2018, donde efectuó sus alegaciones en apoyo del planteamiento de la referida cuestión interna de inconstitucionalidad. Estima que el art. 294.1 LOPJ vulnera el derecho a la igualdad (art. 14 CE) en tanto se discrimina en materia de responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de la administración de Justicia los supuestos de indemnización por prisión provisional y por dilaciones indebidas. También entiende que infringe el art. 17.1 CE, en tanto la prisión provisional supone el sacrificio del interés individual en beneficio general de la sociedad, sacrificio este que debe indemnizarse cuando se absuelve o se sobresee, lo que enlaza con el carácter objetivo de la responsabilidad por el funcionamiento anormal de la administración de Justicia y el art. 121 CE. Por último, considera que el art. 294.1 LOPJ lesiona el art. 24.2 CE en relación con el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que opera en el procedimiento administrativo, según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando se deniega la indemnización por haber sufrido prisión provisional en atención a que existen indicios de participación en un delito a pesar de existir una sentencia absolutoria.

f) El abogado del Estado presentó escrito registrado el 11 de junio de 2018 en el que suplica que el Tribunal decline el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad. A su entender, debe descartarse claramente que el tenor literal del

art. 294.1 LOPJ vulnera los arts. 17 y 24.2 CE. Subraya que el precepto se limita a definir los supuestos indemnizables, sin que la denegación de una indemnización afecte al derecho a la libertad, pues no incide en la situación de libertad del demandante ni implica su privación o restricción (ATC 145/1998) ni existe un derecho a ser indemnizado por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución (STC 8/2017, al hilo de los criterios del Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Tampoco los términos legales del precepto entrañan, a su juicio, una sospecha de culpabilidad sobre el sujeto absuelto contraria al derecho a la presunción de inocencia, que, en su caso, procederá de la concreta decisión y los términos que adopte el órgano jurisdiccional.

Por lo que atañe a la hipotética incompatibilidad del art. 294 LOPJ con el art. 14 de la CE, que juzga el aspecto más propio de una cuestión de inconstitucionalidad por apuntar al tenor del precepto legal y no a su aplicación, argumenta que se trata de un supuesto específico de responsabilidad patrimonial del Estado-Juez. Defiende que ese supuesto no es genéricamente distinto del específico de error judicial o del de funcionamiento anormal de la administración de Justicia como supuestos de responsabilidad patrimonial de la administración de Justicia, de carácter subjetivo o por culpa conforme al art. 121 CE. En concreto, se trataría de un caso de error judicial con un procedimiento simplificado, lo que considera motivado razonablemente, porque, en caso de absolución o sobreseimiento por inexistencia del hecho imputado, es más clara objetivamente la situación de error (art. 294 LOPJ) que en caso de falta de pruebas, por lo que no requiere de una nueva declaración judicial de error (art. 293 LOPJ), que sí será precisa en el resto de supuestos. Apunta después que el art. 121 CE no estatuye el que la responsabilidad por prisión sea objetiva, sino que tiene como presupuesto la equivocación del juez, de modo que la decisión de indemnizar en casos de prisión sin error judicial pertenece a la decisión del legislador. En suma, tanto el mantenimiento del contenido actual del art. 294 LOPJ como su modificación o supresión son opciones legislativas *ex Constitutione*.

g) El fiscal ante el Tribunal Constitucional formuló sus alegaciones mediante escrito presentado el 21 de junio de 2018, en el que estima concurrentes los requisitos procesales de rango legal del precepto cuestionado: momento procesal oportuno, apertura del trámite conforme a lo dispuesto en el art. 35.2 LOTC y juicio de aplicabilidad, pero cuestiona el requisito de relevancia. Más allá de manifestar algunas dudas sobre un posible óbice de falta de agotamiento de la demanda, aduce razones de fondo apoyadas en la jurisprudencia constitucional para rechazar la necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad. Considera que el Tribunal ya se ha encontrado con el problema de la aplicación y relevancia del art. 294.1 LOPJ en recursos de amparo que se revelan sustancialmente idénticos o semejantes al presente, muy específicamente en las SSTC 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero, y lo ha resuelto sin cuestionar la constitucionalidad, ni parcial ni absoluta, del precepto.

En particular, sostiene que esas sentencias han puesto de manifiesto que la lesión del art. 24.2 CE no se debe a la denegación de la indemnización con base en el precepto, sino a la concreta motivación o argumentación así como al ejercicio por los órganos jurisdiccionales de sus funciones. Asimismo, el Tribunal Constitucional no ha controvertido la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el art. 294.1 LOPJ, no habiendo avalado la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática (STC 8/2017, FJ 5), que es precisamente lo sostenido por el recurrente de amparo con base en el art. 17 CE y, sin embargo, negado en el ATC 145/1998, de 22 de junio. Por último y respecto a la vulneración del derecho a la igualdad del art. 14 CE, la demanda plantea una lesión del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley sin acreditar un *tertium comparationis* aceptable, al pretender comparar casos no iguales, cuales son la indemnización por dilaciones indebidas y por prisión preventiva. Y recuerda que el Tribunal Constitucional ha descartado ya la alegación de vulneración del derecho a la igualdad (ATC 220/2001, FJ 3) en la regulación y consecuencias de los arts. 292 y siguientes LOPJ, dado el amplio margen del que dispone el legislador ordinario para el desarrollo del art. 121 CE, del que ha hecho uso en dicha regulación. El error judicial es

un concepto jurídico indeterminado que debe concretarse en el plano de la legalidad por los tribunales.

3. Por ATC 79/2018, de 17 de julio, el Pleno del Tribunal acordó plantear cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de los incisos del art. 294.1 LOPJ «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» por oposición a los arts. 17, 14 y 24.2 CE.

El auto argumenta la aplicabilidad y relevancia de los citados incisos del art. 294.1 LOPJ. De un lado, tanto la resolución administrativa como la judicial, a las que se imputan las lesiones de los arts. 17, 14 y 24.2 CE, rechazan la solicitud de indemnización porque el citado precepto legal no reconoce un derecho a la indemnización en el caso controvertido, al haberse absuelto por falta de pruebas de la participación en los hechos y no por «inexistencia del hecho imputado». De otro lado, pone el acento en las particularidades del supuesto frente a otros ya examinados por el Tribunal, singularmente los resueltos en las SSTC 8/2017 y 10/2017. Esa singularidad atañe tanto al contenido impugnatorio que, además de denunciar la lesión del derecho a la presunción de inocencia, también apunta a la infracción del derecho a la libertad y del derecho a la igualdad, como al contexto fáctico de decisión, que analiza la falta de acreditación de la participación en los hechos y no del hecho mismo. Por todo ello, el Pleno concluye que no cabe proyectar al recurso de amparo en cuestión la doctrina constitucional existente y descarta la irrelevancia de cuestionar la constitucionalidad del precepto aducida por el Ministerio Fiscal con base en esa doctrina.

El Tribunal recuerda que en la STC 98/1992, de 22 de junio, FJ 2, se afirma que, desde la finalidad de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales, cuestionándose la admisibilidad constitucional ex art. 14 CE de una interpretación restrictiva del art. 294.1 LOPJ que excluyera del ámbito de indemnización los supuestos de probada inexistencia subjetiva y lo limitara a los supuestos de inexistencia objetiva del hecho. Destaca también que en la STC 8/2017, de 19 de enero, FJ 7, se declara incompatible con el art. 24.2 CE la utilización de argumentos que directa o indirectamente afecten a la presunción de inocencia al decidir sobre la responsabilidad de la Administración de Justicia por prisión provisional. Sin embargo, así parece hacerlo la delimitación del derecho a la indemnización por lo probado o no en el proceso penal, que atiende a la prueba de la inexistencia del hecho imputado con la exclusión implícita de la idoneidad a efectos resarcitorios de la absolución por la insuficiencia de la prueba practicada para generar una convicción sobre la responsabilidad criminal más allá de toda duda razonable (STC 10/2017, FJ 4). Y, en fin, se subraya que el recurso de amparo de origen fue admitido al apreciar que concurría en el mismo especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC), porque da ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de un proceso de reflexión interna [STC 155/2009, FJ 2, b)], en relación con el fundamento constitucional de la indemnización por prisión preventiva en el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE).

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

4. Por providencia de 6 de septiembre de 2018, el Pleno del Tribunal Constitucional acordó tener por planteada la presente cuestión interna de inconstitucionalidad en aplicación de los arts. 55.2 y 35.2 LOTC, reservarse su conocimiento y, de conformidad con el art. 37.3 LOTC, dar traslado de las actuaciones recibidas al Congreso de los

Diputados, al Senado, al Gobierno y al fiscal general del Estado, para que en el plazo improrrogable de quince días pudieran personarse en el proceso y formular las alegaciones que estimasen convenientes.

5. El 13 de septiembre de 2018 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal comunicación de la presidenta del Congreso dando cuenta de que la mesa de la cámara acordó personarse en el proceso y ofrecer su colaboración a los efectos del art. 88.1 LOTC. Idéntico ofrecimiento por parte del Senado fue comunicado por su presidente a este Tribunal mediante oficio registrado el 20 de septiembre de 2018.

6. El abogado del Estado se personó en el proceso y formuló sus alegaciones por escrito registrado el 28 de septiembre de 2018, en el que solicita la desestimación íntegra de la cuestión interna de inconstitucionalidad con base en las alegaciones ya hechas al pronunciarse sobre la oportunidad de plantear la cuestión, adicionando los argumentos que a continuación se exponen de forma resumida.

Con carácter preliminar se efectúa un cuádruple recordatorio: (i) la Constitución no reconoce un derecho fundamental a ser indemnizado en los casos de prisión provisional, como tampoco lo hace el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que solo dispone la obligación de hacerlo en los casos de detención irregular de su art. 5.5; (ii) la responsabilidad de la administración de Justicia se limita a los casos de funcionamiento anormal, conforme al art. 121 CE, a diferencia de los casos de responsabilidad por el funcionamiento de otros servicios públicos (art. 106 CE); (iii) la libertad que tiene el legislador para configurar esa responsabilidad, que se plasma en los arts. 292 y ss. LOPJ; (iv) y, en ese marco, el art. 294 LOPJ reconoce el derecho a la indemnización en caso de absolución o sobreseimiento por «inexistencia del hecho imputado», de modo que la eliminación de los incisos cuestionados supondría una modificación sustancial del precepto que convertiría la indemnización en objetiva e ilimitada, con importantes consecuencias económicas, frente a la decisión del legislador e, incluso, del constituyente, que debería sostenerse en razones muy poderosas. Para completar lo que califica como marco de referencia que debe asumirse al debatir sobre la inconstitucionalidad de los incisos del art. 294 LOPJ, añade que el régimen legal de la prisión viene acompañado de un ámbito de incertidumbre sobre si el proceso terminará con la absolución o el sobreseimiento, y teniendo los ciudadanos el deber jurídico de soportar dicha incertidumbre. Por último, apunta que la evolución de la interpretación del precepto ha pasado por una visión extensiva, que incluía supuestos de inexistencia objetiva y subjetiva; pero después se ha restringido a una interpretación literal que solo atiende a los casos de inexistencia objetiva para adaptarla a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el derecho a la presunción de inocencia. No obstante, destaca que, para los supuestos antes cubiertos por la doctrina extensiva, queda abierta la vía del error judicial, que no es ineficaz, pues el art. 294 LOPJ es un subtipo de error judicial, que, al quedar evidenciado en el proceso penal, no precisa otra declaración jurisdiccional en tal sentido.

Sentadas las premisas anteriores, rechaza sintéticamente la contrariedad del precepto cuestionado con los tres preceptos constitucionales respecto a los que se plantea la cuestión.

a) Defiende la conformidad del art. 294 LOPJ con el art. 17 CE, ya que no se comprende la relación entre una indemnización económica exigible cuando la privación de la libertad personal ha cesado y la persona ha sido absuelta y las garantías previstas en el artículo 17 CE, como ya razonó el ATC 145/1998. El precepto, como sucede en el 5.5 CEDH, protege frente a la detención arbitraria, sin seguir las formalidades legales, por lo que del art. 17 CE podría deducirse hipotéticamente un deber de indemnizar por parte del Estado cuando la prisión provisional ha sido arbitraria e ilegal, pero no cuando el juez la ha decretado razonando su procedencia. Otra cosa, apunta, es que el legislador, en el ejercicio de su voluntad política y por la vía de la legislación de desarrollo de la Constitución en materia de responsabilidad patrimonial, reconozca el

derecho a obtener una indemnización a las personas privadas de libertad provisionalmente y luego absueltas o cuya imputación haya sido sobreeséda. Y puntualiza que, incluso si se acepta que del art. 17 CE se deriva esta dimensión indemnizatoria, dado que no se trata de un derecho relacional, no puede considerarse inconstitucional una previsión como el art. 294 LOPJ, que precisamente indemniza a la persona en la que concurren esas circunstancias, que, no son, precisamente, las del supuesto del recurso de amparo que motiva la cuestión.

b) La representación del Gobierno tampoco acierta a comprender la base jurídica con que se plantea la vulneración del principio de presunción de inocencia a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que condena al Reino de España cuando la inocencia fijada en el proceso penal se ha visto matizada o modificada por la administración o por los órganos jurisdiccionales que han apreciado una duda sobre esa declaración de inocencia como base para no indemnizar. El enunciado normativo del pasaje legal cuestionado, sin embargo, se formula de forma que si la persona ha sido absuelta por inexistencia del hecho, la indemnización debe reconocerse, sin que pueda arrojarse duda alguna sobre la inocencia de la persona absuelta, que será una interpretación errónea de la administración o del órgano jurisdiccional ajena a la constitucionalidad del mencionado pasaje legal. Como en el caso del art. 17 CE, tampoco aquí el derecho tiene una dimensión relacional, de modo que no puede considerarse inconstitucional una previsión que precisamente indemniza a la persona en la que concurren estas circunstancias, insistiendo en que ello no acontece en el caso, sin mención alguna a la inocencia de la persona privada de libertad.

c) A juicio del abogado del Estado, la posible vulneración del art. 14 CE sí tiene una indudable dimensión relacional, que el Tribunal ha concretado al señalar como término de comparación los casos de inexistencia subjetiva, que ya la STC 98/1992 consideró idénticos a los de inexistencia objetiva. No obstante, recuerda que esa misma sentencia apreció diferencias razonables con la absolución por falta de prueba y que el ATC 220/2001 rechazó que los distintos supuestos regulados en la Ley Orgánica del Poder Judicial vulneraran el derecho a la igualdad, dado el amplio margen del que dispone el legislador para desarrollar el art. 121 CE. El abogado del Estado rechaza de partida que sean comparables los supuestos de falta de acreditación de la participación en el hecho punible con los de inexistencia del hecho. Pero, incluso si se afirmara la corrección de ese término de comparación, descarta que el diferente tratamiento que dispone el legislador pueda calificarse de irrazonable, arbitrario o desproporcionado en el marco de esa amplia libertad de configuración y en tanto no es lo mismo una prisión provisional, seguida de la constatación de la inexistencia de un hecho, que la falta de acreditación de la participación subjetiva en un hecho constatado, situación en la que puede reclamarse por la vía del error judicial.

A modo de conclusión, el abogado del Estado advierte que la apreciación de la inconstitucionalidad supondría una actuación de este Tribunal como legislador que ampliaría sustancialmente el precepto, convirtiendo la responsabilidad del Estado en una responsabilidad automática y objetiva en contra de lo dispuesto en el art. 121 CE y del entendimiento del Tribunal Supremo sobre el art. 294 LOPJ y la indemnización por prisión preventiva. Con el añadido de que «podría restringir las facultades del juez de instrucción» y de que «probablemente produciría efectos injustos entre ciudadanos privados provisionalmente de libertad por motivos sustancialmente distintos [...] e incluso respecto de casos de error judicial no asociados a la prisión provisional».

7. La fiscal general del Estado, mediante escrito registrado el 23 de octubre de 2018, interesó la estimación de la presente cuestión interna de inconstitucionalidad por entender que los incisos cuestionados vulneran los arts. 17, 14 y 24.2 CE a la luz de la posición del Pleno reflejada en el auto de planteamiento.

a) En el bloque más amplio de razonamientos, aborda la oposición de los incisos cuestionados del art. 294 LOPJ al art. 17 CE desde el reconocimiento de la dificultad de anticipar el cambio de doctrina que entiende que se está planteando el Tribunal

Constitucional sobre el fundamento constitucional de la indemnización por prisión preventiva en relación con el derecho a la libertad (art. 17 CE). Lo característico del art. 294 LOPJ es que se refiere a supuestos de prisión provisional lícita y legalmente adoptada. Ese presupuesto aplicativo aleja el precepto de lo establecido en el art. 5.5 CEDH, que obliga a indemnizar por situaciones de prisión irregular precisamente porque se conculca el derecho a la libertad (art. 17 CE). Pero también lo aleja del art. 121 CE, pues no se trata de un caso de funcionamiento anormal de la administración de Justicia ni del supuesto específico de error judicial, como viene entendiendo el Tribunal Supremo, ya que la corrección inicial de la medida cautelar no cambia por el hecho de que la solución definitiva del proceso sea distinta a la condena. Con tal base, apunta que la situación de prisión regular indemnizable que recoge el art. 294 LOPJ puede tener como fundamento indemnizatorio «el mero sacrificio que, en aras de intereses de persuasión eficaz del delito y otros generales de protección de valores, derechos o bienes constitucionales presentes en el proceso penal, comporta su adopción –aún legítima– en la esfera y ámbito que le es propio a este derecho [a la libertad] en cuanto limitación de la "libertad física" o deambulatoria, que también constituye un valor constitucional de primer orden a garantizar y proteger por los poderes públicos».

La fiscalía defiende que existe una «conexión o vínculo constitucional del art. 294 LOPJ con el art. 17 CE, que erigiría a este en la verdadera fuente del deber indemnizatorio por las prisiones provisionales regulares sufridas sin posterior desenlace de condena», operando como una especie de compensación o reparación al individuo por el daño sufrido en su derecho a la libertad, en línea con lo previsto en los arts. 58 y 59 del Código penal sobre la compensación en caso de condena penal. «En definitiva, frente al deber de los investigados sometidos a una causa penal de soportar o sobrellevar injerencias legítimas o medidas restrictivas de su libertad en condiciones regulares, se trataría de poner en el otro lado de la balanza la obligación estatal de compensarle económicamente si finalmente resulta absolución o cierre anticipado del proceso. Ello como modo de contribuir a la eficacia de su derecho fundamental a la libertad física y ambulatoria del art. 17 CE, máxime teniendo en cuenta las limitaciones en el normal desenvolvimiento de otros muchos derechos lleva añadida la situación de internamiento en un centro penitenciario».

Identificado así el posible fundamento del art. 294 LOPJ y su conexión con el derecho a la libertad personal del art. 17 CE, «la parca regulación contenida en el mismo en cuanto a su ámbito resarcitorio no resulta suficiente desde la perspectiva que requiere una suficiente contribución a la eficacia de la garantía del derecho fundamental del art. 17 CE». Estas carencias atañen tanto a la limitación restrictiva a «los supuestos de "inexistencia objetiva del hecho", excluyendo otros con los que desde el fin, orientación y propósito constitucional del mecanismo reparador del art. 294 LOPJ guarda una identidad sustancial» como a que «tal limitación se efectúe en atención a la probanza alcanzada o no en el proceso penal». E incluso –añade– a los déficit cualitativos del tenor del precepto, que no contempla «la posibilidad de toma en cuenta de circunstancias o elementos concurrentes que posibiliten individualizar la respuesta judicial al escenario fáctico y jurídico de la toma de decisión de la medida según el momento de su adopción, mantenimiento o revisión, el *iter* o desarrollo del proceso o incluso el propio comportamiento del sometido a la misma», como si contienen otras regulaciones de Derecho comparado.

