

TEMAS PROCESALES

ISSN:2619-3655

34 |

La Revista Temas Procesales Vol. 34 no tiene ánimo de lucro.

ISSN: 2619-3655

Periodicidad: semestral

temasprocesales@gmail.com

Queda prohibido cualquier tipo de reproducción —con fin
lucrativo— de los trabajos académico aquí presentados.

Todos los Derechos Reservados.

Filiación: Red para el Estudio del Proceso y la Justicia

www.redidprocesalyjusticia.org

redinterinstitucionalderecho@gmail.com

Medellín, Colombia.

COMITÉ EDITORIAL

Adriana Arboleda (Colombia-Universidad Remington), Jorge Vásquez (Colombia-Universidad Católica Luis Amigó), Diana Ramírez Carvajal (Colombia-Universidad de Medellín), Andrea Meroi y Mario Chaumet (Argentina-Universidad Nacional del Rosario) y Cristina Patiño (Colombia-Universidad Nacional).

COMITÉ CIENTÍFICO

Eduardo Oteiza (Argentina-Universidad de la Plata), Daniel Miti-diero (Brasil Universidade Federal do Rio Grande do Sul), Giovanni Priori (Perú-Pontificia Universidad Católica del Perú), Arturo Álvarez e Isabel Villar (España-Universidad de Cadiz).

COMITÉ EVALUADOR

Camilo Andrés Garzón Correa (Colombia-Universidad Cooperativa de Colombia), Juan Camilo Yepes Yarce (Colombia-Universidad Autónoma Latinoamericana), Juan Carlos Acevedo Velásquez (Colombia), Beatriz Elena Arcila Salazar (Colombia, Universidad Católica del Oriente).

Tabla de contenido

<i>La orden de operaciones en la actividad militar. ¿Un acto administrativo sin control judicial de legalidad?</i> Juan Fernando Gil Osorio, Brajhan Santiago Obando Obando	4
<i>La inteligencia artificial como prueba en el proceso penal colombiano: una propuesta interpretativa para su producción epistémica a partir de la prueba novel</i> Dubán Arturo Granados Alfonso, María Alejandra Parra Celis	36
<i>Medios alternativos de solución de conflictos y personas con discapacidad</i> José Caro Catalán	62
<i>Responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional, cuando el proceso concluye con sobreseimiento o absolución</i> Olga Fuentes Soriano	88
<i>Asunción de responsabilidad por el daño en el uso de la robótica</i> Alix Johana Pedraza Guacaneme	122

Responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional, cuando el proceso concluye con sobreseimiento o absolució¹

Olga Fuentes Soriano²

Resumen: El padecimiento de una medida de prisión provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento que concluye mediante sobreseimiento o sentencia absolutoria genera unos daños en el imputado que la ha sufrido, en relación con los cuales cabe preguntarse desde cuándo y hasta dónde alcanza la responsabilidad del Estado y, con ella, la consiguiente indemnización. En los últimos tiempos, este debate ha cobrado actualidad en el ordenamiento jurídico español por cuanto la normativa que lo regulaba, amén de merecer la condena reiterada por parte del TEDH fue, finalmente, declarada parcialmente inconstitucional. A raíz de las distintas interpretaciones que la Jurisprudencia española realizó de la normativa, se analizan en el presente trabajo la diversas posibilidades indemnizatorias ensayadas y las razones que llevaron, finalmente, a entender: 1) que la prisión provisional seguida de sobreseimiento o sentencia absolutoria debe ser indemnizada, en todo caso, como regla general; 2) que el fundamento de dicha indemnización no se justifica desde la teoría del error judicial; 3) que establecer distinciones basadas en la causa de la absolució o la no culpabilidad para reconocer (o no) el derecho resarcitorio vulnera el Derecho fundamental a la igualdad de trato; y 4) que negar el derecho a percibir indemnización a quien resultara absuelto por falta de pruebas o respecto de quien la causa hubiera resultado sobreseída, sin ulteriores consideraciones, vulneraría su derecho a la presunción de inocencia en su vertiente, o como regla de tratamiento.

PALABRAS CLAVE: Prisión provisional; proceso penal; daños y perjuicios; responsabilidad patrimonial del Estado; derecho de daños; error judicial; Presunción de inocencia; igualdad ante la Ley.

1 Este trabajo ha sido realizado en el marco de dos Proyectos de investigación: *Realidades y retos de la justicia en la sociedad del riesgo. Una perspectiva procesal del Derecho de daños* (DER 2017-87516-P.Mineco) y *Estudio comparado de modelos procesales desde la perspectiva de los ODS. Una mirada a la inteligencia artificial*, beneficiario de ayuda en la convocatoria de "Ayudas UMH para financiar proyectos de investigación de carácter internacional para la consecución de los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la agenda 2030 de las Naciones Unidas" (Ref. SOLCIF/2019/0005).

2 Catedrática de Derecho Procesal. Universidad Miguel Hernández, España.

State liability for provisional detention, when the process concludes with dismissal or acquittal

Abstract: The suffering of a provisional detention during the processing of a proceeding that concludes with a dismissal or acquittal generates damage to the accused, in relation to which the question arises as to what is the extent of responsibility of the State and the consequent compensation. In recent times, this debate has become topical in the Spanish legal system because the regulations that regulated it, in addition to being repeatedly condemned by the TEDH, were finally declared partially unconstitutional. As a result of the different interpretations that the Spanish jurisprudence made of the regulations, this paper analyzes the various possibilities for compensation that were tried and the reasons that led, finally, to understand: 1) that provisional detention followed by dismissal or acquittal must be compensated as a general rule; 2) that the basis for such compensation is not justified from the theory of judicial error; 3) that establishing distinctions based on the cause of acquittal or not guilty in order to recognize (or not) the right to compensation violates the fundamental right to equal treatment; and 4) that denying the right to receive compensation to a person who is acquitted for lack of evidence or whose case has been dismissed, without further consideration, would violate his right to the presumption of innocence in its dimension, or as a rule of treatment.

Key Words: Provisional detention; criminal proceedings; damages; state liability; tort law; miscarriage of justice; presumption of innocence; equality before the law.

Abreviaturas

AN: Audiencia Nacional

AP: Audiencia Provincial

Art.: Artículo

ATC: Auto del Tribunal Constitucional

ATS: Auto del Tribunal Supremo

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

Coord: Coordinador/a

Dir: Director/a

LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial

P: Página

PP: Páginas

SAP: sentencia de la Audiencia Provincial

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

Vid: Véase

Vs: Contra

Introducción

En los últimos tiempos, ha cobrado actualidad en España, el debate sobre si la prisión provisional debe, o no, ser indemnizada en todos los casos en los que tras el padecimiento de la misma, el proceso concluye por absolución o sobreseimiento.

Parece incuestionable –y en ese sentido se encauzaba la legislación española- que, desde luego, si la prisión provisional se decretaba y posteriormente el procedimiento terminaba con la absolución o el sobreseimiento fundado en la inexistencia del hecho o bien en la atipicidad del mismo, los daños y perjuicios causados al imputado como consecuencia de dicha prisión, debían ser indemnizados. En todos estos supuestos, más allá de la posición que se tenga respecto de si constituyen o no manifestaciones específicas de un “error judicial” –de donde derivaría la necesidad de su indemnización³, lo que parece quedar fuera de toda duda es que el imputado que ha estado en prisión provisional ha padecido toda una suerte de perjuicios (ya sean morales, por la repercusión social que dicha entrada en prisión pueda conllevar; personales, por el tiempo de separación de su familia y por la ruptura de su cotidianidad; o económicos por la pérdida plausible de empleo o, desde luego, de las rentas o salarios que en dicho tiempo dejó de percibir) a cambio de nada, o en mejor expresión, en función de un proceso en el que obviamente no tuvo responsabilidad alguna porque o bien, simplemente, los hechos delictivos no existieron o, habiéndose dado los hechos no fueron estos constitutivos de delito.

A estas situaciones de lógica indemnización estatal como expresión de responsabilidad objetiva por los perjuicios causados, pronto sumó la Jurisprudencia los casos en los que tras el padecimiento de una prisión provisional, el imputado resultaba absuelto por resultar acreditada su no participación en los hechos; esto es lo que se conoció en la común y asentada terminología judicial, como “inexistencia subjetiva del hecho”. Tan justificada resultaba la indemnización en

3 Esta es, como se verá, la argumentación de fondo en la que se justificaba la regulación en España de la indemnización por prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento (arts. 292 y ss LOPJ; y, concretamente, art. 294.1, en relación con el 293, antes de la STC 85/2019, de 19 de junio, que lo declaró parcialmente inconstitucional y que se analizará). Argumentación, por cierto –la de encontrar en el error judicial la justificación de la indemnización-, de la que discrepo, por las razones que quedarán apuntadas en las líneas del presente estudio.

unos, como en otros casos: es decir, en los supuestos de inexistencia del hecho o atipicidad del mismo, como en los de probada ausencia de participación del imputado.

