



Revista Española de Derecho Administrativo

Número 200 • Julio-Septiembre 2019

RAZONES PARA (NO) INDEMNIZAR LA PRISIÓN PROVISIONAL SEGUIDA DE ABSOLUCIÓN

Guía aplicativa del art. 294.1 LOPJ tras la STC 85/2019, de 19 de junio¹

LUIS MEDINA ALCOZ

Profesor Titular UCM y Letrado del Tribunal Constitucional

IGNACIO RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ

Fiscal y Letrado del Tribunal Constitucional

Revista española de Derecho Administrativo 200

Julio – Septiembre 2019

Págs. 147–190

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO Y PROPÓSITO DEL ESTUDIO. 1. *Antes de la STC 85/2019 (RTC 2019, 85)*. 2. *La STC 85/2019 (RTC 2019, 85)*. 3. *Después de la STC 85/2019 (RTC 2019, 85)*. II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OBJETIVA POR SACRIFICIO ESPECIAL. III. LA INDEMNIZACIÓN DEL SACRIFICIO LEGÍTIMO DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL. 1. *Aproximación*. 2. *Los derechos fundamentales como prohibición de sacrificios especiales y, subsidiariamente, como obligación de indemnizarlos*. 3. *En particular, la indemnización de la privación cautelar de libertad como problema constitucional*. 4. *La dimensión constitucional del problema no conduce a una responsabilidad automática o ilimitada*. IV. LA "COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO". LA REPARACIÓN EN FORMA ESPECÍFICA DERIVADA DE LOS BENEFICIOS DE LA VIDA SOCIAL Y DEL DESCUENTO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN CAUSA DISTINTA. V. LA RELEVANCIA CAUSAL DE LA CONDUCTA DEL PERJUDICADO. VI. EL PROBLEMA DE VALORAR SI QUIEN SUFRIÓ LA PRIVA-

1. Hemos elaborado este estudio en homenaje a Mariano Medina Crespo, padre de uno de nosotros y maestro de ambos en asuntos de responsabilidad civil. Se incluirá en el liber amicorum que está preparando la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro bajo la coordinación de Javier López García de la Serrana.

CIÓN CAUTELAR DE LIBERTAD COMETIÓ VERDADERAMENTE LOS HECHOS DE LOS QUE FUE ABSUELTO. 1. *La relación entre el procedimiento penal y el procedimiento indemnizatorio. La interferencia con el derecho a la presunción de inocencia.* 1.1. El sistema vicarial. 1.2. El sistema autónomo. 1.3. El sistema mixto. 2. *La necesaria autonomía del proceso indemnizatorio.* 3. *La diversidad de estándares probatorios y sus consecuencias en la responsabilidad por prisión provisional.* VII. CONCLUSIONES.

RESUMEN: La STC 85/2019, de 19 de junio, ha declarado la inconstitucionalidad y nulidad de dos incisos del artículo 294.1 LOPJ por contravención de los arts. 14 y 24.2 CE. Al fundamentar su decisión, el Tribunal Constitucional precisa que su Sentencia y la redacción resultante del precepto en modo alguno implican que la indemnización de la prisión preventiva seguida de absolución deba ser automática; al contrario, estima que deben aplicarse las reglas propias del Derecho de daños (en particular la llamada *compensatio lucri cum damno* y la culpa de la víctima), sin perder de vista el fundamento de la indemnización (la reparación del sacrificio legítimamente impuesto a la libertad personal). La finalidad del presente artículo es aportar pautas interpretativas precisas con las que afrontar la aplicación del art. 294.1 LOPJ adoptando como punto de partida los elementos característicos del daño de tipo sacrificial, de acuerdo con la doctrina de la responsabilidad civil objetiva y la teoría general de los derechos fundamentales.

PALABRAS CLAVE: Prisión preventiva– Indemnización– Responsabilidad objetiva– Sacrificio– Daño lícito– Expropiación– Derechos fundamentales– Presunción de inocencia– Estándares probatorios– Culpa de la víctima– *Compensatio lucri cum damno*– Reparación en forma específica.

ABSTRACT: The Constitutional Court has declared the unconstitutionality and nullity (Judgment n. 85/2019, June 19th) of part of the provision concerning compensation of preventive imprisonment followed by acquittal (art. 294.1 LOPJ) for contravention of arts. 14 and 24.2 of the Constitution. When substantiating its decision, the Court specifies that its Judgment and the resulting wording of the provision in no way imply that compensation must be automatic; on the contrary, it considers that the variety of rules of the law of damages (in particular the so-called *compensatio lucri cum damno* and contributory negligence) must be applied taking into account the basis of strict liability (the reparation of the sacrifice legitimately imposed on personal freedom). The purpose of this article is to provide precise interpretative guidelines with which to face the application of that provision. It adopts as a starting point the main elements of sacrificial damage, in accordance with the doctrine of strict liability and the theory of fundamental rights.