La fiscalía advierte a continuación que situar en el art. 17 CE la fuente del deber indemnizatorio en las prisiones provisionales regulares, descartando la vinculación exclusiva anterior al art. 121 CE como su título de imputación, restringe el amplio margen que se reconocía al legislador e incide en las posibilidades de concreción de los conceptos jurídicos indeterminados por la jurisdicción ordinaria, de modo que no es posible reconducir los casos no contemplados en el tenor del art. 294.1 LOPJ a la vía del art. 293 LOPJ. En concreto, razona que, en tanto el fundamento de la indemnización se identifica con la «exigencia derivada del art. 17 CE de compensar el sacrificio legítimo exigido e impuesto al sometido a privación de libertad regular en pro del interés general,

resulta absolutamente desajustado pretender concebirlo como una modalidad especial objetivada de decisión errónea o funcionamiento anormal», característica de la responsabilidad articulada por la vía del art. 293 LOPJ. Concluye afirmando que resulta patente la «escasez e incluso imprecisión del ámbito indemnizatorio contemplado en dicho precepto [art. 294 LOPJ], limitado a los casos de "inexistencia objetiva del hecho", puesto que, si bien el legislador, dentro de su campo de opción legítima, puede restringir los supuestos indemnizables y establecer distinciones de trato entre ellos, ha de hacerlo sobre la base de discriminaciones con justificación objetiva y razonable, lo que enlaza con el debido respeto al principio de igualdad del art. 14 CE».

b) En el análisis de la conformidad con el art. 14 CE, la fiscalía estima que, desde el fundamento constitucional en el art. 17 CE del mecanismo de compensación y reparación del art. 294 LOPJ para prisiones preventivas regulares sin desenlace posterior de condena, el trato diferenciado establecido por mor de los incisos cuestionados carece de justificación objetiva y razonable y conduce a consecuencias desproporcionadas por comportar resultados excesivamente gravosos (negativa del derecho a ser indemnizado) para quienes se encuentran en situaciones esencialmente iguales. En primer lugar, rechaza que existan diferencias desde tal *ratio* constitucional «entre los casos en que el hecho no existe como presupuesto para la aplicación de una respuesta penal porque no se ha producido o es atípico y los supuestos en que, aun existiendo un hecho penalmente relevante, no concurre conexión de autoría o participación de aquel con el mismo. E incluso tal aseveración puede extenderse a todos los casos de prisión preventiva legal sufrida en el curso de un proceso cuando este no acaba en condena para el sometido a aquella medida si, además como más adelante también se mantendrá, no cabe discriminar por los motivos o el grado de probanza desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)». En segundo lugar y dada la diferencia de naturaleza con las situaciones de error o anómalo proceder judicial que impide en la práctica la vía del art. 293 LOPJ, afirma que «la diferenciación establecida en el art. 294 LOPJ en cuanto a su ámbito indemnizatorio que discrimina entre inexistencia objetiva del hecho y el resto de los supuestos (incluida la inexistencia subjetiva y la falta de pruebas sobre el hecho o la participación en el mismo) no supera el test de igualdad constitucional». No solo porque carece de justificación objetiva y razonable, sino también porque «las consecuencias jurídicas que resultan de tal distinción no son adecuadas y proporcionadas en cuanto produce resultados especialmente gravosos o desmedidos, al quedar de facto sin el derecho a indemnización que tiene como fin operar como garantía de eficacia del derecho del art. 17 CE todos los que habiendo estado sometidos a una prisión provisional lícita posteriormente reciben una sentencia absolutoria o una decisión de sobreseimiento por razones distintas a la inexistencia objetiva del hecho».

c) En el examen de la contrariedad de los incisos cuestionados con el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, la fiscal general del Estado parte de la proyección del derecho a la dimensión últimamente reconocida en las SSTC 8/2017 y 10/2017. En ellas se sigue la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que entiende que el ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH, como regla de tratamiento, no se limita a los procedimientos penales pendientes, sino que se extiende y proyecta determinados efectos sobre los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en ellos constituyan un corolario y un complemento del proceso penal. Así ocurriría en los procesos de resarcimiento indemnizatorio por padecimiento de prisiones provisionales regulares sin desenlace de posterior condena. Recuerda que la STC 8/2017 recoge esa jurisprudencia europea, que expresa que la distinción entre absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación es una motivación que, «sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante». Y que la STC 10/2017, con remisión a la anterior, afirma la vulneración del art. 24.2 CE por entender que se cuestiona la inocencia del demandante en tanto se deniega la indemnización en

consideración a que el principio *in dubio pro reo*; esto es, la insuficiencia de la prueba practicada para generar una convicción sobre la responsabilidad criminal, más allá de toda duda razonable, fue el determinante de la absolución decretada en el proceso penal.

La fiscal general del Estado sostiene que los incisos cuestionados del art. 294 LOPJ obligan a tener en cuenta las razones en que el juez o tribunal penal hayan fundamentado la decisión de absolución o sobreseimiento libre, con exclusión de las situaciones en que hallan causa en la aplicación del principio rector del proceso penal de presunción de inocencia; esto es, generalmente por falta de prueba suficiente o insuficiencia de la prueba practicada en la que basar la convicción plena sobre la responsabilidad criminal. Por este lado, se invocan argumentos que directa o indirectamente afectan al derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE en los procesos consecutivos al penal, «en la medida en que determina la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de este tipo de responsabilidad patrimonial del Estado». Y de ahí concluye que tales incisos no garantizan que en los procesos consecutivos que constituyen corolario y complemento del proceso penal «se despliegue la eficacia *pro futuro* de los pronunciamientos penales de absolución o sobreseimiento libre decretados en aplicación del principio de presunción de inocencia y, en dicha medida, resultan lesivos y contrarios al derecho reconocido en el art. 24.2 CE».

8. Por providencia de 18 de junio de 2019 se señaló para deliberación y votación de la presente sentencia el día 19 del mismo mes y año.

II. Fundamentos jurídicos

1. Objeto de la cuestión y síntesis de posiciones.

La presente cuestión de inconstitucionalidad se plantea por el Pleno del Tribunal Constitucional en relación con los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ), por posible vulneración de los arts. 17, 14 y 24.2 CE. El citado apartado primero del art. 294 LOPJ dispone:

«Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios».

El auto de planteamiento de la cuestión interna de inconstitucionalidad (ATC 79/2018, de 17 de julio) considera que los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» podrían resultar contrarios a los derechos a la libertad personal (art. 17 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (24.2 CE), al vincular el derecho a la indemnización por prisión preventiva solo a los supuestos en que la resolución penal determina la inexistencia del hecho imputado. En concreto, esa selección de supuestos indemnizables en el art. 294.1 LOPJ mediante los referido incisos «puede dejar fuera otros que debieran serlo con fundamento en las exigencias constitucionales para privar de libertad cautelarmente a una persona (art. 17 CE), introduciendo diferencias irrazonables de trato por las razones de la absolución (art. 14 CE) que irremediamente dejan latentes dudas sobre la inocencia del sujeto no condenado en el proceso penal (art. 24.2 CE)».

El abogado del Estado solicita la desestimación de la cuestión desde un planteamiento que vincula el art. 294 LOPJ con el art. 121 CE y parte del amplio margen del legislador para recoger los supuestos de responsabilidad patrimonial, donde el mencionado precepto sería un caso específico de error judicial. No existe, desde tal premisa, un derecho a ser indemnizado por haber sufrido una prisión provisional regular en un proceso que no concluye con condena anclada en el derecho a la libertad, por lo

que descarta que el art. 294 LOPJ lesione el art. 17 CE. La incompatibilidad del art. 294.1 LOPJ con el art. 24.2 CE, en su caso, afectaría a la aplicación del precepto y no al tenor del mismo, que no incide en la presunción de inocencia. Respecto a la cuestionada oposición al art. 14 CE, sostiene que la diferencia de tratamiento entre los supuestos de prisión provisional no seguida de condena atañe a supuestos no comparables de inexistencia del hecho y de otro tipo y, en todo caso, resulta razonable dentro del amplio margen del que dispone el legislador conforme al art. 121 CE, sobre todo por la posibilidad de canalizar los casos no incluidos en el art. 294 LOPJ por la vía del error judicial del art. 293 LOPJ.

La fiscal general del Estado solicita la estimación de la cuestión desde el entendimiento de que el art. 294 LOPJ atañe a situaciones de prisión preventiva legal no seguidas de condena y no a casos de error judicial, en las que el art. 17 CE se ve concernido y exige la indemnización como compensación del sacrificio de la libertad que se impone. Desde esa comprensión del fundamento constitucional del derecho indemnizatorio, reputa contrario al art. 17 CE e irrazonable desde la perspectiva del art. 14 CE la restricción del espectro indemnizable que introducen los incisos cuestionados del art. 294.1 LOPJ. La parquedad del precepto es insuficiente desde la precisa contribución a la eficacia de la garantía del derecho a la libertad que impone el art. 17 CE. Los supuestos de inexistencia objetiva, inexistencia subjetiva y falta de prueba como motivos para absolver o sobreseer son análogos desde tal perspectiva constitucional, sin que las consecuencias de la distinción sean proporcionadas, pues la exclusión del ámbito aplicativo del art. 294.1 LOPJ conduce a la imposibilidad de indemnizar por no ser operativo el art. 293 LOPJ, referido al error judicial, inaplicable en casos de prisión preventiva legítima. Por último, advierte que el déficit de calidad del precepto conduce a una dependencia de las razones que sustentan la resolución penal materialmente absolutoria, de modo que obliga a discriminar entre ellas de forma contraria a las exigencias del art. 24.2 CE como regla de tratamiento con efectos en los procesos posteriores y complementarios del proceso penal.

2. Contexto normativo y evolución jurisprudencia.

La apretada síntesis de las posiciones defendidas en torno a la constitucionalidad de los incisos del art. 294.1 LOPJ y su exposición más detallada en los antecedentes, con continuas remisiones a la regulación concernida así como a la jurisprudencia del Tribunal Supremo y a su recepción en la de este Tribunal, evidencian la necesidad de iniciar el examen de la presente cuestión de inconstitucionalidad con un repaso del contexto normativo y de la doctrina jurisprudencial sobre la indemnización por prisión provisional.

El ordenamiento jurídico español contiene un único precepto específico al respecto, el art. 294 LOPJ, conforme al cual:

«1. Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios.

2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior.»

Ese precepto se enmarca en el título V de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo la rúbrica «De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de Justicia», que se inaugura con el reconocimiento en el art. 292 LOPJ del derecho a una indemnización a cargo del Estado por los daños causados por error judicial o como consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de Justicia. El art. 293 recoge el procedimiento para reclamar la indemnización por error judicial o funcionamiento anormal, que se articula mediante una petición directamente

dirigida al Ministerio de Justicia (art. 293.2 LOPJ), si bien en el caso del error judicial (art. 293.1 LOPJ) exige una decisión judicial previa del Tribunal Supremo que expresamente lo reconozca. El procedimiento para encauzar la petición indemnizatoria por prisión provisional del art. 294 LOPJ es el previsto en el art. 293.2 LOPJ; esto es, no requiere la previa declaración de error judicial.

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha entendido que el citado título V LOPJ constituye un desarrollo legislativo del art. 121 CE, cuya dicción prácticamente reproduce el art. 292.1 LOPJ. En particular, ha considerado que la previsión del art. 294 LOPJ atiende a un supuesto específico de error judicial evidenciado en el proceso penal, por lo que no es precisa la previa declaración judicial en tal sentido (por todas, STS de 27 de enero de 1989). Ese entendimiento está detrás de la interpretación jurisprudencial del texto legal hasta el año 2010, en la que se identificaba la «inexistencia del hecho imputado» como la acreditada no producción del suceso o su falta de tipicidad –inexistencia objetiva del hecho–, pero también con la probada falta de participación del sujeto —inexistencia subjetiva del hecho–, a la que se asimila la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal. Por el contrario, conforme a esa comprensión, no estarían incluidos en el ámbito aplicativo del art. 294 LOPJ los supuestos de falta de prueba suficiente, determinantes de la absolución por exigencia del derecho a la presunción de inocencia y el estándar probatorio que impone la superación de toda duda razonable. Todos estos extremos deben inferirse de un examen de conjunto de la resolución penal. Esta interpretación del art. 294 LOPJ, que equipara los supuestos de probada inexistencia objetiva y subjetiva del hecho al tiempo que excluye los supuestos de no condena por la falta o insuficiencia de la prueba, fue sancionada desde la perspectiva del art. 14 CE por la STC 98/1992, de 22 de junio, FJ 2. Desde el presupuesto con que opera el Tribunal Supremo de que el art. 294 LOPJ contempla supuestos de prisión preventiva acordada con error judicial en tanto está probada la inocencia del acusado, se argumenta que ese es el caso cuando hay «prueba positiva del hecho negativo –no existencia del hecho o no participación del acusado–», pero no «cuando la participación del acusado en el hecho perseguido no pudo probarse de manera convincente», esto es, en caso de «ausencia de prueba de un hecho positivo –existencia del hecho o participación del acusado–».

Sin embargo, el Tribunal Supremo modificó en el año 2010 la anterior interpretación teleológica en atención a la doctrina sentada en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, y de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*. En esas resoluciones se condenó a España por vulneración de la eficacia extraprocesal del derecho a la presunción de inocencia al denegar la indemnización prevista en el art. 294 LOPJ por deberse la absolución a la falta de prueba de la autoría y no a la probada falta de participación en los hechos. A juicio de la corte de Estrasburgo, la distinción a efectos de indemnizar entre la absolución por quedar probada la no participación en los hechos y la debida a la falta de prueba de la participación desconoce la previa absolución del acusado, que debe ser respetada por toda autoridad judicial por mandato del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En dos sentencias de 23 de noviembre de 2010, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, desde la doble premisa de que el legislador no quiso indemnizar todo supuesto de absolución en el art. 294 LOPJ, como tampoco lo exige el Convenio Europeo de Derechos Humanos, aunque el Convenio sí prohíbe establecer distinciones entre las razones de la absolución vinculadas a la presunción de inocencia, opta por limitar el ámbito del art. 294 LOPJ a los supuestos de inexistencia objetiva del hecho y reconducir los encuadrados en la inexistencia subjetiva a la vía del error judicial articulada en el art. 293.1 LOPJ.

Esa doctrina del Tribunal Supremo fue censurada en las SSTC 8/2017, de 19 de enero, y 10/2017, de 30 de enero, por entender que perpetúa el problema de la diferenciación vedada por el derecho a la presunción de inocencia en su comprensión por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entre la absolución por acreditada inexistencia del hecho y por falta de prueba de su existencia, si bien la limita a los

supuestos de inexistencia objetiva, que son los únicos que el Tribunal Supremo sitúa ahora en el art. 294 LOPJ. Esa comprensión se resume en los párrafos 39 y 40 de la STEDH de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, que reproduce la STC 8/2017 (FJ 7). En aplicación de tal doctrina, este Tribunal argumentó que «la consideración que se efectúa sobre que "la absolución sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)", derivando de ahí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, conduce a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia» (STC 8/2017, FJ 7).

La STC 8/2017 ordenó la retroacción de las actuaciones para que el Tribunal Supremo resolviera de nuevo sobre la solicitud de indemnización de forma respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, sin sembrar dudas sobre la culpabilidad del recurrente. Sin embargo, la Sala Tercera, por STS 2862/2017, de 12 de julio, recurso 2360/2011, reiteró la denegación de la pretensión indemnizatoria con el argumento de que la absolución no obedecía al estricto supuesto legal del art. 294 LOPJ de inexistencia objetiva del hecho (o de atipicidad del mismo). A juicio del Tribunal Supremo, por más que el recurso mantenga que el delito no existió, de modo que concurre inexistencia objetiva del hecho, la sentencia de instancia declaró que el recurrente fue absuelto por aplicación del principio *in dubio pro reo*, que es algo distinto, sin que quepa reinterpretar los hechos declarados probados en la sentencia penal dándoles un sentido distinto acorde con ese supuesto (FD 6). En consecuencia, se desestima el recurso de casación y no se indemniza, ya que no confluye el presupuesto legal de inexistencia del hecho imputado.

Esbozado el contexto normativo y jurisprudencial en el que se plantea la presente cuestión interna de inconstitucionalidad corresponde abordar ya las dudas de constitucionalidad planteadas, para lo que se empezará por las relativas al art. 14 CE. Su análisis obligará a precisar el sentido de la indemnización por prisión provisional previsto en el art. 294.1 LOPJ, incluida su conexión con el derecho a la libertad (art. 17 CE), pues la fijación de la finalidad de la norma constituye un *prius* lógico para decidir sobre la constitucionalidad de la discriminación normativa introducida por los incisos cuestionados. Más al margen de esa trabazón teleológica, pero con incidencia en su valoración, se sitúa el enjuiciamiento constitucional de la compatibilidad de la selección de supuestos indemnizables con el derecho a la presunción de inocencia, que se afrontará a continuación.

3. Delimitación del supuesto concernido: prisión provisional legítima.

Antes de entrar al fondo del asunto, resulta pertinente fijar con precisión cuáles son las situaciones de privación de libertad concernidas y la dimensión indemnizatoria del art. 294 LOPJ al objeto de efectuar correctamente el juicio de igualdad. Desde un principio esas situaciones vienen acotadas a las prisiones adoptadas en el marco de un procedimiento penal con carácter cautelar y de acuerdo con las exigencias constitucionales y legales para decretarlas. El auto de planteamiento de la presente cuestión ya destacó que el art. 294 LOPJ constituye una previsión normativa específica que permite indemnizar supuestos de prisión preventiva legítima, caracterización en la que han coincidido tanto el abogado del Estado como la fiscal general del Estado. Esas situaciones de prisión provisional constitucionalmente legítimas obedecen a decisiones judiciales irreprochables, adecuadas en tanto se dan los presupuestos y requisitos para adoptar la medida cautelar en el proceso penal. No existe, pues, ni error del órgano judicial que acuerda la prisión preventiva ni funcionamiento anormal en su comprensión habitual.

A esa caracterización no obsta el dato de que posteriormente el imputado en prisión provisional resulte absuelto o ni siquiera sea finalmente acusado y enjuiciado (STC 35/2007, de 12 de febrero, FJ 4). La corrección de la medida debe evaluarse sobre la base de lo conocido por el juez en el momento de su adopción, del mismo modo que en la obligada revisión sucesiva sobre el mantenimiento de la prisión deben integrarse los datos nuevos que se vayan conociendo, actualizándose las bases del juicio y los criterios para decidir sobre su pertinencia (en tal sentido, por ejemplo, SSTC 47/2000, de 17 de febrero, FJ 10; 79/2007, de 16 de abril, FJ 3, y 140/2012, de 2 de julio, FJ 2; y SSTEDH de 22 de mayo de 2014, asunto *Ilgar Mammadov c. Azerbaiyán*, § 90; de 28 de octubre de 2014, asunto *Urtäns c. Letonia*, § 29-30, 32). No puede enjuiciarse *ex post* la corrección de la decisión judicial de acordar la prisión, introduciendo circunstancias que no existían en el momento de su adopción, como el sobreseimiento o la absolución; pero tampoco elementos que, aunque existentes, fueran de imposible conocimiento entonces por el juez, como, por ejemplo, circunstancias fácticas averiguadas después y que conducen a la falta de condena. El ajuste constitucional inicial de la medida cautelar así evaluada no se altera por la aparición o el conocimiento ulterior de elementos relevantes para el proceso penal en general y para la decisión de privar cautelarmente de libertad en particular.

Así se ha manifestado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando resalta que la efectiva existencia de indicios racionales de que la persona puede haber estado involucrada en la comisión de un delito, y con ello la licitud de la medida, no se pone en cuestión porque posteriormente ni siquiera exista una acusación formal o una condena, sin perjuicio de que su persistencia es condición de legalidad del mantenimiento de la privación de libertad (con ulteriores referencias, SSTEDH de 6 de abril de 2000, asunto *Labita c. Italia*, §§ 153, 155, y de 22 de diciembre de 2004, asunto *Iliev c. Bulgaria*, § 40).

También en estos términos se ha pronunciado el Tribunal Supremo al examinar precisamente las demandas de error judicial por prisión preventiva planteadas por la vía procedimental del art. 293.1 LOPJ. En concreto lo ha hecho la sala segunda de ese tribunal en tanto que órgano competente en la jurisdicción ordinaria para apreciar la existencia de errores judiciales en el orden jurídico-penal. Desde la inteligencia habitual del error judicial indemnizable como «un error esencial que manifieste una contradicción abierta, palmaria e inequívoca entre la realidad acreditada en el proceso y las conclusiones que el juzgador obtiene de esa realidad», la sala segunda aclara que «la impertinencia de la prisión preventiva, para considerarse incurso en error, debe examinarse desde una perspectiva *ex ante*, es decir, teniendo en cuenta los elementos en los que se basó la decisión judicial. No basta, pues, con la existencia de una situación de prisión preventiva que no haya sido seguida de una condena por tiempo, al menos, equivalente al ya sufrido en privación de libertad. Es preciso, por el contrario, acreditar que las razones que se tuvieron en cuenta ya eran entonces totalmente erróneas o claramente insuficientes para adoptar tal medida» (AATS de 22 de septiembre de 2014 y de 21 de abril de 2015).

Las anteriores afirmaciones se proyectan en el supuesto de responsabilidad patrimonial contemplado en el art. 294 LOPJ, que proclama el derecho a ser indemnizado por los perjuicios irrogados de quien, después de haber sufrido prisión preventiva, sea absuelto o haya visto sobreseído el procedimiento por inexistencia del hecho imputado. Esa decisión final no condenatoria no obsta a la legitimidad de la medida en el momento de su adopción, lo que determina que estos supuestos de prisión no seguida de condena sean supuestos de prisión legal, que en ocasiones se han denominado de «prisión preventiva indebida» o «injusta», pero que se apartan en todo caso del concepto general de error judicial. Por más que se trate de un concepto jurídico indeterminado que debe ser concretado por los órganos judiciales ordinarios (SSTC 325/1994, FJ 4, y 8/2017, FJ 4; AATC 49/2000, FJ 3, y 220/2001, FJ 2), el supuesto del art. 294 LOPJ, mucho más preciso que la referencia genérica a un error judicial, no responde a una situación de equivocación flagrante, de error palmario, patente y manifiesto con que el Tribunal Supremo ha ido identificando el concepto de

error judicial (ATC 49/2000, de 16 de febrero, FJ 3), lo que explica que, por contraste, hable de «error objetivo» determinado a posteriori para identificar la situación.