Sin embargo, mayores problemas suscitaba la interpretación de si debía o no indemnizarse la prisión provisional padecida en un proceso que terminaba con absolución o sobreseimiento cuando este se fundaba en la aplicación del derecho a la presunción de inocencia o –en su caso- del principio *in dubio pro reo*, como consecuencia de una situación clara de insuficiencia probatoria fuera, esta cuantitativa o cualitativa. En relación con ello, de forma constante y consolidada entendió el TS desde 1989 (y hasta 2010, según se verá) que estos supuestos debían quedar fuera de los casos que, automáticamente, deberían resultar indemnizables por el Estado (y que se ceñían a los anteriormente comentados: inexistencia o atipicidad del hecho, o probada falta de participación del imputado); lo cual no excluía la posibilidad de que el afectado pudiera acudir a la vía general prevista para el error judicial e instar así, en primer lugar, la pertinente declaración de error por el TS, a través del art. 293 LOPJ y, tras ella y previa tramitación del correspondiente procedimiento administrativo, en segundo lugar, la subsiguiente indemnización ante el Ministerio de Justicia.

Esta es, muy resumidamente, la interpretación que la Jurisprudencia española venía dando a la expresión “inexistencia objetiva del hecho” que contemplaba expresamente, como único supuesto indemnizatorio, el art. 294.1 LOPJ, en su redacción inicial –hoy modificada como consecuencia de la STC 85/2019 que se analizará-.

Efectivamente, el art. 294.1 LOPJ establecía que “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”.

Desde la entrada en vigor del precepto en el texto de la LOPJ de 1985 se consideró que la previsión contemplada en el art. 294.1 (“inexistencia objetiva del hecho imputado”) constituía un supuesto específico de error judicial que no necesitaba ser previamente declarado por el TS conforme al procedimiento previsto en el art. 293

LOPJ para resultar indemnizable, por cuanto su declaración vendría impuesta *ex lege* por mandato, precisamente, de dicho precepto legal. Nótese en este sentido, que el mencionado art. 293 LOPJ establece que “la reclamación de indemnización por causa de error judicial deberá ir precedida de una decisión judicial que expresamente lo reconozca”; y así, la interpretación que se hizo de la normativa, entendía que los casos de absolución (o sobreseimiento) por inexistencia objetiva del hecho tras el padecimiento de prisión provisional constituían supuestos de error judicial que, para ser indemnizable no requerían, sin embargo, de la pertinente declaración del error mediante sentencia, por cuanto ya existía una previsión legal específica que así lo consideraba (el art. 294.1 LOPJ).

Las diversas posibilidades indemnizatorias que al abrigo de esta normativa podían encontrar cabida provocaron notables vaivenes jurisprudenciales en los últimos años que amén de la inseguridad jurídica que generaban y merced a las llamadas de atención del TEDH sobre el tema, motivaron por parte del TC el planteamiento de una autocuestión de inconstitucionalidad⁴ cuya respuesta vino de la mano de la STC 85/2019, de 19 de junio, declarando la inconstitucionalidad de las referencias a la “inexistencia objetiva del hecho imputado” y “por esta misma causa” contenidas en el aludido art. 294.1 LOPJ. Tras la mencionada Sentencia, el tenor literal del precepto reconocerá, pues, que “tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

1. Prisión provisional y sobreseimiento o sentencia absolutoria: los distintos escenarios indemnizatorios

A la vista de las consideraciones expuestas con carácter introductorio, el padecimiento de una prisión provisional con ocasión de la tramitación de un procedimiento que concluye mediante sobreseimiento o sentencia absolutoria ha generado siempre, con mayor o menor amplitud, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado de la que derivaba el consiguiente derecho a indemnización.

4 ATC 79/2018, de 17 de julio

Las distintas interpretaciones respecto de la flexibilidad con que debe interpretarse la normativa que da acceso a dicho resarcimiento ocuparán las páginas que siguen a continuación.

A) primer escenario indemnizatorio: interpretación amplia del art. 294.1 LOPJ

Efectivamente, y según se ha tenido ocasión de adelantar, prácticamente desde el momento de la entrada en vigor del art. 294.1 LOPJ (año 1985) y de forma constante hasta 2010, la Jurisprudencia española se acogió a una interpretación amplia del precepto que admitía el reconocimiento, en la expresión “inexistencia objetiva del hecho imputado”, tanto de los supuestos de inexistencia estricta del hecho, cuanto de los de atipicidad o probada ausencia de participación delictiva del imputado. De conformidad con ello, toda prisión provisional padecida en un proceso que terminara por absolución o sobreseimiento fundado en alguna de estas causas, se convertía automáticamente en indemnizable por el Estado; sin tener que acudir, por tanto, a la larga y compleja vía regulada en el art. 293 para reclamar la responsabilidad estatal por el reconocimiento de un error judicial⁵.

Esta es la posición en la que se vino reafirmando la Jurisprudencia desde la, prácticamente pionera, STS de 27 de enero de 1989 cuando sostuvo que “la inexistencia subjetiva aunque está al margen de la literalidad del art. 294 queda plenamente amparada por su espíritu (...). Prueba de la inexistencia del hecho y prueba de la falta de participación del sujeto son pues dos supuestos equiparables y subsumibles ambos en la regulación del art. 294”; y así se recogió reiteradamente en Sentencias posteriores como las de 25 de Abril de 2.006 (Rec.1371/2002), 22 de Marzo de 2.007 (Rec.6260/2002), o 22 de mayo de 2007 en la que puede leerse que: “son subsumibles en el artículo 294 de la mentada Ley Orgánica y por tanto deben generar derecho a la correspondiente indemnización, los supuestos en que se prueba la inexistencia del hecho imputado «inexistencia objetiva» y aquéllos en que resulte probada la falta de participación

⁵ Así se había entendido, también desde un primer momento, por el Consejo de Estado en la interpretación que realizó de dicha normativa y que puede consultarse, entre otros, en los dictámenes núms. 49220 y 49283, ambos de 9 de octubre de 1986.

del inculpado, procesado o acusado en el hecho que se le hubiese atribuido, «inexistencia subjetiva», es decir, hecho delictivo existente con prueba de no haber participado en él. Como decimos además en esas sentencias para apreciar si nos hallamos en uno de los dos supuestos referidos, que según el art. 294 LOPJ comportarían la obligación de indemnizar, se ha de examinar el auténtico sentido de la resolución pronunciada en el ámbito de la jurisdicción penal”.

Pero la amplitud de esta interpretación, si bien loable desde una perspectiva teleológica, encontraba una falla fundamental en su argumentación que hacía difícil -por no decir imposible- encajarla en el engranaje del sistema de derechos y garantías fundamentales. Concretamente, porque esta amplia interpretación de los supuestos indemnizables dejaba fuera de la cobertura automática del Estado a todos aquellos supuestos de absolución o sobreseimiento por falta de pruebas.

Se establecía, pues, una distinción clave entre la absolución por probada inexistencia del hecho o por ausencia probada de participación del imputado y la absolución por falta de pruebas; siendo la consecuencia inmediata en relación con la responsabilidad del Estado que ahora nos ocupa, que si bien, este respondía automáticamente en el primer caso (inexistencia probada del hecho o ausencia probada de participación del imputado en el mismo), no lo hacía -o no necesariamente- en el segundo (absolución por falta de pruebas). Así se sostuvo también, ya desde los inicios, en la anteriormente citada STS de 27 de enero de 1989 cuando tras sumar los casos de “inexistencia subjetiva del hecho” a los de “inexistencia objetiva” que regulaba el art. 294.1 argumentó el TS que “no resulta en cambio viable extender su virtualidad a los casos de falta de prueba de la participación en el hecho en los que la reclamación de una posible indemnización derivada de la prisión preventiva habrá de discurrir por el cauce general del art. 293.1”.

Como bien puede apreciarse, no es que se niegue al imputado absuelto por falta de pruebas la posibilidad de obtener una indemnización por el tiempo padecido en situación de prisión provisional; lo que se le veda, sobre la base de esta interpretación, es la posibilidad de acceder a dicha indemnización de forma directa, como sí se reconoce a quienes resulten absueltos por la probada inexistencia

de los hechos, su atipicidad o su probada falta de participación en los mismos. A diferencia de esta solución expeditiva, se remite al absuelto por falta de pruebas a la tortuosa vía de obtener la declaración de error judicial por parte del TS y, en caso positivo, a tramitar la consiguiente indemnización ante el Ministerio de Justicia a través del procedimiento administrativo habilitado al efecto (art. 293 LOPJ).

Como con acierto se ha sostenido, esta solución generaba absueltos de primera y segunda categoría, resultando así, claramente atentatoria contra el derecho a la igualdad por una parte y a la presunción de inocencia, por otra⁶.

