

LA OBLIGACIÓN DEL ESTADO DE INDEMNIZAR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE QUIEN POSTERIORMENTE NO RESULTA CONDENADO

SILVIA DEL SAZ

Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de La Laguna

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 9.3 CE NO OFRECE UN APOYO SÓLIDO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN.—III. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 121 CE: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN POR LOS DAÑOS GENERADOS POR UNA DEFECTUOSA SATISFACCIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA.—IV. EL SACRIFICIO DE LA LIBERTAD. EL ARTÍCULO 17 CE COMO FUNDAMENTO DE LA REPARACIÓN DEBIDA.—V. EL CONTENIDO DE LA REPARACIÓN DEBIDA POR LA PRIVACIÓN DEL DERECHO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 17 CE: 1. *Reparación por la prisión sufrida cuando la sentencia firme es posteriormente anulada.* 2. *La reparación debida por privación de libertad acordada con incumplimiento de las garantías establecidas en el artículo 17 CE.* 3. *La reparación debida por detención y prisión privisional legítima de quien posteriormente resulta absuelto.*—VI. ¿CÓMO ARTICULAR LA REPARACIÓN DEBIDA POR LA PRIVACIÓN LEGÍTIMA DE LA LIBERTAD?—VII. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES QUE DENIEGAN EL DERECHO A LA REPARACIÓN POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD: EL NECESARIO RESPETO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. LA DOCTRINA DEL TEDH: 1. *La extensión del principio de presunción de inocencia a resoluciones no sancionadoras cuando son consecuencia o tienen conexión con el proceso penal. Este derecho es aplicable con independencia de que haya existido o no un pronunciamiento absolutorio.* 2. *El contenido del principio de presunción de inocencia. La importancia no tanto del lenguaje como del razonamiento que expone la motivación a la resolución que resuelve la petición de indemnización.*—VIII. LA CONFIGURACIÓN POR EL LEGISLADOR DE LA REPARACIÓN POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR PRISIÓN PROVISIONAL. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTES DE LA DOCTRINA DEL TEDH.—IX. LA INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL ARTÍCULO 294 LOPJ PARA HACERLO COMPATIBLE CON LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH.

RESUMEN

Se aborda en este trabajo la responsabilidad patrimonial del Estado por los daños ocasionados a quien habiendo sido privado de libertad no resulta posteriormente condenado. Tradicionalmente, la indemnización debida había sido contemplada por el Consejo de Estado, la jurisprudencia y la doctrina como un supuesto específico de compensación por error judicial (art. 121 CE). La cuestión ha adquirido una cierta actualidad a partir de la segunda condena a España por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dado que el artículo 294 LOPJ, en la medida en que sólo permite reconocer la responsabilidad cuando existe

prueba de la inocencia, sin tener en cuenta otros elementos concurrentes, vulnera el derecho a la presunción de inocencia. Este trabajo formula la tesis de que la compensación debida por la privación legítima de la libertad, lejos de constituir un supuesto de compensación por un error judicial, está amparada por el derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE, de manera que su denegación, cuando es indebida, supone la vulneración de este derecho fundamental. No es satisfactoria la interpretación realizada por el Tribunal Supremo, tras la condena del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que al excluir del artículo 294 LOPJ la inexistencia subjetiva de los hechos no sólo otorga un tratamiento distinto a supuestos de hecho idénticos vulnerando el artículo 14 CE, sino que sigue exigiendo la prueba de la inocencia o prueba de la «inexistencia de los hechos» como único elemento a tener en cuenta para otorgar la compensación prevista en el artículo 294 LOPJ.

Palabras clave: responsabilidad; prisión provisional; presunción de inocencia.

ABSTRACT

This paper addresses the State's liability for damages caused to individuals, who having been initially imprisoned, are finally not convicted. The Spanish Council of State (*Consejo de Estado*), the case law and the legal doctrine have traditionally considered this to be a specific variant of the compensation for judicial error guaranteed by Section 121 of the Spanish Constitution (CE). The question of the State's duty to compensate in these cases has grown in attention ever since the ECHR ruled, for a second time, that insofar as Section 294 of the Judicial Authority Organization Act (LOPJ) requires a positive proof of innocence to grant compensation, it violates the presumption of innocence. This paper argues that compensation owed for legitimate deprivation of liberty, far from constituting a case of compensation for judicial error, can be derived from the fundamental right to freedom and security of Section 17 CE, so that an improper refusal to compensate would entail a violation of this right. The interpretation given to Section 294 by the Spanish Supreme Court is inadequate in view of the ECHR's case law. Limiting compensation to cases where innocence has been positively proven and considering the proof of non-involvement insufficient in this regard, leads to unequal treatment of identical situations and constitutes, therefore, a violation of the equality before the law of Section 14 CE.

Key words: governments liability; preventive deprivation of liberty; presumption of innocence.

I. INTRODUCCIÓN

Las reclamaciones de responsabilidad por los daños ocasionados como consecuencia de la detención y prisión provisional sufrida por quien posteriormente no resulta condenado han ido creciendo al mismo ritmo que se han fortalecido las garantías del proceso penal, en es-

pecial el principio de la presunción de inocencia, y se ha ido definiendo con nitidez el contenido de los derechos fundamentales afectados por las actuaciones penales. Traen causa de las situaciones más diversas: quien fue objeto de una sentencia absolutoria ya en primera instancia; aquel cuya condena fue revocada en vía de recurso, y quien fue condenado a una pena de prisión inferior al tiempo en el que estuvo privado de libertad. Pero también aquellos que, habiendo sido objeto de detención preventiva y/o prisión provisional, no llegaron siquiera a obtener sentencia absolutoria porque las actuaciones penales quedaron interrumpidas antes, bien porque el Ministerio Fiscal retiró la acusación, bien porque fueron sobreseídas.

Entre los derechos constitucionales que gozan de una protección reforzada (arts. 81 y 53.2 CE), el artículo 17 CE consagra el derecho a la libertad y seguridad, pero legitima su privación siempre y cuando se respeten las garantías contempladas en el precepto constitucional: nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y las formas previstos en las leyes. Estas garantías, que forman parte del contenido esencial del derecho del artículo 17 CE, se refieren a la detención preventiva y la prisión provisional, pero no incluyen referencia alguna a la compensación debida. La pregunta surge de inmediato: ¿exige la Constitución que el individuo sea indemnizado por la privación legítima de este derecho fundamental? Y, si es así, ¿cuál es su fundamento?, ¿en qué condiciones?

No es una cuestión nueva. Muchas son las páginas que la doctrina¹, a la vista de los supuestos concretos que se iban planteando ante los tribunales, le ha dedicado desde que la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) decidió, en 1985, incluir entre los supuestos indemnizatorios la prisión provisional sufrida, siempre que se dieran determinadas condiciones (art. 294 LOP). El Consejo de Estado señalaba, ya en su Memoria de 1987, que se trataba de una cuestión tan discutida como frecuente. Bien es cierto que ha cobrado una repentina actualidad a partir de la segunda condena a España, en 2010, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (casos *Puig Panella y Tendam c. España*): la motivación esgrimida por las autoridades administrativas y judiciales nacionales para la desestimación de la reparación solicitada por la prisión sufrida ha vulnerado, en ambas ocasiones, el derecho a la presunción de inocencia consagrado en el artículo 6.2 CEDH. Es ésta una perspectiva que, aunque rechazada anteriormente por el Tribunal Constitucional, debe sin duda tenerse en cuenta (art. 10.2 CE). Pero no resuelve por sí sola la pregunta anteriormente planteada. Como ha

¹ A ella nos referiremos a lo largo de este trabajo.

señalado el Tribunal de Estrasburgo, del derecho a la presunción de inocencia no deriva el derecho a la reparación de quien no resulta condenado, sino sólo el derecho a que la reparación no le sea denegada por razones que lo vulneren. Pero ¿lo exige nuestra Constitución? De ser así, ¿en qué términos lo hace?

Transcurridos más de treinta años desde la aprobación de la Constitución y casi treinta de la LOPJ, se echa en falta una reflexión profunda sobre una cuestión cerrada en falso². Aunque en los años inmediatamente anteriores a la Constitución la doctrina penalista ya había puesto de manifiesto los problemas ocasionados por los daños generados por la prisión provisional de quien posteriormente resultaba absuelto, por demostrarse que las sospechas de haber intervenido en la comisión del delito carecían de fundamento³, el caballo de batalla fue, entonces, el paso de un sistema de responsabilidad personal de los jueces por defectuosa prestación de la función de administración de justicia, imbuída en consecuencia en la noción de culpa consustancial a la responsabilidad extracontractual civil, a la responsabilidad del Estado. A ello se ciñeron los debates constituyentes, sin que la reparación por prisión provisional de quien posteriormente no resultaba condenado ocupara una sola mención, ni en lo relativo al que sería a la postre el artículo 17 CE, pero tampoco en el artículo 121 CE, en el que las enmiendas presentadas al texto inicial —«los errores judiciales darán derecho al perjudicado a una indemnización conforme a la ley»— iban dirigidas bien a su supresión, bien a especificar que la responsabilidad era del Estado sin perjuicio de que pudiera repetir contra el funcionario responsable, o bien a su extensión al funcionamiento anormal⁴. El objeto de atención se ciñó, por ello, a los daños no queridos pero causados por un defectuoso ejercicio de la actuación del poder judicial.

No lo ha hecho, sin duda, el Tribunal Constitucional, que se ha aproximado al tema de forma puntual y fragmentaria, llevado por el caso a caso de los recursos de amparo que han ido llegando a sus manos. Así, la STC 325/1994 interpretó el artículo 121 CE en un supuesto en el que se reclamaba indemnización por la concesión de libertad condicional a un preso, luego autor del accidente de tráfico en el que resultó gravemente herido el hijo de los recurrentes. Nada que ver,

² La revisión de la responsabilidad del Estado por la actividad judicial no es una asignatura privativa de nuestro país, y viene generada en buena medida por el Derecho europeo e internacional. Vid. J. Philipp TERHECHTE, «Judicial accountability and public liability. The German “judges privilege” under the influence of european and international law», *German Law Journal*, vol. 13, 2012, págs. 313 y ss.

³ RODRÍGUEZ DEVESA, en el Prólogo al libro de H. MATTES, *La prisión preventiva en España*, Servicio de Publicaciones de la Fundación San Pablo, Madrid, 1975.

⁴ L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, 1983 págs. 114 y 115.

pues, con la cuestión aquí planteada. La STC 98/1992, de 22 de junio, sí resolvió, en cambio, un recurso de amparo interpuesto contra la desestimación de la indemnización reclamada por la prisión preventiva sufrida por quien, habiendo sido absuelto de dos delitos, fue condenado por otros dos con multa y arresto sustitutorio que, de haber tenido que cumplirse, hubiera sido inferior a la prisión provisional ya cumplida. Tampoco en este caso el Tribunal se pronunció sobre el fundamento constitucional de la reparación debida por la prisión provisional, limitándose a analizar, desde el derecho a la igualdad, la interpretación de legalidad ordinaria que el Tribunal Supremo había realizado del artículo 294 LOPJ.

De la misma forma, el ATC 220/2001, de 18 de julio, no se pronunció a este respecto. Se trataba entonces de la indemnización reclamada por el cumplimiento de una sentencia firme que condenaba a la pena de prisión, la cual, una vez ejecutada, fue anulada por el Tribunal Constitucional. En modo alguno razonó el Tribunal sobre el fundamento constitucional de la reparación solicitada. Se limitó a constatar que se trataba de una reclamación de responsabilidad patrimonial fundada en un pretendido error judicial, o, más genéricamente, en el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, y que la Constitución «no contiene una definición de lo que sea el error judicial, convirtiéndolo así en un concepto jurídico indeterminado, cuya concreción debe hacerse casuísticamente, en el plano de la legalidad, por Jueces y Tribunales» (FJ 2).

Tampoco el Consejo de Estado, autor de la doctrina legal, ha razonado de forma específica sobre el fundamento constitucional del derecho a la reparación por prisión provisional, más allá de constatar que tenía que ver con el error judicial, el único supuesto en que la legislación preconstitucional admitía la responsabilidad del Estado, aunque limitado a las sentencias penales. Así, en su Memoria de 1987, al referirse a la prisión provisional, se limitó a afirmar que la posición del Consejo de Estado era unánime al considerar que el artículo 294 se refiere a un supuesto específico de error judicial en cuanto el eventual efecto lesivo se sigue directamente de una decisión judicial —la que absuelve al acusado—. Subyacía en esta concepción, que trasladaba miméticamente de la teoría clásica del error judicial penal anterior a la Constitución, el único supuesto en el que se admitía la responsabilidad del Estado, que se trataba de un error que se había puesto de manifiesto en una fase anterior, antes incluso de llegarse a la condena, y, por tanto, antes de que existiera una sentencia firme. La diferencia con el error constatado a partir de la estimación de un recurso de revisión de una sentencia penal radicaba en el «momento» en que se manifes-

taba, pero no era una diferencia cualitativa pues, de alguna forma, el ingreso en prisión de quien posteriormente no era condenado era la prueba de que la justicia había funcionado mal⁵.

Más de veinticinco años después, ni una breve reflexión ha merecido esta cuestión en la Memoria del Consejo de Estado de 2011, que ha destinado dos decenas de páginas a abordar el tratamiento de las indemnizaciones debidas por prisión preventiva a partir de las sentencias del TEDH⁶.

El Tribunal Supremo no ha ido mucho más allá desde aquella primera Sentencia de 27 de enero de 1989 (RJ1989500), en la que daba por sentada la relación entre error judicial y reparación por prisión provisional: «El principio de responsabilidad de los poderes públicos recogido en el art. 9.3 CE se especifica para el poder judicial en su art. 121 CE que establece el derecho a la indemnización en los supuestos de error judicial y funcionamiento anormal de la Administración de Justicia. El desarrollo que de tales preceptos constitucionales lleva a cabo la LOPJ incluye los dos supuestos generales que acaban de mencionarse y otro de carácter específico relativo a la prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre por inexistencia del hecho imputado que puede explicarse como una manifestación del error judicial —aunque en algún caso pueda conectarse con el funcionamiento anormal—» (FJ 3).