En estas hipótesis de prisión preventiva lícita, donde no se cuestiona la corrección de la prisión provisional acordada ni de las condiciones de su cumplimiento, el fundamento de la compensación dispuesta en el art. 294 LOPJ no puede reconducirse estrictamente a la configuración constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado en el ámbito de la administración de Justicia del art. 121 CE, pues no existe una prisión preventiva erróneamente acordada por el Juez ni es necesariamente fruto de un genérico funcionamiento anormal. Tampoco reside la finalidad del precepto en satisfacer las exigencias indemnizatorias que el art. 5.5 CEDH impone en la interpretación del art. 17 CE, conforme al art. 10.2 CE, para prisiones ilegales y arbitrarias.

Deben dilucidarse todavía las razones a que obedece un sistema legal indemnizatorio para prisiones provisionales constitucionalmente adecuadas sin ulterior condena.

4. Doctrina constitucional: resoluciones relevantes y alcance limitado de los pronunciamientos.

Este Tribunal se ha pronunciado sobre la finalidad que persigue la previsión indemnizatoria del art. 294 LOPJ, como han recordado los intervinientes en este proceso constitucional, aunque lo ha hecho de forma puntual. Al respecto es obligado efectuar algunas observaciones.

Un auto de sección, el ATC 145/1998, de 22 de junio, constituye el único pronunciamiento expreso negativo sobre la incidencia de una resolución denegatoria de la indemnización por prisión provisional seguida de sobreseimiento en el derecho a la libertad. En aquella ocasión se denunciaba la lesión de los derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva sin indefensión y a la presunción de inocencia reconocidos en el art. 24.1 y 2 CE en conexión con el art. 17.1 CE. El Tribunal descartó de forma principal la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, que el recurrente atribuía a la interpretación judicial del art. 294 LOPJ que condujo a denegar la indemnización por los días que había estado en prisión por unas diligencias que luego se archivaron. Sobre la infracción del art. 17 CE, el auto se limita a acoger el razonamiento del Ministerio Fiscal de que la decisión denegatoria de la indemnización «en nada incide en la situación de libertad del demandante de amparo ni implica su privación o restricción» (FJ 3). También descarta la lesión del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE desde la premisa de que ese derecho no atañe a resoluciones administrativas o judiciales no sancionadoras como son las relativas a la responsabilidad patrimonial (FJ 3).

Con mayor detalle, este Tribunal se ha referido a la razón de ser de la indemnización que nos ocupa en la más reciente STC 8/2017, de 19 de enero, que precisamente ha admitido, frente al auto referido, que las resoluciones denegatorias de la indemnización pueden lesionar el derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE, interpretado conforme a la jurisprudencia de Estrasburgo. El fundamento quinto de la sentencia sirvió para recordar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la materia y su incidencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la indemnizabilidad de la prisión provisional por la vía del art. 294 LOPJ, si bien desde la perspectiva señalada del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE y no desde el problema de su fundamento. En ese contexto expositivo, se destacó que «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reiterado que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no otorga derecho a una indemnización por razón de prisión provisional adoptada legalmente en caso de absolución [...]. De ahí que el Tribunal Supremo, en la interpretación del art. 294 LOPJ, haya declarado que nuestro sistema normativo "no avala la conclusión de una responsabilidad patrimonial automática y objetiva de tal manera que una vez producida la absolución o el sobreseimiento libre se generara en quién hubiera sufrido prisión preventiva un derecho indemnizatorio" [SSTS de 9 de abril, 23 de julio y 23 de diciembre de 2015 (recursos de casación núm. 1443-2014, 3300-2014 y 153-2015)]. Con carácter previo, la STC 8/2017 (FJ 4) realiza unas consideraciones

introdutorias en las que manifiesta que el art. 121 CE enuncia un derecho de configuración legal desarrollado en la Ley Orgánica del Poder Judicial al distinguir, a los efectos que aquí interesan, entre la responsabilidad patrimonial por error judicial (art. 293) y por prisión preventiva (art. 294), categorías que se concretan, en el plano de la legalidad, por los jueces y tribunales (STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 4, y AATC 49/2000, de 16 de febrero, FJ 3, y 220/2001, de 18 de julio, FJ 2).

A esas dos resoluciones, cabe añadir la STC 98/1992, de 22 de junio, y el ATC 220/2001, de 18 de julio, que se centraron en aspectos relacionados con la interpretación y el ámbito aplicativo del art. 294 LOPJ. La STC 98/1992 analizó en su fundamento segundo la interpretación del art. 294 LOPJ sostenida en aquel momento por el Tribunal Supremo, que incluía los supuestos de inexistencia objetiva y subjetiva del hecho –probada ausencia del hecho o de participación en el mismo–, pero no los de absolución por falta de pruebas, para avalarla desde la perspectiva del derecho a la igualdad y cuestionar una posible interpretación restrictiva que excluyera del ámbito de indemnización los supuestos de probada inexistencia subjetiva. A tal conclusión llegó desde la premisa de que el art. 294 LOPJ, conforme a su comprensión por el Tribunal Supremo, contempla supuestos de error judicial objetivo, caracterizados por la prueba de un hecho negativo: la no existencia del hecho o la no participación del acusado en él, a los que se dispensa un trato normativo particular que supone una vía procedimental simplificada. De su lado, el ATC 220/2001 atendió a un supuesto distinto al que nos ocupa, de indemnización por la prisión sufrida en virtud de condena firme posteriormente anulada por el Tribunal Constitucional. Era el caso *Puig Panella*, que luego condujo a la condena de España por STEDH de 25 de abril de 2006, donde la aplicación *sui generis* del art. 294 LOPJ generó la discusión sobre el concepto de error judicial y de funcionamiento anormal de la administración de Justicia, fijado por la legalidad ordinaria, y no sobre el posible fundamento de esa reparación por prisión provisional.

En resumen, la posición del Tribunal sobre el sentido de la previsión legal indemnizatoria que nos ocupa se ha limitado a explicitar, por remisión a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ni el art. 6.2 CEDH ni ningún otro precepto del Convenio imponen que la prisión preventiva legal deba indemnizarse obligatoriamente siempre que vaya seguida de absolución. En conexión con esa idea, el Tribunal Supremo sostuvo que el art. 294 LOPJ no implica una respuesta indemnizatoria automática en los supuestos de prisión preventiva legítima seguida de archivo o absolución. En esas coordenadas, este Tribunal ha compartido con la Sala Tercera del Tribunal Supremo el entendimiento del art. 294 LOPJ como proyección del art. 121 CE, caracterizando el supuesto indemnizable, que recoge determinados casos de prisión provisional no seguida de condena, sin embargo, como un supuesto distinto del supuesto general de error judicial.

En relación con las anteriores declaraciones, corresponde hacer dos precisiones a partir de las características de la situación de privación de libertad concernida y consecuente eficacia indemnizatoria del precepto. En consonancia con lo mantenido por la fiscal general del Estado, debe insistirse en rechazar que el art. 294 LOPJ atienda de principio a un supuesto al uso de error judicial, por no acomodarse a tal concepto la prisión provisional acordada en una resolución judicial conforme a Derecho en el momento de adoptarse, aun cuando luego siga un desenlace absolutorio o de sobreseimiento por la inexistencia del hecho. Hay que subrayar, en segundo lugar, que el hecho de que la compensación no sea automática en todo supuesto de prisión preventiva legítima no seguida de condena es un escenario plausible y acorde con el panorama aplicativo habitual en los países de nuestro entorno, donde tampoco se contempla una práctica indemnizatoria mecánica y sin excepciones por la privación de libertad en un proceso penal no seguida de condena más allá de las diferencias regulativas existentes. Sin embargo, esa constatación no informa sobre el sentido del precepto. A la luz de lo referido, no existe un pronunciamiento concluyente de este Tribunal sobre la finalidad perseguida por el art. 294 LOPJ al articular una indemnización por prisión preventiva lícita, cuestión sobre la que debe avanzarse.

5. Finalidad del artículo 294 LOPJ: compensación del sacrificio especial en aras del interés general.

La exposición de motivos de la Ley Orgánica 6/1985 se limita a señalar en su apartado IX que «se regula por primera vez la responsabilidad patrimonial del Estado que pueda derivarse del error judicial o del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, sin perjuicio de la responsabilidad individual de Jueces y Magistrados de carácter civil, penal y disciplinaria, complementándose de esta forma un Poder Judicial plenamente responsable». Nada dice sobre los motivos que han llevado al legislador a incluir en el título V («De la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia») una disposición indemnizatoria adicional, específica y única, para los daños derivados de una prisión preventiva (art. 294 LOPJ), precisamente tras regular el derecho a una indemnización por los daños causados por error judicial o funcionamiento anormal y el procedimiento para reclamar al respecto (arts. 292 y 293 LOPJ). Ante ese silencio, debe volverse la mirada al contenido del precepto y a su relación con el resto de previsiones legales.

El art. 294.1 LOPJ dispone el derecho a ser indemnizado por los perjuicios irrogados por haber sufrido prisión preventiva de quienes fueron absueltos o cuya causa se sobreseyó libremente por inexistencia del hecho imputado. En su cuantificación se atiende tanto al tiempo de privación de libertad como a las consecuencias personales y familiares producidas (art. 294.2 LOPJ). A tenor de la especificidad y la configuración del precepto, el sentido de la previsión legal de indemnizar en supuestos de adopción legal de la medida solo puede explicarse por la singularidad del derecho involucrado y de la injerencia que supone la prisión preventiva, con efectos sumamente gravosos para el ciudadano.

Debe recordarse que la prisión provisional constituye un supuesto de privación legítima de libertad amparado en la previsión del art. 17.1 CE, que se sitúa entre los deberes estatales de perseguir eficazmente el delito y de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano (STC 41/1982, de 2 de julio, FJ 2) y que se impone a la persona como un sacrificio en aras del interés general encarnado por la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5). Su presupuesto constitucional es la existencia de indicios racionales de comisión de una acción delictiva, y su objetivo, la consecución de fines constitucionalmente legítimos y congruentes con la naturaleza de tal medida [SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3; 62/1996, de 16 de abril, FJ 5; 44/1997, de 10 de marzo, FJ 5; 47/2000, de 17 de febrero, FJ 3; 29/2019, de 28 de febrero, FJ 3 b) y c)]. En concreto, esas finalidades se identifican, con carácter general, con «la conjuración de ciertos riesgos relevantes que para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad, parten del imputado» (STC 47/2000, FJ 3).

Frente a esos intereses, el sacrificio instrumental de la libertad que supone presenta un carácter afflictivo extraordinario que el legislador ha tenido presente. Esa penosidad se debe, en primer lugar, a la entidad del derecho afectado, con un significado prevalente en tanto que presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales [SSTC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 3; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 7; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 6, y 29/2019, FJ 3 a)]. En estrecha relación con ese significado se presentan las evidentes repercusiones físicas y psíquicas que la prisión puede tener sobre quien la sufre junto a las consecuencias de toda índole que pueden derivar de ella; por ejemplo, en los ámbitos familiar, social o laboral. El sacrificio que se impone al ciudadano no se limita a la estricta restricción del derecho a la libertad ambulatoria. Como ocurre con la pena de prisión, con cuyo contenido material coincide básicamente la medida cautelar homónima (SSTC 32/1987, de 12 de marzo, FJ 3; 128/1995, FJ 3, y 26/2015, FJ 5), su ejecución incide en la multiplicidad de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles (por todas, STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2) y afecta al desenvolvimiento de la mayor parte de los derechos fundamentales y, singularmente, de los derechos de la personalidad, con los que puede entrar en conflicto, todo ello en las coordenadas con que el art. 25.2 CE dibuja el estatuto jurídico de las personas en prisión (ya en la

STC 2/1987, de 21 de enero, FJ 6). Pero, además, la singular gravedad del sacrificio se debe también a las particularidades legales de la institución y a su contexto de aplicación. En nuestro ordenamiento procesal penal (art. 504.2 de la Ley de enjuiciamiento criminal, LECrim) se contempla un límite de dos años a la duración de la medida cuando se acuerde por riesgo de fuga o de reiteración delictiva y el delito investigado tenga señalada pena privativa de libertad superior a tres años. Esa extensión puede alcanzar los cuatro años cuando no sea posible enjuiciar la causa en tal plazo, con una duración equiparable a la de las penas de prisión calificadas de menos graves en el art. 33.3.a) del Código penal (tres meses a cinco años). Una extensión, ordinaria o extraordinaria, en fin, que no es en absoluto descartable habida cuenta de la posible duración de los procesos penales en nuestro país. Concurrencia de circunstancias –larga duración del proceso y extensa previsión legal– a la que debe atenderse al definir la dimensión del sacrificio y del daño, legítimamente impuestos por el Estado.

En este contexto de justificación por el interés general, el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos estatales que ejercen el *ius puniendi* en aras del interés de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos delictivos. Ese deber, sin embargo, conforme dispone el art. 294.1 LOPJ, va unido a un derecho a ser indemnizado en el caso de la prisión provisional, no en otros casos de injerencia, en atención a la especialidad del daño sufrido en aras del interés público prevalente que encarna el buen fin del proceso y, en último término, el aseguramiento o eficacia del ejercicio del mencionado *ius puniendi*.

Hemos reiterado en relación con el derecho a la libertad que «en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es sólo un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. En un régimen democrático, donde rigen derechos fundamentales, la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción, de modo que aquellos gozan de autonomía para elegir entre las diversas opciones vitales que se les presentan. De acuerdo con este significado prevalente de la libertad, la Constitución contempla las excepciones a la misma en los términos previstos en el art. 17.1 CE: "nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley". En palabras de las SSTC 140/1986, de 11 de noviembre (FJ 5), y 160/1986, de 16 de diciembre (FJ 4), "el derecho a la libertad del art. 17.1, es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo 'en los casos y en la forma previstos por la Ley'» (SSTC 82/2003, FJ 4, 29/2008, FJ 7). Entre esas posibilidades constitucionales excepcionales de privar legítimamente de libertad deambulatoria destaca la figura de la prisión provisional, cuya legitimidad final dependerá de que se adopte sobre la base de una motivación razonable, esto es, «cuando sea el resultado de la ponderación de los intereses en juego –la libertad de una persona cuya inocencia se presume, por un lado; la realización de la administración de la justicia penal y la evitación de hechos delictivos, por otro– a partir de toda la información disponible en el momento en el que ha de adoptarse la decisión y del entendimiento de la prisión provisional como 'una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a la consecución de los fines' referidos» (STC 47/2000, FJ 3, citando la STC 128/1995, FJ 3). Es en conexión con la justificación de la prisión provisional por el interés general en detrimento del derecho individual donde se impone una compensación del sacrificio soportado por el ciudadano finalmente absuelto o cuya causa se sobreseyó.

No puede olvidarse que, en el caso paradigmático en el que la prisión provisional va seguida de una condena del sujeto que la padeció, opera un mecanismo de compensación. El Código Penal contempla en su art. 58 el abono del período de prisión preventiva sufrido en la pena efectiva de prisión a que se condena e, incluso, que pueda realizarse en causa distinta de aquella en la que se decretó. A su vez, el art. 59 del Código penal dispone que, si la pena finalmente impuesta es de distinta naturaleza a la medida cautelar sufrida –por ejemplo, una pena de multa tras haber estado el condenado

en prisión provisional–, el juez o tribunal ordenará que se tenga por ejecutada la pena impuesta en aquella parte que estime compensada. Sin embargo y como es obvio, las diferencias entre los elementos integrantes de la valoración para decidir sobre la adopción de la medida cautelar personal y el enjuiciamiento sobre la acusación para condenar o absolver, o incluso la decisión previa de continuar el proceso, aboca a la existencia de «falsos positivos», esto es, de sujetos privados cautelarmente de libertad en el marco de un proceso penal que finalmente no son enjuiciados o no son condenados. De nuevo hay que recordar que «la decisión sobre la prisión provisional del imputado constituye una decisión que se adopta en una situación de necesidad en la que están en juego distintos bienes y derechos constitucionales y en un contexto de incertidumbre acerca de la responsabilidad penal de la persona sobre cuya privación de libertad se discute. En tales circunstancias la legitimación constitucional de la medida sólo exige que recaiga "en supuestos donde la pretensión acusatoria tiene un fundamento razonable, esto es, allí donde existan indicios racionales de criminalidad", donde concurren en el afectado "sospechas razonables de responsabilidad criminal" (STC 128/1995, FFJJ 3 y 4). Por lo demás, esta apreciación de una cierta probabilidad de responsabilidad penal no necesariamente se sustentará en los elementos de prueba disponibles para el enjuiciamiento de fondo de la causa, por lo que resulta posible que, como ahora es el caso, a una medida de prisión provisional adoptada de un modo constitucionalmente irreprochable pueda seguir una sentencia absolutoria de quien sufrió la medida» (STC 35/2007, FJ 4). En estas situaciones de asimetría, el legislador ha dispuesto una compensación del daño a través de una indemnización, resarcimiento que este Tribunal ha considerado, además, vía adecuada de protección de los derechos fundamentales (SSTC 181/2000, de 29 de junio, FJ 8; 267/2000, de 13 de noviembre, FJ 4; 105/2004, de 8 de junio, FJ 3; 37/2011, de 28 de marzo, FJ 4).

En suma, la persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación del derecho inviolable a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero también activa un mecanismo de compensación del extraordinario sacrificio que impone.

6. Derecho a la igualdad: objeto de la cuestión de inconstitucionalidad y doctrina.

Como se ha expuesto en los antecedentes, se plantea como posible motivo de inconstitucionalidad de los incisos del art. 294 LOPJ cuestionados en este proceso la oposición al art. 14 CE, en tanto la selección de supuestos indemnizables que determinan introduce diferencias arbitrarias de trato por las razones de la absolución o el sobreseimiento. Debe considerarse si el hecho de que la indemnización se prevea para los privados provisionalmente de libertad luego absueltos o cuya causa se sobreseyó «por inexistencia del hecho imputado» y no a los que lo fueron por otra causa es contrario al derecho a la igualdad (art. 14 CE). Para el abogado del Estado, no existe tal contradicción desde la cobertura del art. 294 LOPJ en el art. 121 CE, dado que no son comparables todos los supuestos de absolución y, singularmente, los supuestos de falta de acreditación de la participación en el hecho punible con los de inexistencia del hecho. Y, aun así, la diferencia de tratamiento sería procesal y, por ello, no desproporcionada, en tanto los casos de inexistencia subjetiva del hecho e, incluso, los de falta de prueba de la participación se canalizan por la vía del error judicial. La fiscal general del Estado, por el contrario, entiende que los incisos cuestionados introducen un trato diferenciado que «carece de justificación objetiva y razonable y conduce a consecuencias desproporcionadas por comportar resultados excesivamente gravosos», afirmación que entronca con su defensa de un deber constitucional de indemnizar el sacrificio impuesto al ciudadano.

Recordábamos no hace mucho que «este Tribunal tiene declarado –desde la STC 22/1981, de 2 de julio, recogiendo al respecto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos– que el principio de igualdad no exige en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación

de una determinada materia supone una infracción del artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello. Sería además necesario, para que fuera constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos (SSTC 22/1981, de 2 de julio, FJ 3; 49/1982, de 14 de julio, FJ 2; 117/1998, de 2 de junio, FJ 8; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 4; 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4, y 41/2013, de 14 de febrero, FJ 6, entre otras muchas)» (STC 111/2018, de 17 de octubre, FJ 4). Formulada la idea más sintéticamente, «el principio de igualdad ante la ley del art. 14 CE impone al legislador, con carácter general, el deber de dispensar un mismo tratamiento a quienes se encuentren en situaciones jurídicas iguales, con prohibición de toda desigualdad que, desde el punto de vista de la finalidad de la norma cuestionada, carezca de una justificación objetiva y razonable o resulte desproporcionada en relación con dicha justificación» (STC 60/2015, de 18 de marzo, FJ 4).

El repaso de la doctrina concernida obliga a tener presente que lo propio del juicio de igualdad –como recuerda la citada STC 111/2018, FJ 7– «es su carácter relacional. Por ello requiere como presupuesto obligado que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas». Por otra parte, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables. Solo una vez verificado uno y otro presupuesto resulta procedente entrar a determinar la licitud constitucional o no de la diferencia de trato que se discute (entre otras muchas, SSTC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 181/2000, de 29 de junio, FJ 10; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3; 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5; 125/2003, de 19 de junio, FJ 4, y 75/2011, FJ 6)».