En todo caso y pese a la reflexión anterior, en la que se profundizará en las páginas siguientes, lo cierto es que esta tesis de diferenciar entre la probada inexistencia objetiva o subjetiva del hecho, por un lado, y la absolución como consecuencia de la aplicación del derecho a la presunción de inocencia, por otro, a efectos de conceder (en el primer caso), o no (en el segundo) la indemnización por la prisión provisional sufrida, tuvo también su correspondiente reflejo en la doctrina del TC, en cuya Sentencia de 22 de junio de 1992 ya podía leerse que, “una cosa es que exista prueba positiva de un hecho negativo -no existencia del hecho o no participación del acusado- y cosa bien distinta es la ausencia de prueba de un hecho positivo -existencia del hecho o participación del acusado-, pues esta última no es acreditativa del error judicial que contempla el art. 294 de la LOPJ”.

Como bien puede apreciarse, aparece aquí de nuevo, con el fin de justificar la obligación del Estado de indemnizar al imputado absuelto, esa concepción –de efectos ciertamente tan distorsionadores– de la prisión provisional como error judicial, cuando el proceso termina con absolución o sobreseimiento.

Quizás conviniera detenerse en la naturaleza y fines de la prisión provisional, e intentar aportar así algo de luz no solo respecto de la institución que nos ocupa sino también respecto de los motivos que justifican la indemnización o la responsabilidad del Estado ante su padecimiento.

6 En este sentido CAMPANER MUÑOZ, J., “*La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana (1)*”, LA LEY Penal nº 129, noviembre-diciembre 2017, Nº 129, 1 de nov. de 2017, Editorial Wolters Kluwer, p. 5.

Y ciertamente, y sin ánimo de exhaustividad, valga como apunte a vuelapluma que no se aprecia ni el por qué, ni la necesidad, de articular una interpretación de la prisión provisional como “error judicial” por el hecho de que el proceso concluya con sentencia absolutoria, salvo que fuera entendida esta –la prisión provisional– como un auténtico anticipo de la pena⁷ y no *strictu sensu*, como una verdadera medida cautelar. Solo desde el entendimiento de la prisión provisional como el anticipo de una pena que –en los casos de absolución o sobreseimiento– finalmente resulta inmerecida y, por tanto, no se impone, tendría justificación la consideración de esta como un error judicial. Pero esta concepción de la prisión provisional como anticipo de pena solo podría ser aceptada desde una perspectiva material que, en una interpretación *pro reo*, permitiera justificar, en caso de condena, el abono del tiempo transcurrido en la pena finalmente impuesta. Porque la prisión provisional no puede –no debe– dejar de ser vista como una medida cautelar cuyo fundamento y fines se explican desde los presupuestos que legitiman su adopción y que no son otros, como en toda medida cautelar –por grave que sea esta; y la prisión provisional es la de mayor gravedad–, que el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*. Comparto, pues, la naturaleza cautelar de la prisión de provisional así como su consideración instrumental respecto del fin esencial que es la protección del proceso, el aseguramiento de su desarrollo y de su resultado⁸. Y ello, aun reconociendo el craso error cometido por el legislador de 2003, al introducir entre los fines de dicha medida, el riesgo de reiteración delictiva como presupuesto habilitante para su adopción que, además, de encubrir una presunción de culpabilidad irreconci-

7 Sobre el tema, vid. la argumentación de RODRIGUEZ RAMOS, L., en “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, Diario LA LEY, nº 9477, de 13 de septiembre de 2019, Nº 9477, 13 de sep. de 2019, Editorial Wolters Kluwer. Posición posteriormente reiterada en “Responsabilidad patrimonial del Estado-juez por padecer prisión preventiva el luego absuelto”, en www.abogacia.es, 12 de noviembre 2019 (<https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/responsabilidad-patrimonial-del-estado-juez-por-padecer-prision-preventiva-el-luego-absuelto/>). Fecha última consulta, 22/09/2020. La consideración de la prisión provisional como anticipo de pena ha sido sostenida también por ANDRÉS IBÁÑEZ, P., en “Presunción de inocencia y prisión sin condena”, Detención y Prisión provisional. Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996. Una posición, sin duda más radical, es la sostenida por FERRAJOLI para quien la prisión provisional resulta una institución irreconciliable con el derecho a la presunción de inocencia y, por tanto, incompatible con un sistema procesal penal garantista FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 551 y ss.

8 DEL RÍO LABARTHE, G., *Derecho procesal Penal* (ASENCIO MELLADO, Dir., FUENTES SORIANO, Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª Edición, 2020, pp. 292 y 293

liable con el art. 24.2 CE desnaturaliza la esencia de la medida al no constituir, en modo alguno, una función cautelar⁹.

En todo caso, la apreciación *del fumus* (o apariencia de buen derecho) así como del peligro que corre el proceso por la mora o el paso del tiempo depende de valoraciones que debe el Juez tomar en consideración en la fase instructora y sobre la base de unos datos interinos o provisionales que serán, o no, corroborados en el acto del juicio oral, tras la práctica de la prueba. Practicada y valorada esta y dictada la correspondiente sentencia, no cabe aplicar “sesgo retrospectivo” alguno que permita ponderar entonces, a la vista de esos nuevos elementos de juicio –es decir, no puede revisarse entonces-, la corrección de la decisión adoptada en la fase instructora ni sobre el riesgo que corría el proceso y que justificaba el ingreso cautelar del imputado en prisión, ni sobre las circunstancias que justificaban dicha toma de decisión. La prisión provisional legítimamente acordada, razonada y fundamentada, tanto en el *fumus*, cuanto en el *periculum*, no constituye –no tiene porqué constituir- error judicial alguno por mucho que a la vista de las pruebas practicadas con posterioridad, en otro estadio del proceso –el juicio oral- el imputado resulte absuelto o la causa se sobresea¹⁰.

9 En esta misma línea, ASENCIO MELLADO J.M., “La Reforma de la prisión provisional: El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, Nº 2, 2005, pp. 1584-1595. Del mismo autor, también “Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003”, en *Nuevos retos de la Justicia penal*, ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO, Dirs., pp 123 a 160. En este último trabajo puede leerse, en relación con la finalidad de evitar la reiteración delictiva, que “existe acuerdo general en negar que se trate de un fin cautelar, ni siquiera indirectamente, en tanto falta un elemento esencial para ello como es la instrumentalidad. Este fin entraña una medida de seguridad predelictual y una presunción de culpabilidad (...). Por ello, por su complejidad, por su naturaleza difícilmente justificable en orden a restringir la libertad de un no culpable, tanto el TEDH, cuanto nuestro TC, ha dedicado, cuando ha tenido que abordarla, pocas y confusas palabras a esta finalidad, no obstante lo cual y siguiendo lo que ya han hecho otras legislaciones como la alemana, francesa o italiana entre otras, la admiten como justificativa de la privación de libertad” (p. 28)

10 Discrepo, pues, de la tesis argumentada por RODRÍGUEZ RAMOS al plantear la prisión provisional como un anticipo de pena y, por tanto, como un error judicial que queda, en su opinión, patentemente expuesto en todos los casos de absolución o sobreseimiento. Sí comparto sin embargo, la afectación que la regulación de la indemnización de la prisión provisional realizada por el art. 294.1 LOPJ y por su interpretación jurisprudencial provocaba en determinados derechos fundamentales como la igualdad o la presunción de inocencia. A juicio del autor “parece pues evidente que tal error cometido por el juzgador [*en referencia a la prisión provisional*] afecta al derecho a la tutela judicial efectiva, aun cuando al dictarse tal resolución se hubieran cumplido todos los requisitos legales para la adopción de tal medida cautelar personal, pues en este caso es legítimo utilizar el «sesgo retrospectivo» al tratarse de un error objetivo no necesariamente reprochable por negligencia u otro título de imputación subjetiva; se trata de un error porque se ha impuesto anticipadamente una «pena privativa de libertad» a una persona, pensando que terminaría confirmándose su imposición y, al no haberse cumplido la previsión, no cabe dudar que se trata de un craso error de cálculo, aun cuando la prisión preventiva haya sido acordada legalmente. Lógicamente esta tutela judicial frustrada concurre con la afectación de los

Y nótese que el hecho de que la prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento no constituya –o no necesariamente– error judicial alguno, no supone negar la evidencia de los perjuicios causados al imputado y la necesidad de su indemnización. Lo que no se alcanza a ver es la necesidad de argumentar estructuralmente la obligación del Estado de indemnizar en tales casos, acudiendo al (falso) entendimiento de que lo que se ha cometido es un error judicial¹¹. Idéntica obligación de indemnizar y, sin duda, ajustada en mayor medida a la realidad, se alcanzaría desde una concepción de la responsabilidad del Estado-Juez por los daños y perjuicios ocasionados.

B) Segundo escenario indemnizatorio: la doctrina del TEDH

El diferente trato indemnizatorio de la prisión provisional que, con la interpretación amplia del art 294.1 LOPJ, los Tribunales españoles dispensaban a quienes la padecieron en función de cuál fuera el motivo de la absolución (o del sobreseimiento) llegó finalmente al TEDH y este, lo consideró atentatorio contra el derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 del CEDH.