Antes al contrario, la jurisprudencia contencioso-administrativa se ha limitado a interpretar la legalidad con el loable pero poco ambicioso propósito de reparar situaciones «manifiestamente injustas». Tras el remate final de Estrasburgo, el Tribunal Supremo ha terminado por despegar la pelota hacia el tejado del legislador. La afirmación del Tribunal Supremo según la cual «sería a través de una modificación legislativa como podría clarificarse y dar otro contenido y alcance a este título de responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia»⁷ constituye, al fin y al cabo, una confesión de impotencia.

En estos momentos, esta reflexión se antoja no sólo oportuna, sino necesaria, precisamente cuando acaba de ver la luz un Anteproyecto de reforma de la LOPJ que se limita a aplicar masilla en la ancha grieta que ha dejado al descubierto la jurisprudencia de Estrasburgo, sin abordar, como paso previo, en qué estado se encuentra la estructura constitucional del edificio que se pretende reparar. Así, tras mantener en los mismos términos el vigente artículo 294 LOPJ, reconduce al error judicial

⁵ L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág 103.

⁶ Memoria del año 2011, págs 122 y ss.

⁷ FJ 4 de la STS de 23 de noviembre de 2010, rec. 1908/06.

el resto de supuestos diferentes de la «inexistencia del hecho imputado». El derecho a la reparación requerirá en estos otros casos una declaración judicial previa de que la decisión de prisión provisional ha sido manifiestamente errónea o desproporcionada⁸, declaración que habrá de instarse en un plazo de tres meses a partir del momento incierto en que pudo ejercitarse: ¿desde la firmeza del auto de prisión?, ¿desde la sentencia absolutoria?

Éste es el objeto de este trabajo, cuyas conclusiones se pueden anticipar en líneas generales desde ahora. La Constitución exige que la privación legítima del derecho a la libertad en aras de un interés público prevalente sea debidamente compensada conforme a los criterios comunes a cualquier responsabilidad del Estado. Esto es, la existencia de daño real y efectivo derivado de un sacrificio singular especialmente intenso, que excede de lo que puede considerarse una limitación del derecho, y a cuya producción el individuo no ha colaborado.

Esta reparación no deriva del artículo 9.3 CE, pero tampoco del artículo 121 CE, que reconoce la responsabilidad ocasionada por una defectuosa prestación de la función pública con la que se satisface el derecho a la tutela judicial efectiva: en otras palabras, el reverso de la no satisfacción de la tutela judicial efectiva que se encomienda a todas las jurisdicciones. La reparación por la legítima privación del derecho a la libertad cuando el individuo no resulta condenado se incardina en el reconocimiento mismo del derecho que consagra el artículo 17 CE. Por diferente camino, el de la presunción de inocencia, el Tribunal Europeo ha llegado a una conclusión plenamente conforme con el contenido del derecho del artículo 17 CE: la reparación debida podrá ser denegada cuando la razón de la desestimación tenga en cuenta, además de las sospechas o indicios existentes cuando se acordó la prisión y cómo han quedado en la sentencia absolutoria, cuáles fueron las circunstan-

⁸ «Artículo 251. *Indemnización en caso de prisión provisional no seguida de sentencia condenatoria.*

1. *Quienes hubieren sufrido prisión provisional y luego fueren absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa se dictare auto de sobreseimiento libre tendrán derecho a indemnización.*

2. *La correspondiente reclamación se iniciará directamente mediante instancia dirigida al Ministerio de Justicia, en el plazo de un año desde que pudo ejercitarse, y se tramitará con arreglo a las normas reguladoras de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.*

Artículo 252. *Error judicial en caso de prisión provisional en otros casos.*

1. *Fuera del supuesto previsto en el artículo anterior, la prisión preventiva sólo dará derecho a indemnización cuando, atendidas en conjunto las circunstancias concurrentes, aquélla resultare manifiestamente errónea o desproporcionada.*

2. *En este caso, la reclamación de responsabilidad patrimonial al Ministerio de Justicia deberá ir precedida de decisión judicial, obtenida por los trámites del artículo 249, que declare el error o la desproporción de la medida cautelar adoptada».*

cias del proceso y la actuación misma de quien fue privado de libertad. Así pues, el derecho a la reparación del artículo 17 CE es compatible con esta jurisprudencia en cuanto no permite excluir la indemnización en razón única de los motivos de la absolución o de la no condena.

Con estos mimbres el legislador debe construir la responsabilidad por prisión provisional, sin miedo a poner en cuestión la eficacia del máximo poder punitivo del Estado y, con ello, la garantía de los intereses a los que ésta sirve, de la misma forma que la responsabilidad por los daños ocasionados por la prestación sanitaria no ha puesto en jaque el funcionamiento de la sanidad pública.

En modo alguno el artículo 17 CE exige en todo caso una reparación por la privación de libertad sufrida como consecuencia automática e inexcusable de una absolución o una falta de condena. Sí la requiere, por el contrario, cuando se ha producido un daño efectivo, singular y especialmente intenso —en ello tiene mucho que decir el legislador— a cuya producción el individuo no ha colaborado con su comportamiento. Ello, sea cual sea el órgano que se designe competente por el legislador para determinar la existencia de responsabilidad y el procedimiento que al efecto establezca, sólo podrá valorarse caso a caso y en función de las circunstancias concurrentes.

II. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD DEL ARTÍCULO 9.3 CE NO OFRECE UN APOYO SÓLIDO PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN

Aunque el artículo 9.3 CE reconoce la responsabilidad de los poderes públicos, no es posible basar en este principio el derecho a ser indemnizado por los daños derivados de la actuación de los poderes del Estado y los órganos constitucionales. En su STC 325/1994, de 12 de diciembre, el Tribunal Constitucional encontró en el principio general del artículo 9.3 CE⁹ el fundamento del que emana la responsabilidad de los poderes públicos, el mismo principio en el que se incardinan los artículos 106.2 y 121 CE, que son los que reconocen el derecho a la reparación por los daños ocasionados por la Administración pública y los causados por el poder judicial en el ejercicio de la función jurisdiccional. El derecho a la reparación es, en ambos casos, un derecho de configuración legal.

⁹ Afirmaba L. MARTÍN REBOLLO, once años antes de la mencionada STC, que la responsabilidad del Estado juez a la que alude el artículo 121 CE es una subespecie de aquélla que completa el sistema al que se refiere el artículo 9 CE. *Jueces y responsabilidad del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, 1983, pág. 17.

Se separa esta doctrina de la interpretación sostenida hace años por GARCÍA DE ENTERRÍA, cuando negaba que el artículo 9.3 CE contuviera un principio abstracto de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos, por cuanto sólo impone que quienes ejercitan un poder del pueblo deben dar cuenta ante éste de su gestión y responder de su objetividad¹⁰. Pero de igual modo contradice lo postulado por quienes, al intentar encontrar un fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, han pretendido otorgar un valor normativo autónomo al principio de responsabilidad del artículo 9.3 CE, del que derivaría el reconocimiento constitucional del derecho a la reparación por los daños ocasionados por los poderes públicos, en concreto del legislador, sin que sea necesaria una ley que lo desarrolle. En definitiva, la posición del Tribunal Constitucional al reconocer en el artículo 9.3 CE un principio informador sin contenido esencial propio está más próxima a la mantenida por el Tribunal Supremo desde que, en su conocida Sentencia de 30 de noviembre de 1992, vino a razonar que el enunciado genérico del artículo 9.3 CE consagra un principio general de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos que requiere de un desarrollo legislativo que determine en qué casos procede y qué requisitos son exigibles para que nazca un derecho a la indemnización derivado de la actividad legislativa¹¹, pues en otro caso el juez estaría reemplazando al legislador¹².

III. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 121 CE: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA REPARACIÓN POR LOS DAÑOS GENERADOS POR UNA DEFECTUOSA SATISFACCIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Dentro del Título VI, dedicado al poder judicial, el artículo 121 CE regula la responsabilidad del Estado: «los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley».

¹⁰ *La responsabilidad del Estado legislador en el derecho español*, Civitas, 2005, págs. 80 y ss.

¹¹ La ausencia de valor normativo directo del artículo 9.3 CE ha presidido el largo camino hasta el reconocimiento de responsabilidad patrimonial del Tribunal Constitucional, en cuanto no forma parte del poder judicial al que se refiere el artículo 121 CE. Véase a este respecto, en especial sobre la incidencia que ha tenido en su reconocimiento la jurisprudencia del TEDH, el trabajo de E. COBREROS MENDAZONA, «El difícil problema de la responsabilidad patrimonial por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional», *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 87-88, págs. 295-348.

¹² La responsabilidad del legislador fue finalmente desarrollado en el artículo 139.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aunque limitada a las leyes que no tengan contenido materialmente expropiatorio

Como explica MARTÍN REBOLLO¹³, este precepto contiene una cláusula genérica de reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación judicial. Lo hace, además, sin distinguir entre jurisdicciones, por cuanto todas ellas tienen encomendada una función común¹⁴. Una regulación absolutamente novedosa la de la Constitución de 1978, en cuanto que en el sistema preconstitucional la responsabilidad era personal de los jueces y magistrados¹⁵, y sólo excepcionalmente residía en el Estado en los supuestos en los que en virtud de un recurso de revisión penal se dictase una sentencia absolutoria.

Debe repararse en el paralelismo existente entre este precepto y el artículo 106 CE. Ambos reconocen el derecho a la reparación por los daños incidentales causados en el ejercicio de las funciones que tienen atribuidas por la norma fundamental, funciones que en modo alguno tienen por objeto producir la privación de un derecho, aunque en la práctica esta lesión se produzca. En el caso del poder judicial, los daños ocasionados por el ejercicio «erróneo» de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117 CE).

Así, mientras que la Administración o poder ejecutivo del Estado responde de cualquier lesión que se produzca en los bienes y derechos de los particulares, siempre que venga dada por el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y siempre que se cumplan los requisitos que el legislador establece para la definición de esta institución¹⁶, la responsabilidad del poder judicial por el ejercicio de la función jurisdiccional, es decir, por la actividad de prestación destinada a

¹³ *Jueces y responsabilidad del Estado. El art. 121 CE*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, págs. 90 y 91.

¹⁴ En este sentido se pronunció desde muy temprano L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado*, cit., págs. 143 y ss., frente a quienes postulaban que la CE la reducía a la jurisdicción penal.

¹⁵ La responsabilidad de los jueces y magistrados era civil, penal y disciplinaria, de acuerdo con el artículo 49 LRJ. La responsabilidad civil estaba regulada en los artículos 903 y ss. de la LEC. Véanse a este respecto E. COBREROS, *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Civitas, 1998, pág. 20, y L. Díez-PICAZO, *Poder judicial y responsabilidad*, La Ley, 1990.

¹⁶ Debe tenerse en cuenta que la responsabilidad administrativa no se escapa de la petición de una revisión en profundidad por parte del legislador. Así, están quienes postulan la conversión del título funcionamiento anormal como fundamento de la responsabilidad, limitando la responsabilidad normal a la obligación de reparar los daños en supuestos típicos y acotados en los que concurren especiales circunstancias. Esto es, al fin y al cabo, lo que vienen haciendo los tribunales a través de la utilización del concepto antijuridicidad del daño, en la medida que identifican la obligación de soportar el daño compensación cuando la Administración ha actuado siguiendo el estándar normativo de diligencia. Véase a este respecto O. MIR PUIGPELAT, «Propuestas para una reforma legislativa de responsabilidad patrimonial de la Administración», en VV.AA., *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, Madrid, 2009, págs. 33 y ss.

satisfacer el derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses de las personas, aparece limitada a los supuestos de error judicial, esto es, a los errores de hecho o de derecho derivados de una resolución judicial¹⁷ y al funcionamiento anormal de la prestación de la actividad jurisdiccional, en los términos que, de igual forma, establezca el legislador. En otras palabras, la Constitución no impone al poder judicial una responsabilidad objetiva, es decir, un nivel exigible de funcionamiento cuyo incumplimiento, a pesar de que se haya prestado el servicio de tutela de los derechos e intereses de las personas con la diligencia debida, origina el derecho a la reparación.

Late en el concepto de error judicial que recoge el artículo 121 CE la idea de que la falta de acierto en la aplicación de la ley es consustancial al oficio de juzgador, desempeñado por personas, por definición, falibles. El error en la aplicación de la legalidad es un daño no querido pero posible que, como regla general, debe ser asumido por el individuo como contrapartida de la tutela que el poder judicial dispensa a sus derechos e intereses. A ello obedecen las varias instancias con que ha sido diseñado el sistema procesal¹⁸, mediante las que se pretende minimizar en lo posible el riesgo de la falta de acierto de las resoluciones judiciales, sin que la revocación de las sentencias dictadas por instancias inferiores conlleve el derecho a la indemnización. Sólo excepcionalmente la colectividad debe responder por el daño ocasionado por la falta de acierto del juez, lo que, como señala MARTÍN REBOLLO, es la pieza novedosa de la Constitución, basada en que el «sistema de responsabilidad debe ir más allá de la responsabilidad personal de los jueces para convertirse en un sistema de responsabilidad del Estado —única verdadera garantía— aunque no se excluya tampoco aquella»¹⁹. Su precedente inmediato más próximo se encuentra, como ha señalado la STC 235/1994, FJ 4, en el artículo 960 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la redacción de la Ley de 24 de junio de 1933, que estableció la responsabilidad del Estado para el caso de que prosperara el recurso de revisión de una sentencia penal como consecuencia de un grave error judicial²⁰.

¹⁷ Véase a este respecto L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y responsabilidad del Estado*, cit., págs. 139 y 140.

¹⁸ El derecho a la doble instancia en materia penal ha sido consagrado en el artículo 2 del Protocolo núm. 7 del CEDH, ratificado por España en 2009.

¹⁹ L. MARTÍN REBOLLO, *Jueces y...*, cit., pág. 19.

²⁰ «Cuando en virtud de recurso de revisión se dicte sentencia absolutoria, los interesados en ella o sus herederos tendrán derecho a las indemnizaciones civiles a que hubiere lugar según el derecho común, las cuales serán satisfechas por el Estado, sin perjuicio del derecho de éste de repetir contra el Juez o Tribunal sentenciador que hubieren incurrido en responsabilidad o contra la persona directamente declarada responsable o sus herederos».