Debe determinarse aquí si la diferencia de trato indemnizatorio que establecen los incisos cuestionados del art. 294 LOPJ entre quienes, después de haber sufrido prisión provisional, resultan absueltos o cuya causa se sobresee por inexistencia del hecho imputado y aquellos cuya absolución o sobreseimiento tras la prisión preventiva se debe a otras razones responde a una finalidad objetivamente justificada y razonable y resulta proporcionada. Cabe puntualizar que, en este análisis en las coordenadas y conforme a la lógica del art. 14 CE, no corresponde al Tribunal pronunciarse sobre si el precepto debe o no existir o, más en general, sobre si es constitucionalmente obligada una previsión indemnizatoria, sino una labor más acotada. Dada la existencia de la disposición legal previsor de un mecanismo indemnizatorio, este Tribunal debe examinar si la concreta decisión del legislador introduce diferencias injustificadas, irrazonables o desproporcionadas entre situaciones equiparables.

7. Finalidad de la norma, sistema normativo de indemnización y falta de una justificación objetiva y razonable de la distinción, que resulta desproporcionada (I)

Los incisos controvertidos del art. 294.1 LOPJ hacen depender el derecho a la indemnización de la razón por la que se absolvió o se sobreseyó, que debe ser la inexistencia del hecho imputado, interpretada en la actualidad como probada falta del hecho típico, bien por su ausencia material bien por su atipicidad –inexistencia objetiva–. Ese requisito excluye del ámbito aplicativo del precepto los supuestos de no condena por otros motivos, singularmente por probada falta de participación en los hechos –inexistencia subjetiva en sentido estricto–, pero también las absoluciones o terminaciones anticipadas del procedimiento penal por falta de pruebas para condenar, tanto respecto al hecho como respecto a la intervención del sujeto, o por otras razones, como puede ser la concurrencia de una causa de justificación. Desde la perspectiva general de la cláusula de igualdad del art. 14 CE, el enjuiciamiento de la exigencia adicional a la absolución o el sobreseimiento libre de quien estuvo privado cautelarmente de libertad para ser indemnizado conduce, en primer término, a indagar sobre la existencia de una justificación objetiva y razonable conforme a la finalidad de la norma.

Ya la anteriormente citada STC 98/1992 apuntó la igualdad sustancial de los supuestos de inexistencia objetiva y subjetiva del hecho imputado, aun cuando el razonamiento se efectuó desde la visión de la norma –defendida por el Tribunal Supremo– como desarrollo del art. 121 CE en su modalidad de error judicial (fundamento jurídico 2). De cualquier manera, lo hizo desde el *prius* lógico de que las personas que resultan absueltas o cuya causa se sobresee después de haber sido privadas preventivamente de libertad en un proceso penal dibujan situaciones subjetivas inicialmente homogéneas y comparables desde la perspectiva de la resarcibilidad de los daños irrogados por la medida cautelar personal. Desde esa premisa, pero ya en las coordenadas teleológicas más precisas en que hemos localizado el precepto con anterioridad, esto es, como mecanismo de compensación del sacrificio legítimo de libertad y no como indemnización de una prisión defectuosamente acordada, no se alcanza una justificación objetiva y razonable para excluir los supuestos de acreditada no participación en los hechos. Incluso si el ámbito indemnizable fijado por el art. 294.1 LOPJ con la referencia a la «inexistencia del hecho imputado» se extiende tanto a la inexistencia objetiva del hecho como a la subjetiva, no resulta razonablemente justificado con la sola base de la finalidad indemnizatoria de la norma excluir los supuestos de absolución o de sobreseimiento por insuficiencia de la prueba de cargo, atañe dicha insuficiencia al hecho o a la participación. En un sentido análogo, la lectura de los supuestos de inexistencia del hecho imputado como traducción de la prueba de la inocencia del sujeto deja fuera los casos en que la ausencia de condena se debe a que se aprecia una causa de justificación, esto es, de los supuestos en los que el comportamiento del sujeto es conforme a Derecho.

Valga recordar de nuevo que el art. 293 LOPJ atiende de forma genérica al resarcimiento de los daños con origen en un error judicial o en un funcionamiento anormal de la administración de Justicia, donde no son incardinables situaciones de privación correcta de libertad, ajenas a todo error o funcionamiento anormal al uso. El art. 294.1 LOPJ, sin embargo, recoge el derecho a la indemnización de los daños a resultas de una prisión provisional legal a la que no sigue una condena, de modo que se compensa el daño causado por la privación de la libertad impuesta al ciudadano por los poderes públicos en aras de asegurar el proceso penal. Esa *ratio*, como se expuso, atiende a la existencia de un sacrificio efectivo de especial intensidad en atención a las características de la injerencia. Ciertamente, en la definición del mecanismo reparador el legislador tiene amplio margen sobre la competencia y el tipo de procedimiento para dirimir su aplicación y, en general, sobre multitud de cuestiones del régimen indemnizatorio. Así, por ejemplo, respecto a aspectos cuantitativos, como la decisión de optar o no por establecer una cantidad fija por cada día pasado en prisión, como en países de nuestro entorno (son los 25 € en Alemania o entre 20 y 50 € en Austria) o de ofrecer criterios adicionales o alternativos de evaluación del daño, como aquellos establecidos ya por el Tribunal Supremo para orientar las decisiones de indemnizar los perjuicios fruto de una privación de libertad. O podrá fijar aspectos cualitativos, como la concreción de un umbral mínimo del sacrificio indemnizable o reglas de modulación o exclusión de la indemnización, en atención, esencialmente, al grado de contribución del sujeto en la adopción de la medida cautelar, operando conforme a los requisitos generales de la responsabilidad: daño individual económicamente evaluable fruto de un sacrificio de especial intensidad no catalogable como limitación del derecho y a cuyo desencadenamiento no haya contribuido el perjudicado.

Todo ello, no obstante, sin perder de vista que la finalidad del precepto legal estriba en compensar el daño fruto de la privación de libertad en tanto que sacrificio de especial intensidad. Situación indemnizable típica que atiende a la existencia de un particular sacrificio fruto de la aplicación de la medida cautelar y, por ello, no depende de los motivos del resultado sobre el fondo de la imputación ventilado en el proceso penal, en cuya consideración deben respetarse, además, las exigencias del derecho a la presunción de inocencia según la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a la que se aludió en el fundamento dos. En definitiva, la

averiguación de si concurre el supuesto indemnizable solo es posible cuando el proceso ha culminado y su modulación debe atender a las razones de la adopción y el mantenimiento de la medida, con singular importancia de la conducta del afectado. Ese cúmulo de elementos permitirá evaluar y, en su caso, descartar la indemnización del sujeto absuelto, pero no la atención exclusiva a las razones de la absolución.

A tenor de lo expuesto, desde la estricta finalidad de la previsión indemnizatoria de resarcir los extraordinarios daños fruto de la privación cautelar legítima de la libertad, resulta incomprensible circunscribir los supuestos indemnizables a aquellos en que la absolución o el sobreseimiento obedecen a la inexistencia del hecho imputado, que, además, ha debido probarse en el proceso penal. El sentido resarcitorio de la disposición es ajeno al dato de si la ausencia de condena se debe a que no existió el hecho, resultaba atípico, no concurre conexión de autoría o participación, no se alcanzó a probar más allá de toda duda razonable los anteriores extremos o a si concurre legítima defensa u otra circunstancia eximente. Ninguna de las anteriores circunstancias incide y, por tanto, hace decaer la finalidad de compensar el sacrificio del privado de libertad. Esas otras situaciones de prisión preventiva no seguida de condena desencadenan el mismo daño. No se está manteniendo con ello que el legislador tenga vedado establecer diferenciaciones a efectos indemnizatorios en caso de absolución o sobreseimiento, sino que, la concreta diferencia de trato que introducen los incisos cuestionados, atenta a la razón de fondo de la no condena fijada en la resolución penal, es injustificada desde el sentido de la indemnización que articula el precepto. No se encuentra motivación alguna por el que no activar el mecanismo de reparación del sacrificio introducido para casos análogos.

8. Finalidad de la norma, sistema normativo de indemnización y falta de una justificación objetiva y razonable de la distinción, que resulta desproporcionada (II).

Descartada la estricta finalidad de la norma como razón que justifique el condicionamiento legal del derecho a la indemnización a que la absolución o el sobreseimiento se deba a la inexistencia del hecho imputado, cabe plantear todavía que esa exigencia se justifique por introducir elementos de certeza sobre la concurrencia del supuesto indemnizable. La interpretación jurisprudencial habitual concibe este requisito como indicador de la inocencia del imputado o acusado, acreditativa de que la prisión preventiva fue erróneamente acordada. Desde el entendimiento de la previsión legal como indemnización del específico daño causado legítimamente, el requisito legal puede reconducirse al papel de indicador de la ajenidad del sujeto privado de libertad respecto al daño, con lo que se asegura el elemento constitutivo del derecho a la reparación de no haber contribuido a la producción del perjuicio indemnizable.

Sin embargo, este Tribunal no aprecia en tal razonamiento una justificación de la diferencia de trato objetiva y razonable en función del objetivo perseguido por la norma (a), con el añadido de que incurre en desproporción en sus consecuencias (b).

a) Para empezar, el requisito no puede ser entendido como indicador inequívoco de la desconexión del sujeto respecto a la privación cautelar de libertad desencadenante del daño. Supuestos de confesión infundada o de fuga por parte del investigado, por ejemplo, constituyen conductas causalmente (co)determinantes del daño que, sin embargo, no obstan a que la absolución o el sobreseimiento posterior se deba a la inexistencia del hecho imputado. En contraste, la absolución por inexistencia subjetiva se ha considerado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo (STS de 27 de enero de 1989) y por este Tribunal (STC 98/1992, FJ 2) esencialmente igual a la debida a la inexistencia objetiva desde la perspectiva de la prueba de la inocencia. En ambos casos cabría afirmar la desconexión del sujeto con el origen del daño y la diferencia de trato carece de una justificación objetiva y razonable. Es más, desde una perspectiva procesal penal, el hecho imputado no viene integrado solo por la presencia de un hecho material típico, sino que la esencia de la imputación es la atribución de ese hecho a una persona. El juez instructor tiene el deber de incoar el proceso penal en cuanto tenga conocimiento de un

hecho con apariencia delictiva, aunque desconozca a su autor. Pero, si tras la instrucción no ha sido posible imputar el hecho delictivo a una persona concreta, resulta imposible un proceso penal sin imputado y debe sobreseer. De modo paralelo, si formulada acusación, no es posible atribuir el hecho al acusado como autor o partícipe de su comisión, deberá absolverse. Tan inexistente se revela a estos efectos el hecho imputado cuando se prueba la no concurrencia de un acontecimiento delictivo como cuando, existiendo, se prueba la no conexión del sujeto investigado o acusado con él. En ninguno de los dos casos puede avanzarse procesalmente hacia una condena.

Debe repararse, además, en la previsión del art. 295 LOPJ, que excluye con carácter general la indemnización cuando el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios tuviera por causa la conducta dolosa o culposa del perjudicado. Se trata de un requisito autónomo y genérico al que reconducir el tratamiento de los supuestos de contribución del sujeto perjudicado a la actuación dañosa, que condiciona todo supuesto de responsabilidad patrimonial, ordinario o específico, como es el caso debatido, cuya definición e interpretación corresponde a los órganos jurisdiccionales ordinarios.

En suma, la exigencia de que el motivo de la absolución o del sobreseimiento sea la inexistencia del hecho tampoco se explica desde su visión como indicador de que el sujeto privado cautelarmente de libertad no ha contribuido a esa situación. Ese requisito se contempla ya en la regulación sobre la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la administración de Justicia como requisito autónomo y, además, su aptitud para identificar los casos de ajenidad al desencadenamiento del daño resulta contradicha fácticamente, por lo que sería una exigencia redundante e inconsistente con su finalidad, sin que pueda justificar la diferencia de trato indemnizatorio entre distintos supuestos de no condena tras padecer prisión provisional.

b) En segundo lugar, debe llamarse la atención sobre las consecuencias que tiene la controvertida diferenciación entre los supuestos de inexistencia del hecho imputado e, incluso, con otros supuestos de absolución o de sobreseimiento. Como quedó reflejado con mayor detalle en el fundamento dos, el Tribunal Supremo viene interpretando el art. 294 LOPJ desde el año 2010 de una forma restrictiva, en sintonía con el significado gramatical más inmediato del precepto. Conforme a esa intelección, el supuesto de hecho legal queda reducido a la llamada inexistencia objetiva del hecho, identificada con las absoluciones o sobreseimientos debidos a que en el proceso penal ha quedado probado que no se produjo el hecho delictivo o resulta acreditada su atipicidad. Al mismo tiempo se apunta al art. 293 LOPJ como posible vía alternativa, esto es, a la vía del error judicial. Sin embargo, la selección efectuada por los incisos del art. 294.1 LOPJ de cuestionada constitucionalidad implica en realidad la ausencia de indemnización de esos otros supuestos de prisión preventiva legítima sin ulterior condena, sustancialmente iguales desde la *ratio* del precepto que los de inexistencia objetiva del hecho. Y ello porque la vía del art. 293.1 LOPJ es una vía conceptualmente inadecuada y, por ello, inútil en la práctica.

Debe insistirse de nuevo en que el art. 294 LOPJ sirve a la indemnización de los perjuicios originados por el sacrificio legítimo impuesto al privado cautelarmente de libertad en beneficio del interés general. Dicha legitimidad está excluida por definición de una decisión *ex ante* errónea por parte del juez que la acordó, que es justamente el presupuesto de la responsabilidad articulada por la vía del art. 293.1 LOPJ. Desde una perspectiva sistemática y teleológica, el legislador desarrolla el error judicial y el funcionamiento anormal por un lado —el art. 293 LOPJ—, con un claro vínculo con el art. 121 CE, y por otro dispone un precepto distinto —el art. 294 LOPJ—, para recoger una responsabilidad patrimonial que tiene otra fuente, que obedece a otro título de imputación que no exige culpa o anormalidad. La persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación del derecho a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero activa un mecanismo solidario de reparación del sacrificio en los casos concernidos de prisión preventiva no seguida de condena. En otras palabras, la inidoneidad del art. 293 LOPJ no procede solo de una consideración sistemática de la regulación legal, con una previsión específica para los

daños causados por una prisión preventiva que dispone un procedimiento más sencillo para el reconocimiento de la compensación que en caso de error judicial. Procede asimismo de que el supuesto indemnizable, el requisito sustantivo o de fondo, es la privación legítima de libertad en aras del interés público prevalente, que supone un sacrificio especial no determinado por el sujeto y no una resolución judicial errónea.

En buena lógica, como ya se dijo y constata también la fiscal general del Estado con abundantes datos, la vía del art. 293 LOPJ se ha revelado ineficaz en la práctica. La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, aun consciente de la actual interpretación jurisprudencial restrictiva del art. 294 LOPJ, limitada a los supuestos de inexistencia probada del hecho material o de atipicidad del mismo, y de la eventual procedencia del cauce del art. 293 LOPJ, rechaza que esa coyuntura avale eludir los requisitos generales del error judicial (AATS de 14 de enero de 2019, de 16 de marzo 2018, o de 3 de mayo de 2016). Esto es, deberá estarse a los estándares habituales para considerar errónea una resolución judicial, pues ese precepto contempla la indemnización de errores judiciales y no de decisiones jurisdiccionales conformes a Derecho. La prisión preventiva decretada con base en los indicios y circunstancias presentes al tiempo de su adopción, de conformidad con la Constitución y la ley, es una restricción de libertad correctamente acordada que no deviene incorrecta por la ulterior absolución o sobreseimiento y que, como decisión jurídicamente adecuada, ayuna de la arbitrariedad o la irrazonabilidad, menos aún, puede calificarse como error palmario, patente o manifiesto. La discriminación a efectos indemnizatorios establecida en el art. 294 LOPJ por los incisos cuestionados no solo no viene cubierta por la vía del error judicial del art. 293 LOPJ, sino que esa vía revela que la distinción es absoluta, o se tiene derecho a la indemnización o no, y no solo procedimental. Se trata de una diferencia de trato con consecuencias desproporcionadas en atención a la finalidad indemnizatoria del precepto.

9. Conexión del examen de constitucionalidad desde el artículo 14 CE y el artículo 24.2 CE.

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

Se vislumbra en este punto la posibilidad de ampliar el ámbito de la inexistencia del hecho imputado a la inexistencia objetiva y subjetiva del hecho como cauce interpretativo para eludir una inadmisibile diferencia de trato respecto a supuestos equiparables de prisión preventiva con posterior ausencia de condena. Sin embargo, esa vía persiste en las consecuencias desproporcionadas expuestas a que conduce la selección efectuada por los incisos cuestionados desde la perspectiva de la finalidad indemnizatoria del precepto, pues conduce a la ausencia de indemnización en cualquier otra hipótesis de no condena. Con el añadido de que articula una distinción entre prueba de la inocencia y falta de prueba de la culpabilidad de muy dudosa compatibilidad con el art. 24.2 CE conforme a la doctrina de este Tribunal en atención a la jurisprudencia relevante del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTC 8/2017 y 10/2017). En buena lógica y sin perder la conexión con el examen de constitucionalidad en el marco de la cláusula general del art. 14 CE, debe abordarse a continuación el posible menoscabo del art. 24.2 CE por parte de los incisos cuestionados del art. 294.1 LOPJ «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa».

10. Derecho a la presunción de inocencia. Aspecto que suscita las dudas de constitucionalidad y pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional.

En el ATC 76/2018 se planteó que la selección de supuestos indemnizables que efectúan los incisos del art. 294 LOPJ cuestionados suscita dudas de constitucionalidad desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento aplicable en procesos posteriores pero vinculados a un proceso penal. A juicio del abogado del Estado, sin embargo, el precepto se limita a exigir que la persona haya sido absuelta por inexistencia del hecho para reconocer la indemnización, sin arrojar dudas sobre la inocencia de la persona sometida a prisión provisional que, en su caso, procederán de la interpretación o aplicación por parte del órgano administrativo o judicial que resuelva sobre la concreta solicitud de indemnización. Por el contrario, la fiscal general del Estado estima que, en la medida en que los referidos incisos determinan que las razones o motivos de la absolución sean decisivos a efectos resarcitorios, fuerzan a manejar argumentos que directa o indirectamente afectan al derecho a la presunción de inocencia, lo que resulta vedado conforme a lo dicho por el Tribunal en su STC 8/2017.

La jurisprudencia constitucional ha venido limitando la eficacia del derecho a la presunción de inocencia a los procedimientos sancionadores (entre muchas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5; 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 2, y 70/2008, de 23 de junio, FJ 4). De forma específica se rechazó la proyección de este derecho del art. 24.2 CE a los procedimientos en que se ventila la pretensión indemnizatoria por haber padecido prisión provisional (AATC 145/1998, de 22 de junio, FJ 2, y 220/2001, de 18 de julio, FJ 1). Sin embargo, como ya se ha destacado en el fundamento jurídico segundo de esta resolución, en la STC 8/2017 –y luego en la STC 10/2017–, este Tribunal modificó su doctrina tradicional sobre el contenido y ámbito aplicativo del derecho a la presunción de inocencia para acoger la dimensión del derecho que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos había estimado lesionada precisamente con ocasión de procedimientos indemnizatorios por prisión provisional del art. 294 LOPJ.

En términos generales, la finalidad de esta dimensión, que opera como garantía de efectividad del derecho a la presunción de inocencia, es evitar que los funcionarios y las autoridades públicas traten a las personas que han sido absueltas de cargos penales o cuyos procesos penales han sido sobreesidos como si fueran de hecho culpables de la acusación formulada en su contra (por todas, STEDH –Gran Sala– de 12 de julio de 2013, asunto *Allen c. Reino Unido*, § 94). El ámbito de aplicación del derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en esta vertiente se extiende a procesos posteriores a la absolución o archivo en los que se ventilan cuestiones que constituyen un corolario y un complemento de los procesos penales, entre los que el Tribunal Europeo sitúa la vía procedimental del art. 294 LOPJ para reclamar al Estado una indemnización por la prisión provisional sufrida no seguida de condena (SSTEDH de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, § 50; de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, § 36, y de 16 de febrero de 2016, asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, § 39).