La primera Sentencia en la que el TEDH aborda esta cuestión es la Sentencia *Puig Planella C España*¹². En ella se reconoce con absoluta claridad que la interpretación por la que los Tribunales españoles niegan la indemnización por prisión provisional al imputado absuelto por falta de pruebas, argumentando carecer de una absoluta certeza sobre su inocencia, resulta vulneradora del Derecho a la presunción de inocencia contenido en el art. 6.2 CEDH.

demás derechos ya mencionados: a la libertad y a la presunción de inocencia, y en este caso particular también al derecho a la igualdad”. RODRIGUEZ RAMOS, L., “¿Ciudadanos (...)”, Cit., p. 8

11 La justificación en el error judicial, del derecho resarcitorio tras la prisión provisional cuando el proceso termina con absolución o sobreseimiento ha sido definitivamente superada por la STC 85/2019 que entiende que el derecho a percibir dicha indemnización procede del sacrificio exigido y padecido por el sujeto legítimamente privado de libertad, en aras del interés general, en busca de un beneficio colectivo. Así, “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*” (FJ 5, CTC 85/2019).

12 Sentencia *Puig Planella C España*, de 25 de abril de 2006 (núm. 1483/02)

El TEDH suscribe la tesis de que el derecho a la presunción de inocencia, además de operar a nivel probatorio como regla de distribución de la carga de la prueba y, en su caso, también como regla de juicio indicando al Juez hacia dónde debe orientar su Sentencia en los supuestos de duda razonable, despliega además sus efectos –con una importancia prioritaria en el análisis que no ocupa– como regla de tratamiento¹³. Analizado desde esta perspectiva, el TEDH insiste en que el derecho a la presunción de inocencia exige que, en todo supuesto y por parte de cualquier autoridad pública, el ciudadano debe ser tratado como no culpable mientras no exista una sentencia condenatoria que así lo declare. En el caso que nos ocupa (Puig Planella c. España), insiste el TEDH que esa “ausencia de total certeza” sobre la inocencia de Puig Planella (firmemente absuelto tras haber padecido una situación de prisión provisional), en la que se amparan para denegar la indemnización tanto el Ministerio de Justicia, cuanto posteriormente por vía de recurso, la AN, es incompatible con el derecho a la presunción de inocencia que impone el art. 6.2 CEDH¹⁴.

La tesis del TEDH sostenida en esta Sentencia podría resumirse del siguiente modo:

1. Ni el art. 6.2 CEDH, ni ninguna otra disposición de dicho convenio establecen una obligación a los Estados miembros de regular un sistema resarcitorio, ni por las costas, ni por la prisión provisional padecida en un proceso finalmente sobreesido o en el que, posteriormente, el imputado resulte absuelto. No existe, pues, en tesis del TEDH, un derecho del imputado absuelto a obtener una indemnización, ni por las costas del proceso, ni por el padecimiento de una prisión provisional como consecuencia del mismo¹⁵. Y ello no

13 Sobre las distintas manifestaciones de la presunción de inocencia –como principio informador del proceso penal, como regla de tratamiento del imputado, como regla probatoria y como regla de juicio– *in extenso*, vid. FERNÁNDEZ LÓPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Istel, 2005, pp. 117 a 160.

14 Para el desarrollo de esta argumentación vid. Apartado 57 STEDH Puig Planella c España, de 25 de abril de 2010.

15 En la línea de la confusión que puede generar, ligar la justificación de la indemnización en estos supuestos al padecimiento de un supuesto error judicial, alerta COBREROS MENDAZONA, a mi juicio con razón, que no cabe confundir esta apreciación del TEDH con el hecho de que no reconozca Derecho a indemnización por error judicial. Como con acierto señala, este derecho a indemnización por error judicial se regula en el art. 3 del Protocolo núm. 7 y establece que “Cuando una condena penal definitiva sea ulteriormente anulada o cuando se produzca una medida de gracia porque un nuevo hecho o una nueva revelación prueben que se ha producido un error judicial, la persona que ha sufrido una pena en razón de dicha condena debe ser indemnizada conforme a la ley o los usos en vigor en el Estado de que se trata, a menos que se pruebe que la no revelación en tiempo útil del hecho desconocido le sea imputable en todo o en parte”. “Adviértase, en cualquier caso, que

vulnera en modo alguno su derecho a la presunción de inocencia: “el simple rechazo de una indemnización no es contrario, por tanto, en sí mismo, a la presunción de inocencia”¹⁶.

2. Pero, si un Estado regula en algún modo esa indemnización resarcitoria, la normativa que establezca debe ser respetuosa con todos los principios del Convenio entre los que se encuentra, obviamente, el derecho a la presunción de inocencia.

3. Y el derecho a la presunción de inocencia no afecta solo, en interpretación del TEDH, al proceso penal sino también a actuaciones posteriores; de forma tal que si una actuación posterior da la sensación de estar considerando culpable a un ciudadano en relación con el cual no ha existido declaración de culpabilidad, esa actuación, y por tanto, esa regulación sí resultaría vulneradora de su derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Por ello, como se ha anotado con anterioridad, en el supuesto que analizaba esta Sentencia, en el que tanto el Ministerio de Justicia cuanto, posteriormente, la AN denegaron la indemnización solicitada por el Sr. Puig Planella basándose en la falta de una certeza absoluta respecto de su inocencia, el TEDH sostuvo que se vulneró el derecho a la presunción de inocencia del solicitante, conforme a las previsiones del art. 6.2 del CEDH. En su argumentación, puede leerse que “la presunción de inocencia se vulnera si una decisión judicial relativa a un acusado refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad previamente, no ha sido legalmente establecida. Basta, incluso en ausencia de una constatación formal, con una motivación que conduzca a pensar que el juez considera al interesado culpable. El campo de aplicación del art. 6.2 se limita, por tanto, a los procesos penales que continúan pendientes, pero se extiende a las decisiones judiciales adoptadas tras la suspensión de las diligencias, o tras una absolución. Así, una decisión que niegue al acusado, tras la suspensión de las diligencias, una indemnización por

este sería un supuesto distinto del que nos ocupa, que concuerda más con las previsiones establecidas para el recurso extraordinario de revisión en el art. 960 LECrim, cuyo segundo párrafo, referido precisamente a la consecuencia indemnizatoria del *iudicium rescindens*, fue introducido en nuestro ordenamiento por ley de 24 de junio de 1933, a raíz del «crimen de Cuenca”. COBREROS MENDAZONA, E., El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, Revista de Administración Pública, 209, pp.13-44 (p. cit. 21).

16 STEDH Puig Planella c. España, de 25 de abril de 2006, apartado 52.

el ingreso en prisión preventiva, puede plantear problemas bajo el ángulo del art. 6.2 si motivos indisociables del dispositivo equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad sin que esta haya sido previamente establecida de manera legal”¹⁷.

La consecuencia lógica que cabía esperar de esta Sentencia pasaba por que la Jurisprudencia Española hubiera admitido que la exclusión de la indemnización en los supuestos de sobreseimiento o absolución por falta de pruebas no podía tener cabida en la interpretación del art. 294.1 LOPJ. Sin embargo, lo cierto es que esta Sentencia no tuvo consecuencias directas en nuestra Jurisprudencia, que permaneció inalterada sosteniendo su amplia interpretación del precepto y, con ella, una diferencia de trato insoportable y atentatoria contra el derecho a la presunción de inocencia de aquellos absueltos por falta de pruebas a quienes se negó la indemnización. El viraje jurisprudencial, en una dirección por otra parte sorprendente –según se verá a continuación–, no llegó hasta después del pronunciamiento del TEDH en su Sentencia de 13 de julio de 2010 (asunto *Tendam c España*; núm. 25720/05).

A partir de la idea ya asentada en la STEDH de 2006 (Puig Planella c. España) de que la presunción de inocencia se vulnera si una decisión judicial refleja la culpabilidad de una persona que no ha sido probada –y declarada– con anterioridad, en la Sentencia *Tendam c. España*, el Tribunal añade el plus cualitativo de que no cabe establecer –no se justifica– diferencia alguna entre las consecuencias que puedan derivar de una absolución por falta de pruebas o de una absolución tras la inocencia probada del acusado: “no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona (...) las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos tenidos en cuenta en cada ocasión por el Juez penal. Al contrario, en el marco del artículo 6.2 del Convenio, el fallo de una sentencia absolutoria debe ser respetado por toda autoridad que se pronuncie directa o incidentalmente sobre la responsabilidad penal del interesado (...). Exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de

17 Apartado 51, STEDH Puig Planella c. España

indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia”.¹⁸

Esta es, finalmente, la posición asumida y asentada por el TEDH respecto de la indemnización que, en su caso, pueda corresponder por la prisión provisional sufrida en supuestos de posterior sobreseimiento o absolución del imputado. Así, esta tesis será reafirmada por el propio Tribunal en sentencias posteriores como en el caso (asuntos acumulados) *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*¹⁹, en el que, de nuevo se condenó a España por vulneración del art. 6. 2 del Convenio recalcando, una vez más el Tribunal, que “no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución fundamentada en ausencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación incontestable de la inocencia”. Recuerda asimismo que, como ya sostuvo en la Sentencia *Capeau c. Bélgica*²⁰, “exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de una reclamación de indemnización por prisión provisional no parece razonable y revela una vulneración de la presunción de inocencia”²¹.