Como no podía ser de otra forma, la doctrina constitucional es tributaria de esta concepción. El contenido del derecho a la tutela judicial efectiva no está basado en el derecho a obtener una resolución «acertada», sino en obtener una resolución fundada en Derecho, motivada, razonable y no arbitraria y obtenida en un proceso contradictorio y con todas las garantías del derecho a la defensa. Por ello, el artículo 24.1 CE no ampara un derecho al acierto judicial²¹.

Por su parte, la inclusión en la Constitución de la responsabilidad por el funcionamiento anormal, con la que se pretende cubrir los daños ocasionados por el ejercicio de la función judicial no derivados estrictamente de una resolución judicial, como es el caso de las dilaciones indebidas, fue objeto de la admisión parcial de una enmienda que pretendía incluir la responsabilidad por el funcionamiento normal y anormal, y que quedó limitado en el informe de la Ponencia a este último supuesto. La distinción entre el error judicial y el funcionamiento anormal parte, como ha señalado COBREROS MENDAZONA²², de un criterio formal, la existencia de una resolución judicial —dictada en el ejercicio de funciones jurisdiccionales— o de actuaciones que, no consistiendo en resoluciones judiciales erróneas dictadas en aplicación del derecho, se efectúen en el ámbito propio de la actividad necesaria para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado o para garantizar jurisdiccionalmente algún derecho.

En definitiva, aunque, como venimos de ver, el artículo 121 CE parte de parámetros distintos, cumple la misma función que el artículo 106.2 CE, establecer en qué supuestos la colectividad debe asumir los daños incidentales ocasionados por la prestación de una función pública. Pero, precisamente por ello, el derecho a la reparación por el error o funcionamiento anormal del poder judicial no se integra en el derecho fundamental que resulta lesionado.

²¹ Así, señala la STC 127/2013, de 3 de junio, FJ 3, que «el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en la selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, pero sí comprende, entre otras dimensiones, el derecho a obtener una resolución judicial motivada que, a su vez, según la doctrina constitucional, presenta varias manifestaciones. Supone, en primer lugar, que la resolución ha de estar suficientemente motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, que la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, ni resulte manifiestamente irrazonable, incura en un error patente o en una evidente contradicción entre los fundamentos jurídicos, o entre éstos y el fallo, ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan sólo una mera apariencia».

²² E. COBREROS MENDAZONA, *La responsabilidad del Estado derivada...*, cit., págs. 20 y 21. Véase también, del mismo autor, «Funcionamiento anormal de la Administración de Justicia e indemnización», *Revista de Administración Pública*, núm. 177, septiembre-diciembre 2008, págs. 31 y ss.

Tal y como ha afirmado el Tribunal Constitucional, el derecho a la reparación por el daño que se produce cuando el artículo 24 CE no se satisface adecuadamente (art. 121 CE) no se integra en el contenido mismo del derecho y no puede ser invocado en el recurso de amparo de forma independiente de otra lesión. En otras palabras, la resolución judicial que desestima la reparación contemplada en el artículo 121 CE sólo lesionará el artículo 24 CE si contiene otra lesión autónoma del contenido esencial de este derecho fundamental²³. No lo hará, en cambio, si se limita a denegar la indemnización. Por la misma razón, las resoluciones administrativas²⁴ no pueden vulnerar el artículo 24 CE cuando desconocen la reparación que consagra el artículo 121 CE. Este mismo razonamiento es predicable de la responsabilidad administrativa, de manera que los daños ocasionados a los derechos de los particulares, cuando se presentan como resultado no perseguido por la actividad de la Administración, deben ser reparados por la colectividad, tal y como establece el artículo 106.2 CE, pero este derecho no forma parte del contenido esencial del derecho lesionado.

Salvata distantia, pues no se trata de la reparación de los daños ocasionados por el ejercicio de las funciones públicas, sino de la responsabilidad por los daños ocasionados por los particulares a la vida e integridad física de las personas; ésta es la idea que late en la STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 8, cuando afirmó que la Ley 30/1995, de Ordenación y supervisión de los seguros privados, no desarrolla ni regula los derechos a la vida e integridad física y moral aunque tenga incidencia directa sobre los bienes de la personalidad a los que aquellos derechos sirven. Éstos contienen, dirá, un mandato al legislador en la medida en que la protección constitucional de los derechos no se reduce al estricto reconocimiento de los derechos subjetivos necesarios para reaccionar jurídicamente frente a las agresiones a ellos inferidas, sino que, además, contiene un mandato de protección suficiente de aquellos bienes de la personalidad, incluido el régimen de resarcimiento por los daños que a los mismos se hubieran ocasionado.

²³ Por citar alguna, la STC 128/1998, de 17 de junio, FJ 2, dice, con cita de otras sentencias anteriores: «Aunque la Constitución configura la indemnización por error judicial o por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia como un derecho, no lo ha configurado como un derecho fundamental (sin perjuicio de que pueda constituir una forma de reparación, caso de vulneración de los derechos reconocidos en el art. 24 CE) lo que hace imposible, de conformidad con lo dispuesto en el art. 53 de la Constitución, su alegación y resolución en esta vía de amparo de forma autónoma o independiente a la infracción de algún derecho fundamental»

²⁴ La LOPJ otorga a la Administración la competencia para resolver la acción indemnizatoria tanto en el caso de funcionamiento anormal como en el de error judicial, aunque en este último caso se imponga el paso previo del reconocimiento de la existencia de error judicial a los efectos de preservar las actuaciones judiciales de injerencias extrañas.

Hasta donde se me alcanza, la jurisprudencia constitucional es unánime con una única excepción, un único caso, que afecta al derecho a la intimidad del artículo 18 CE. Así, la STC 150/2011, de 29 de septiembre, dictada en un recurso de amparo interpuesto por la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños (gastos efectuados en su vivienda para impedir la transmisión de ruidos desde el exterior) generados por la inactividad del Ayuntamiento al no haber impedido la lesión del derecho a la intimidad producida por los ruidos generados por terceros. El Tribunal entró a conocer de la lesión del artículo 18 CE que se habría ocasionado por la resolución administrativa desestimatoria de la responsabilidad solicitada, aunque no justificó en modo alguno, ni siquiera reparó en ello, que la lesión de este derecho fundamental venía provocada por la denegación del derecho a la reparación del artículo 106.2 CE. Un pronunciamiento hoy extravagante, pero que pone de manifiesto la verdadera raíz del problema: el contenido del derecho fundamental no se agota en su reconocimiento, alcanza a su reparación cuando se ve sacrificado aunque este daño no haya sido directamente perseguido.

IV. EL SACRIFICIO DE LA LIBERTAD. EL ARTÍCULO 17 CE COMO FUNDAMENTO DE LA REPARACIÓN DEBIDA

Distintos, aunque íntimamente ligados al instituto de la responsabilidad por daños, son los supuestos en que el poder público lleva a cabo una actuación que tiene por objeto, está directamente dirigida a la privación de derechos²⁵. Casi todos los derechos que consagra la Constitución, incluso los inherentes a la dignidad humana, son susceptibles, más allá de su delimitación, de ser sacrificados en aras de intereses prevalentes. Es la Constitución la que prioriza derechos fundamentales y valores constitucionalmente protegidos, y permite su privación no sólo

²⁵ No es siempre fácil la distinción entre este sacrificio de derechos y el daño que se produce como consecuencia necesaria de la actuación pública en el ejercicio de la función que tiene encomendada. Ambos conceptos se aproximan cuando se trata de los que se han denominado daños «cuasi-expropiatorios» causados deliberadamente por ser un medio necesario para la prestación del servicio público. Hay también en estos daños un sacrificio especial que el particular sufre en beneficio de terceros. Es el caso, por ejemplo, de los daños ocasionados por los bomberos en un inmueble para acceder a otro que se está incendiando. En estos casos el sacrificio singular debe ser compensado, pues excede de lo que debe considerarse limitación general del derecho de propiedad (F. PANTALEÓN PRIETO, «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, 1994 págs. 247 y ss.). En todo caso, los daños cuasi-expropiatorios son el resultado de una actividad material o de hecho que, como veremos, no existe cuando se trata de actuaciones expropiatorias de derechos en las que el procedimiento resulta uno de los presupuestos de su legitimidad.

para la protección de los derechos subjetivos de terceros, sino también de un interés público ordinario o extraordinario —la suspensión de derechos contemplada en el artículo 55.1 CE para los estados de excepción y sitio— ante el que debe ceder el derecho fundamental. En concreto, el artículo 17 permite que en determinadas condiciones que han sido objeto de un intenso desarrollo por la doctrina constitucional el individuo pueda ser privado de libertad, aun a sabiendas que éste no ha sido aún condenado, sin tener por ello la certeza de que lo será. Esto es, precisamente, lo que aleja este sacrificio de la libertad del concepto de error: su legitimidad depende de que la resolución que la adopte cumpla las condiciones establecidas en el artículo 17 CE y en las leyes que lo regulen, pero no de la sentencia que en su día recaiga.

El Tribunal Constitucional ha afirmado que toda privación legítima de libertad debe encontrar justificación en la protección de valores, bienes y derechos constitucionalmente reconocidos, así como que la restricción sufrida debe guardar proporcionalidad con el bien público que se pretende proteger²⁶. Ello no es sino la manifestación del Estado social y de Derecho que consagra el artículo 1.1 CE, que se fundamenta no sólo en la protección de los derechos individuales, sino en la satisfacción de otros bienes y valores constitucionalmente protegidos, aunque ello se realice a costa de los derechos individuales, que deben ceder ante un interés público prevalente, y aunque este sacrificio no reporte beneficio alguno al individuo y sí, al contrario, al bien común que reside en los valores constitucionalmente reconocidos.

Como bien explica MEDINA ALCOZ²⁷, en ello radica la diferencia entre el Estado liberal clásico y el Estado social. Si en aquél, salvo contadas excepciones, la única interferencia posible en los derechos de los ciudadanos es la destinada a la protección de los derechos individualmente considerados —el individuo debe siempre considerarse un fin, de modo que no puede sacrificarse en beneficio de otros aunque sea en circunstancias excepcionales—, en el Estado social la posibilidad de limitar o sacrificar los derechos individuales se amplía a la consecución de fines de interés general. Es la Constitución la que, a la vez que reconoce los derechos individuales, los subordina a otros bienes jurídicos o intereses constitucionales prevalentes, establece las condiciones con que el legislador debe regular su sacrificio legítimo, en todo caso proporcionado al interés público que lo justifica, y exige un procedimiento más o menos formalizado y/o la garantía de la intervención judicial.

²⁶ Véase CASAL HERNÁNDEZ, *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Madrid, 1998, pág. 272.

²⁷ «El problema de la culpa en el derecho de daños», en VV.AA., *La falta de servicio*, Thomson-Reuters, Chile, 2012, pág. 379.

A esta concepción obedece el artículo 33 CE, que, tras reconocer el derecho a la propiedad privada (art. 33.1 CE), legitima aquellas actuaciones que persiguen la privación de las facultades que comprende este derecho. Se trata de una privación legítima del derecho de propiedad que viene justificada por la existencia de una causa de utilidad pública o interés social. Como señala GARCÍA DE ENTERRÍA²⁸, la expropiación forzosa se articula como reconocimiento de un límite a la propiedad y como un sistema de garantías que hacen compatible la privación con la garantía básica de la propiedad misma, que radica en su indemnización. De ahí la formulación negativa que, proveniente de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1879, han venido utilizando sin excepción las sucesivas Constituciones españolas y ha mantenido el artículo 33 CE de la vigente —«nadie podrá ser privado de sus bienes (...)»—.

Formulación negativa que igualmente preside el artículo 17 CE. En él, tras el reconocimiento del derecho fundamental a la libertad y seguridad, presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales²⁹, y directamente entroncado con la dignidad humana³⁰, sólo se permite su privación siempre y cuando se respeten las condiciones en él establecidas y lo previsto en las leyes³¹. Tanto es así que las condiciones constitucionales en que puede procederse a su sacrificio se incorporan al contenido esencial del derecho, de manera que su incumplimiento conlleva su lesión. Según la doctrina constitucional, la configuración de la prisión provisional, aunque necesitada de desarrollo legislativo, no se remite por completo a la discrecionalidad del legislador, pues esta institución, «situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro», viene también delimitada por el artículo 1.1, consagrando el Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y por el artículo 24.2, que dispone que «todos tienen derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas (...) y a la presunción de inocencia»³². En definitiva, la Constitución contempla la posibilidad de sacrificar la libertad ante el inte-

²⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho administrativo II*, Civitas, Madrid, 2002, pág 211.

²⁹ STC 29/2008, FJ 7.

³⁰ A. LASCURAIN SÁNCHEZ, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución Española* (dirs. CASAS BAAMONDE y RODRÍGUEZ PIÑERO), Madrid, 2009, págs. 366 y ss.

³¹ La intermediación de la ley juega también como garantía para la privación legítima de un derecho fundamental, pues es su marco en el que el órgano judicial puede acordar su sacrificio. Véase a este respecto JIMÉNEZ CAMPO, «La garantía constitucional del secreto a las comunicaciones», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 7, núm. 20, 1987, pág. 60.

³² STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 3.

rés general, y convierte en legítimo el sacrificio impuesto al individuo en aras de la colectividad.

Ahora bien, la privación legítimamente acordada de los derechos en beneficio de la colectividad no implica que no deba ser reparada cuando el sacrificio impuesto sea especialmente intenso y no conlleve un beneficio para el particular, ya que no es el individuo sino la colectividad la que sale beneficiada y la que debe soportar el daño³³. Si bien el Estado está autorizado a restringir o eliminar, dentro de los límites constitucionales, los derechos individuales, el Estado de Derecho está obligado a conservar materialmente la situación anterior mediante la reparación. Y aunque, a diferencia de la expropiación, el artículo 17 CE no contempla expresamente la obligación de indemnizar, este silencio no puede interpretarse como una negación de la reparación por el sacrificio impuesto. Todos los derechos individuales están limitados por el ejercicio de otros derechos e incluso por el interés general. Pero el sacrificio legítimo del derecho, cuando excede de estas limitaciones, debe ser reparado por la colectividad. El derecho a la reparación no deriva, en consecuencia, de la ilegitimidad de la privación infringida, que es la base del error judicial y del funcionamiento anormal, sino que actúa como requisito legitimador del sacrificio, como garantía última de este derecho.