Como precisa el Tribunal de Estrasburgo (STEDH de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy*, §§ 38-40) y recuerda la STC 8/2017, FJ 7, «se menosprecia la presunción de inocencia si una decisión judicial que afecta a un procesado refleja la sensación de que es culpable, cuando en realidad su culpabilidad no ha sido previamente establecida legalmente. [...] Una vez que la absolución es firme –aunque se trate de una absolución con el beneficio de la duda–, conforme al artículo 6 § 2 del Convenio, la siembra de dudas sobre la culpabilidad, incluidas aquellas respecto de las causas de la absolución, no son compatibles con la presunción de inocencia (*Rushiti*, anteriormente citada, § 31) [...] El Tribunal apunta que, en aplicación del principio *in dubio pro reo*, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos aducidos por el juez de lo penal. Muy al contrario,

en el ámbito del artículo 6 § 2 del Convenio, la parte resolutoria de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda autoridad que se pronuncie de manera directa o incidental sobre la responsabilidad penal del interesado (*Allen*, anteriormente citada, § 102, *Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, núm. 35522/04, § 39, 27 de septiembre de 2007). Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia (*Capeau c. Bélgica*, núm. 42914/98, § 25, CEDH 2005-I).

El órgano de garantía del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce (por todas, STEDH de 12 de julio de 2013, asunto *Allen c. Reino Unido*) que la valoración de la afectación del derecho a la presunción de inocencia en las decisiones adoptadas en este tipo de procedimientos vinculados al proceso penal no obedece a un solo punto de vista, sino que depende de «la naturaleza y del contexto del proceso en el que fue adoptada la decisión impugnada» (§ 125). Así, admite la posibilidad de afirmar una responsabilidad civil sobre la base de los mismos hechos por las diferencias sobre la carga de la prueba, siempre que la decisión no contenga una declaración que impute responsabilidad penal al demandado (§123), reconociendo que es un enfoque trasladable a los asuntos que atañen a acciones por responsabilidad ante los órganos y jurisdicciones administrativos como el presente (STEDH, asunto *Vlieeland Boddy c. España*, § 44). En cambio, rechaza la posibilidad de expresar sospechas sobre la inocencia del acusado para rechazar una indemnización por los costes del proceso si existe una decisión definitiva de absolución sobre el fondo, incluida la basada en el principio *in dubio pro reo* (§§ 122 y 127). «En todos los casos sin importar el punto de vista a aplicar, el lenguaje utilizado por el órgano decisor es de vital importancia para valorar la compatibilidad de una decisión y su razonamiento con el artículo 6 § 2», si bien se insiste en que «cuando se centra la atención en la naturaleza y el contexto concreto de un proceso, incluso el uso desafortunado del lenguaje puede no ser un elemento determinante» (§ 126, con múltiples referencias ulteriores).

A partir de tal doctrina, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha concretado, en lo que aquí interesa, que, cuando se cuestionan las resoluciones denegatorias de la indemnización por prisión provisional instada por la vía del art. 294 LOPJ, está «llamado a examinar si, por su manera de actuar, por los motivos de sus decisiones o por los términos usados en sus razonamientos, el Ministerio de Justicia y las jurisdicciones de lo contencioso-administrativo han arrojado sospechas sobre la inocencia de los demandantes habiendo por ello vulnerado el principio de la presunción de inocencia» (SSTEDH de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, § 54; de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, § 38, y de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy c. España*, § 41). Como resultado de ese examen, el Tribunal ha considerado lesivas del derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) resoluciones administrativas y judiciales que expresaron la distinción entre la absolución por haber quedado probada la no participación en los hechos y la absolución por falta de prueba de tal participación. Destaca que ese razonamiento, a pesar de basarse en el art. 294.1 LOPJ, que solo reconoce el derecho a la indemnización cuando se absuelve o se sobresee por ausencia de los hechos imputados, «sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante». Concluye que en tanto «distingue entre una absolución por falta de pruebas y una absolución resultante de la comprobación de la inexistencia de hechos delictivos, ignora la previa absolución del acusado, cuya disposición debe ser respetada por todas las autoridades judiciales, cualesquiera que sean las razones dadas por el juez» (STEDH de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, § 39; también SSTEDH de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, § 55; y de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy c. España*, §§ 42 y 47).

Esta doctrina se tradujo en la STC 8/2017, que resolvió sobre un supuesto en que se discutía la concurrencia del presupuesto de «inexistencia objetiva» (fundamento jurídico 6). Se concluyó allí que la denegación de la pretensión indemnizatoria asentada en la consideración de que «la absolución [está] sustentada en la aplicación de los

principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)», para derivar de ahí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, «vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la administración de Justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia» (FJ 7).

11. Interpretación de los incisos cuestionados e incompatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia.

A la luz de los anteriores pronunciamientos, no cabe duda de que la decisión sobre si se infringe la eficacia del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento con eficacia posterior al proceso penal es esencialmente contextual, siendo tal contexto el normativo-procesal indemnizatorio, que entronca con el proceso penal. En ese marco, resulta fundamental el lenguaje empleado, no solo por los términos que se elijan, sino también por los motivos y razonamientos que traduce. Desde esa perspectiva, la disyuntiva de indemnizar o no a quien padeció prisión preventiva pero no resultó después condenado es, en términos absolutos y abstractos, ajena a esta dimensión del derecho a la presunción de inocencia. Tan respetuoso del art. 24.2 CE es un sistema automático de indemnización como uno que la excluya sin excepción, del mismo modo que el art. 6.2 CEDH no otorga derecho a una indemnización por prisión provisional adoptada legalmente (STC 8/2017, FJ 5 con numerosas referencias). Si el marco normativo procesal encarna esa segunda posibilidad negadora de la indemnización, nada podrá objetarse a la decisión del legislador desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, si una vez reconocido el derecho a ser indemnizado, se hace de forma selectiva, el propio criterio de selección puede introducir dudas sobre la inocencia del procesado no condenado. En particular será así si el régimen resarcitorio discrimina entre las razones para absolver fruto de la eficacia de la presunción de inocencia como regla de juicio que opera en el proceso penal. Más precisamente, cuando se diferencia a efectos compensatorios entre la prueba de la inocencia y la falta de prueba suficiente de la culpabilidad, que, en virtud del estándar probatorio del proceso penal, se sitúa en la superación de la duda razonable.

En el caso de la regulación fijada en el art. 294 LOPJ, los incisos cuestionados obligan a examinar las razones en que se basa la decisión de no condenar o sobreseer en el proceso penal para identificar la concurrencia del supuesto de hecho de la norma: la inexistencia del hecho imputado. En su comprensión literal actual, limitada a la inexistencia objetiva del hecho justamente para evitar incurrir en una vulneración de la vertiente concernida del derecho a la presunción de inocencia, el precepto obliga a inferir de la resolución penal la probada no concurrencia (fenoménica o típica) del hecho delictivo para reconocer el derecho a ser indemnizado. Se diferencia entre probada inexistencia objetiva del hecho, único supuesto indemnizable, y el resto de supuestos, incluidos la falta de prueba del hecho objetivo y la inexistencia o falta de prueba de la participación. Respecto a esa delimitación, este Tribunal no ha estimado compatible con el art. 24.2 CE, interpretado conforme a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 6.2 CEDH, la distinción entre los supuestos de acreditada inexistencia objetiva del hecho y los de falta de prueba de su existencia material o típica (SSTC 8/2017 y 10/2017, FFJJ 7 y 4, respectivamente). Las razones entonces dadas se toman justamente de la doctrina europea alumbrada respecto a la interpretación anterior del Tribunal Supremo, que afirma la incompatibilidad con el art. 6.2 CEDH de la diferencia fijada a efectos indemnizatorios entre probada inexistencia del hecho imputado, sea objetiva o subjetiva, y falta de prueba del hecho imputado, objetivo o subjetivo. Ese tipo de razonamientos a que obliga el art. 294.1 LOPJ conforme a la interpretación restrictiva de la locución «inexistencia del hecho imputado», por más que se limite a la existencia material o típica del hecho, reproduce la motivación censurada

por el Tribunal de Estrasburgo que hicimos nuestra, *mutatis mutandis*, en las SSTC 8/2017 y 10/2017, FFJJ 7 y 4, respectivamente.

En otras palabras, tanto si se identifica la selección efectuada por la referencia a la inexistencia del hecho imputado como inexistencia objetiva como si se interpreta de forma más amplia y se da cabida también a la inexistencia subjetiva, se reproduce el esquema vetado por el art. 24.2 CE de distinguir entre las absoluciones o sobreseimientos por prueba de la inocencia y por aplicación del principio de presunción de inocencia.

No obstante, se dice posible todavía una aplicación del precepto pegada a su tenor, que, según subraya el abogado del Estado, dispone la indemnización para quien fue absuelto por inexistencia del hecho, sin que esa dicción arroje dudas sobre la inocencia de quien fue privado de libertad. Debe examinarse si el precepto resulta cohonorable con esa comprensión amplia de la eficacia del derecho a la presunción de inocencia en tanto cabe una aplicación del mismo que se limite a afirmar la inviabilidad de la reclamación en el marco del art. 294 LOPJ, dado que solo comprende el supuesto de inexistencia objetiva del hecho, absteniéndose de ulteriores afirmaciones comprometidas sobre las razones de la no condena.

La respuesta debe ser de nuevo negativa. Cuando se razona que no puede reconocerse el derecho a ser indemnizado conforme al art. 294 LOPJ, en la medida en que el recurrente no ha sido absuelto o ha visto sobreseída su causa en razón de la inexistencia objetiva del hecho, se afirma, ciertamente, que no concurre el presupuesto legal de la inexistencia (objetiva) del hecho imputado. Pero al tiempo se introducen diferencias cualitativas entre los motivos de las decisiones materiales de absolución, por prueba de que no existió el hecho y por el resto de razones posibles vinculadas a la presunción de inocencia, que siembran dudas sobre la culpabilidad del absuelto. En tal sentido, aunque la decisión del caso argumente intencionadamente en estrictos términos de no concurrencia del supuesto de hecho de la norma, esa razón viene acompañada implícitamente de la afirmación de que se absolvió por otra, que será de ordinario la falta de prueba suficiente de la participación del sujeto en los hechos. Por más que esa afirmación se reconduzca a su dicción, el art. 294.1 LOPJ plantea dudas sobre la inocencia del demandante por la falta de matices o reservas del razonamiento (SSTEDH de 25 de abril de 2006, asunto *Puig Panella c. España*, § 55; de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España*, § 39, y de 16 de febrero de 2016, asunto *Vlieeland Boddy c. España*, § 47). Y lo hace en términos parejos a los que desembocaron en esas previas condenas por el Tribunal de Estrasburgo, donde también se apeló al argumento de que se razonaba sobre la concurrencia de los requisitos legales del art. 294 LOPJ, para el que no basta la mera absolución.

Como se destacó en la STC 8/2017, para decidir sobre si concurre o no responsabilidad de la administración de Justicia por prisión provisional no seguida de condena no podrán utilizarse argumentos que directa o indirectamente afecten a la presunción de inocencia, entendiéndose que viola este derecho cualquier razonamiento que ponga en duda la inocencia del demandante, como el afirmar que la razón de la absolución deriva de la aplicación de los principios del proceso penal (presunción de inocencia) y no de la inexistencia del hecho delictivo. En el mismo sentido insistimos en la STC 10/2017, FJ 4, al sostener que, cuando las resoluciones deniegan la indemnización porque se absuelve debido a la insuficiencia de la prueba practicada para generar una convicción sobre la responsabilidad criminal más allá de toda duda razonable, dichas resoluciones suscitan dudas sobre la inocencia del denunciante, de modo que se menosprecia el derecho del actor a la presunción de inocencia. En consonancia con las SSTC 8/2017 y 10/2017, no es compatible con el art. 24.2 CE denegar la indemnización argumentando que el entonces preso provisional fue absuelto por falta de pruebas o por aplicación del principio *in dubio pro reo*, por más que ello sirva al tiempo para sostener que no concurre el requisito legal del art. 294 LOPJ de inexistencia del hecho imputado.

12. Incompatibilidad estructural de los incisos cuestionados con el derecho a la presunción de inocencia.

A la luz de lo referido, no se trata de un eventual uso desafortunado del lenguaje por el operador jurídico sino, con carácter previo y determinante, del tipo de razonamiento a que obliga el tenor del art. 294 LOPJ, tanto en una interpretación restrictiva como extensiva, anclado en el examen selectivo de las razones de la absolución o el sobreseimiento tomadas de su expresión explícita o implícita en la previa resolución penal. Se excluye así la toma en consideración de otros elementos de decisión, de circunstancias relacionadas con el devenir del proceso o la conducta del reclamante, que permitan introducir los matices echados en falta en la jurisprudencia europea concernida y resolver en equidad sobre la cuestión, en su caso, incluso de forma diversa a cómo se pronunció la jurisdicción penal con ocasión de los mismos hechos (STEDH, asunto *Vlieeland Boddy c. España*, § 44, citando *Allen c. Reino Unido*, § 123). En último término, se vendría a exigir al reclamante que aporte prueba de su inocencia, lo que parece irrazonable y revela una violación del derecho (por todos, STEDH de 13 de enero de 2005, asunto *Capeau c. Bélgica*, § 25) a la par que supone una exigencia de imposible cumplimiento para él. La decisión sobre la solicitud se apoya en lo fijado por el Juez penal, en cuya resolución debe haber quedado constancia de que resultó probada la inexistencia del hecho, presupuesto legal de la indemnización, sin que, sin embargo, exista un derecho a ser declarado inocente (SSTC 40/1988, de 18 de marzo, FJ 4, y 202/2000, de 24 de julio, FJ 4) ni se ofrezca al demandante la posibilidad de acreditarlo en el procedimiento indemnizatorio.

Debe también traerse aquí lo ya dicho en relación con la insostenibilidad de vincular la indemnización de los supuestos no incluidos en el art. 294.1 LOPJ con el art. 293 LOPJ, ahora como vía para solventar la discriminación indemnizatoria con base en las razones de la absolución lesiva del art. 24.2 CE. El art. 293.1 LOPJ remite a una figura que no solo introduce diferencias procedimentales que aumentan el rigor para alcanzar la pretensión indemnizatoria, sino que presupone requisitos de fondo que no definen las situaciones de prisión indemnizable correctamente acordada, donde no existe error judicial al uso. Bajo la apariencia de remisión a un procedimiento diverso, se rechaza la indemnización de los supuestos de absolución que obedecen a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, introduciendo una diferencia irrazonable desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia entre supuestos indemnizables y no indemnizables. El problema no se puede solventar por esta vía.

La estructura del precepto aplicable, con los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esa misma causa», que remiten a las razones ofrecidas por la resolución penal para sostener la decisión que le es propia de absolución o sobreseimiento (ajena a una eventual indemnización ulterior por la prisión provisional sufrida), obliga a argumentar de forma incompatible con la dimensión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE) que salvaguarda la eficacia *pro futuro* del previo pronunciamiento absolutorio, por lo que resultan contrarios al art. 24.2 CE. En tanto no se vislumbra una interpretación del ámbito aplicativo del art. 294 LOPJ que no discrimine entre las razones de la absolución vinculadas a la presunción de inocencia, los incisos que hacen depender la indemnización de ese tipo de razonamientos conculcan el derecho a la presunción de inocencia.

13. Estimación de la cuestión interna de inconstitucionalidad y efectos.

Las conclusiones expuestas en los fundamentos precedentes conducen a estimar la cuestión interna de inconstitucionalidad. Al poner en relación los problemas de constitucionalidad de la selección de supuestos indemnizables que dibujan los incisos controvertidos desde la perspectiva de los arts. 14 y 24.2 CE, se observa que circunscribir el ámbito aplicativo del art. 294 LOPJ a la inexistencia objetiva del hecho establece una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto a los inocentes absueltos por no ser autores del hecho al tiempo que menoscaba el derecho a

la presunción de inocencia al excluir al absuelto por falta de prueba de la existencia objetiva del hecho. Tampoco una interpretación amplia del art. 294.1 LOPJ, que reconozca el derecho a ser indemnizado tanto en caso de inexistencia objetiva como subjetiva, puede eludir las objeciones de ausencia de justificación razonable de la diferencia de trato y, sobre todo, de desproporción en las consecuencias, sin que, por lo demás, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia se mitigue, al perpetuar la distinción entre absoluciones por prueba de la inocencia y falta de prueba de la culpabilidad.

Los incisos del art. 294 LOPJ «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» reducen el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisional acordada conforme a las exigencias constitucionales y legales en un proceso que no concluyó en condena de forma incompatible con los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia. La selección de supuestos indemnizables excluye otros abarcados por la finalidad de la previsión resarcitoria, atenta a indemnizar los daños fruto del sacrificio de la libertad de un ciudadano en aras del interés común, de modo que introduce una diferencia entre supuestos de prisión provisional no seguida de condena contraria al art. 14 CE, en tanto que injustificada, por no responder a la finalidad de la indemnización, y conducente a resultados desproporcionados. De otro lado, en tanto la referida delimitación del ámbito resarcible obedece a las razones de fondo de la absolución, establece de forma inevitable diferencias entre los sujetos absueltos vinculadas a la eficacia del derecho a la presunción de inocencia, obliga a argumentar con base en esas diferencias y deja latentes dudas sobre su inocencia incompatibles con las exigencias del art. 24.2 CE.

Todo ello conduce a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. «por inexistencia el hecho imputado» y «por esta misma causa», lo que hace innecesario que nos pronunciemos acerca de si, además, conllevan una vulneración del derecho a la libertad.

La redacción resultante del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, una vez excluidos los incisos declarados inconstitucionales y nulos, es la siguiente: «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». Una interpretación literal del precepto así depurado de su tacha de inconstitucionalidad permitiría ciertamente sostener que la prisión provisional, cuando el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolución (o de sobreseimiento libre), daría lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. Ha de advertirse que tal conclusión no se deriva de esta sentencia ni puede deducirse del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 por la sola circunstancia de que lo hayamos depurado de los incisos que lo hacían contrario a los arts. 14 y 24.2 CE. Antes bien debe entenderse que los presupuestos y el alcance de la indemnización previstos en el art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales. De modo que la doctrina de esta sentencia no solo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al *quantum* indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho general de daños (como pueden ser la *compensatio lucri cum damno* o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima).

Respecto del pronunciamiento de nulidad, procede aplicar la doctrina reiterada de este Tribunal en cuya virtud, «en supuestos como el que ahora nos ocupa y atendiendo a la pluralidad de valores constitucionales que concurren debemos traer a colación, a la hora de precisar el alcance en el tiempo de nuestra declaración de nulidad, el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), al que responde la previsión contenida en el art. 40.1 LOTC, según el cual las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de leyes "no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada"

en los que se haya hecho aplicación de las leyes inconstitucionales». Más allá de ese mínimo dirigido a preservar la cosa juzgada, debemos declarar que el principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) también reclama que –en el asunto que nos ocupa– esta declaración de inconstitucionalidad solo sea eficaz en relación con nuevos supuestos o con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme (en este sentido, SSTC 365/2006, de 21 de diciembre, FJ 8; 161/2012, de 20 de septiembre, FJ 7; 104/2013, de 25 de abril, FJ 4; y 140/2016, de 21 de julio, FJ 14). En consecuencia, esta sentencia no permite revisar procesos fenecidos ni reabrir los plazos para formular reclamaciones indemnizatorias.

FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Estimar la presente cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por el Pleno del Tribunal Constitucional y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» del artículo 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con los efectos indicados en el fundamento jurídico 13.

Publíquese esta sentencia en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en Madrid, a diecinueve de junio de dos mil diecinueve.–Juan José González Rivas.–Encarnación Roca Trías.–Andrés Ollero Tassara.–Fernando Valdés Dal-Ré.–Santiago Martínez-Vares García.–Juan Antonio Xiol Ríos.–Pedro José González-Trevijano Sánchez.–Antonio Narváez Rodríguez.–Alfredo Montoya Melgar.–Ricardo Enríquez Sancho.–Cándido Conde-Pumpido Tourón.–María Luisa Balaguer Callejón.–Firmado y rubricado.

Voto particular que formula la magistrada doña Encarnación Roca Trías en relación a la sentencia dictada en la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 4314-2018

1. Los antecedentes de la cuestión de inconstitucionalidad.

En ejercicio de la facultad que me confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y con el debido respeto a la opinión mayoritaria de mis compañeros de Pleno, formulo el presente voto particular discrepante, que anuncié debidamente a la sentencia de la mayoría respecto de la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada en relación a los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» del art. 294.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), por posible vulneración de los artículos 17, 14 y 24.2 CE.

El art. 294.1 LOPJ dice textualmente: «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».

La cuestión interna de inconstitucionalidad se ha planteado como consecuencia de diversas demandas en recursos de amparo ante este Tribunal en los que se ha venido denunciando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva después de que los tribunales hubiesen negado la indemnización reclamada, si bien en algunos de estos recursos se ha solicitado con base en la lesión de los derechos fundamentales a la libertad y a la igualdad. El supuesto de hecho común a todos ellos es la prisión provisional del demandante de amparo durante la instrucción de un proceso penal, seguida de la absolución o sobreseimiento libre de la causa penal. En todos los casos se

ha pedido una indemnización que se ha canalizado por la vía del error judicial (art. 293 LOPJ) o por otros medios, indemnización que ha sido rechazada. Ello ha producido entonces la reclamación ante el Tribunal Constitucional, que ha dictado las sentencias 8/2017 y 10/2017.