En conclusión, pues y según doctrina reiterada del TEDH, de conformidad con la regulación del convenio:

a. No existe una obligación para los Estados miembros de regular un sistema indemnizatorio por la prisión provisional padecida en un proceso que finalmente termine con sobreseimiento o en el que, finalmente, el imputado resulte absuelto. De otro modo expresado: no existe un derecho de resarcimiento por la prisión provisional padecida en casos de absolución o sobreseimiento; y ello no vulnera el Derecho a la presunción de inocencia del art. 6.2 CEDH

b. Pero si algún Estado regula ese derecho resarcitorio, no puede hacerlo estableciendo distinciones que excluyan de dicha indemnización a quien resultare absuelto por falta de pruebas o cuyo proceso resultare, por tal motivo, sobreseído. Esa exclusión sí supone una vulneración de derecho a la presunción de inocencia en su vertiente de regla de tratamiento, al fundamentarse en la duda

18 STEDH *Tendam c España*, apartado 14.

19 STEDH, Sección 3ª, de 16 de febrero de 2016, caso *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*

20 STEDH, *Capeau c. Bélgica*, nº 42914/98, enero de 2005. Apartado 25

21 STEDH *Vlieeland Boddy y Marcelo Lanni c. España*, apartado 40.

sobre la inocencia de una persona cuya culpabilidad no ha sido declarada por Sentencia alguna.

Y este es, exactamente, el punto en el que fallaba la normativa española sobre la materia. El art. 294.1 LOPJ reconocía tan solo el derecho a indemnización de “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”. Pero los Tribunales españoles, con el fin de ampliar esa indemnización a quienes resultaren absueltos por su probada no participación en los hechos, establecieron una diferenciación -injustificada según la tesis del TEDH- entre estos últimos (a quienes sí reconocía derecho a indemnización) y los imputados absueltos por falta de pruebas o sobre cuyas causas se decretó el sobreseimiento (a quienes no se reconocía tal indemnización por carecer de certeza absoluta sobre su inocencia).

Así, las cosas, resultaba evidente la necesidad de acomodar la interpretación de la normativa española a las exigencias del TEDH sobre el derecho a la presunción de inocencia, y aunque lo lógico hubiera sido incluir como supuesto indemnizatorio los casos de sobreseimiento o de imputados absueltos por falta de pruebas, no fue esa –sorprendentemente- la opción escogida por el TS Español. Veámoslo a continuación

C) Tercer escenario indemnizatorio: interpretación restrictiva del art. 294.1

En el año 2010, el TS imprimió un viraje inesperado a su Jurisprudencia respecto de la responsabilidad del Estado por la prisión provisional padecida en casos de sobreseimiento o absolución. El cambio de orientación vino de la mano de dos sentencias de la Sala 3ª –sección 6ª-, ambas de 23 de noviembre de 2010; a partir de ellas, la nueva tesis se asentó y consolidó en sucesivas y reiteradas resoluciones del propio Tribunal. Lo inesperado de esta nueva tendencia no lo fue por su necesidad de adaptación a las tesis del TEDH cuya divergente interpretación respecto de la presunción de inocencia se puso

de manifiesto en 2006 (con la Sentencia Puig Planella c. España) y alcanzó su máxima expresión en el propio año 2010 con la Sentencia *Tendam* c España. Lo inesperado fue, sin duda, la dirección que tomó el TS para tratar de adaptarse a los postulados del TEDH.

Asume el TS, como no podía ser de otro modo, que la interpretación del art. 294.1 LOPJ que le permitía indemnizar en los supuestos de inexistencia o atipicidad del hecho, así como de ausencia probada de participación del imputado en el mismo por un lado, y no indemnizar en los supuestos de absolución por falta de pruebas por otro, vulneraba -a juicio del TEDH-, el derecho a la presunción de inocencia al no considerar, en este último caso, acreditada con “absoluta certeza” la inocencia del imputado absuelto o cuyo asunto resultó sobreesido. Sin embargo, ante dicha evidencia, en lugar de optar -como sin duda hubiera sido razonable- por reconocer ese mismo derecho resarcitorio a quién resultó absuelto por falta de pruebas, el TS decide apostar por una interpretación restrictiva del precepto de forma tal que, conforme a su dicción literal, se limiten los supuestos indemnizatorios por esta vía directa del art. 294.1, a tan solo los de “inexistencia objetiva del hecho imputado” relegando la eventual indemnización de los casos de inexistencia subjetiva del hecho a lo que resulte de la tramitación del correspondiente error judicial por la vía del art. 293 LOPJ.

Sostiene así nuestro Alto Tribunal que, ante la doctrina del TEDH recientemente expuesta “no se ofrece a la Sala otra solución que abandonar aquella interpretación extensiva del art. 294 LOPJ, acudir a una interpretación estricta del mismo, en el sentido literal de sus términos, limitando su ámbito a los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial con apoyo en sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado, es decir, cuando tal pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo resulta inexistente, (...) Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de la responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la Jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por la doctrina

del TEDH que venimos examinando, junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que haya absolución”.

Como era de esperar, no tardaron en alzarse las voces que, desde la doctrina, criticaron este incomprensible viraje jurisprudencial²². Efectivamente, lo que el TEDH cuestionaba era que se excluyera de la indemnización a quienes resultaban absueltos por no haberse podido probar su participación en los hechos, dándoseles, de este modo, un tratamiento resarcitorio diferente del que recibían quienes resultaban absueltos tras probarse su no participación en los mismos; pero en modo alguno cuestionaba la indemnización reconocida en este último caso²³. Ante una situación como la expuesta, la salida de los Tribunales españoles podría haber sido muy fácil y distinta de la escogida: incluir en el reconocimiento de este derecho a obtener indemnización directa del Estado por la prisión provisional padecida, también a aquellos imputados que finalmente resultaron absueltos por falta de pruebas o en relación con los cuales se decretó el sobreseimiento libre²⁴. Como con acierto se ha sostenido “resulta ciertamente paradójico (y lamentable, en nuestro caso) que un superior nivel de garantía de los derechos fundamentales —*sub specie* protección de la presunción de inocencia— haya generado un retroceso en el sistema indemnizatorio del Estado por la pérdida de libertad indebida”²⁵.

22 Vid., por todos, TAPIA FERNÁNDEZ, I., “La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia en el ordenamiento jurídico español”, Justicia, 2013, núm. 2, pp. 139 y ss

23 Sobre el tema, vid. GONZÁLEZ PEDRAZ, J., “Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia por prisión preventiva indebida TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6.ª, 23-11-2011”, Editorial jurídica Sepin, TOP Administrativo, Documento referencia SP/SENT/533119. Con carácter más divulgativo, pero con meridiana claridad y concisión, LÓPEZ, J., “El derecho a ser indemnizados (ahora sí) se reconoce a todos los que sufran indebidamente prisión preventiva”, Editorial jurídica Sepin, www.sepin.es, <https://blog.sepin.es/2019/07/derecho-indemnizacion-prision-preventiva/>, 9 julio, 2019, pp. 5 y 6 (fecha última consulta: 21/09/2020)

24 En el fundamento de esta restrictiva interpretación por parte del TS respecto del derecho a obtener la indemnización, se han querido ver desde razones estratégicas (tendientes a forzar la modificación legislativa del precepto), hasta razones presupuestarias (no es desdeñable la influencia económica de estas decisiones en las arcas públicas), pasando por el inevitable rechazo social que puede provocar la generalización de la indemnización en determinados supuestos de absolución, como pueden ser, por ejemplo, los derivados de la apreciación de una prueba prohibida. De todos ellos da cuenta DE HOYOS SANCHO, M, en “La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas”, Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas, nº1, pp. 143 a 145.

25 COBREROS MENDEZONA, E., “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, Revista de Administración Pública, 209, 2019, pp. 13-44, p.9. Anota este mismo autor el significativo dato de que “para hacernos una mejor idea del alcance de este giro jurisprudencial operado a partir de 2010, podemos señalar que, desde entonces (y salvo error), el Tribunal Supremo solo ha concedido una solicitud de indemnización basada en el art. 294 LOPJ [con cita de la STS de 17 de mayo de 2016, rec. 3696/2014, ponente

En un panorama como el descrito, el siguiente paso venía servido en bandeja: muchos de los imputados absueltos por inexistencia subjetiva del hecho a los que se negó indemnización por la prisión provisional sufrida –no ya solo por la imposibilidad de acudir a la vía del art. 294, sino también por la práctica imposibilidad de reconducir estos supuestos a los de error judicial (art. 293) con las exigencias que la Jurisprudencia requiere para ello- acudieron en amparo ante el TC. Alegaban éstos vulnerado, no solo su derecho a la presunción de inocencia sino también su derecho a la libertad y los principios de legalidad y seguridad jurídica. En la resolución de tales pretensiones, son de destacar dos Sentencias del TC, ambas de 2017²⁶, en las que el Tribunal estima el amparo solicitado al entender que, efectivamente, con la denegación de la indemnización y la argumentación a tal fin utilizada, la Sala 3ª del TS “emite sospechas sobre la culpabilidad del recurrente y utiliza la referencia a dicho precepto 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”²⁷. Insiste así el TC en que, las decisiones por las que los Tribunales y órganos administrativos han denegado la indemnización tras la absolución del reclamante, suscitan dudas sobre la inocencia del demandante, razón por la que deben ser anuladas a efectos de que sean sustituidas por otras compatibles con el derecho del actor a la presunción de inocencia”²⁸.