Y es que, como observa MEDINA ALCOZ, si el Estado social puede supeditar un derecho fundamental a un interés público prevalente, el reconocimiento de este derecho se manifiesta sólo en la indemnización, pues la compensación es lo que permanece de la garantía de la indisponibilidad de la persona, inherente al reconocimiento de la dignidad humana y al Estado de Derecho, cada vez que éste hace valer la cláusula del Estado social para causar daños autorizados con el fin de promover el interés general. Es la misma idea que expresara, años antes, GARCÍA DE ENTERRÍA cuando afirmaba que las garantías de la expropiación forzosa, entre ellas el derecho a la indemnización, aparecen formuladas como la garantía misma del derecho de propiedad, cuya pri-

³³ Ambos conceptos se aproximan cuando se trata de los que se han denominado daños «cuasi-expropiatorios» en cuanto no se trata de daños incidentales, sino causados deliberadamente por ser un medio necesario para la prestación del servicio público. Hay también en estos daños un sacrificio especial que el particular sufre en beneficio de terceros. Es el caso, por ejemplo, de los daños ocasionados por los bomberos en un inmueble para acceder a otro que se está incendiando. En estos casos el sacrificio singular debe ser compensado, pues excede de lo que debe considerarse limitación general del derecho de propiedad (F. PANTALEÓN PRIETO, «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Documentación Administrativa*, núms. 237-238, 1994, págs. 247 y ss.). En todo caso, los daños cuasi-expropiatorios son el resultado de una actividad material o de hecho que, como veremos, no existe cuando se trata de actuaciones expropiatorias de derechos, en las que el procedimiento resulta uno de los presupuestos de su legitimidad.

vación se habilita³⁴. En definitiva, la compensación por la privación de la libertad forma parte del contenido mismo del derecho a la libertad, pues es la última garantía de su existencia. El desconocimiento de la reparación, cuando es debida, supone, al igual que la vulneración de los límites establecidos en el artículo 17 CE, la vulneración de este derecho.

Pero ¿por qué si la Constitución reconoce el derecho a la indemnización por la privación legítima de la propiedad, al margen de lo establecido por el artículo 106 CE, no lo hace igualmente el artículo 17 CE por la privación legítima de la libertad, al margen del artículo 121 CE?

En el Anteproyecto de Constitución y en los debates constituyentes que le sucedieron, el actual artículo 17 CE no suscitó una sola observación en lo relativo a la indemnización, ni en los votos particulares ni en las enmiendas al Anteproyecto, menos aún en el informe de la Ponencia ni en el debate del Proyecto de Constitución en la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso³⁵. Todas las sugerencias se centraban en los límites constitucionales de la privación de tal derecho, a diferencia de la expropiación, en la que los debates constituyentes, admitida con total naturalidad la posibilidad de expropiación por causa de interés público o utilidad social, se centraron en el carácter que debía revestir la indemnización. Lo cierto es que la reparación por la privación legítima del derecho de libertad escapaba en aquel momento de las preocupaciones de los constituyentes.

La explicación es, en mi opinión, sencilla. Si la reparación de los daños patrimoniales causados por la Administración pública o la institución expropiatoria arrastraba una larga tradición —se había incluso reconocido por la LRJAE (1958) y la LEF (1954), de manera que los artículos 106 y 33 CE eran la continuación o consagración constitucional de lo ya existente—, el reconocimiento del derecho a la reparación por los daños ocasionados por la privación legítima del derecho a la libertad era absolutamente inédito, tanto más si se tiene en cuenta que era novedoso, incluso, el reconocimiento de la responsabilidad del Estado por el error judicial o funcionamiento anormal, absolutamente asumido por el ejercicio del poder ejecutivo del Estado, tal y como se puso de manifiesto en el proceso constituyente, que dio lugar al artículo 121 CE, tal y como ya hemos relatado.

En un contexto en el que de lo que se trataba era de que el ejercicio de la potestad jurisdiccional en cualquier tipo de jurisdicciones, cuando existía error, fuera más allá de la responsabilidad personal de los jueces; en un contexto en el que el paso de la responsabilidad personal de

³⁴ *Principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*, Civitas, 2007.

³⁵ Véase BANACLOCHE PALAO, *La libertad personal y sus limitaciones*, McGraw-Hill, 1996.

los jueces a la responsabilidad del Estado se consideraba una verdadera conquista, ¿cómo iba a plantearse la necesidad de indemnización por la privación legítima del derecho a la libertad?

Esta concepción, que puede tacharse de «novedosa» para el derecho a la libertad, no lo es, sin embargo, para el derecho de propiedad, aun cuando haya merecido en la Constitución una menor protección. Así, se ha admitido de forma absolutamente pacífica que el derecho a ser indemnizado por la expropiación forma parte del contenido esencial del derecho de la propiedad. Tanto es así que la garantía, que nace directamente del artículo 33.3 CE, opera con independencia de quién sea el poder expropiante. Si una ley materialmente expropiatoria no contempla la indemnización, será inconstitucional porque vulnera el derecho de propiedad. Así ocurrió en las SSTC 227/1988, de 29 de noviembre³⁶, y 149/1991, de 4 de julio, FJ 8, dictadas en los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la Ley de Aguas de 1985 y la Ley de Costas de 1988, respectivamente, en relación con las disposiciones transitorias, que transformaban el derecho de propiedad en una concesión administrativa. En ambas, el pronunciamiento sobre la vulneración del artículo 33.3 CE tuvo en cuenta, en primer lugar, que la privación se hubiera realmente producido, lo que se rechazó en el caso de la primera en la medida en que se establecía un derecho de opción del propietario a convertir su derecho. En segundo lugar, que existiera una adecuada compensación garantizada por el artículo 33.3 CE, resultando indiferente a estos efectos que el sacrificio se hubiera producido por ley³⁷.

³⁶ «Es claro que la garantía expropiatoria del art. 33.3 de la Constitución alcanza, tanto a las medidas ablativas del derecho de propiedad privada en sentido estricto como a la privación de los “bienes y derechos” individuales, es decir, de cualquier derecho subjetivo e incluso interés legítimo de contenido patrimonial, entre los que se incluyen, sin duda, los derechos de aprovechamiento privativo o especial de bienes de dominio público. Resulta imprescindible determinar por ello si, en el supuesto que ahora examinamos, nos hallamos ante una verdadera expropiación o privación indemnizable o ante otro tipo de intervención limitativa de derechos que no comporta compensaciones económicas. Este Tribunal se ha referido ya en más de una ocasión (SSTC 108/1986, de 29 de julio, 37/1987, de 26 de marzo, y 99/1987, de 11 de junio, entre otras) al concepto de expropiación o privación forzosa que se halla implícito en el art. 33.3 de la Constitución, declarando en sustancia, y por lo que aquí interesa, qué debe entenderse por tal la privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos acordada imperativamente por los poderes públicos, por causa justificada de utilidad pública o interés social. De ahí que sea necesario, para que se aplique la garantía del art. 33.3 de la Constitución, que concurra el dato de la privación singular característica de toda expropiación, es decir, la sustracción o ablación de un derecho o interés legítimo impuesto a uno o varios sujetos». STC 149/1991, de 4 de julio, FJ 11.

³⁷ «Es evidente, sin embargo, que para que esa postulada insuficiencia comporte la inconstitucionalidad de la norma que fija la indemnización para la expropiación de un conjunto de bienes, se ha de atender no a las circunstancias precisas que en cada supuesto concreto puedan darse, sino a la existencia de un “proporcional equilibrio” [STC 166/1986, fundamento jurídico 13.B)] entre el valor del bien o derecho expropiado y la cuantía de la indem-

Por el contrario, si una ley no tiene un contenido materialmente expropiatorio por no ir directamente encaminada a la privación de la propiedad, el derecho a la reparación de los eventuales daños de contenido patrimonial que pudiera producir no forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad, sin perjuicio de que puedan ser indemnizados conforme a lo establecido en la legislación reguladora de la responsabilidad, que no es, claro está, la que desarrolla los artículos 121 y 106.2 CE, por no estar incluida la responsabilidad del legislador en ninguno de los dos preceptos citados. Ésta es la conclusión de la STC 28/1997, de 13 de febrero, FJ 7: «la falta de previsión de la correspondiente indemnización en la ley no puede ser considerada como una exclusión vulneradora de lo dispuesto en el art. 33.3 C.E, sino que ha de entenderse que ese extremo quedará sometido a la normativa general del ordenamiento jurídico sobre la responsabilidad patrimonial por actos de los poderes públicos que procede otorgar a quienes, por causa de interés general, resulten perjudicados en sus bienes y derechos»³⁸.

La falta de reconocimiento del derecho a la reparación como parte del contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 17 CE cuando éste es legítimamente sacrificado llevaría a una contradicción de imposible entendimiento en un Estado social y de Derecho: la Constitución habría otorgado mayor protección a la propiedad que a la libertad, cuando esta última constituye el soporte del ejercicio de muchos otros derechos constitucionales y forma parte, como bien ha señalado

nización ofrecida, de modo tal que la norma que la dispone sólo podrá ser entendida como constitucionalmente ilegítima cuando la correspondencia entre aquél y ésta se revele manifiestamente desprovista de base razonable. La aplicación de esa doctrina al supuesto que ahora nos ocupa no permite concluir, como los recurrentes sostienen, que la norma sea inconstitucional. La singularidad de las propiedades a las que la norma se aplica, ya antes comentada, de una parte, el mantenimiento, aunque sea a título distinto pero por un prolongado plazo, de los derechos de uso y disfrute que los mismos propietarios tenían de la otra, y la consideración, en fin, de que en todo caso esos bienes habrían de quedar sujetos, aun de haberse mantenido en manos privadas, a las limitaciones dimanantes de su enclave en el dominio público, hacen imposible entender que la indemnización ofrecida, dado el valor económico sustancial de ese derecho de ocupación y aprovechamiento del demanio durante sesenta años y sin pago de canon alguno, no represente, desde el punto de vista del juicio abstracto que corresponde a este Tribunal, un equivalente del derecho del que se priva a sus anteriores titulares».

³⁸ Se trataba de una cuestión de inconstitucionalidad planteada en un recurso contencioso-administrativo en que se recurría la denegación de indemnización por los perjuicios sufridos como consecuencia de la declaración por ley de un espacio natural protegido que habían instado unas mercantiles con intereses patrimoniales que se habían visto perjudicados. Reconocía el propio Auto de planteamiento de la cuestión que la vulneración del artículo 33.3 procedía porque al no contener expresamente previsiones sobre los modos de compensación de las «limitaciones» que para el derecho de propiedad se derivan de la declaración de «Es Trenc-Salobrar de Campos» como Área Natural de Especial Interés, vulneran las garantías constitucionales del derecho de propiedad y, en particular, el artículo 33.3 de la Constitución. Así, en modo alguno se invocó por el Auto que fuera una ley materialmente expropiatoria, sino una ley limitadora del derecho de propiedad.

el Tribunal Constitucional, de la dignidad humana en la que se fundamentan el orden político y la paz social. Es más, resultaría que la Constitución ha protegido más intensamente los derechos fundamentales, entre ellos la libertad, cuando su privación se ve justificada por un estado de necesidad que obliga a adoptar las medidas necesarias para recuperar la normalidad, que la privación de algunos de estos derechos cuando dicha situación ni siquiera existe. Así, el artículo 55 CE legitima la suspensión de determinados derechos reconocidos constitucionalmente. El artículo 116 CE no deja lugar a dudas: la privación de derechos requiere indemnización en los términos establecidos para la responsabilidad del Gobierno y sus agentes, al margen por tanto de la idea del error o del funcionamiento anormal. El artículo 3 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, tras establecer la impugnabilidad de los actos y disposiciones de la Administración pública adoptados durante su vigencia, reconoce el derecho a la indemnización de acuerdo con lo dispuesto en la leyes de quienes, como consecuencia de la aplicación de los actos y disposiciones adoptados durante la vigencia de estos estados, sufran en su persona, derechos o bienes, daños o perjuicios por actos que no les sean imputables —en cuya producción no han colaborado—.

En definitiva, es la lógica expuesta del Estado social y de Derecho la que debe tener en cuenta el legislador al regular el derecho a la reparación por la privación legítima de la libertad, sin que quepa deducir de ello una automática obligación de reparar o compensar la privación cautelar de libertad, lo que deberá analizarse caso a caso a la vista de las condiciones en que ésta se haya producido, a partir de la concurrencia de los requisitos generales de la responsabilidad.

V. EL CONTENIDO DE LA REPARACIÓN DEBIDA POR LA PRIVACIÓN DEL DERECHO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO 17 CE

Una vez determinado el fundamento constitucional de la reparación debida por la privación de libertad que sufre quien, después, no resulta condenado debe darse, aún, un paso más, al objeto de precisar, en la medida de lo posible, cuál es el contenido constitucional del derecho a la reparación que debe tener en cuenta el legislador al configurarlo. Para ello es necesario deslindarlo de otros dos supuestos muy próximos pero diferentes: la reparación por la prisión sufrida cuando la sentencia condenatoria firme es posteriormente anulada, y la detención y prisión provisional ilegítima.

1. *Reparación por la prisión sufrida cuando la sentencia firme es posteriormente anulada*

La revocación de una sentencia condenatoria firme puede derivar en nuestro sistema procesal de la estimación de un recurso de revisión que anule la sentencia o bien de su anulación por el Tribunal Constitucional. En este caso, el sacrificio que se impone al derecho fundamental no se justifica por la consecución de un interés público preferente ante el que debe ceder la libertad individual; es la consecuencia de un comportamiento que ha merecido una condena firme que luego se demuestra errónea. Presenta, por ello, diferencias con el derecho a la reparación que nace como consecuencia de una privación legítima de la libertad, al igual que la expropiación-sanción tiene un distinto fundamento que la expropiación contemplada en el artículo 33.3 CE³⁹.