Según el ATC 79/2018, de 17 de julio, la razón del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad consiste en «considerar que los incisos "por inexistencia del hecho imputado" y "por esta misma causa" podrían resultar contrarios a los derechos a la libertad personal (art. 17 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al vincular el derecho a la indemnización por prisión preventiva solo a los supuestos en que la resolución penal determina la inexistencia del hecho imputado», porque «puede dejar fuera otros que debieran serlo con fundamento en las exigencias constitucionales para privar de libertad cautelarmente a una persona (art. 17 CE), introduciendo diferencias irrazonables de trato por razones de absolución (art. 14 CE) que irremediamente dejan latentes dudas sobre la inocencia del sujeto no condenado en el proceso penal (art. 24.2 CE)».

El fallo de la sentencia a la que me opuse y contra la que formulo voto particular, estima la presente cuestión interna y declara la inconstitucionalidad de los incisos «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa» del art. 294.1 LOPJ, por entender que son contrarios al derecho a la igualdad del art. 14 CE, pues «la diferencia de trato desde una perspectiva indemnizatoria entre quienes, después de sufrir prisión preventiva, no resultan condenados por haberse probado la inexistencia del hecho y de quienes lo han sido por otras razones de fondo es, además radical, pues solo los primeros pueden ver satisfecha su pretensión de ser indemnizados». Igualmente entiende que se lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, al mismo tiempo y tal como pone de relieve el texto de la sentencia con cuya argumentación y fallo no estoy de acuerdo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha condenado a España en diversos casos, a los que luego me referiré, y ha advertido que no puede utilizarse la presunción de inocencia para denegar la indemnización. En la STC 8/2017 se discutió sobre si podía o no quedar afectada la presunción de inocencia. Recordemos que en aquel caso la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional denegó al recurrente en amparo, que había estado privado de libertad en una causa en la que finalmente fue absuelto, una indemnización por responsabilidad patrimonial del Estado a causa del funcionamiento anormal de la administración de Justicia. Sin embargo, este Tribunal Constitucional, en aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (asuntos *Puig Panella c. España* y *Tendam c. España*), aprecia que el razonamiento empleado por la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y con base en la motivación y el lenguaje utilizados en sus fundamentos, cuestiona la inocencia del demandante. En este sentido, para el Tribunal Constitucional en la medida que se acredita la inexistencia objetiva del delito, la argumentación utilizada por la Sala Tercera para denegar la indemnización no es respetuosa con el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia (FJ 7).

2. Argumentos en contra de los sostenidos en la sentencia.

La opinión que he venido manteniendo en el Pleno a lo largo de las deliberaciones mantenidas en relación a la indemnización por prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento libre se basan en dos tipos de argumentaciones: (i) la primera es la relacionada con la pretendida afectación al derecho fundamental de la libertad (art. 17 CE), que se vería vulnerado cuando un investigado ingresa en prisión preventiva, y (ii) la segunda, la distinción que debe hacerse entre los dos procesos que coinciden en el

caso, el proceso penal, acabado con la absolución o el sobreseimiento libre, y la vía administrativa en la que se reclama la correspondiente indemnización.

En las argumentaciones que siguen se ha utilizado la doctrina constitucional y administrativa relativa a la responsabilidad por funcionamiento de la administración de justicia, que no voy a citar aquí, para evitar extenderme innecesariamente.

3. La lesión del derecho a la libertad (art. 17 CE).

El texto de la sentencia parece haber superado el argumento de una posible vulneración del derecho a la libertad, que fue el que originó el planteamiento de la presente cuestión interna. Efectivamente en el fundamento jurídico 5 se señala que «la prisión preventiva provisional constituye un supuesto de privación legítima de libertad amparado en la previsión del art. 17.1 CE [...], que se impone a la persona como un sacrificio en aras del interés general encarnado por la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 5)», añadiendo que «frente a esos intereses, el sacrificio instrumental de la libertad que supone presenta un carácter aflictivo extraordinario que el legislador ha tenido presente» y que se debe «a la entidad del derecho afectado [...]».

Sin embargo, en el fondo de la argumentación de la sentencia late la idea, no explícitamente expresada, que la lesión realmente sufrida por el investigado en prisión provisional declarado absuelto o cuando el asunto se ha sobreseído concierne a su derecho a la libertad. Ello se puede comprobar en el fundamento jurídico 5 cuando afirma que «en este contexto de justificación del interés general, el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos estatales que ejercen el *ius puniendi* en aras del interés de la sociedad en el esclarecimiento de los hechos delictivos. Ese deber, sin embargo, conforme a lo que dispone el art. 294.1 LOPJ, va unido al derecho a ser indemnizado por el caso de la prisión provisional, no en otros casos de injerencia, en atención a la especialidad del daño sufrido en aras del interés público prevalente [...]».

La sentencia no tiene en cuenta que en las reclamaciones de indemnización nos hallamos ante un segundo procedimiento, contencioso, en el que se formula una reclamación a la administración con la finalidad de que sean resarcidos los daños que se hayan ocasionado con la prisión preventiva en el proceso penal, que ya ha finalizado. Debo examinar, por tanto, los requisitos de cada uno de los procesos.

4. La diferencia entre los procesos penal y contencioso.

El proceso penal iniciado con las investigaciones correspondientes del instructor y que han llevado a la absolución (después de haberse celebrado la vista oral) o al sobreseimiento, ha acabado ya cuando se reclama la indemnización. Por tanto, en este momento, las vicisitudes del mencionado procedimiento no importan ya.

A continuación se inicia un nuevo proceso, el administrativo, en el que la persona que ha sufrido la prisión preventiva va a demandar a la administración una indemnización por los daños que su pérdida de libertad le ha ocasionado. Este es el que interesa examinar ahora.

El art. 121 CE establece que «Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley». La Constitución introduce aquí una diferencia notable entre la responsabilidad que es consecuencia de los daños causados por la administración de justicia, y los causados por la administración en general, ya que en el art. 106.2 CE establece que «los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos». En este sentido, la STC 112/2018, con cita de la 325/1994, señala que «la doctrina de este Tribunal ha afirmado, al tratar de forma específica, la

responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los supuestos de error judicial, modalidad resarcitoria singularmente prevista en el art. 121 CE, que los arts. 106.2 y 121 CE no son preceptos que operen de forma inconexa e independiente el uno del otro, pues ambos reflejan el mismo postulado general de responsabilidad del Estado, que tiene su anclaje último en el principio general de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y en la propia cláusula constitucional de estado de derecho (art. 1.1 CE). Según señalamos "las dos modalidades, emanación del principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos (art. 9.3 CE), han de ser calificadas como derechos de configuración legal, por deferir a la ley su regulación, que en ambos sectores de la administración, la pública y la de justicia, coinciden en la letra" (STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 4)».

En ambas disposiciones (art. 106.2 y 121 CE) se producen unas coincidencias notables, que explicaré a continuación: (i) en ambas se establece la necesidad de dejar indemne a quien ha sufrido daños como consecuencia de la actuación de la administración pública; (ii) pero ello conlleva una diferencia notable entre los dos preceptos: en el art. 106.2 CE no se distingue qué tipo de daño, si proveniente o no de la actuación normal o anormal, mientras que en el art. 121 CE se señala que los daños a indemnizar como consecuencia de la actuación de la administración de justicia solo serán los producidos por la actuación anormal y consistirán en los derivados de error y funcionamiento anormal; (iii) en ambos casos, será la ley la que fije los términos de la indemnización, porque se trata de un derecho de configuración legal.

Si seguimos la línea marcada constitucionalmente, para que exista obligación de indemnizar a quien ha sufrido daños consecuencia de la actividad de la administración de justicia, se requerirá que concurren los requisitos marcados legalmente y que son: (i) la efectiva realización del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; (ii) que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal; (iii) la ausencia de fuerza mayor, y (iv) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Consecuencia de todo lo anterior, será que el proceso en el que se solicita la indemnización por la prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento es absolutamente independiente del penal en el que se ha decretado esta absolución o sobreseimiento y que el demandante en la vía contenciosa deberá acreditar la concurrencia de los requisitos y no podrá utilizarse en su favor ni en su contra la presunción de inocencia, porque no nos hallamos ante un proceso penal donde los acusadores deben destruir la presunción de inocencia que ampara a todo investigado/procesado hasta que se haya dictado la sentencia definitiva. Es cierto que como ha afirmado la doctrina, el proceso en el que se reclama la indemnización es un corolario del proceso penal, pero es distinto y al serlo, deberán utilizarse elementos de valoración de la prueba distintos, pudiendo llegarse a conclusiones también diversas de las alcanzadas en el proceso penal. En consecuencia, puede afirmarse en una primera conclusión que la regulación del art. 294 LOPJ cuya constitucionalidad ahora se cuestiona, se ajusta al art. 121 CE, ya que, además, la Constitución deja al desarrollo legislativo la determinación de los requisitos tanto en el art. 106.2 CE, como en el art. 121 CE, que es el que ahora importa. Debe añadirse que el legislador puede regular las instituciones del modo y manera que considere conveniente, siempre y cuando, claro está, tenga en cuenta el contenido constitucionalmente reconocido de los derechos fundamentales. Quiero con ello decir que en el caso de la indemnización por prisión provisional el constituyente en el art. 121 CE solo obliga a indemnizar unos supuestos concretos –error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia– y éstos deben ser respetados en todo caso por el legislador. A partir de este límite puede ampliar los supuestos indemnizables, decidir indemnizar todos o despremiar algunos sin que en ello pueda haber tacha de inconstitucionalidad alguna.

5. El daño.

La mayor causa de discrepancia con la sentencia se centra en la fijación del daño que debe ser objeto de indemnización. La sentencia parte de que en todo caso con la privación de libertad que se produce con la prisión provisional, aun cuando es legal o legítima y no ha vulnerado el art. 17.2 CE, sin embargo en el caso de que por el motivo que fuese se salga absuelto se ha producido un daño objetivo que debe ser indemnizado. Este daño no sería, por tanto, consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, porque se justifica por el interés general en la adopción de medidas cautelares en orden a la persecución de los delitos. Por ello, la sentencia centra el problema en la interpretación de los incisos ya aludidos del art. 294.1 LOPJ y les atribuye la vulneración del derecho a la igualdad y el derecho a la presunción de inocencia.

De acuerdo con este punto de partida, el daño objeto de compensación es para la sentencia un daño que parte de un error objetivo. De este modo, la sentencia introduce el elemento «error», que es el único que justifica la indemnización de acuerdo con lo establecido en el art. 121 CE. A partir de aquí la sentencia construye una obligación de indemnizar que no es tal, como argumentaré en su debido lugar, sobre el presupuesto de la lesión de diferentes derechos fundamentales. En definitiva, el art. 121 CE exige claramente la concurrencia de un daño para que nazca la obligación de indemnizar por parte de la administración de justicia y la inconstitucionalidad declarada de los incisos del art. 294.1 LOPJ no resuelven la cuestión porque, eliminados los incisos que la sentencia declara inconstitucionales, sigue manteniéndose el último inciso del artículo que dice: «siempre que se hayan irrogado perjuicios». Para excluir esta exigencia, la sentencia creará un error basado en circunstancias objetivas, que le permitirá por una parte incluir este supuesto en el art. 121 CE y, por otra parte, excluir la aplicación del último inciso del art. 294.1 LOPJ.

Porque la doctrina y la jurisprudencia han exigido que el daño que genera la obligación de indemnizar de acuerdo con la norma legal, a la que se remite el art. 121 CE, es el que reúne estas características: «en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas». Pero hay que tener muy en cuenta que los tipos de daños que no podrán ser objeto de indemnización, son aquellos que el particular tenga el deber jurídico de soportar. La sentencia acaba desvirtuando el concepto de *antijuridicidad*, aunque la jurisprudencia haya exigido repetidamente que concurra este requisito, porque cuando se produzca el deber jurídico de soportar el daño, desaparece la obligación de indemnizar. Y si, como dice repetidamente la sentencia, la prisión provisional de que se parte es la legal, entonces desaparece el deber jurídico de indemnizar el daño, porque desaparece la antijuridicidad.

6. La lesión de los derechos fundamentales que producirían la inconstitucionalidad del art. 294.1 LOPJ en los incisos cuestionados.

Para que pueda anularse por inconstitucional una norma positiva a través de la cuestión de inconstitucionalidad se requiere que la norma sea aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo (art. 35.1 LOTC). En este caso se ha cuestionado la constitucionalidad de los incisos concretos del art. 294.1 LOPJ, examinando si se oponían a los derechos fundamentales a la libertad (art. 17); igualdad (art. 14) y presunción de inocencia (art. 24.2). Voy a examinar si la legislación que se declara inconstitucional vulnera en realidad estos tres derechos.

(i) *El derecho a la libertad (art. 17 CE)*. Después de proclamar que «toda persona tiene derecho a la libertad», el art. 17.1 CE añade que «nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley». A continuación, el párrafo 2 del propio art. 17 CE establece los requisitos mínimos para la validez de la detención preventiva, que son desarrollados en el art. 502 y ss. LECrim. De ahí que deba deducirse, como señalé en su día en el

Pleno, que (i) la privación de la libertad es posible, pero que los casos en que se puede proceder están regulados en la ley, dado que se exige el desarrollo legislativo de acuerdo con el art. 17.1 CE; (ii) la privación preventiva de la libertad solo es lícita si responde a lo legalmente previsto, tanto en los casos como en la forma. En conclusión son ilícitas las detenciones que no siguen estos criterios. Es por ello que la presente sentencia destaca que de lo que se trata no es de las detenciones ilícitas, sino de aquellas que se toman de acuerdo con los requisitos legalmente establecidos. De donde, a mi parecer, si los casos por los que puede acordarse la detención preventiva se ajustan a lo establecido en la ley, tal como afirma la sentencia, serán casos constitucionalmente lícitos, en los que resulta imposible encontrar daño alguno, según lo que ya he afirmado en el anterior apartado. Si existiese un abuso por parte del juez, debería recurrirse al art. 121 CE, ya que entonces se habría generado un daño por mal funcionamiento de la administración de justicia, que sería indemnizable, de acuerdo, a mi modo de ver, con lo que dispone el art. 294 LOPJ. Aunque conozco las diferentes opiniones que se han formulado sobre la naturaleza de esta disposición, pienso que abre la vía a la indemnización en este caso.

La regla del art. 17 CE es la libertad, con las excepciones que se contienen en los párrafos 2 y 3 del propio precepto que llevan a la aplicación del art. 121 CE. En este sentido, estaría de acuerdo con la exclusión de la vulneración del art. 17 CE, que establece la sentencia (fundamento jurídico 8).

(ii) *La igualdad.* La sentencia señala (fundamento jurídico 9) que «la selección establecida en el art. 294 LOPJ por los incisos controvertidos discrimina entre el supuesto de inexistencia del hecho imputado y el resto de supuestos de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento [...]. Esta diferencia no solo carece de justificación desde la finalidad del precepto que recoge el derecho a la indemnización de quienes se vieron privados de su libertad en aras del interés común, sino que resulta evidentemente desproporcionada en sus consecuencias, de un carácter gravoso extraordinario, ya que quedan excluidos del derecho a la indemnización, por lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE)».

Lo que resulta de esta formulación conduce a la irrelevancia de la razón de la absolución, porque lo relevante es la compensación del daño como sacrificio de especial intensidad. Tampoco se justifica la diferencia de trato por la introducción de elementos de certeza sobre la concurrencia del supuesto indemnizable (asegurarse de que el preso no condenado no ha contribuido a la producción del daño, por ejemplo, la fuga del encausado no significa que no pueda haber después una absolución indemnizable por ser inexistente el hecho imputado. En definitiva, si se abandona la base sobre la que se ha venido sustentando el art. 294 LOPJ, que es la responsabilidad patrimonial, nace una construcción teórica, a la que luego me referiré, en la que no se indemnizan los distintos supuestos, sino cualquier tipo de prisión seguido de absolución. Por ello estoy de acuerdo con los argumentos formulados por mis compañeros Antonio Narváez y Ricardo Enríquez en su voto particular en esta misma sentencia, que señalan que el planteamiento realizado sobre la base de la lesión del derecho a la igualdad «no alcanza a realizar un completo juicio relacional de aquellas situaciones de inexistencia, que establezca un correcto término de comparación entre aquellos supuestos porque el punto de atención lo ha fijado la sentencia, de modo exclusivo, en la consecuencia jurídica y personal que entraña la medida de privación de libertad [...]».

(iii) *La presunción de inocencia.* El art. 24.2 CE *in fine* garantiza la presunción de inocencia. Los casos que han dado lugar al fallo de esta sentencia provienen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que en diversas ocasiones ha condenado a España por haber justificado, directa o indirectamente, la denegación de la indemnización como consecuencia de la absolución o del sobreseimiento con argumentos que utilizaron la presunción de inocencia. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el conocido asunto *Puig Panella c. España*, de 25 de abril de 2006 establece claramente que si bien es cierto que el derecho a la presunción de inocencia, no otorga, por sí mismo, el derecho a obtener una indemnización por la prisión preventiva sufrida cuando posteriormente no hay sentencia de condena o cuando, como en este caso, es anulada,

es necesario tener en cuenta que la resolución que deniegue el derecho a percibir tal indemnización, no puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia sembrando la duda acerca de la culpabilidad del sujeto. Por tanto, no es en el curso del proceso penal –en el que la expresión de sospechas sobre la inocencia de un acusado puede ser admisible en tanto no se cierre el procedimiento, a la espera de comprobar si le asiste la razón a la acusación–, sino en el curso del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo donde resulta inadmisibles que una decisión jurídica se apoye sobre sospechas de inocencia después de haberse pronunciado una sentencia penal exculpatoria de carácter definitivo.

Por su parte, en el caso *Tendam c. España* de 13 de julio de 2010, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estimó la demanda planteada por un nacional alemán y residente en Canarias por la falta de indemnización por la prisión provisional y absolución posterior por falta de pruebas en dos procesos penales y por la pérdida o deterioro de los bienes embargados como consecuencia de los mismos. La jurisdicción ordinaria española, primero la Audiencia Nacional y posteriormente el Tribunal Supremo, habían desestimado sus pretensiones indemnizatorias encauzadas por la vía de art. 294 LOPJ y el Tribunal Constitucional había inadmitido su recurso de amparo. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos recuerda que el ámbito de aplicación del art. 6.2 del Convenio no se limita a los procedimientos penales pendientes, sino que se extiende a los procesos judiciales consecutivos a la absolución definitiva del acusado en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyen un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante ostenta la calidad de «acusado» (§36). Junto a ello el Tribunal no admite diferencias entre las absoluciones por falta de pruebas y las absoluciones derivadas de la prueba de la inocencia (§37). Además, señala que en virtud del principio *in dubio pro reo*, que constituye una expresión concreta del principio de presunción de inocencia, no debe existir ninguna diferencia entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución que derive de la constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos que hayan sido tenidos en cuenta en cada ocasión por el juez penal. Al contrario, en el marco del art. 6.2 del Convenio Europeo, toda autoridad que se pronuncie directa o indirectamente o de forma incidental sobre la responsabilidad penal del interesado debe respetar la parte resolutoria de una sentencia absolutoria, (*Vassilios Stavropoulos c. Grecia*, 27 de septiembre de 2007). Por otro lado, el hecho de exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento tendente a obtener una indemnización por prisión provisional no es razonable y denota una violación de la presunción de inocencia». Finalmente, refiriéndose al caso español, señala que «el presente asunto se diferencia del asunto *Puig Panella*, citado por el Gobierno, en el que la solicitud de indemnización se introdujo por el demandante tras una sentencia del Tribunal Constitucional que había anulado, una vez cumplida la pena de prisión, las resoluciones de condena de las que fue objeto. Sin embargo, en este caso, el demandante fue absuelto en apelación y no ha cumplido nunca una pena de prisión firme. A pesar de estas diferencias, el Tribunal debe examinar en este caso si, por su forma de actuar, por la motivación de sus resoluciones o por el lenguaje utilizado en sus razonamientos, el Ministerio de Justicia y las jurisdicciones internas han sembrado dudas sobre la inocencia del demandante, vulnerando así el principio de presunción de inocencia, tal y como viene garantizado por el artículo 6 § 2 del Convenio (*Puig Panella*, antes citado, § 54)» (§38).