Será en estas Sentencias de 2017, en las que el TC encuentre el camino para plantearse, definitivamente, la necesidad de dotar al ordenamiento de una interpretación de la normativa acorde con el derecho a la presunción de inocencia; y, de conformidad con ello, se planteará la adecuación a la Constitución del art.

Trillo Alonso]. Aunque también hay que reconocer que la Audiencia Nacional sí lo ha hecho en una treintena de sentencias de instancia, bien que probablemente reconduciendo, ahora, a supuestos de inexistencia objetiva diversos casos que antes eran considerados como de inexistencia subjetiva: retirada de la acusación fiscal, inexistencia de pruebas, apartamiento del proceso penal o delito provocado, por ejemplo”.

26 SSTC 8/2017, de 19 de enero; y 10/2017, de 30 de enero

27 STC 8/2017, de 19 de enero

28 STC 10/2017, de 30 de enero

294.1 en una autocuestión de inconstitucionalidad²⁹ que resolverá en la STC 85/2019, de 19 de junio.

D) Cuarto escenario indemnizatorio: stc 85/2019, inconstitucionalidad parcial del art. 294.1 y ampliación *prima facie* a todos los supuestos

La Sentencia 85/2019, de 19 de junio, por la que se declara la inconstitucionalidad parcial del art. 294.1 LOPJ trae causa de una autocuestión de inconstitucionalidad que el TC se plantea, a partir del recurso de amparo interpuesto por un ciudadano al que se denegó la indemnización por la prisión provisional padecida³⁰ argumentando, tanto el Ministerio de Justicia cuanto posteriormente la AN en el recurso interpuesto contra dicha resolución, que al haber sido absuelto por aplicación del derecho fundamental a la presunción de inocencia (la prueba practicada en el juicio oral no permitía estimar acreditada su participación en los hechos) su ausencia de participación en los hechos imputados no había resultado finalmente probada; hechos, los que se le imputaron, que, por otra parte, sí se probó que existieron. Y en tal caso, no dándose la situación típica exigida por el art. 294.1 (“inexistencia objetiva del hecho imputado”) no cabe reconocer el derecho a la indemnización reclamada. Según la resolución del Ministerio de Justicia, corroborada por la instancia judicial subsiguiente -la AN-, “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”³¹.

De los tres Derechos Fundamentales que el demandante de amparo considera vulnerados (el derecho a la igualdad del art. 14

29 ATC 79/2918, de 17 de julio

30 El demandante de amparo había reclamado indemnización por la prisión provisional en la que permaneció 358 días, acordada en un procedimiento penal en el que fue absuelto de todos los cargos por la SAP Barcelona (Sección 10ª), de 13 de octubre de 2009.

31 Resolución del Secretario de Estado de Justicia, de 11 de mayo de 2011; confirmada posteriormente por la SAN, sección 3ª, de 24 de mayo de 2012, contra la que se interpone el recurso de amparo, antecedente de la autocuestión de inconstitucionalidad que nos ocupa.

CE³², el derecho a la libertad personal del art. 17.1 CE³³ y el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, del art. 24.2 CE³⁴) el TC fundamenta la argumentación sobre la inconstitucionalidad del precepto en tan solo dos de ellos: el derecho a la igualdad y el derecho a la presunción de inocencia³⁵.

Ambos derechos, considera el TC que quedan afectados al reconocer el art. 294.1 LOPJ que la indemnización por la prisión provisional, por esta vía directa y expeditiva (al margen, por tanto, de la consideración del error judicial por la vía del art. 293), tan solo concurrirá en aquellos supuestos en los que la absolución o el sobreseimiento deriven de la inexistencia objetiva del hecho imputado. De ahí que finalmente, la Sentencia declare la inconstitucionalidad parcial del precepto que deberá leerse, a partir de ese momento, con el siguiente tenor literal: “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”.

Corrige así el TC, no solo un problema legal –el del art. 294.1 LOPJ- al que hace décadas debiera haber atendido el legislador ordinario, sino la propia interpretación regresiva que del mismo venía haciendo el TS a partir de la Jurisprudencia asentada tras 2010. La razonable posición del TC, al margen de lo que legislativamente

32 Fundamenta la vulneración del Derecho a la igualdad en que 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.

33 Fundamenta la vulneración del Derecho a la libertad personal en que 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.

34 Alega que según el TEDH se vulnera el derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, que opera en el procedimiento administrativo, cuando se deniega la indemnización por haber sufrido prisión provisional por considerar que existen indicios de participación en un delito a pesar de existir una sentencia absolutoria.

35 La justificación sobre la indemnidad del Derecho a la libertad en los supuestos de prisión provisional, la argumenta el TC (FJ 5º de la Sentencia 85/2019) haciendo referencia al hecho de que la libertad, constitucionalmente entendida, admite una serie de limitaciones, entre las que se encuentra la situación de prisión provisional, que de adoptarse conforme a las exigencias legales y previa motivación y razonamiento de sus circunstancias y su proporcionalidad, no supone vulneración alguna de dicho derecho constitucional; antes al contrario es ejemplo de un sacrificio personal exigido por el sistema en aras de un interés superior o colectivo como es el ejercicio del ius puniendi en beneficio, o para protección, de la ciudadanía. “En suma [reconoce el propio TC], 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”.

resulte cuando, como es debido, las Cortes generales aborden el problema, pasa por excluir cualquier posible diferenciación respecto del origen de la absolución llegado el momento de reconocer el derecho al resarcimiento por la prisión provisional padecida.

En todo caso, esta posición genérica y amplia –o amplísima– respecto del reconocimiento de este derecho resarcitorio, no puede quedar exenta de algunos matices que impidan que pueda llegar a convertirse en una absoluta responsabilidad objetiva del Estado por la prisión provisional padecida en supuestos de absolución o sobreseimiento. Habrá que reconocer la especificidad que puede plantearse en absoluciones derivadas de la ilicitud de una prueba, de la prescripción o de algunos otros supuestos concretos que puedan excepcionar esa regla general indemnizatoria³⁶. De hecho, sostiene el propio TC en su Sentencia 85/2019 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”³⁷.

Profundicemos, seguidamente, en lo dicho (y lo no dicho) por el TC sobre el derecho a obtener una indemnización por la prisión provisional padecida en los casos de sobreseimiento o de sentencias finalmente absolutorias.

2. Igualdad e indemnización por prisión provisional tras sobreseimiento o sentencia absolutoria.

De los tres derechos fundamentales que, según el TC se plantea en la autocuestión de inconstitucionalidad, pudieran quedar afectados por el art. 294.2 LOPJ en la redacción del momento (el derecho a la libertad –art. 17 CE–, el derecho a la igualdad –art. 14 CE– y el derecho a la presunción de inocencia –art. 24.2 CE–) y descartada en la Sentencia la afección del primero de ellos, veamos a continuación cuál es la argumentación en la que sustenta este Tribunal la vulneración del derecho a la igualdad.

³⁶ Sobre el tema, DE HOYOS SANCHO, M., “La indemnización (...)”, cit., pp. 164 y ss.

³⁷ STC 85/2019, de 19 de junio. FJ 4

El punto de partida lo sitúa el Alto Tribunal en torno a si la selección de supuestos indemnizables introduce diferencias de trato arbitrarias en función de cuáles hubieran sido las razones de la absolución o el sobreseimiento; pudiendo resultar, en tal caso, contrario al art. 14 CE que se indemnice cuando el privado de libertad y posteriormente absuelto (o sobreseído) lo ha sido por inexistencia del hecho objetivo y no se indemnice, sin embargo, cuando lo hubiera sido por otras causas. El objetivo de su análisis queda enmarcado, así, en los siguientes parámetros: “examinar si la concreta decisión del legislador introduce diferencias injustificadas, irrazonables o desproporcionadas entre situaciones equiparables”³⁸.