Por ello, los daños ocasionados por la prisión de quien ha sido condenado por sentencia firme que luego es anulada deben ser reparados de acuerdo con lo establecido en el artículo 121 CE, en la medida en que son la consecuencia de una defectuosa satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva: el individuo no debió ser condenado. El título de imputación de la responsabilidad —la revocación de una sentencia firme— es el mismo para todas las jurisdicciones, con independencia de los intereses afectados por la resolución judicial que posteriormente se demuestra errónea. Y si, como se anticipó, no existe un derecho fundamental al acierto de las decisiones judiciales, aunque sean penales, la responsabilidad en que incurre el Estado estará constitucionalmente limitada al error judicial y el derecho a la reparación, de configuración legal, derivará directamente del artículo 121 CE.

Esto afirmado, no hay que olvidar, sin embargo, la especial gravedad de los daños ocasionados por el error judicial cuando se trata de la jurisdicción penal. Tanto es así que la responsabilidad del Estado fue reconocida en el ámbito penal, ya antes de la Constitución de 1978, para el caso de que prosperara el recurso de revisión como consecuencia de un grave error judicial. En todo caso, el artículo 3 del Protocolo núm. 7 CEDH⁴⁰ reconoce el derecho a la indemnización por los daños ocasionados cuando una sentencia condenatoria resulta posteriormente anulada o cuando se conceda una medida de gracia porque

³⁹ En la denominada expropiación-sanción por incumplimiento de la función social de la propiedad, la privación de la propiedad no trae causa de un interés público o utilidad social prevalente, sino del incumplimiento previamente declarado de un deber establecido por la legislación.

⁴⁰ Ratificado por España el 28 de agosto de 2009 (BOE de 15 de octubre de 2009).

un hecho nuevo o nuevas revelaciones demuestren que ha habido error judicial, salvo cuando se pruebe que la no revelación en tiempo oportuno del hecho desconocido fuere imputable total o parcialmente a dicha persona. Conforme a lo establecido en el artículo 10.2 CE, el legislador, a la hora de configurar la responsabilidad por la prisión sufrida como consecuencia de una sentencia penal que posteriormente resulte anulada, debe tener en cuenta que el error se produce en todo caso, con independencia del procedimiento que se establezca para la reclamación de la indemnización, cuando concurran los requisitos establecidos en el precepto citado, es decir, cuando la anulación de la sentencia venga dada por hechos de nuevo conocimiento o medios de prueba nuevos cuyo desconocimiento no sea imputable al afectado, sin que en este caso pueda exigirse, además, culpa del juzgador; esto es, una resolución manifiestamente errónea o desproporcionada que es difícil se produzca cuando el órgano judicial no pudo conocer los hechos cuyo nuevo conocimiento han llevado a la anulación de la sentencia.

2. *La reparación debida por privación de libertad acordada con incumplimiento de las garantías establecidas en el artículo 17 CE*

En segundo lugar, debe distinguirse de la reparación debida por la privación ilegítima de la libertad, es decir, con incumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 17 CE, tanto para la detención preventiva como para la prisión provisional.

El artículo 17 CE sólo permite el sacrificio de la libertad en determinadas condiciones. Su incumplimiento supone la lesión del derecho fundamental; por ello, el derecho a la reparación se integra en el contenido esencial del derecho, de la misma forma que el derecho a la indemnización por una expropiación, aunque se haya producido por la vía de hecho, forma parte del contenido esencial del derecho de propiedad. En otras palabras, si el derecho a la reparación cuando la privación es legítima forma parte del contenido esencial del artículo 17 CE, esta conclusión no puede variar cuando, además, la privación se lleva a cabo con infracción de las garantías establecidas. En ello abunda, por otra parte, el CEDH, que ha incluido en el derecho a la libertad y seguridad del artículo 5 el derecho a la reparación por detención y arresto llevados a cabo con infracción de las garantías que este precepto establece⁴¹.

⁴¹ «4. Toda persona privada de su libertad mediante arresto o detención tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial, a fin de que se pronuncie en breve plazo sobre la legalidad de su detención y ordene su puesta en libertad si dicha detención fuera ilegal.

La reparación debida por la detención ilegítima, esto es, con incumplimiento de las condiciones establecidas en el artículo 17 CE, interpretado conforme al CEDH, conlleva el derecho a la reparación, aunque la pérdida de libertad por una detención preventiva legítimamente acordada no deba ser indemnizada si el legislador la hubiera considerado un sacrificio de escasa intensidad que todo individuo debe soportar; a ello volveremos más tarde. Ciertamente es que, para ello, el interesado debe haber agotado los remedios procesales a su alcance a fin de que el juez pueda declarar la ilegitimidad de la detención y acordar la puesta en libertad. En caso contrario, él mismo habrá sido causante de la lesión ocasionada, lo que excluiría el derecho a la reparación por la ilicitud de la privación. Declarada por la resolución judicial la ilicitud de la detención preventiva, nace el derecho a la reparación, como, por otra parte, exige el artículo 5.5 CEDH. La reparación de la prisión provisional acordada por el juez con incumplimiento de las condiciones materiales impuestas por la Constitución requiere de la constatación de su vulneración, lo que se producirá cuando la resolución es revocada, siendo requisito para el nacimiento de responsabilidad por este título de imputación que el lesionado haya recurrido. En este caso, corresponde al legislador determinar cuándo se ha producido un sacrificio de especial intensidad que va más allá de una limitación del derecho, esto es, corresponde a la ley determinar si la revocación del auto de prisión conlleva o no derecho a la indemnización. Si la ilicitud de la privación de libertad no queda constatada por una resolución judicial, el régimen aplicable a la reparación debida será en el que a continuación se analiza.

3. *La reparación debida por detención y prisión provisional legítima de quien posteriormente resulta absuelto*

En muchos casos la detención preventiva y la prisión provisional son legítimamente acordadas. Lo son cuando se imponen mediante una resolución razonable y proporcionada, respetando las condiciones constitucionales, con los requisitos establecidos y para las finalidades contempladas en los artículos 502 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴². Es por ello que el nacimiento de esta responsabilidad ni

5. Toda persona víctima de un arresto o detención contrarios a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación».

⁴² Precisamente porque la responsabilidad por prisión nada tiene que ver con el error es por lo que todas las construcciones que pretenden reconducirla a este concepto lo hacen de forma forzada: entendiendo que una decisión perfectamente válida se convierte en errónea como consecuencia de algo que no existía cuando ésta se adoptó. Véase, por ejemplo, VV.AA., *Manual de responsabilidad pública* (dir. FUENTES BARDAJÍ), pág. 739.

siquiera requiere que el lesionado las haya combatido mediante los recursos procesales a su alcance, como sí sería necesario en el caso de que la privación hubiera sido ilícita y la reparación se reclamara por este concepto. Tratándose de un sacrificio legítimo de la libertad, nada tiene que ver con el error en que haya podido incurrir el juzgador al acordar la prisión, y el derecho a la reparación nacerá, conforme al artículo 17 CE, cuando se haya causado un sacrificio de especial intensidad que haya causado un daño, y a cuya producción el individuo no ha colaborado.

El nacimiento de responsabilidad exige, en primer lugar, que se haya producido la lesión de un derecho que haya ocasionado un daño efectivo. Debemos, por ello, descartar el derecho a la reparación de los daños ocasionados por la privación de libertad sufrida por quien, posteriormente, resulta condenado con una pena de prisión que excede del tiempo en que el individuo ha estado privado de libertad cuando se detrae de la pena finalmente impuesta. En estos casos, la inexistencia del daño, que opera como presupuesto mismo de la responsabilidad, es la que excluye el derecho a la indemnización, y no otras forzadas consideraciones relacionadas con el error.

El daño sí que se habrá producido, por el contrario, cuando el individuo ha sufrido una privación de libertad superior a la que resulta condenado, bien porque la pena resultante es de duración inferior o no es de prisión, o porque no es merecedor de reproche penal alguno. El nacimiento del daño es independiente de cuál sea la forma y la razón por la que el individuo ha sido liberado de reproche, pues, en efecto, lo ha sido. Desde el concepto de daño, es indiferente la forma que revisita la falta de reproche penal: que la «absolución» proceda de una sentencia, de un sobreseimiento libre, de un sobreseimiento equiparable a éste, o de la retirada de la acusación por el Ministerio Fiscal. De la misma forma, es irrelevante para la existencia del daño cuál sea la razón de la absolución, pues el daño se habrá producido igualmente.

Ahora bien, la existencia de un daño no es bastante para el nacimiento del derecho a la reparación, pues debe ser, en segundo lugar, un daño que exceda de lo que puede considerarse una limitación del derecho, que debe asumir el individuo como carga derivada de su convivencia en sociedad o, aun tratándose de un sacrificio singular, éste sea de baja intensidad. Es el legislador quien debe establecer cuáles son los límites del derecho a la libertad, esto es, los sacrificios que, por su escasa intensidad, no requieren reparación, y para ello goza de una amplia discrecionalidad limitada por la prohibición de arbitrariedad (art. 9.3 CE) y por el derecho de igualdad (art. 14). Así, un criterio a utilizar por el legislador puede ser la duración de la privación de libertad, de manera que

por debajo de un determinado límite los daños se consideren limitaciones del derecho cuya compensación no debe asumir la colectividad, sino el propio individuo, límite que podría operar con diferente alcance según que la privación de la libertad hubiera ido seguida de absolución o de condena cuando ésta impone una pena inferior al tiempo pasado en prisión, pues el reproche penal bien puede operar como elemento diferenciador entre la limitación y el sacrificio singular.

Resta, aún, un tercer elemento para el nacimiento del derecho a la reparación: que el individuo lesionado no haya provocado o contribuido con su comportamiento a la producción del daño, pues en este caso se rompería el nexo causal entre la actuación pública y el resultado dañoso. Nuevamente, el legislador puede establecer los criterios generales para determinar cuándo la intervención del afectado excluye la responsabilidad del Estado o le obliga a compartir con la colectividad el resultado dañoso, pero la concreción de esta participación debe hacerse caso a caso, a la vista de la actuación del órgano judicial cuando adoptó la medida provisional, y a lo largo del proceso, y de la actuación que el perjudicado haya tenido.

VI. ¿CÓMO ARTICULAR LA REPARACIÓN DEBIDA POR LA PRIVACIÓN LEGÍTIMA DE LA LIBERTAD?

La consecuencia del planteamiento expuesto es inequívoca: si el derecho a la reparación opera como última garantía de la libertad de la que el individuo se ve legítimamente privado en beneficio de otros intereses constitucionales prevalentes, su regulación constituye un desarrollo necesario de este derecho fundamental, de la misma forma que lo es la regulación de las condiciones en que puede procederse a su privación.

Cierto es que, por ser la reparación un derecho que requiere una actividad positiva de reconocimiento y prestación, el concurso del legislador es imprescindible en los términos ya expuestos. Pero ello no es ajeno a la concepción de los derechos fundamentales en nuestra Constitución, y menos aún constituye un óbice a su invocación ante los tribunales y su aplicabilidad inmediata, aunque sólo sea con un contenido mínimo. Tal y como tiene señalado JIMÉNEZ CAMPO⁴³, «en relación con los derechos del Capítulo II del Título I la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español ha afirmado que aun en la hipótesis de que un derecho constitucional requiera una *interpositio legislatoris* para su

⁴³ *Derechos fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, 1999.

desarrollo y plena eficacia, como puede ocurrir en el caso de determinados derechos prestacionales recogidos en el Capítulo II, se debe negar que su reconocimiento por la Constitución no tenga otra consecuencia que la de establecer un mandato dirigido al legislador sin virtualidad para amparar por sí mismo pretensiones individuales, de modo que sólo sea exigible ante los tribunales ordinarios cuando el legislador lo haya desarrollado. Para el Tribunal Constitucional, en estos casos estamos también ante derechos directamente aplicables *ex constitutione*, si bien reconoce que la naturaleza misma de la norma puede producir que el mandato constitucional no tenga, hasta que la regulación legislativa se produzca, más que un contenido mínimo».

Tampoco deben ignorarse sus consecuencias formales. Su denegación, cuando la reparación es debida, supondrá una lesión del derecho consagrado en el artículo 17 CE, con independencia de que ello sea atribuible a una resolución administrativa o judicial, y por tanto tendrá acceso al procedimiento especial y sumario de amparo judicial, y el Tribunal Constitucional no estará limitado, en el recurso de amparo, a comprobar la razonabilidad de la decisión judicial, que es el canon de constitucionalidad que deriva del artículo 24 CE, sino vinculado por el contenido esencial del derecho presuntamente vulnerado, contenido que, como venimos de señalar, es, en tanto en cuanto no sea objeto de regulación por el legislador, un contenido de mínimos.

La pregunta surge de inmediato: ¿cómo es posible que la indemnización por la privación legítima de un derecho fundamental, como es la libertad, pueda constituir una lesión del artículo 17 CE susceptible de amparo constitucional en unos casos, y sólo un derecho constitucional no susceptible de amparo cuando se trata de la responsabilidad por error judicial que se articula a partir del artículo 121 CE? Pregunta que, dicho sea de paso, podría ser trasladable a cualquier otra privación legítima de un derecho fundamental.

La contestación resulta igualmente clara: cuando la privación del derecho es un sacrificio legítimo impuesto por la norma fundamental, la indemnización opera como requisito mismo de su legitimidad y se incorpora a las condiciones que permiten su privación. Cuando la lesión del derecho se produce como resultado no querido de la actuación del poder judicial, la consecuencia será el restablecimiento, en términos económicos, de una lesión que nunca debió producirse, por lo que, en este caso, entra en juego el artículo 121 CE, ligado al error judicial y al funcionamiento anormal, presupuestos ambos de la responsabilidad de los actos del poder judicial.