En el caso *Allen c. Reino Unido* de 12 de julio de 2013 se advierte que no hay unanimidad entre los países miembros del Consejo de Europa sobre la necesidad de indemnizar por prisión provisional preventiva seguida de absolución o sobreseimiento. La doctrina del Tribunal europeo en esta materia viene determinada por dos elementos: a) «el lenguaje utilizado por el órgano decisor es de vital importancia para valorar la compatibilidad de una decisión y su razonamiento con el artículo 6.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos [CEDH]»; b) «Sin embargo, cuando se centra la

atención en la naturaleza y el contexto concreto de un proceso, incluso el uso desafortunado del lenguaje puede no ser un elemento determinante». Y añade que esta conformación doctrinal explica, sobre todo por el matiz introducido en el segundo componente, que incluso cuando un tribunal interno usa un lenguaje desafortunado, en el sentido de un lenguaje que puede emitir sospechas sobre la culpabilidad del interesado, puede que las referencias que se hagan al contexto y la naturaleza del proceso permitan entender dichas manifestaciones judiciales como hechas estrictamente en relación a dicho contexto o a la naturaleza del proceso, lo que permite descartar tales sospechas y centrar oportunamente el único sentido de dichas manifestaciones judiciales. Dicho de otro modo, si el órgano judicial conecta claramente sus afirmaciones con la naturaleza compensatoria del proceso en que se formulan, y más en concreto con las exigencias legales para tener derecho a la indemnización solicitada, dicha naturaleza del proceso coadyuva a atribuir su verdadero sentido y alcance a tales manifestaciones.

Finalmente no cabe desconocer que en los asuntos acumulados *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España* de 16 de febrero de 2016 se recuerda que ni el art. 6.2 CEDH, ni ningún otro dan derecho a reclamar una compensación por detención provisional adoptada legalmente en caso de absolución (como dice la reseñada sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del caso *Tendam contra España*, § 36), o, (como expresan las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Capeau contra Bélgica*, § 23, y *Puig Panella* § 52), ni el artículo 6.2 CEDH ni cualquier otra cláusula del Convenio otorga al «acusado» un derecho al derecho al reembolso de sus gastos, o a un derecho de reparación por una detención provisional regular, en caso de abandono de las diligencias incoadas contra él (*Dinares Peñalver c. España*; o *Englert c. Alemania y Sekanina c. Austria*, respectivamente § 36 y § 25).

De ahí que la STC 8/2017 señale que «a la vista de esta doctrina, el análisis del contenido de la sentencia dictada con fecha de 28 de febrero de 2012 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, y especialmente la consideración que se efectúa sobre que "la absolución [está] sustentada en la aplicación de los principios rectores del proceso penal (presunción de inocencia)", derivando de ahí que no concurre el presupuesto de la inexistencia del hecho delictivo, conducen a estimar que dicha resolución vulnera el derecho a la presunción de inocencia, pues emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho derecho como elemento integrador de la relación de causalidad del daño producido en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, lo que se estima inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia».

De las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se deduce que no existe obligación de indemnizar que dimane del Convenio Europeo de Derechos humanos, pero que si se acuerda, la argumentación de los tribunales al admitirla o desestimarla no puede nunca basarse en la presunción de inocencia.

En conclusión, los anteriores argumentos me llevan a deducir que los incisos del art. 294.2 LOPJ no son inconstitucionales, porque no existe argumento alguno que, por exigencias de los textos aplicables en España y reguladores de los derechos humanos, requiera compensación alguna.

7. La indemnización.

La sentencia pretende que se acuerde una indemnización para aquellos casos de prisión preventiva seguida de absolución y/o sobreseimiento, siempre que sea legal y se ajuste a los requisitos establecidos en el art. 17.2 CE, desarrollados en los arts. 502 y ss LECrim.

De entrada esta decisión se enfrenta frontalmente con el texto del art. 294 LOPJ porque eliminados los incisos, la lectura de la norma, como ya se ha dicho, exige la demostración de los perjuicios. La sentencia entiende que la simple detención preventiva seguida de absolución o sobreseimiento es en sí misma un daño objetivo que debe ser compensado, pero con ello se cambia el sistema establecido en el art. 121 CE que: (i)

prevé solo como supuesto de hecho de la indemnización el error judicial o el mal funcionamiento de la administración de justicia, y (ii) transforma la indemnización, como sistema de eliminar los daños causados por una actuación culposa (responsabilidad por culpa), o por una actuación de riesgo cuyas consecuencias están previstas en la ley (responsabilidad objetiva).

Mi opinión es que se está utilizando de una forma incorrecta la naturaleza de las compensaciones equiparándolas a las indemnizaciones. Las leyes han acordado en numerosas ocasiones compensaciones por daños que no son indemnizables: los casos de la pérdida de cosechas por inundaciones; las compensaciones a las víctimas del terrorismo (Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo; completada por el reglamento publicado en el Real Decreto 671/2013); la Ley 14/2002, de 5 junio y el Real Decreto 377/2003, de 28 de marzo establecen un sistema de ayudas por determinadas infecciones sanitarias, en los casos de personas afectadas de hemofilia y que hayan sido contaminadas por el virus de la hepatitis C a través de transfusiones o tratamientos con concentrados de factores de coagulación; las indemnizaciones a víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos, reguladas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, varias veces modificada, en todas estas leyes y otras que por brevedad no se citan, no se trata exactamente de un tipo de responsabilidad del Estado, sino de ayudas públicas para personas que hayan sido víctimas de diversas situaciones, delictivas o no, que generan compensaciones a cargo del Estado, sin forzar el ordenamiento constitucional, antes bien, con apoyo en las correspondientes disposiciones constitucionales, el Estado ha acordado compensar de unos daños sufridos que no entran en la categoría de la indemnización, porque no concurre en ellos ninguno de los títulos que hacen nacer la obligación de indemnizar.

Algunos argumentos esgrimidos en las discusiones del Pleno no dejan de ser voluntaristas: la comparación entre la compensación que el sometido a prisión preventiva va a experimentar en el cumplimiento de la pena, ya que se le va a computar el tiempo pasado en dicha situación en el cumplimiento global; o el mal ejemplo de la expropiación, no son útiles para justificar la decisión de acordar una prestación económica «en todo caso» a quienes han sufrido una prisión preventiva legal. En primer lugar, porque el caso de la compensación del tiempo en la prisión preventiva con el cumplimiento de la pena es una consecuencia de la aplicación de la regla ligada al derecho a la libertad y en el caso de la expropiación, lo que se hace es «pagar» el bien expropiado, porque la propiedad cambia de titular.

Entramos, pues, en un ámbito distinto, que no tiene nada que ver con la responsabilidad y la indemnización correspondiente que se genera solo y exclusivamente por las causas establecidas en el art. 121 CE, dado que los supuestos en que la administración pública debe indemnizar están taxativamente previstos en el texto constitucional. Por tanto, en la conclusión de la sentencia de la que se discrepa no nos hallamos jurídicamente hablando ante un supuesto de indemnización, sino de compensación, porque compensar no es indemnizar. Indemnizar requiere reparar la totalidad del daño causado, mientras que el sistema que prevé la sentencia que se objeta, únicamente prevé unas cantidades fijas que no van a repararlo.

Pero ello lleva a una última pregunta, que ligaría con el propósito de la sentencia, que en definitiva es la justicia material, en el ámbito de la privación de libertad constitucionalmente correcta, pero que ocasiona un sacrificio irreparable al afectado. Es claro que el legislador, como he dicho antes, ha acordado leyes que incluyen compensaciones, que no indemnizaciones, en determinados supuestos en que el daño no podrá indemnizarse, como ya se ha señalado o bien quien tiene la obligación es insolvente. Por tanto es el legislador y no el Tribunal constitucional quien está legitimado para acordar este tipo de compensaciones, que no vienen tampoco exigidas por el Tribunal europeo. No corresponde al Tribunal Constitucional actuar como legislador. Al

Tribunal Constitucional solo le compete controlar el respeto del legislador a lo establecido en la CE.

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil diecinueve.—Encarnación Roca Trías.—
Firmado y rubricado.

Voto particular que formulan conjuntamente los magistrados don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho, en relación con la sentencia dictada en la cuestión interna de inconstitucionalidad núm. 4314-2018

En ejercicio de la facultad que nos confiere el art. 90.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y con el máximo respeto a la opinión mayoritaria de nuestros compañeros de Pleno, emitimos, de manera conjunta, este voto particular discrepante de la sentencia aprobada, que ha estimado la cuestión interna de inconstitucionalidad que formalizó el Pleno de este Tribunal por medio de ATC 79/2018, de 18 de julio, respecto de los incisos del art. 294.1 LOPJ «por inexistencia del hecho imputado» y «por esta misma causa», por oposición a los arts. 17, 14 y 24.2 CE. Los apartados siguientes fundamentan el sentido y alcance de nuestra disidencia con el criterio mayoritario del Pleno.

I. Consideraciones preliminares.

Dado que, en los antecedentes de la sentencia, aparece recogido con profusión el largo *iter* que ha precedido al dictado de esta resolución, nos remitiremos en su totalidad al mismo y nos limitaremos a desarrollar argumentativamente nuestra discrepancia con la fundamentación y fallo de aquélla.

Como hemos anticipado, el auto de planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad propuso la eventual contravención de los mencionados incisos del art. 294.1 LOPJ con los derechos fundamentales a la libertad personal, a la igualdad ante la ley y a la presunción de inocencia, reconocidos, respectivamente, en los arts. 17, 14 y 24.2 CE, si bien el primero de los expuestos ha quedado descartado en el texto definitivo aprobado por la mayoría del Pleno, que ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de los mismos por resultar contrarios a los dos últimos derechos, de ahí que, de modo exclusivo, hayamos de limitar la exposición de nuestra posición discrepante al análisis de las dos infracciones constitucionales de los arts. 14 y 24.2 CE, que han sido apreciadas por la sentencia, sin que tengamos que pronunciarnos acerca de la posible vulneración del derecho a la libertad personal, que no ha sido tomado en consideración por el voto mayoritario del Pleno.

El punto de partida de nuestra discrepancia no arranca, sin embargo, de un contrario planteamiento inicial de la problemática constitucional debatida. Antes bien, compartimos dos aspectos esenciales de la tesis de la mayoría, aunque con posterioridad debamos llegar a una solución opuesta a la que aquella sostiene.

En efecto, los puntos de coincidencia con los planteamientos de la mayoría son dos:

a) En primer lugar, que el supuesto indemnizatorio regulado en el art. 294.1 LOPJ no tiene fundamento constitucional. Antes bien, con las matizaciones que, a continuación, señalaremos, no rebasa el ámbito de la mera configuración legal, o dicho de otro modo, el legislador dispone de libertad para establecer los supuestos que puedan dar lugar al derecho de resarcimiento indemnizatorio por los perjuicios derivados de la prisión provisional sufrida, así como los requisitos exigidos para hacerlo efectivo. Y, precisamente, en el ejercicio de esta libertad de configuración, ha dispuesto el establecimiento de un supuesto resarcitorio específico que es el que aparece recogido en el precepto de referencia.

A nuestro juicio, con acierto, la sentencia destaca que el derecho a ser indemnizado por prisión provisional del art. 294.1 LOPJ no tiene su fundamento en el art. 121 CE, pues, ni puede ser caracterizado su presupuesto de hecho como error judicial, ni tampoco es consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de Justicia.

El precepto de referencia, que fue introducido en el texto definitivo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en virtud de una enmienda aprobada durante la tramitación del proyecto de ley seguido ante la comisión de justicia e interior del Congreso de los Diputados, ha permitido el diseño legal de un supuesto específico de carácter extraordinario que reconoce el derecho a ser resarcido de los perjuicios derivados de una situación de prisión provisional, que no tenga conexión causal con el error judicial o el funcionamiento anormal de la administración de Justicia, cuando la persona hubiere resultado absuelta o recaído auto de sobreseimiento libre, con la singularidad muy relevante de no requerir el previo pronunciamiento judicial que declarara la existencia del error.

Además, como ha declarado este Tribunal (STC 8/2017, de 19 de enero, FJ 5), ni siquiera el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dado a su art. 6.2, entiende contrario a la presunción de inocencia, ni a ninguna «otra cláusula» el establecimiento de un régimen jurídico que excluya este supuesto resarcitorio u otro que lo limite a determinados supuestos.

No estamos, pues, ante una modalidad resarcitoria que tenga fundamento constitucional, ni tampoco la normativa convencional europea sobre derechos humanos presupone la exigencia de una cláusula legal que así lo contemple y exija a sus Estados miembros. Cada Estado es libre de incluirlo en su ordenamiento jurídico y el legislador dispone de esa libertad para determinar los presupuestos de hecho y requisitos que deban exigirse para obtener el reconocimiento indemnizatorio. La única limitación que, en todo caso, se impone a esta discrecionalidad legislativa radica en la ineludible observancia de los derechos fundamentales, en particular del derecho a la presunción de inocencia.

b) Y, en segundo término pero en estrecha conexión con la anterior consideración, hemos de compartir también la idea, desarrollada convincentemente en la sentencia, de que los supuestos de hecho a los que se ha de reconocer el derecho a indemnización por prisión provisional del art. 294.1 LOPJ, son aquellos casos en que la persona sometida a esta medida cautelar lo sea en ejecución de decisiones judiciales irreprochables o, en los términos de la sentencia, en los casos de prisión «legal o legítima», esto es, aquella adoptada por auto judicial motivado, que parta del reconocimiento del carácter excepcional de esta medida limitativa de la libertad personal, que cumpla los presupuestos y requisitos legalmente establecidos y que atienda a alguno de los fines legítimos que la norma procesal penal así prevé. Se trata, pues, de supuestos en que, como bien destaca el fundamento jurídico 3 de la sentencia, fue, en su momento, acordada la prisión provisional conforme a las exigencias que el art. 17.1 CE y la ley procesal así lo preveían. En tales casos, la medida cautelar ha sido dictada y su posterior ejecución y cumplimiento llevado a efecto con observancia de todas las exigencias y garantías que esta medida excepcional, limitativa de la libertad personal, así lo ha exigido. Sólo circunstancias sobrevenidas de la instrucción o del enjuiciamiento habrán determinado que la persona que sufrió aquella limitación de su libertad haya resultado posteriormente absuelta en sentencia, o la causa para ella haya devenido en un auto de sobreseimiento libre.

Hasta aquí llegan nuestras coincidencias y puntos de vista comunes con el planteamiento argumentativo de la sentencia. A partir de aquellas dos consideraciones iniciales, que compartimos, comienza nuestra discrepancia, que se localiza en la afirmada tesis de que los incisos del art. 294.1 LOPJ, identificados como contrarios al derecho a la igualdad ante la ley y a la presunción de inocencia, deben ser declarados inconstitucionales y nulos.

II. Constitucionalidad del art. 294.1 LOPJ, en relación con el art. 14 CE.

1. Los fundamentos jurídicos 6 a 9 de la sentencia abordan, con gran despliegue argumentativo, el problema de la posible inconstitucionalidad de los dos incisos identificados del art. 294.1 LOPJ, para después llegar a una decisión estimatoria en el entendimiento de que aquellos vulneran el principio de igualdad ante la ley, sin que el legislador haya ofrecido una justificación razonable de por qué a uno de los supuestos, el

de la denominada «inexistencia objetiva» del hecho se reconoce el derecho al resarcimiento indemnizatorio, mientras que al supuesto de la «inexistencia subjetiva» no se le concede tal reconocimiento por no venir expresamente contemplado.

Desde luego, como no podría ser de otra manera, hemos de partir de la común aceptación de la larga exposición doctrinal que hace la sentencia sobre el derecho a la igualdad ante la ley y la exigencia al legislador de que, a la hora de establecer una normativa reguladora sobre el reconocimiento del resarcimiento indemnizatorio por el sacrificio que supone la limitación de la libertad personal, respete, dado el carácter relacional de la igualdad, el derecho a ser tratadas por igual aquellas situaciones que sean efectivamente homogéneas o equiparables y que, para el caso de que se introduzca una diferencia de trato, se ofrezca una justificación razonable. Ahora bien, a nuestro parecer, la sentencia no ha establecido de manera correcta los términos de comparación sobre los que articular el juicio de igualdad, como, seguidamente, vamos a argumentar.

2. De entrada, cuando la sentencia aborda el análisis del art. 294.1 LOPJ desde la perspectiva del art. 14 CE, no ha tenido en cuenta dos aspectos esenciales sobre los que ha de construirse el enjuiciamiento constitucional de la norma legal cuestionada, que, paradójicamente, sí que reconoció al realizar el planteamiento general del problema: en primer lugar, que el legislador ha configurado este supuesto como una modalidad específica de responsabilidad patrimonial de la administración, que no tiene fundamento constitucional, pues no se enmarca en ninguno de los supuestos de responsabilidad de la administración de Justicia del art. 121 CE. Y, en segundo término, pero estrechamente conectado al anterior, que el legislador dispone de discrecionalidad para instituir o no tal modalidad de responsabilidad patrimonial y, si lo hace, goza, igualmente, de amplia libertad para determinar los supuestos y los requisitos a cumplir para obtener el resarcimiento indemnizatorio.

Cierto es que se objeta a lo expuesto que los límites a aquella discrecionalidad residen en el respeto de los derechos fundamentales y, de modo particular, el de ser tratado como igual cuando las situaciones sean iguales. Ahora bien, la pregunta que, a nuestro juicio, no ha dado una respuesta correcta la sentencia es la siguiente: ¿son situaciones iguales las que han sido identificadas como de inexistencia «objetiva» y «subjetiva», en los términos en que se ha expresado la sentencia de la que discrepamos?

3. *Prima facie*, la sentencia parece dar argumentos suficientes para llegar a una respuesta afirmativa: en ambos casos se produce una situación de privación de libertad que tiene una duración en el tiempo; del mismo modo, la persona sometida a esta medida cautelar habrá sido ulteriormente absuelta en sentencia o la causa para ella habrá finalizado en el trámite de instrucción, con un auto de sobreseimiento libre que haya impedido la formalización de una acusación contra la misma y la subsiguiente apertura del juicio oral. Además, la propia doctrina de este Tribunal, en diferentes pronunciamientos que se citan en la sentencia (STC 98/1992, de 22 de junio, por todos) como también, en determinada etapa jurisprudencial, la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo (hasta sus sentencias de 23 de noviembre de 2010) hubo entendido que eran equiparables y semejantes aquellos supuestos de inexistencia. En consecuencia, habría que concluir, siguiendo el hilo argumental de esta exposición, que debería ser aceptada, como primera premisa del enjuiciamiento de igualdad, que nos halláramos ante situaciones homogéneas e iguales. Además, a partir de la constatación de aquellos términos de comparación, no se encontraría en la ley argumento alguno que justificara razonablemente aquella omisión en el precepto de referencia.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, tal planteamiento no alcanza a realizar un completo juicio relacional de aquellas situaciones de inexistencia, que establezca un correcto término de comparación entre aquellos supuestos porque el punto de atención lo ha centrado la sentencia, de modo exclusivo, en la consecuencia jurídica y personal

que entraña la medida de privación de libertad o, dicho de otro modo, la sentencia se ha fijado únicamente en que, en ambos casos, la persona fue encarcelada provisionalmente y quedaba sacrificado su derecho a la libertad personal, en aras de la preservación de un interés de alcance general, como es el aseguramiento del privado de libertad sujeto al procedimiento penal, al resultado del mismo.

Pero hemos de insistir en que el juicio relacional así realizado no es completo porque se atiende únicamente a su consecuencia o a su efecto, pero deja de analizarse cuál sea la causa que haya dado lugar a la decisión judicial de acordar la prisión provisional, es decir, no se ha tenido en cuenta el distinto grado de intensidad aflictivo que, para el sometido a prisión provisional, supone, no sólo no haber tenido participación o no haber sido probada dicha participación en un delito que no ha cometido, pero cuando el hecho criminoso sí que se produjo en la realidad, a aquél otro supuesto en que el sometido a prisión provisional, no sólo no ha tenido participación o no se ha probado esta en la comisión del hecho delictivo, sino que, además, aquel «delito» ni siquiera ha llegado a existir. Un simple ejemplo, que se ha dado en ocasiones en la práctica forense, permite explicar mejor el planteamiento que sostenemos: para una persona no es lo mismo, en intensidad de carga aflictiva, aquella situación en la que sufre un ingreso en prisión provisional por la presunta comisión de un crimen que, no sólo se acredita después que no cometió o que no hubo pruebas que lo inculparon (inexistencia subjetiva), sino que, además, su ingreso en prisión provisional lo fue por un crimen que ni siquiera llegó a existir, bien porque nunca llegó a producirse la muerte (caso paradigmático del conocido crimen de Cuenca), bien porque, habiendo tenido lugar el deceso, aquél se reveló como una muerte no violenta, producida por causas naturales de la víctima (inexistencia objetiva). En este último supuesto hay un doble grado de intensidad aflictiva para la persona que lo sufra, pues, al ingreso en prisión provisional por un acto delictivo no cometido, se añade además la consciencia posterior de que aquel acto delictivo ni siquiera llegó a existir.