El razonamiento del TC pasa por asumir que todas las personas que han sufrido una privación de libertad como consecuencia de una prisión provisional y que luego han resultado absueltas (o cuya causa ha resultado sobreseída) se encuentran en una situación homogénea respecto de los daños causados por el padecimiento de esa prisión provisional, con independencia de cuál fuera la causa de la absolución o del sobreseimiento. Se reafirma así el propio Tribunal en la idea de que, atendiendo, pues, al resultado, la situación de todos estos imputados absueltos resulta homogénea tal y como tuvo ya ocasión de analizar y argumentar en su Sentencia 89/1992. Sin embargo, en aquella ocasión –y la diferencia es fundamental-, la interpretación del Tribunal partía de la justificación de la prisión provisional en tanto supuesto de error judicial. Superada ahora esa antigua concepción de la prisión provisional como error –considerada entonces como necesaria para justificar su indemnización³⁹ y

38 FJ 6, in fine, STC 85/2019 de 19 de junio

39 Especialmente ejemplificativo de la superación de esta tesis que encuentra la justificación de la prisión provisional indemnizable en la comisión de un error judicial, resulta el decir de la STC 85/2019, en su FJ 3º: “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 (...). 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”. Cita en este sentido también, doctrina del TEDH en las Sentencias de 6 de abril de 2000, asunto *Labita c. Italia* (§§ 153, 155) y de 22 de diciembre de 2004, asunto *Iliev c. Bulgaria* (§ 40)”.

más allá, por tanto, de la homogeneidad de situaciones en atención a los resultados, el TC advierte (STC 85/2019) que también en atención a la finalidad de la norma (compensar el sacrificio individual de quien ha padecido prisión provisional en aras de un interés colectivo en el ejercicio del *ius puniendi*), las situaciones indemnizables son igualmente comparables; o, dicho de otro modo, resultan también homogéneas: “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”⁴⁰.

La consecuencia lógica que, al abrigo del art. 14 CE, cabe extraer de la anterior doctrina no puede ser otra distinta que la de dispensar un tratamiento homogéneo a situaciones homogéneas. En este sentido, razona el TC que si cualquier diferencia de trato que pueda introducirse entre la posible indemnización de unos daños producidos en situaciones homogéneas, atenta al derecho a la igualdad de trato que consagra el art. 14 CE, la diferenciación de supuestos para obtener la indemnización por prisión provisional que ampara la redacción del art. 294.1 LOPJ debe reputarse inconstitucional. En palabras, pues, del propio TC y a modo de conclusión: “No se encuentra motivación alguna por el que no activar el mecanismo de

⁴⁰ FJ 7, STC 85/2019 de 19 de junio.

reparación del sacrificio introducido para casos análogos”⁴¹. Como argumenta en la propia Sentencia, “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 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)”⁴².

3. Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional tras sobreseimiento o sentencia absolutoria

Explicar la incidencia que en el derecho a la presunción de inocencia pueda tener el derecho a obtener una indemnización por la prisión provisional padecida, en los supuestos en los que el proceso termina por sobreseimiento o sentencia absolutoria, pasa por aclarar el marco interpretativo en el que, según el TEDH, este se desenvuelve. La clave se sitúa, pues, en la interpretación que dicho Tribunal efectúa del art. 6.2 CEDH.

En relación con ello, debe tomarse como punto de partida que para el alto Tribunal europeo, el art. 6.2 no obliga a los Estados a regular sistema indemnizatorio alguno; y, en tal sentido, el hecho de que no exista el reconocimiento a un derecho resarcitorio tras el padecimiento de una prisión provisional en las condiciones descritas, no supone vulneración alguna del Derecho a la presunción de inocencia⁴³.

Sin embargo, de establecerse un sistema resarcitorio de la prisión provisional padecida, de la doctrina del propio Tribunal derivan dos extremos que necesariamente deberán ser tomados en consideración.

41 FJ 7, in fine, STC 85/2019 de 19 de junio.

42 FJ 9, STC 85/2019, de 19 de junio.

43 STEDH *Puig Planella* c. España, de 25 de abril de 2006, apartado 52. Cuestión desarrollada en páginas anteriores de este mismo texto, a cuyo análisis me remito para evitar reiteraciones.

Primero, que a juicio del TEDH, el derecho a la presunción de inocencia opera *ad extra* del proceso penal, como regla de tratamiento, en el sentido de que, declarada mediante sentencia la absolución del imputado (o no declarada su culpabilidad como consecuencia de un posible sobreseimiento de la causa), cualquier interpretación posterior que albergue dudas al respecto resultaría vulneradora del Derecho a la presunción de inocencia del art 6.2 CEDH. Literalmente sostiene el Tribunal que resultaría vulneradora del art. 6.2 cualquier actuación posterior “que refleja el sentimiento de que es culpable, cuando su culpabilidad previamente, no ha sido legalmente establecida”⁴⁴.

Y, segundo, que –a juicio del TEDH– el derecho a la presunción de inocencia no admite distinciones en función de la causa o el motivo en el que se funde la declaración formal de la misma. En tal sentido, tan inocente debe considerarse al imputado absuelto por la probada inexistencia del hecho o la atipicidad del mismo (“inexistencia objetiva del hecho”), cuanto al imputado absuelto por su probada no participación en los hechos (“inexistencia subjetiva del hecho”) cuanto, por último, al imputado absuelto por falta de prueba o incluso no declarado culpable como consecuencia del sobreseimiento de la causa. En todos estos supuestos, la inexistencia de una condena hace que rija en toda su extensión el derecho a la presunción de inocencia sin que quepa establecer distinción alguna en función de la causa de la no condena⁴⁵. Como reitera, lapidariamente, el propio

44 Así lo establece el apartado 51 de la STEDH *Puig Planella* c. España que, a renglón seguido y para explicar esa vertiente del Derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento, reconoce que “el campo de aplicación del art. 6.2 se limita, por tanto, a los procesos penales que continúan pendientes, pero se extiende a las decisiones judiciales adoptadas tras la suspensión de las diligencias, o tras una absolución. Así, una decisión que niegue al acusado, tras la suspensión de las diligencias, una indemnización por el ingreso en prisión preventiva, puede plantear problemas bajo el ángulo del art. 6.2 si motivos indisolubles del dispositivo equivalen en sustancia a una constatación de culpabilidad sin que esta haya sido previamente establecida de manera legal”. Sobre ello nos hemos detenido en páginas anteriores de este trabajo a las que ahora me remito.

45 En palabras del TEDH, “no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución basada en la falta de pruebas y una absolución resultante de una constatación sin ningún género de dudas de la inocencia de una persona (...) las sentencias de absolución no se diferencian en función de los motivos tenidos en cuenta en cada ocasión por el Juez penal. Al contrario, en el marco del artículo 6.2 del Convenio, el fallo de una sentencia absolutoria debe ser respetado por toda autoridad que se pronuncie directa o incidentalmente sobre la responsabilidad penal del interesado (...). Exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia” (STEDH *Tendam* c España 13 de julio de 2010, núm. 25720/05, apartado 14). Esta posición, resultó ratificada por el propio Tribunal en Sentencias posteriores como la STEDH, Sección 3ª, de 16 de febrero de 2016, caso *Vieeland Boddy y Marcelo Lanni* c. España, en la que se insiste en que “no debe existir ninguna diferencia cualitativa entre una absolución fundamentada en ausencia de pruebas y una abso-

Tribunal en sus sentencias: “exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia”⁴⁶.

En ambos requisitos, consideró el TEDH que fallaba la legislación Española⁴⁷ y por ambos motivos consideró finalmente el TC que la normativa que regulaba el acceso a la indemnización por la prisión provisional padecida, cuando el proceso concluía por sentencia absolutoria o sobreseimiento no respetaba la exigencias del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE. Constata así la STC 85/2019⁴⁸, que el art. 294.2 LOPJ, declarado parcialmente inconstitucional, en la interpretación que de él hacían los Tribunales, lo que permitía, precisamente, era valorar los motivos en los que se fundaba la absolución o la no declaración de culpabilidad y en tal caso, reconocer tan solo derecho a indemnización a aquellos imputados absueltos por inexistencia objetiva del hecho, atipicidad del mismo o probada ausencia de participación subjetiva en los hechos delictivos acaecidos, dejando así, al margen de una posible indemnización, a todos los imputados absueltos por falta de prueba. Y con ello, generaba la “sensación” –por utilizar las palabras del TEDH- de que se les estaba tratando como posibles culpables o como “dudosos” inocentes. Tratamiento que, según se ha visto, resulta vulnerador del Derecho a la presunción de inocencia, según interpretación del TEDH, sobre el art. 6.2 del Convenio, que acoge el TC para el art. 24.2 de la CE.

