

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 LOPJ, 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 TEDH 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 3º 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 6º a 9º 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 ésta 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 FJ 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 ésta 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 CP) 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 CP 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 abundatiam* 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 aflictiva 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 FFJ 10, 11 y 12, ya en el FJ 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 TEDH 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 STS 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. 934-1993), seguida por otra de 29 de marzo de 1999, de su Sección Sexta (rec. 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 éstos 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 934-93)”.

La doctrina fijada en esa sentencia del Tribunal Constitucional 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 TEDH*. 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

TEDH 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 que:

“...[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...”. [Fundamento de Derecho Tercero, rec. 4288-2006].

(...) 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 Tercero, rec. 4288-2006].

“(...) dicho 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 Cuarto, rec. 4288-2006].

5. *SSTC 8/2017 y 10/2017*. Estas sentencias anulaban 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 tercero) 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 FJ 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 TEDH 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 vengán 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 (FFJJ 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 STS, 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 éste 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; rec. 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 TEDH, 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 convertirnos 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.