VII. LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES QUE DENIEGAN EL DERECHO A LA REPARACIÓN POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD: EL NECESARIO RESPETO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. LA DOCTRINA DEL TEDH

Sin perjuicio de la exigencia de reparación que deriva en los términos expuestos del artículo 17 CE, resulta que, a partir de la doctrina del TEDH, el legislador debe tener en cuenta, a la hora de regular la reparación debida, el respeto a la presunción de inocencia. En todos los ordenamientos sin excepción se reconoce, con mayor o menor extensión, en unos términos u otros, el derecho a la reparación por los daños ocasionados a quien, habiendo sido objeto de la actividad punitiva penal, posteriormente no resulta condenado: desde la no imposición de la condena en costas a la reparación por los gastos causados para la propia defensa, pasando por el reconocimiento de una indemnización por la prisión sufrida. En ninguno de los Estados firmantes del Convenio, el reconocimiento de responsabilidad por prisión deriva automáticamente de la absolución. Antes al contrario, todos los ordenamientos tienen en cuenta la importancia de las sospechas que pesaban y la contundencia de la absolución, y sólo algunos las circunstancias en que se ha desarrollado el proceso y la conducta del lesionado. Al final, en todos ellos se tienen en cuenta, únicamente o junto con otros factores, las causas por las que el individuo no ha sido condenado o por las que ha resultado absuelto, y esto es, precisamente, lo que en determinadas condiciones, de acuerdo con la jurisprudencia de Estrasburgo, puede lesionar la presunción de inocencia.

Pues bien, dos de las sentencias han recaído en supuestos en los que el Estado español figuraba como demandado. Se trata de las Sentencias de 25 de abril de 2006, caso *Puig Panella c. España*⁴⁴, y 13 de julio de 2010, caso *Tendam c. España*⁴⁵. Pero el análisis no puede limitarse a estos dos pronunciamientos sin correr el riesgo de obtener una conclusión sesgada e incongruente con las exigencias del CEDH. A ello dedicaremos las próximas páginas.

⁴⁴ Véase a este respecto A. DÍEZ PÉREZ DE MADRID, «TEDH - Sentencia de 25.04.2006, Puig Panella c. España 1483/02. A propósito del régimen patrimonial en materia de administración de justicia y su compatibilidad con el principio de presunción de inocencia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 25, págs. 973-987.

⁴⁵ Existe además una decisión de inadmisión de 23 de mayo de 2000, en el caso *Narciso Peñalver contra España*.

1. *La extensión del principio de presunción de inocencia a resoluciones no sancionadoras cuando son consecuencia o tienen conexión con el proceso penal. Este derecho es aplicable con independencia de que haya existido o no un pronunciamiento absolutorio*

Debe señalarse, en primer lugar, que la virtualidad que el TEDH reconoce al derecho de la presunción de inocencia del artículo 6.2 CEDH va mucho más allá de lo que la doctrina ha mantenido⁴⁶ y de lo que ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al limitar la presunción de inocencia del artículo 24.2 CE a los actos del poder público, sea administrativo o judicial, mediante los que se castiga la conducta de las personas (AATC 145/1998, de 22 de junio, y 220/2001, de 18 de julio, FJ 1). El TEDH comenzó por entender, en un primer pronunciamiento, que las decisiones de condena en costas en un procedimiento penal estaban también protegidas por este derecho fundamental, pues de alguna forma formaban parte de la resolución del procedimiento penal en cuestión (STEDH de 25 de marzo de 1983, *Minelli c. Suíza*⁴⁷). Después lo amplió a los supuestos en los que no se discutía si el recurrente debía soportar los gastos de la otra parte, sino si debía obtener el reembolso de los suyos y una indemnización por la prisión provisional sufrida.

A pesar de ello, en un primer momento aún tuvo en cuenta que la reparación no era una sanción como argumento suplementario para rechazar que se hubiera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia⁴⁸. Así, en la Sentencia *Englert c. Alemania*, el TEDH decía que la negativa de reembolsar sus gastos y conceder una indemnización por prisión provisional no era una pena ni una medida asimilable a una pena. El Sr. Englert no tuvo que soportar los gastos del procedimiento, sino únicamente sus costas y gastos, y no fue indemnizado por la prisión sufrida. Por lo que continuaba el TEDH: «resolviendo en equidad y teniendo en cuenta principalmente las serias sospechas que parecían pesar sobre él, el tribunal competente no le impuso ninguna sanción: se negó a imponer a la colectividad la carga de dichos gastos» [40].

⁴⁶ Véase MONTAÑÉS PARDO y SÁNCHEZ TOMÁS, «La presunción de inocencia», en VV.AA., *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 2008.

⁴⁷ Es el caso de la Sentencia *Minelli c. Suíza*. El órgano judicial resolvió la prescripción de los delitos, pero condenó en costas al recurrente. Frente a los argumentos del Gobierno de que la declaración de costas era una función puramente administrativa, distinta de la función judicial, entiende el Tribunal que estamos ante una misma decisión cuya motivación se manifiesta indisoluble, el reparto de los gastos constituye el corolario del proceso penal, tan pronto como se rechaza la acusación se considera el tema de las costas y de la indemnización de los gastos.

⁴⁸ SSTEDH de 25 de agosto de 1987, casos *Englert contra Alemania* y *Nökelbockhoff contra Alemania*.

Esta misma consideración se repitió en el caso *Nökelbockhoff c. Alemania*, pero no volverá a aparecer en los siguientes pronunciamientos, en los que el TEDH afirma, ya sin diferencia alguna, que la desestimación de una indemnización por los daños ocasionados por la prisión debe respetar el derecho a la presunción de inocencia que resulta aplicable a aquellas situaciones en las que la persona no es objeto de una acusación en materia penal, pero las «cuestiones de la responsabilidad penal del acusado y el derecho a ser indemnizado por encarcelamiento están estrechamente vinculadas» (STEDH de 25 de abril de 2006, caso *Puig Panella c. España* [50]) o «en la medida en que las cuestiones planteadas en dichos procesos constituyan un corolario y un complemento de los procesos penales en cuestión en los que el demandante ostentaba la calidad de acusado» (STEDH de 13 de julio de 2010, asunto *Tendam c. España* [36]) .

En segundo lugar, el principio de presunción de inocencia extiende sus efectos antes de la sentencia, pero también después de la absolución. Desde la Sentencia *Minelli c. Suiza*, de 25 de marzo de 1983, el TEDH ha afirmado que el principio de presunción de inocencia es aplicable en aquellos supuestos en los que no se ha producido una condena, bien porque la sentencia declarase la prescripción del delito (SSTEDH de 25 de marzo de 1983, caso *Minelli*, y 26 de marzo de 1996, caso *Leustscher c. Países Bajos*), bien porque la acusación fuera retirada (STEDH de 25 de agosto de 1987, *Englert c. Alemania*), bien porque el demandante falleció antes de obtener una sentencia firme (STEDH de 25 de agosto de 1987, caso *Nölkebockhoff c. Alemania*). Es el campo natural del principio de la presunción de inocencia, que requiere para su destrucción un pronunciamiento condenatorio firme.

Pero, además, ha admitido que este principio debe seguir desplegando todos sus efectos una vez que ha existido un pronunciamiento absolutorio (SSTEDH de 25 de agosto de 1993, caso *Sekanina c. Austria*; 10 de julio de 2001, caso *Lamana c. Austria*; 25 de abril 200, caso *Puig Panella c. España*, y 13 de julio de 2010, caso *Tendam c. España*), esto es, una vez que la presunción ha desaparecido por haber sido reemplazada por una absolución firme, por haberse declarado la inocencia.

No cabe duda de que la interpretación del derecho fundamental del artículo 24.2 CE, en el sentido establecido por el CEDH, supone un varapalo importante a nuestra doctrina constitucional, no sólo en cuanto al alcance del derecho, como se viene de ver, sino también en lo que atañe a su planteamiento procesal.

Comoquiera que la acción de responsabilidad del artículo 294 LOPJ se debe plantear ante la Administración, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia se causará en primera instancia por la re-

solución administrativa que la ignore o la lesione, de manera que estaremos ante una lesión provocada por la Administración pública y, por tanto, ante un recurso de amparo planteado en aplicación del artículo 43 LOTC, lo que implica que a efectos de su admisibilidad la lesión del derecho a la presunción de inocencia deberá ser formalmente denunciada en vía contencioso-administrativa.

En definitiva, aun cuando esta ampliación de la aplicación del principio de presunción de inocencia más allá del ámbito punitivo haya merecido no pocas críticas de la doctrina⁴⁹, lo cierto es que si España decide incorporarlo como criterio de interpretación de este derecho fundamental debe ampliar el contenido esencial que hasta ahora el Tribunal Constitucional le había venido reconociendo.

2. *El contenido del principio de presunción de inocencia. La importancia no tanto del lenguaje como del razonamiento que expone la motivación a la resolución que resuelve la petición de indemnización*

Todos los pronunciamientos del TEDH parten de un mismo contenido del derecho a la presunción de inocencia.

En primer lugar, el derecho a la presunción de inocencia no exige que deba indemnizarse en todo caso la prisión sufrida cuando no se confirma la culpabilidad. Sólo la detención o arresto ilícitos deben ser indemnizados en aplicación del artículo 5.5 del CEDH. El resto de los supuestos quedan a la discreción de los Estados. De ahí que, por sí sola, la decisión que deniega la indemnización por prisión provisional no vulnera el artículo 6.2 CEDH.

Sí lo lesionan, en cambio, aquellas decisiones desestimatorias de la reclamación que reflejan el sentimiento o la convicción de que el acusado es culpable, cuando no se ha determinado previamente su culpabilidad, bien porque no haya existido pronunciamiento, bien porque el pronunciamiento ha sido absolutorio. Para que se produzca la vulneración no es necesario que la desestimación se base en una constatación formal de culpabilidad; basta con que la motivación conduzca a pensar que el juez lo considera culpable. Es por ello determinante la mo-

⁴⁹ L. ARROYO JIMÉNEZ, «Puig Panella c. España: la presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional», en VV.AA., *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del TEDH*, Civitas Thomson-Reuters; L. MARTÍN REBOLLO, «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado. Una relación ambigua (a propósito de la sentencia TEDH de 25 de abril de 2006)», en *Derechos fundamentales y otros estudios en homenaje al Prof. Lorenzo Martín-Retortillo*, vol. II, Zaragoza, 2009; J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *La responsabilidad por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, La Ley, Madrid, capítulo «Error judicial».

tivación de la resolución que deniega la indemnización, la cual deberá ser objeto de examen tanto en cuanto a los términos y lenguaje utilizados como a lo que atañe al razonamiento seguido. Se traza así una sutil línea divisoria entre que exista o no una convicción del juzgador sobre la culpabilidad del acusado, esto es, entre la convicción y las meras sospechas.

Pero lo cierto es que, hasta la fecha, los pronunciamientos del TEDH sobre la existencia o no de lesión de la presunción no han venido determinados por las expresiones vertidas y el lenguaje utilizado, a menudo muy similares, sino, antes al contrario, por el razonamiento empleado para rechazar la responsabilidad.

De esta manera, a pesar de la similitud sustancial de las expresiones vertidas en los casos resueltos por el TEDH, cuando éste ha entendido que respondían a un razonamiento respetuoso con el derecho del artículo 6.2 CEDH ha llegado a la conclusión de que no implicaban convicción alguna sobre la culpabilidad del demandante, y cuando, por el contrario, ha llegado a la convicción de que el razonamiento vertido no lo respeta, el resultado ha sido el contrario. Tanto es así que aunque la motivación de la resolución denegatoria de la indemnización se haya llegado a calificar incluso de «*ambigua y poco satisfactoria*», en cuanto hablaba de «*fundadas razones para sospechar que el interesado había cometido un delito*», el TEDH ha entendido que no lesiona el principio por encerrar un «estado de sospecha» y no una constatación de culpabilidad (caso *Englert c. Alemania* [39]).

De hecho, si sólo fuera por las expresiones vertidas en las motivaciones de las resoluciones denegatorias de la responsabilidad por privación de libertad, sería imposible llegar a conocer por qué en unos casos el TEDH ha entendido que el órgano judicial tiene sólo «sospechas sobre la inocencia» mientras que en otros parte de una verdadera «convicción sobre la culpabilidad del demandante».

Así, en el caso *Minelli c. Suiza*, en el que el delito había sido declarado prescrito, el TEDH entendió que la afirmación según la cual el proceso «habría llevado muy probablemente a condena» arrojaba dudas sobre la inocencia, que conllevaban una convicción contraria a la presunción.

El lenguaje utilizado para motivar la denegación en el caso *Leutscher c. Países Bajos* no era muy diferente y, sin embargo, el TEDH llegó a la conclusión contraria. La resolución denegatoria estaba basada en las «sospechas que seguían pesando sobre el demandante» desde el momento en que la condena había sido anulada en apelación por prescripción del delito, de manera que ni la instrucción penal ni la que había precedido a la reclamación de indemnización permitían la me-

nor duda sobre lo bien fundado de la imputación [31], pues derivaba de la instrucción que el demandante había participado en la gestión de una serie de sociedades y que éstas bajo su dirección habían cometido una serie de delitos fiscales que habían causado al Estado una pérdida considerable que la condena en primera instancia había confirmado [14].

En el caso *Englert c. Alemania* la motivación de la desestimación de la reparación solicitada se había basado, literalmente, en «la importancia de las sospechas que seguían pesando sobre él» o «las fundadas razones para sospechar que el individuo había cometido el delito hasta el punto de que una condena es netamente más probable que una absolución» [38 y 39]. En este caso el Tribunal había puesto fin a las diligencias, dado que la pena que podía esperar el demandante de dictarse la sentencia era insignificante en comparación con la que ya estaba cumpliendo por la comisión de otros delitos. Similares expresiones se utilizan en el caso *Nölkenbockhoff c. Alemania*, ya que las sospechas derivaban de que el acusado ya había sido condenado a título no definitivo tras una amplia instrucción, que la sentencia recurrida en casación ya era condenatoria y firme en el caso de los tres coacusados que habían sido condenados por el mismo delito; a pesar de lo cual el demandante mantuvo su recurso, que no pudo concluirse por su fallecimiento, «cuando la sentencia de casación habría confirmado la sentencia recurrida» [21]. El TEDH consideró, en ambos casos, que el juez no había demostrado dudas sobre la inocencia del demandante

La motivación de la desestimación de la reparación solicitada en los casos *Sekanina c. Austria* [29] y *Lamanna c. Austria* [40] se basaba en que «el jurado había estimado las sospechas insuficientes para justificar un veredicto de culpabilidad pero no puede hablarse de una disipación de la misma». Finalmente, en los casos *Puig Panella y Tendam* las resoluciones denegatorias se habían basado en que el individuo no había sido absuelto por prueba de la inexistencia subjetiva de los hechos o de la falta de participación, sino por la aplicación del principio de presunción de inocencia. En estos últimos casos las sospechas no eran tales, sino que expresaban, según el TEDH, una convicción sobre la culpabilidad del acusado.