En realidad y si bien se observa, esta interpretación del TEDH aboca a los Estados que decidan reconocer un derecho resarcitorio por la prisión provisional padecida cuando el proceso termina por absolución o sobreseimiento, a una suerte de responsabilidad patrimonial del

lución resultante de una constatación incontestable de la inocencia”; recuerda también, como ya sostuvo en la Sentencia *Capeau* contra Bélgica, que “exigir a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de una reclamación de indemnización por prisión provisional no parece razonable y revela una vulneración de la presunción de inocencia” (apartado 40)

46 Así, SSTEEDH *Tendam* c España, *Vlieeland Boddy* y *Marcelo Lanni* c. España, o *Capeau* contra Bélgica.

47 De ahí las condenas en las Sentencias *Puig Planella* c. España (en relación con la primera de las exigencias) y *Tendam* c. España y en los asuntos acumulados *Vlieeland Boddy* y *Marcelo Lanni* c. España (en relación específicamente con la segunda de las exigencias pero recordando también el incumplimiento de la primera, por parte de la legislación española)

48 Esta interpretación, no obstante, tuvo sus antecedente en dos sentencias de 2017; las SSTC 8/2017, de 19 de enero; y 10/2017, de 30 de enero

Estado de carácter objetivo: Decretada la prisión provisional y acaecida la absolución (o el sobreseimiento) no cabe realizar interpretación o valoración alguna que afecte a la absolución o a la no culpabilidad; si no es culpable goza de la presunción de inocencia –independientemente de los motivos por los que no haya sido declarado culpable- y si goza del derecho a la presunción de inocencia, cualquier valoración que la ponga en duda –y condicione, por tanto, el reconocimiento de la indemnización- atentaría contra el art. 6.2 CEDH.

Al margen pues de las posibles modulaciones de la cuantía indemnizatoria en función del caso concreto, así como de las posibles excepciones que por causas diversas quepa admitir frente a la regla general (*v.gr.* prescripción, indulto, prueba prohibida...), esa es la línea, pues, en la que habrá de interpretarse el redactado del art. 294.2 LOPJ tras su declaración de inconstitucionalidad parcial y la línea que deberá tener presente el legislador español cuando aborde esperemos que, de forma inminente- la regulación de esta materia.

Conclusiones

PRIMERA: El padecimiento de una situación de prisión provisional genera unos daños en la persona que la sufre que, en caso de que el proceso concluya por sobreseimiento o sentencia absolutoria, deben hacer surgir la consiguiente responsabilidad indemnizatoria por parte del Estado.

SEGUNDA: El fundamento de dicha indemnización no se justifica desde la teoría del error judicial. Hasta fechas recientes tanto desde una perspectiva legislativa, cuanto desde la jurisprudencia, apoyada también por la opinión de un importante sector doctrinal, se consideraba que la responsabilidad del Estado por la prisión provisional padecida cuando el procedimiento concluía por absolución o sobreseimiento, encontraba su fundamento en el error judicial cometido por este al acordar la medida cautelar. Sin embargo, precisamente por esa naturaleza cautelar de la prisión provisional, es posible y sucede que aun estando correctamente acordada, decretada conforme a las exigencias y requisitos legales y en persecución de un fin propiamente cautelar, quien la padece sufra unos daños de los que el Estado debe responder. Carece de sentido en la situación expuesta, tratar de justi-

ficar esa responsabilidad patrimonial del Estado en la existencia de un error que, en puridad, no se ha cometido; lejos de ello, tal fundamento ha de buscarse en la necesidad de resarcir al ciudadano por la exigencia de un sacrificio personal en aras de un beneficio o interés colectivo (el ejercicio del *ius puniendi* del Estado; el objetivo de garantizar la paz social mediante el proceso).

TERCERA: Sobre la base del Derecho Fundamental a la presunción de inocencia, cuanto del también Derecho Fundamental a la igualdad de trato, no cabe establecer distinciones basadas en la causa de la absolución o la no culpabilidad para reconocer (o no) el derecho resarcitorio; tan indemnizables (o no indemnizables) resultarán, pues, los daños padecidos por un imputado absuelto tras probarse indubitadamente su falta de participación en los hechos, cuanto el imputado absuelto por falta de pruebas. Así lo establece con total claridad la doctrina del TEDH y, sin embargo, este constituyó el punto de inflexión en el que la reacción del TS español resultó más criticable: frente a la interpretación que venía haciendo de la normativa vigente (art. 294.1 LOPJ) y que le permitía indemnizar en los supuestos de inexistencia o atipicidad del hecho, así como de ausencia probada de participación del imputado en el mismo por un lado, y no indemnizar en los supuestos de absolución por falta de pruebas por otro, en lugar de optar –como sin duda hubiera sido razonable– por reconocer ese mismo derecho resarcitorio a quién resultara absuelto por falta de pruebas, el TS decidió apostar por una interpretación restrictiva del precepto que limitara los supuestos indemnizatorios por esta vía directa del art. 294.1 a, tan solo, los de “inexistencia objetiva del hecho imputado” relegando la eventual indemnización de los casos de inexistencia subjetiva del hecho a lo que resultara de la tramitación del correspondiente error judicial por la vía del art. 293 LOPJ. Si bien se observa, lo que el TEDH cuestionaba era que se excluyera de la indemnización a quienes resultaban absueltos por no haberse podido probar su participación en los hechos, dándoseles, de este modo, un tratamiento resarcitorio diferente del que recibían quienes resultaban absueltos tras probarse su no participación en los mismos; pero en modo alguno cuestionaba la indemnización reconocida en este último caso. Ante una situación como la expuesta,

la salida de los Tribunales españoles podría haber sido muy fácil y distinta de la escogida: incluir en el reconocimiento de este derecho a obtener indemnización directa del Estado por la prisión provisional padecida, también a aquellos imputados que finalmente resultaron absueltos por falta de pruebas o en relación con los cuales se decretó el sobreseimiento libre.

CUARTA: Tras la STC 85/2019, de 19 de junio, por la que se declara la inconstitucionalidad parcial del art. 294.1 LOPJ, el derecho a obtener indemnización del Estado por la prisión provisional padecida cuando el proceso concluye por sobreseimiento libre o sentencia absolutoria se generaliza siendo, a partir de ahí, labor del legislador ordinario –esperemos que perseguida con mayor éxito e interés que la de determinar los supuestos indemnizatorios- la de precisar, más allá de los criterios de modulación de la cuantía, los diversos condicionantes que pudieran recaer sobre el desarrollo de dicho derecho resarcitorio. Y son muchos los interrogantes que se abren: supuestos de prescripción, indulto, prueba prohibida...

REFERENCIAS.

- ANDRÉS IBÁÑEZ, P. (1996). “Presunción de inocencia y prisión sin condena, Detención y Prisión provisional”. En *Cuadernos de Derecho Judicial*. No 18 pp. 13-46.
- ASENCIO MELLADO J.M. (2005) “La Reforma de la prisión provisional: El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, N° 2, pp. 1584-1595.
- ASENCIO MELLADO J.M. (2008). “Notas sobre la regulación de la prisión provisional tras la reforma de 2003”, en *Nuevos retos de la Justicia penal*, ASENCIO MELLADO y FUENTES SORIANO, Dirs., pp 123 a 160.
- CAMPANER MUÑOZ, J. (2017). “La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana (1)”, *LA LEY Penal* n° 129, noviembre-diciembre 2017, N° 129, 1 de nov. de 2017, Editorial Wolters Kluwer.
- COBREROS MENDAZONA, E. (2019). “El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada”, *Revista de Administración Pública*, 209, pp.13-44.
- DE HOYOS SANCHO, M. (2020). “La indemnización de la prisión provisional tras sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre: situación actual y propuestas”, *Revista de la Asociación de profesores de Derecho Procesal de las Universidades Españolas*, n°1.
- DEL RÍO LABARTHE, G. (2020). *Derecho procesal Penal* (ASENCIO MELLADO, Dir., FUENTES SORIANO, Coord), Tirant lo Blanch, Valencia, 2ª Edición, 2020.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. (2005). *Prueba y presunción de inocencia*. Ed. Iustel.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- GONZÁLEZ PEDRAZ, J., “Responsabilidad patrimonial del Estado en la Administración de Justicia por prisión preventiva indebida TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sec. 6.ª, 23-11-2011”, *Editorial jurídica Sepin, TOP Administrativo*, Documento referencia SP/SENT/533119.
- LÓPEZ, J. (2019). “El derecho a ser indemnizados (ahora sí) se reconoce a todos los que sufran indebidamente prisión preventiva”, *Editorial jurídica Sepin*, www.sepin.es, <https://blog.sepin.es/2019/07/derecho-indemnizacion-prision-preventiva/> 9 julio, 2019, pp. 5 y 6 (fecha última consulta: 21/09/2020).
- RODRIGUEZ RAMOS, L. (2019) “¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas”, *Diario LA LEY*, n° 9477, de 13 de septiembre de 2019, N° 9477, 13 de sep. de 2019, Editorial Wolters Kluwer.
- RODRIGUEZ RAMOS, L. (2019) “Responsabilidad patrimonial del Estado-juez por padecer prisión preventiva el luego absuelto”, en www.abogacia.es, 12 de noviembre 2019 (<https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/>

[responsabilidad-patrimonial-del-estado-juez-por-padecer-prision-preventiva-el-luego-absuelto/](#)). Fecha última consulta, 22/09/2020.

TAPIA FERNÁNDEZ, I. (2013). “La responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación de la Administración de Justicia en el ordenamiento jurídico español”, Justicia, 2013, núm. 2.