Si la específica responsabilidad patrimonial de la administración por prisión provisional regulada en el art. 294.1 LOPJ no tiene fundamento constitucional porque no se residencia en ninguno de los dos aspectos que contempla el art. 121 CE, sino que es de libre configuración legal y el legislador ha entendido que sólo debe abarcar los supuestos más singulares y extraordinarios, fundamentados en una mayor intensidad de la carga aflictiva para el sometido a prisión provisional, porque haya padecido una reduplicada afectación en su ánimo, propiciada, no sólo por el sufrimiento que conlleva la privación de libertad provisional, por un hecho que no ha cometido o que no hay pruebas de su participación, sino también y además por el mayor contenido peyorativo de constatarse después que el delito que le era imputado, ni siquiera llegó a existir, habrá que concluir que es aquí en donde reside el factor de desigualdad que justificaría realmente la inclusión por el legislador del único supuesto de inexistencia que reconocía el art. 294.1 LOPJ antes de la eliminación de los incisos cuestionados por reputarlos la sentencia como inconstitucionales y nulos.

4. La declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los mencionados incisos lleva consigo un cambio sustancial en la configuración del precepto y de esta modalidad de responsabilidad patrimonial de la administración de Justicia por prisión provisional, muy alejada de la que el legislador le quiso dar. El nuevo texto, desprovisto de todo presupuesto de hecho legalmente delimitado, permite el reconocimiento del derecho a la indemnización cuando se den tres únicos requisitos: (i) Haber sufrido un tiempo de prisión provisional, aunque sea mínimo; (ii) haber recaído auto de sobreseimiento libre respecto de su persona o haber resultado absuelto y (iii) haber acreditado perjuicios.

La dicción del precepto, tal y como queda redactado después del pronunciamiento de la sentencia (se recoge su texto en el fundamento jurídico 13), no va a permitir escapar a un reconocimiento automático de la indemnización cuando se acrediten aquellos tres requisitos, pese a que con un criterio, más voluntarista que real, la sentencia pretenda acotar el alcance del fallo «a través de la intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la

responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales». Podrá, quizá, reducirse el *quantum* de la responsabilidad (ej. por concurrencia de conductas) pero difícilmente podrá quedar esta excluida, sobre todo en aquellos supuestos en que se persigan hechos delictivos que atenten contra bienes jurídicos colectivos o en los que, propiamente, no exista una víctima individualizada o, ni siquiera un resultado, entendido como modificación del mundo exterior (ej. delitos de peligro), sin olvidar determinados pronunciamientos absolutorios por apreciación de una causa de extinción de la responsabilidad criminal (ej. la prescripción del delito del art. 130.6 del Código Penal) o la paradoja que supone un pronunciamiento absolutorio apreciado por una causa de exclusión de la antijuridicidad (ej. error invencible) o de la culpabilidad (ej. trastorno mental transitorio) que, paralelamente, conlleve un pronunciamiento condenatorio de responsabilidad civil del art. 118 del Código Penal respecto de la persona a la que le sea reconocida una indemnización a cargo del Estado, por el concepto de responsabilidad patrimonial por prisión provisional.

5. En definitiva, para paliar una omisión de los supuestos de inexistencia «subjetiva» que la sentencia denuncia, la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de los incisos cuestionados ha alterado todo el régimen jurídico de responsabilidad patrimonial por prisión provisional que el legislador había concebido con carácter extraordinario y *ad abundantiam* de los de responsabilidad ex art. 121 CE, en el ejercicio de su discrecionalidad y con apoyo en la causa de justificación razonable del diferente trato deparado a supuestos que, en los términos que hemos argumentado, deberían reputarse como desiguales por la diferente intensidad afflictiva que ocasiona la causa generadora de la prisión provisional en unos supuestos y otros.

Por todo ello, entendemos que los incisos cuestionados del art. 294.1 LOPJ no eran contrarios al derecho a la igualdad ante la ley reconocido en el art. 14 CE y debió ser desestimada la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada por este motivo.

III. Constitucionalidad del art. 294.1 LOPJ, en relación con el art. 24.2 CE.

1. También discrepamos de la decisión mayoritaria que considera que el art. 294.1 LOPJ es contrario al derecho fundamental a la presunción de inocencia, porque inevitablemente impone un juicio sobre la culpabilidad del que ha sido absuelto después de haber sufrido prisión provisional y porque ese juicio comporta necesariamente el tratamiento peyorativo de los que han sido absueltos por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Con carácter preliminar, aunque esta apreciación parece dirigida a centrar el desarrollo que se lleva a cabo en los posteriores fundamentos jurídicos 10, 11 y 12, ya en el fundamento jurídico 2, la sentencia adelanta que la doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, plasmada en dos iniciales sentencias de 23 de noviembre de 2010, ha sido censurada por este Tribunal, en sus sentencias 8/2017, de 19 de enero y 10/2017, de 30 de enero.

Consideramos desacertada esta afirmación y, para justificar nuestra discrepancia, conviene que hagamos una somera revisión de la doctrina inicial de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en interpretación del art. 294.1 LOPJ y de su extensión a los supuestos que el Tribunal Supremo calificó como de «inexistencia subjetiva del hecho imputado», así como de su reducción a aquella fase inicial por esas dos sentencias de 23 de noviembre de 2010 en virtud, de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los asuntos *Puig Panella*, y *Tendam*, ambas *contra España*, que motivaron ese cambio jurisprudencial, y de la STEDH *Vlieeland Boddy y Marcelo Lani contra España*, cuya aplicación principal junto con la STEDH *Allen contra el Reino Unido* condicionará las SSTC 8/2017 y 10/2017 que en la sentencia aprobada ahora se dice que censuraron esa última doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

2. Doctrina inicial del Tribunal Supremo. Con independencia de algunas primeras sentencias del Tribunal Supremo que se enfrentaron, tras la entrada en vigor de la

Constitución, a la cuestión de si su artículo 121 era susceptible de invocación, aunque aún no se hubiera aprobado la ley de desarrollo que el mismo preveía (STS de 5 febrero 1986), o de si, publicada la LOPJ, su art. 294.1, era aplicable con carácter retroactivo (STS de 21 de septiembre de 1988), la primera sentencia del Tribunal Supremo que se ocupó de la interpretación del art. 294.1 LOPJ fue la de 27 de enero de 1989.

Esta sentencia utiliza tres criterios ordinarios de interpretación de las normas, el literal, el de los antecedentes legislativos y el sistemático, deduciendo de ellos que el sentido del precepto era limitar la indemnización a los supuestos de inexistencia del hecho imputado. No obstante, consideró también válido el criterio de interpretación finalista, para considerar extensible el derecho a resarcir a los supuestos denominados de «inexistencia subjetiva», esto es, aquellos en los que la absolución o el sobreseimiento hubieran sido debidos a que quien sufrió prisión provisional hubiese resultado absuelto por haber quedado acreditado que no participó en el hecho imputado.

El criterio así sentado en aquella sentencia del Tribunal Supremo fue confirmado pronto por la sentencia de 22 de marzo de 1989; así como por otras dos dictadas el 14 y 15 de diciembre de 1989. Estas dos últimas, por cierto, excluyeron de la noción de «inexistencia del hecho», el supuesto de la falta de tipicidad, lo que vino a ser rectificado por la posterior STS de 16 de octubre de 1995, de la Sección Primera de la Sala (rec. núm. 934-1993), seguida por otra de 29 de marzo de 1999, de su Sección Sexta (rec. núm. 8172-1994), donde dijo que: «si la absolución o el auto de sobreseimiento libre tuviese como causa la inexistencia de acción típica o, lo que es lo mismo, de hecho delictivo alguno, caso que nos ocupa, es subsumible en el precepto que comentamos». De otro modo, añadió, «se incumpliría la finalidad del precepto, que no es otra que la de amparar a quien con manifiesto error judicial haya sufrido prisión preventiva por hechos que no han existido materialmente o que, de haber existido, no fuesen constitutivos de infracción punible, ya que el significado jurídico de la expresión literal utilizada en dicho precepto: "inexistencia del hecho imputado", no puede ser otro que el de inexistencia de hecho delictivo, pues sólo estos tienen relevancia jurídico penal para ser acusado por ellos y justificar la adopción de la medida cautelar de prisión provisional, y así lo consideró ya esta Sala en su sentencia de 16 de octubre de 1995 (recurso núm. 934-93)».

La doctrina fijada en esa sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1989 se ha mantenido invariable hasta las dos referidas sentencias de 23 de noviembre de 2010, e incluso ha recibido el respaldo de este Tribunal Constitucional en su sentencia 98/1992, de 22 de junio, que, examinándola desde la perspectiva del derecho fundamental a la igualdad, consideró razonable la diferenciación, a efectos del reconocimiento de indemnización según el art. 294.1 LOPJ, de los absueltos por su probada ausencia de participación en el hecho imputado frente a los que lo habían sido por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

3. Doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Para saber si puede hablarse de vulneración del derecho a la presunción de inocencia (derecho recogido en el art. 6.2 CEDH) porque la indemnización solicitada se niega alegando la jurisdicción interna motivos que «equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad sin establecimiento legal previo de ésta» [Decisión *Dinares Peñalver*, § 2; STEDH *Puig Panella*, § 51] o que «ignora, deliberadamente, la absolución previa del imputado» [SSTEDH *Tendam*, § 36 y *Vlieeland Boddy y Marcelo Lani*, § 39], el Tribunal Europeo utiliza un doble canon de valoración:

a) Uno más general aunque siempre de aplicación casuística, en cuya virtud «el Tribunal debe examinar si, por su manera de actuar, por los motivos de sus decisiones o por el lenguaje utilizado en su razonamiento, el Ministerio de Justicia y los tribunales internos vulneraron el derecho a la presunción de inocencia reconocido al demandante» [STEDH *Puig Panella*, § 54; en términos sustancialmente idénticos SSTEDH *Tendam*, § 38; y *Vlieeland Boddy y Marcelo Lani*, § 41].

En su sentencia de 12 de julio de 2013, constituido en Gran Sala, asunto *Allen contra el Reino Unido*, el Tribunal Europeo pasa revista a su doctrina general en materia de eficacia extra procesal penal del derecho a la presunción de inocencia, distinguiendo los distintos tipos de pretensiones de indemnización que se formulan, las cuales presentan cada una un mayor o menor grado de vinculación con un proceso penal previo [en el § 98, apartado b), se hace referencia justamente a las solicitudes de indemnización por prisión preventiva, con cita entre otras de las sentencias dictadas a España]. El Tribunal reconoce en su § 126 que: «En todos los casos sin importar el punto de vista a aplicar, el lenguaje utilizado por el órgano decisor es de vital importancia para valorar la compatibilidad de una decisión y su razonamiento con el artículo 6 § 2» del Convenio.

Aunque líneas más abajo el propio Tribunal Europeo matiza que «cuando se centra la atención en la naturaleza y el contexto concreto de un proceso, incluso el uso desafortunado del lenguaje puede no ser un elemento determinante» de su control, los dos ejemplos que brinda no se corresponden con procedimientos de indemnización por prisión provisional, respecto de procesos penales finalizados con absolución o sobreseimiento definitivo, como el que aquí nos ocupa.

b) Aparece, además, otro canon más específico, surgido como resultado de la problemática planteada por los asuntos que suscitaron las condenas a España, a cuyo través el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sostiene que aquel 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» (STEDH *Tendam*, § 39); puesto que «en aplicación del principio *in dubio pro reo*, no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución fundamentada en la ausencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación incontestable de la inocencia» (STEDH *Vlieeland Boddy y Marcelo Lani*, § 40).

4. Rectificación de esa doctrina por el Tribunal Supremo. Como consecuencia de las SSTEDH Puig Panella y Tendam el Tribunal Supremo aprobó dos sentencias con fecha 23 de noviembre de 2010, en las que razona del siguiente modo:

«[D]escartada la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo, poniendo en cuestión, en los términos que indica el TEDH en las citadas sentencias, el derecho a la presunción de inocencia y el respeto debido a la previa declaración absolutoria, que debe ser respetada por toda autoridad judicial, cuáles sean los motivos referidos por el juez penal, en esta situación decimos, no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 de la LOPJ y acudir a una interpretación estricta del mismo [...]

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...». (Fundamento de Derecho 3, rec. 4288-2006).

«(D)icho cambio de criterio jurisprudencial en la interpretación del alcance del art. 294 de la LOPJ, 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 la indicadas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, encargado de su tutela (arts. 19 y 46 del Convenio), que no pueden ser desconocidas por este órgano jurisdiccional en la aplicación e interpretación de la norma invoca[da] por la parte como fundamento de sus pretensiones». [Fundamento de Derecho 4, rec. 4288-2006].

5. SSTC 8/2017 y 10/2017. Estas sentencias anularon sendas sentencias, la primera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo y la segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que denegaron la indemnización

reclamada conforme al art. 294.1 LOPJ a dos absueltos por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

Ni una ni otra sentencia hacen referencia a la doctrina jurisprudencial establecida por las SSTs de 23 de noviembre de 2010, sino que se limitan a indicar que las sentencias recurridas en amparo han sembrado dudas sobre la culpabilidad del que había resultado absuelto por aplicación del principio *in dubio pro reo*. A falta de otra explicación, en esas sentencias debemos deducir que esa conclusión resulta de algunas afirmaciones de las sentencias recurridas en amparo, en las que se pone el acento en que esa precisamente había sido la causa de absolución penal.

Sin embargo, la STS de 23 de noviembre de 2010 (recurso de casación 4288-2006, FJ 3) expresamente advierte que la nueva doctrina jurisprudencial descarta «la posibilidad de argumentar sobre la inexistencia subjetiva, en cuanto ello supone atender a la participación del imputado en la realización del hecho delictivo...». Que es el criterio que sigue el Tribunal Supremo en su sentencia de 12 de julio de 2017, que, en cumplimiento de la STC 8/2017, dicta otra sentencia en la que desestima el recurso de casación interpuesto simplemente advirtiendo que el hecho objeto de enjuiciamiento penal si había tenido lugar, por lo que no resultaban aplicables las previsiones del art. 294.1 LOPJ.

Por tanto, cabe concluir que la censura llevada a cabo por esas SSTC 8/2017 y 10/2017, no se refirió tanto a la nueva doctrina del Tribunal Supremo iniciada por las antes referidas sentencias de 23 de noviembre de 2010, como a determinadas sentencias posteriores de ese mismo alto tribunal que, pese a todo, continuaron empleando expresiones que podían suscitar sospechas respecto de aquellos reclamantes de responsabilidad patrimonial que habían resultado absueltos en el proceso penal en que sufrieron prisión preventiva por aplicación del principio *in dubio pro reo*.

6. Presunción de inocencia y art. 294.1 LOPJ.

a) En el fundamento jurídico 10, la sentencia de la que discrepamos examina la jurisprudencia dictada por el TEDH (principalmente, asuntos *Tendam c. España* § 39; *Puig Panella c. España* § 55 y *Vlieeland Boddy c. España* §42 y 47) que se tradujo en la STC 8/2017. Sin embargo, ni en esta sentencia se examinó el art. 294.1 LOPJ con carácter general, sino que, como se ha dicho, se censuraron determinadas expresiones que en su aplicación se habían deslizado en la sentencia recurrida en amparo, ni la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos está exenta de matices en atención de las circunstancias concurrentes, tal como se expone en el voto particular que acompaña a la STC 8/2017.

En el asunto *Puig Panella* no es que el lenguaje utilizado por la sentencia recurrida fuera equivoco; es que la propia razón de la decisión, fue que existía una diferencia cualitativa entre las absoluciones producidas por falta de prueba de la culpabilidad del que sufrió prisión preventiva y las motivadas porque se hubiera producido una absolución al resultar plenamente acreditado que el acusado no había participado en el hecho imputado; diferencia cualitativa que trascendía en perjuicio de los primeros a las reclamaciones de responsabilidad patrimonial deducidas por haber sufrido prisión provisional. Pero, descartado ese efecto peyorativo, no puede considerarse contrario al principio de presunción de inocencia la simple afirmación, como hecho objetivo por parte de la resolución que desestima la correspondiente reclamación, de que el hecho imputado sí se había producido y la absolución se produjo por otra causa distinta, como pudo ser la aplicación de un principio, el *in dubio pro reo*, derivado precisamente de esa garantía constitucional reconocida en el art. 24.2 CE.

b) Tras las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2010, la resolución de un expediente de reclamación de responsabilidad patrimonial no requiere sino comprobar si el hecho imputado se ha producido o no, o si el hecho imputado era o no típico, con exclusión de cualquier valoración de la conducta del reclamante en el proceso penal. Después de esas sentencias se consideran excluidas del ámbito material del art. 294.1 LOPJ todas las absoluciones que no vengan motivadas

por la inexistencia o falta de tipicidad del hecho imputado. Tanto da que lo hayan sido porque haya quedado acreditada la falta de participación del reclamante en el hecho imputado, por la ausencia de prueba suficiente de su participación en ese hecho, por la aplicación de una excusa absolutoria o de una circunstancia eximente, ya afecte esta última a la antijuridicidad o a la imputabilidad.

La dicción del art. 294.1 LOPJ obliga, ciertamente, a examinar las razones en que se basa la decisión de no condenar, pero no obliga a hacer ninguna valoración de esas razones. Esa valoración ya la ha hecho la jurisdicción penal y en el expediente de responsabilidad patrimonial subsiguiente a la absolución solo cabe la comprobación de si, de acuerdo con los hechos declarados probados en la sentencia penal, el hecho imputado se había producido y si era típico. Cualquier otra valoración es innecesaria e incluso perturbadora, como se ha puesto de manifiesto en las sentencias que dieron lugar a las sentencias de este Tribunal 8/2017 y 10/2017.

Por eso, no podemos compartir la tesis de la sentencia aprobada (fundamentos jurídicos 11 y 12), según la cual la propia estructura del art. 294.1 LOPJ «obliga a argumentar de forma incompatible con la dimensión del derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE)». La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo no exige ese tipo de argumentación, ni explícito ni implícito, solamente impone constatar si el hecho imputado se ha producido o no, o si era o no típico, prescindiendo de cualquier valoración de la conducta del reclamante. En rigor, ni siquiera sería preciso aludir a la causa concreta por la que el reclamante fue absuelto, como hizo la sentencia del Tribunal Supremo, ya citada, de 12 de julio de 2017. Así resulta también de las últimas sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que claramente señalan que «no es este principio *in dubio pro reo* consagrado en el art. 24.2 de la CE el que nos lleva a desestimar la reclamación patrimonial. Una cosa son los presupuestos penales que sirven para la absolución dentro de un procedimiento penal marcado por una serie de principios rectores básicos como el acusatorio (v.gr. en el sistema americano el pronunciamiento no es de absolución sino de no culpabilidad) y otra muy distinta los que sirven para sustentar la reclamación patrimonial del Estado, presupuestos que no tienen por qué coincidir ya que la responsabilidad patrimonial del art. 294 no se sustenta exclusivamente en la existencia de un pronunciamiento absolutorio pues exige que este responda, además, a la constatación de una «inexistencia objetiva» en la misma en la forma en que la misma ha quedado configurada por la ley y la jurisprudencia al respecto, y esta situación solo se da, como hemos visto, cuando de las actuaciones penales resulta, de forma clara, que el hecho materialmente no existió o que existiendo el mismo no es típico[...] (SAN de 9 de mayo de 2019; recurso núm. 479-2018, entre otras en el mismo sentido). No solo no hay en estas sentencias valoración alguna de la conducta enjuiciada por la jurisdicción penal, sino tampoco expresión que, aun de significación neutra, pueda ser malinterpretada por este tribunal, como sucedió en las tan citadas sentencias 8/2017 y 10/2017.

La sentencia aprobada por la mayoría del Pleno de este Tribunal reconoce que, tan respetuoso del art. 24.2 CE es un sistema automático de indemnización como uno que la excluya sin excepción y que esta segunda opción no podría ser objetada desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia. Sin embargo, si, como resulta de repetida doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, también cabe la opción de reconocer la indemnización solo en algunos casos de prisión provisional seguida de absolución y no de todos, esta sentencia descarta de hecho esta posibilidad intermedia y deja al legislador constreñido entre activar un sistema que reconozca el derecho en ser indemnizado en todo caso de prisión provisional seguida de absolución o que no la reconozca nunca.

7. En definitiva, un enjuiciamiento del precepto indicado, desde la perspectiva de legislador negativo, propia de esta jurisdicción constitucional, descartando todo riesgo de convertimos en legisladores positivos, que es en la que, a nuestro entender, se ha instalado la sentencia de la que discrepamos, ha de concluir que no cabe hacer reproche alguno de constitucionalidad a ese precepto, independientemente de que, desde un

punto de vista de *lege ferenda*, puede considerarse deseable que toda prisión preventiva no seguida de condena vaya acompañada del reconocimiento de una indemnización, o permita que el afectado por la privación de libertad ejercite una acción de responsabilidad patrimonial contra la administración, que es a lo que conduce de modo inmediato esta sentencia.

Madrid, a veinte de junio de dos mil diecinueve.—Antonio Narvárez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho.—Firmado y rubricado.