Demostrado queda, pues, que la clave no está, salvo que la resolución desestimatoria contenga un pronunciamiento contundente sobre la culpabilidad del acusado, en el lenguaje empleado, sino en el razonamiento expresado en la motivación.

Los tres pronunciamientos (casos *Leutscher c. Países Bajos*, *Englert* y *Nölkenbockhoff c. Alemania*) en los que el TEDH considera que la motivación utilizada por la resolución, aun basada en la existencia de sospechas, no contiene una convicción sobre la culpabilidad y, por

tanto, no lesiona el derecho fundamental tienen en común que el Tribunal nacional, aun cuando tuvo en cuenta en su razonamiento la causa de la absolución o de la retirada de la acusación (que el delito había prescrito pero el Tribunal no había disipado las sospechas; que el condenado había fallecido antes de que se resolviera el recurso de casación, o que el Tribunal archivó las actuaciones porque la pena que correspondía a los hechos era insignificante al lado de la que ya estaba cumpliendo), lo hizo ponderando otros aspectos tales como las actuaciones seguidas a lo largo de todo el proceso, tanto las llevadas a cabo por el órgano judicial durante las diferentes instancias como el comportamiento del demandante a lo largo del proceso (solicitando el aplazamiento del pronunciamiento que causó la declaración de prescripción, o el contenido del escrito del recurso de casación que reiteraba los argumentos de la instancia y la persistencia en no desistir del mismo cuando el Tribunal había desestimado el recurso de casación de quienes habían sido condenados junto con el demandante como coautores, etc.). Es lo que el TEDH denomina una «motivación basada en un juicio de equidad», en la que se tiene en cuenta para rechazar la reparación no sólo la existencia de sospechas —la causa de la absolución o archivo de las actuaciones penales—, sino el «devenir del proceso» y la fase del procedimiento en que se archiva el proceso penal.

Por el contrario, todas las declaraciones de condena se han producido cuando la desestimación de la reparación se ha producido como consecuencia necesaria y automática de la afirmación según la cual la razón de la absolución no se había basado en la eliminación de las sospechas o, lo que es lo mismo, en la prueba de la inocencia. Así, en el caso *Minelli c. Suiza* se discutía la condena en costas cuando el recurrente había sido absuelto por la prescripción del delito. En aquella ocasión, y a pesar de que la ley otorgaba al juez una cierta amplitud para elegir los elementos a utilizar (comportamiento reprochable de las partes antes y después de la instrucción, violación de los principios de la buena fe, el principio de equidad o las consideraciones de causalidad que pueden conducirle a anticipar el resultado del procedimiento) [19], el juez dedujo automáticamente del hecho de que la absolución había sido por prescripción y de que no se habían eliminado las sospechas que habrían conducido a su condena de no haber prescrito el delito [38] que el reclamante debía soportar las costas del proceso penal.

Un razonamiento muy similar es el que llevó al TEDH a afirmar que se había vulnerado la presunción de inocencia en los casos *Sekamina* y *Lamna c. Austria*. En ambos, la desestimación de la reparación solicitada se basó única y exclusivamente en que el individuo ha-

bía sido absuelto en aplicación del principio de presunción de inocencia, y no porque se hubieran disipado todas las sospechas sobre él.

La ley austriaca reserva el otorgamiento de una indemnización por la prisión sufrida a las personas que no sólo resultan absueltas, sino que son «lavadas de cualquier sospecha», lo que sería equivalente a la prueba de la inexistencia del hecho (caso *Sekanina c. Austria* [29]). El Tribunal nacional, después de referirse a la larga lista de elementos que no habían sido refutados en el proceso y después de haber examinado con cuidado las declaraciones de testigos, concluye que los jurados han estimado las sospechas insuficientes para justificar un veredicto de culpabilidad (caso *Sekanina* [29]). Tal razonamiento, que hace depender la desestimación de la mera constatación de la existencia de sospechas que no habían sido disipadas, concluye el TEDH, hace planear una duda tanto sobre la inocencia del demandante como de que la decisión del jurado esté bien fundada (*Sekanina* [30]). Vulnera, en consecuencia, la presunción de inocencia.

Tanto en el caso *Puig Panella c. España* como en *Tendam c. España*, la reparación fue solicitada al amparo del artículo 294 LOPJ. En el primer caso, por pena de prisión cumplida en ejecución de una sentencia que, tras complejos avatares procesales que, uno a uno, relata la STEDH, posteriormente fue anulada por el Tribunal Constitucional. En el segundo, por una prisión provisional seguida de absolución en apelación. En los procesos seguidos en España, el Tribunal nacional se limitó a constatar que el rechazo del Ministerio de Justicia se había basado en la falta de prueba de la participación del demandante en los hechos que se le imputaban, es decir, en una falta de certitud total en cuanto a la inocencia derivada de los motivos de la absolución. Los tribunales administrativos también se basaron en el hecho de que el Tribunal Constitucional en su sentencia de amparo había anulado las condenas por no respetar el principio de presunción de inocencia, y no por constatar la falta de participación del demandante en los hechos por los que se le perseguía. Aunque esta consideración descansa en el artículo 294 LOPJ, prosigue el TEDH, «dicha exigencia, sin matiz ni reserva, en las circunstancias del asunto, plantea una duda sobre la inocencia del demandante» (caso *Puig Panella* [55]). Idéntico razonamiento se repite en la Sentencia del caso *Tendam* [39], donde la mera constatación de que la absolución no había sido por prueba de la inocencia, sino por falta de prueba bastante de su participación, sin matices ni reservas, deja latente una duda sobre la inocencia del demandante. En ninguno de los casos, ni el Ministerio de Justicia ni los órganos jurisdiccionales tuvieron en cuenta las circunstancias concretas del asunto y la desestimación se hizo depender únicamente de la falta de prueba

bastante de la no participación en el hecho, cuando, una vez que la absolución es firme, la expresión de dudas sobre la culpabilidad del sujeto, incluidas las derivadas de los motivos de la absolución, no es compatible con la presunción de inocencia (caso *Tendam* [36]).

El TEDH concluye así, y al margen del lenguaje empleado, que lesiona la presunción de inocencia un razonamiento basado en que no ha habido prueba de la inocencia del demandante como única razón desestimatoria de la reclamación de indemnización, hecha sin matices ni reservas, esto es, sin ponderar las circunstancias concretas, los avatares del proceso, el comportamiento del reclamante, etc. Así, el TEDH llega por otro camino a un resultado compatible al que llegamos anteriormente a partir del fundamento constitucional de la reparación debida en casos de sacrificio legítimo de la libertad: que la reparación debida no puede ser el resultado de la aplicación automática de una regla legal basada en la prueba de la existencia de los hechos, sino a partir de la valoración, en cada caso, de las circunstancias concurrentes.

VIII. LA CONFIGURACIÓN POR EL LEGISLADOR DE LA REPARACIÓN POR LOS DAÑOS OCASIONADOS POR PRISIÓN PROVISIONAL. LA INTERPRETACIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO ANTES DE LA DOCTRINA DEL TEDH

La LOPJ vino a regular de forma separada la responsabilidad del artículo 121 CE derivada del error judicial y funcionamiento anormal (arts. 292 y 293) y la responsabilidad por prisión provisional (art. 294). Este precepto, que no figuraba en la Ponencia del Congreso, se introdujo posteriormente en la Comisión de Justicia e Interior, aunque limitado a la «inexistencia del hecho imputado», limitación que se mantuvo al ser rechazadas las enmiendas que postulaban la ampliación del supuesto a los supuestos de falta de condena o a cualquier sentencia absolutoria o decisión de sobreseimiento libre⁵⁰. Así, mientras que el reconocimiento por la Administración del derecho a la reparación exige que previamente se haya declarado la existencia de un error judicial⁵¹, la responsabilidad por prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento libre no requiere de un pronunciamiento judicial dirigido a su constatación, precisamente porque no tiene que ver con el error judicial. Nace cuando se produce el supuesto de hecho con-

⁵⁰ Véanse a este respecto el FJ 5 de la STS de 27 de enero de 1989 y J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *La responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, cit., pág. 99.

⁵¹ El plazo para interponerla, la competencia y sus efectos se regulan en el artículo 293 LOPJ.

templado en la norma —prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento libre—. Se aplica por la Administración, y se controla por la jurisdicción contencioso-administrativa en un juicio revisor.

Desde un principio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo entendió que la vía del artículo 294 LOPJ no excluía la posibilidad de que los supuestos no amparados por él pudieran tener acogida en el artículo 293 LOPJ, y así lo sigue manteniendo en la actualidad. Como afirmaba la STS de 27 de enero de 1989, FJ 3, el artículo 294 aparece como «una de las vías posibles para reclamar indemnización sobre la base de una prisión provisional, de modo que, cuando este precepto no resulte aplicable, ello no significará la negación de la posibilidad de obtener la indemnización que podrá conseguirse mediante el procedimiento de alcance general del art. 293». Pero si, como se ha razonado, el artículo 17 CE exige la compensación por el sacrificio legítimo impuesto al individuo en beneficio de la colectividad cuando éste no ha intervenido en su producción, el artículo 293 LOPJ no cumple esta exigencia constitucional en la medida en que no sólo supone una mayor complejidad para su reconocimiento, sino que está basado en un distinto fundamento, pues requiere de la existencia de un error judicial que queda descartado cuando la prisión ha sido legítimamente acordada.

El artículo 294 LOPJ ha planteado desde su aprobación numerosos problemas: ¿qué debe entenderse por inexistencia de los hechos imputados?, ¿debe quedar limitada a los supuestos de sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre?

En primer lugar, en cuanto a la inexistencia de hecho imputado, hay que señalar que la «inexistencia» se ha identificado con «prueba de la inexistencia», que no se da cuando el individuo ha sido absuelto por no existir prueba de cargo bastante para eliminar la presunción de inocencia. Así lo vienen afirmando, sin excepción alguna, tanto el Consejo de Estado como el Tribunal Supremo, pues sólo en este caso el proceso penal «ha puesto de relieve más descarnadamente el error, es decir, la improcedencia —objetivamente apreciada a posteriori— de la prisión provisional»⁵². Como ya señalaba el Consejo de Estado en su Memoria de 1987, el artículo 294 reconoce responsabilidad «siempre que se pruebe la inocencia del acusado».

En cuanto a lo que debía entenderse como «hecho imputado», también desde el principio el Consejo de Estado llegó a la conclusión (Memoria de 1987), guiado por esa aproximación instintiva de la responsabilidad por prisión provisional al error judicial regulado en el artículo 954.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que, al igual que el error

⁵² STS de 27 de enero de 1989, FJ 5.D).

judicial se producía cuando quedaba probada la inocencia del acusado, la prisión provisional, por lo que hace a la inexistencia del hecho imputado, debía partir de la inexistencia del hecho tal y como se había imputado, es decir, a una determinada persona. Por ello, de quedar probada su falta de participación, quedaba constatada su inocencia y podía hablarse de una inexistencia subjetiva de los hechos imputados.

El mismo razonamiento llevó al Tribunal Supremo a extender la inexistencia objetiva del hecho a la que vino en denominar inexistencia subjetiva: «Tal inexistencia, desde el punto de vista subjetivo, significa una imposibilidad de participación en un hecho que ha resultado ser inexistente. Así las cosas, esa imposibilidad de participación no puede quedar circunscrita a los casos de hecho inexistente, puede derivar de otros supuestos: piénsese en el hecho existente con una acreditada no participación en él. Cabe perfectamente concluir que la antes señalada finalidad del art. 294 —hacer innecesaria la previa declaración jurisdiccional del error— exige su aplicación no sólo en los casos de inexistencia del hecho sino también a los de probada falta de participación»⁵³. La jurisprudencia parte, en consecuencia, de una distinción entre la inexistencia objetiva y subjetiva del hecho, pero lo importante es que ambas quedan incluidas en el concepto de «inexistencia del hecho imputado».

En la actualidad se critica, por artificiosa, la distinción efectuada entre inexistencia objetiva y subjetiva de los hechos. Así, el Consejo de Estado ha interpretado recientemente (Memoria de 2011) que la inexistencia del hecho deriva de la ausencia de cualquiera de los elementos definidores de los hechos imputados, que pueden ser varios, de modo que la llamada inexistencia subjetiva no es una interpretación extensiva de la inexistencia del hecho, sino una identificación de los casos en que la inexistencia se refiere al sujeto de la acción enjuiciada, elemento definidor del hecho imputado. En la misma línea, MANZANARES señala que el hecho imputado es el que se recoge como motivador del auto de prisión, precisamente por circunscribirse a esa persona en particular. Aquí se ubica, en su opinión, el elemento fáctico, sin perjuicio de que haya también una valoración provisional de su tipificación delictiva. Pues bien, se considere la participación un elemento incluido en lo fáctico o se parta de la interpretación extensiva del «hecho imputado», lo cierto es que hasta las SSTS de 23 de noviembre de 2010 (rec. 1908/2006 y rec. 488/2006) la inexistencia del hecho imputado comprendía tanto la prueba de la no existencia del hecho como la prueba de la falta de participación en el mismo.

⁵³ STS de 27 de enero de 1989, FJ 5.

Despejada la cuestión de la inexistencia subjetiva de los hechos por falta de prueba de participación en los hechos imputados, la interpretación de la inexistencia de los hechos imputados no está tampoco resuelta: ¿qué ocurre si los hechos han existido pero no son típicos y la falta de tipicidad ha quedado igualmente probada?, ¿qué decir de la existencia de causas eximentes de la responsabilidad criminal?, ¿tienen todos o alguno de estos supuestos cabida en la inexistencia de los hechos del artículo 294 LOPJ? No es objeto de este trabajo detenernos en un estudio pormenorizado de la jurisprudencia recaída sobre la inexistencia jurídica de los hechos, sobre la que, por otra parte, hay muchos trabajos publicados. Bastará con señalar que, como recuerda MANZANARES, tras una amplia exposición jurisprudencial⁵⁴, las contradicciones de los tribunales en la materia impiden llegar a conclusiones seguras sobre el concepto de la inexistencia jurídica del hecho.

Además de la inexistencia del hecho imputado, el artículo 294 LOPJ exige que el individuo haya sido absuelto o se haya dictado un auto de sobreseimiento libre. La conclusión no es muy diferente de la anteriormente expuesta, pues, en contra de la literalidad de la norma, algunas resoluciones judiciales han venido a incluir en esta categoría otro tipo de resoluciones judiciales cuando las han considerado de efectos equivalentes al auto de sobreseimiento libre, o cuando existen las denominadas declaraciones implícitas, que se producen cuando la prisión es acordada por un auto de procesamiento y levantada luego simultáneamente con el mismo, o la prisión que, al margen de todo auto de procesamiento, queda después sin efecto cuando la persona queda también libre de cargos.

En definitiva, con mayores o menores vacilaciones, la jurisprudencia ha acabado realizando una aplicación extensiva del artículo 294 LOPJ a fin de dispensar un mismo trato a efectos de la reparación debida ante situaciones materialmente iguales.

IX. LA INTERPRETACIÓN POR EL TRIBUNAL SUPREMO DEL ARTÍCULO 294 LOPJ PARA HACERLO COMPATIBLE CON LA JURISPRUDENCIA DEL TEDH

Puede que, como ha señalado SÁNCHEZ MORÓN⁵⁵, hayan primado en la Sentencia dictada en el caso *Puig Panella c. España* razones de

⁵⁴ J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *ob. cit.*, págs. 104 y ss., contiene una amplia exposición sobre las dos posturas, con abundantes referencias a resoluciones judiciales.

⁵⁵ «Consecuencias imprevistas de la presunción de inocencia: la revisión de la doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad por error judicial por efecto de la sentencia *Tendam*», *Justicia Administrativa*, núm. 55, 2012, pág. 63.

equidad relacionadas con las circunstancias concurrentes en el caso, entre ellas la larga duración de la causa y las vicisitudes que el imputado hubo de atravesar hasta obtener una sentencia definitiva absolutoria, a las que debe achacarse la calificación por el TEDH de la severidad excesiva al aplicar por analogía el artículo 294 LOPJ cuando el demandante no se quejaba del supuesto en éste contemplado⁵⁶. Puede que la extensión de la presunción de inocencia a las resoluciones no punitivas no sea la decisión más acertada, y que de algún modo esta interpretación haya venido forzada por la necesidad de imponer resoluciones equitativas cuando lo que está en juego es la privación del derecho a la libertad, y ello no se puede hacer depender de otros preceptos del Convenio sin obligar a los Estados a reconocer indemnización en todos los casos de absolución.

Pero lo que en modo alguno cabe afirmar es que las Sentencias recaídas en los casos *Puig Panella* y *Tendam c. España* constituyan pronunciamientos extravagantes que se desvían del camino anteriormente marcado, o de los argumentos ya esgrimidos por el TEDH. Y, en todo caso, el CEDH forma parte de nuestro Derecho interno (art. 96.1 CE) y las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificadas por España. Es por ello que tanto la configuración por el legislador del derecho a la reparación como la aplicación que realicen la Administración y los tribunales deben ser respetuosas con el artículo 24.2 CE, en los términos en que éste ha sido interpretado por el TEDH.

Esto es lo que ha pretendido hacer el Tribunal Supremo en las SSTS de 23 de noviembre de 2010 (rec. 1908/2006 y rec. 488/2006), que desde entonces han sido incorporadas a la motivación de las resoluciones judiciales que han venido a revisar las desestimaciones administrativas de las reclamaciones patrimoniales por prisión preventiva interpuestas al amparo del artículo 294 LOPJ. La reacción jurisprudencial ha consistido en modificar la interpretación de este precepto en lo que se refiere a qué debe entenderse por «hecho imputado». En concreto, ha venido a excluir de la inexistencia del hecho imputado la inexistencia subjetiva, que desde la referida Sentencia de 1989 se había equiparado a la inexistencia objetiva. Pero la jurisprudencia no ha variado un ápice su interpretación en lo que respecta al resto de los elementos reglados del precepto legal y, por tanto, en lo que significa «in-

⁵⁶ Debe tenerse en cuenta que previamente, en la decisión de 23 de marzo de 2000, el TEDH había respaldado esta misma doctrina, que tachó de razonable y no arbitraria, lo que le llevó a inadmitir el recurso contra España planteado por Dinares Peñalver también en un supuesto de responsabilidad por prisión provisional.

existencia». Ello supone que, como antaño, la inexistencia viene dada por la prueba de la inexistencia y no comprende los supuestos en los que no hay suficiente prueba para determinar su existencia y el afectado es absuelto por la presunción de inocencia. El razonamiento del Tribunal Supremo es simple: comoquiera que en los dos supuestos planteados ante Estrasburgo la desestimación de la reparación solicitada se basaba en que no había prueba de la falta de participación del acusado, esto es, no había prueba de la inexistencia subjetiva del hecho, y esta motivación fue declarada contraria a la presunción de inocencia, eliminando la inexistencia subjetiva de los hechos como causa de reparación, el problema está solucionado.

A los efectos que aquí interesan, no resulta menester reproducir íntegramente los fundamentos de las antes citadas Sentencias del Tribunal Supremo de 2010. Bastará con señalar esquemáticamente los argumentos que el Tribunal Supremo ha utilizado. El Tribunal sigue partiendo de que el artículo 294 LOPJ es un supuesto específico de error judicial que se establece en el artículo 293 LOPJ, que no requiere de la declaración de error judicial para acceder a la reparación solicitada. En consecuencia, el artículo 293 LOPJ sigue siendo el cauce en el que tienen cabida las prisiones preventivas que no tengan acogida en el artículo 294 LOPJ. Considera, además, que lo que el TEDH ha declarado contrario a la presunción de inocencia es única y exclusivamente aquella motivación que tiene en cuenta las razones de la absolución cuando se trata de la inexistencia subjetiva. Por ello, en cuanto que ni el artículo 6.2 CEDH ni la LOPJ requieren que se indemnice por prisión cuando el afectado es absuelto, hay que interpretar el artículo 294 LOPJ eliminando de la inexistencia de los hechos imputados la inexistencia subjetiva. De esta forma, la Sala ha de limitarse a tener en cuenta «cuando el pronunciamiento se produzca porque objetivamente el hecho delictivo ha resultado inexistente, entendida tal inexistencia objetiva en los términos que se han indicado por la jurisprudencia de esta Sala», esto es, cuando se haya probado la inexistencia objetiva de los hechos. Termina señalando que la exclusión de la inexistencia subjetiva no supone desproteger estos supuestos, que deberán sustanciarse por la vía del artículo 293 LOPJ, y que éste es el único camino de interpretación que le resta del artículo 294 LOPJ.

Son muchas las críticas que ha suscitado este cambio jurisprudencial, en cuanto que reduce el ámbito de aplicación del artículo 294 LOPJ⁵⁷. Algún autor ha anticipado incluso el verdadero problema que

⁵⁷ Sólo por citar algunos, J. L. MANZANARES SAMANIEGO, *La responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia*, cit.; M. SÁNCHEZ MORÓN, «Consecuencias imprevistas de la presunción de inocencia...», cit.; E. COBREROS MENDAZONA, «Los paradóji-

plantea⁵⁸. Tal y como se expuso con anterioridad, la declaración del TEDH de que se ha producido una lesión del derecho a la presunción de inocencia no está basada en que la motivación de la desestimación partiera de la «falta de prueba de la inexistencia subjetiva de los hechos», sino en que la motivación sólo tuviera en cuenta, sin reserva ni matización, que la absolución no se había producido por prueba de la inocencia, sino por aplicación del principio de presunción de inocencia. A estos efectos resulta absolutamente irrelevante el concepto de inexistencia subjetiva de los hechos, como, por otra parte, ha reconocido el propio Consejo de Estado: «la inexistencia subjetiva es independiente de la cuestión en la que se centran las referidas sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cual es la improcedencia de distinguir entre la prueba de la inexistencia del hecho y la falta de prueba de su existencia»⁵⁹.

Es del todo indiferente que la falta de prueba de la inexistencia se refiera a los hechos, a su tipicidad o a su autoría, pues la vulneración de la presunción se produce cuando la reparación se rechaza, única y exclusivamente, porque la absolución lo ha sido en base a la presunción de inocencia o falta de prueba de la inocencia, sin ponderación alguna de las circunstancias que concurren en cada caso. Si de simplificar se trata, habrá que reconocer que en ninguno de los dos pronunciamientos condenatorios a España el TEDH habla, salvo cuando expone más o menos literalmente la motivación de las resoluciones administrativas y judiciales nacionales lesivas del derecho, de la «prueba de la falta de participación», sino de la «prueba de la inocencia», y que se refiere a «dudas sobre la inocencia» en lugar de «dudas sobre la participación».

No puede concluirse, por ello, que la rectificación operada por el Tribunal Supremo haya eliminado la vulneración de la presunción de inocencia según la interpretación del TEDH. Aunque este problema ya no

cos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida (las sentencias Puig Panella y Tendam del TEDH)», en VV.AA., *Administración y Justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás Ramón Fernández*, Civitas Thomson-Reuters; en ese último libro, también L. MARTÍN REBOLLO, «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación paradójica (A propósito de la sentencia TEDH de 13 de julio de 2010. Caso Tendam)», y LESMES SERRANO, «Cambio jurisprudencial en la responsabilidad por prisión provisional».

⁵⁸ L. MARTÍN REBOLLO, «Presunción de inocencia...», cit., págs 2960 y 2961, ya puso de manifiesto que, a pesar de este cambio jurisprudencial, la cuestión sigue aún sin estar solucionada, para lo que selecciona una única sentencia, la STS de 17 de febrero de 2011, que versa sobre la inexistencia objetiva del hecho. Se trata de un supuesto en el que la denegación de la reclamación solicitada se basó en que el Tribunal que absolvió no llegó a la convicción de que estuviera probada la concurrencia de uno de los elementos que integran el tipo del delito, en concreto la existencia de una sustancia tóxica. De esta manera, la absolución lo fue «no por la prueba de la inexistencia del hecho típico», sino por la absolución por el principio de *in dubio pro reo*.

⁵⁹ Memoria del Consejo de Estado de 2011, pág. 134.

se plantea en relación a la inexistencia subjetiva de los hechos, sí, en cambio, y en los mismos términos, cuando la desestimación de la reclamación se basa, únicamente, en que no se ha probado la inexistencia objetiva de los hechos y el individuo ha sido absuelto por presunción de inocencia. Pero lo que es más grave desde el punto de vista constitucional. Esta interpretación ha abierto la brecha que desde hace casi treinta años había intentado reparar con una jurisprudencia tan extensiva como poco sistemática del concepto de «inexistencia del hecho imputado».

El Consejo de Estado ha criticado la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo, precisamente porque la exclusión de la reparación en los supuestos de inexistencia subjetiva del delito implica eliminar para ellos el derecho a la reparación, en la medida en que el error queda reservado para aquellos supuestos de error craso, patente, indubitado, incontestable y que haya provocado conclusiones fácticas o jurídicas ilógicas, irracionales, esperpénticas o absurdas⁶⁰, lo que ocurrirá difícilmente en el caso de prisiones provisionales legítimamente acordadas en cuanto que para ello sería necesario que existiera una equivocación manifiesta a la hora de tener por existentes los hechos o en la aplicación de la ley⁶¹. Es preciso dar aún un paso más para analizar esta nueva jurisprudencia a la luz del artículo 14 CE. Y es que se pone en cuestión el derecho del artículo 14 CE cuando, en circunstancias idénticas, no se ostenta el mismo derecho a la indemnización, salvo que este tratamiento desigual esté justificado en función de la satisfacción de bienes jurídicamente protegidos y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.

Desde la igualdad ante la ley, la situación de quien es absuelto por prueba de la falta de participación en los hechos es idéntica a la de quien lo ha sido por prueba de la inexistencia de los hechos, o de su tipicidad, pues en todos estos casos, por un motivo u otro, ha quedado probada su inocencia. Comoquiera que el legislador ha querido distinguir, y así lo ha interpretado de forma unánime el Tribunal Supremo, en función de la mayor o menor constancia de la inocencia de quien reclama la indemnización, no hay razón alguna que justifique que se imponga un distinto tratamiento a estas situaciones.

Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 98/1992, de 22 de junio, en la que al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo del artículo 294 LOPJ que ahora ha abandonado afirmó: «tal doc-

⁶⁰ STS de 30 de abril de 2010.

⁶¹ Memoria del Consejo de Estado de 2011.

trina —la equiparación de la inexistencia subjetiva a la inexistencia objetiva— es plenamente conforme con el principio de igualdad en la aplicación de la ley, puesto que, siendo indudable que, desde la finalidad de la norma, la inexistencia objetiva y la subjetiva del hecho imputado son esencialmente iguales y deben por ello recibir tratamiento unitario que les reconoce la sentencia recurrida, mientras que el supuesto de absolución por falta de pruebas es esencialmente diferente de los anteriores en cuanto que, en los primeros está probada la inocencia del acusado y, por consiguiente, que la prisión preventiva fue acordada con error judicial y esto no ocurre cuando la participación del acusado no pudo probarse de manera convincente» (FJ 2).

Finalmente, esta interpretación sigue sin reconocer el derecho a la indemnización que el artículo 17 CE exige por la privación legítima de la libertad cuando se ha causado un daño efectivo, de especial intensidad, a cuya producción no ha colaborado en forma alguna, lo que no sólo puede ocurrir cuando resulta plenamente probada la falta de participación del sujeto en el hecho delictivo del que resulta absuelto, sino también en otros supuestos en que, a la vista de la actuación del órgano judicial y del lesionado, pueda concluirse que éste no participó en la causación del daño.