KEYWORDS: Preventive Detention– Damages– Strict Liability– Lawful Damage– Sacrifice– Lawful Damage– Takings– Fundamental Rights– Presumption of Innocence– Standards of Proof– Contributory Negligence– *Compensatio Lucri cum Damno*– Compensation in Kind.

I. PLANTEAMIENTO Y PROPÓSITO DEL ESTUDIO

1. ANTES DE LA STC 85/2019 (RTC 2019, 85)

Un problema abierto o no resuelto en el Derecho español es el relativo a si, y en qué supuestos, el Estado debe indemnizar a quien, habiendo padecido la privación de su libertad como consecuencia de la prisión provisional acordada, resulta finalmente absuelto o no condenado por el delito investigado.

El debate ha estado marcado hasta el momento por dos circunstancias. La primera son los confusos términos del art. 294.1 LOPJ, que condicionaban el libramiento de la indemnización a la "inexistencia del hecho imputado". El Tribunal Supremo trató inicialmente de superar la imprecisión del texto legal

identificando la inexistencia del hecho imputado, no solo con la no producción del suceso o su falta de tipicidad –inexistencia objetiva del hecho–, sino también con la falta de participación del sujeto –inexistencia subjetiva– del hecho.

La segunda circunstancia es la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha condenado a España por vulneración de la denominada eficacia extraprocesal de la presunción de inocencia en supuestos en que la motivación de la denegación de la indemnización y el lenguaje empleado traslucen sospechas de culpabilidad [SSTEDH de 25 de abril de 2006 (TEDH 2006, 35), asunto *Puig Panella c. España*, y de 13 de julio de 2010 (TEDH 2010, 84), asunto *Tendam c. España*]. En atención a esta doctrina, el Tribunal Supremo modificó su interpretación del art. 294.1 LOPJ [SSTS, Sala 3.^a, ambas de 23 de noviembre de 2010 (RJ 2010, 8628) y (RJ 2010, 8629)]. Pasó a considerar que la garantía resarcitoria del art. 294 LOPJ queda ceñida a los supuestos de inexistencia objetiva del hecho en sentido estricto; los casos de inexistencia subjetiva han de reconducirse a la vía del error judicial (art. 293.1 LOPJ). Todo ello bajo la consideración de que el legislador orgánico no quiso indemnizar todo supuesto de absolución en el art. 294 LOPJ y de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, según su máximo intérprete, prohíbe establecer distinciones entre las razones de la absolución vinculadas a la presunción de inocencia. La protección de un derecho fundamental (a la presunción de inocencia) se ha impulsado así, paradójicamente, a costa de la garantía resarcitoria de quienes han sufrido la privación cautelar de otro derecho fundamental (a la libertad)².

Frente a la aplicación de la nueva interpretación del art. 294.1 LOPJ por parte del Ministerio de Justicia y la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional se han interpuesto y admitido a trámite decenas de recursos de amparo. En un primer momento, el Tribunal Constitucional optó por limitarse a hacer suya la doctrina estrasburguesa. Resolvió así dos recursos, otorgando el amparo por vulneración de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), en cuanto derecho fundamental que impide denegar la indemnización con argumentos que directa o indirectamente pongan en duda la inocen-

2. Se han referido a esta paradoja o efecto perverso, E. Cobreros Mendazona, "Los paradójicos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida (Las Sentencias Puig Panella y Tendam del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)", en *Administración de justicia. Un análisis jurisprudencial. Liber amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Thomson Reuters/Civitas. Cizur Menor, 2012, págs. 2775-2806; 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)", en la misma obra colectiva, págs. 2943-2966; y M. Sánchez Morón, "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* (TEDH 2010, 84) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Justicia administrativa*, núm. 55/2012, págs. 49-64.

cia del demandante (SSTC 8/2017, de 19 de enero (RTC 2017, 8), y 10/2017, de 30 de enero (RTC 2017, 10), con votos particulares de Juan José González Rivas y Antonio Narváez Rodríguez).

El Tribunal decidió después revisar a fondo las implicaciones constitucionales del problema y examinar directamente la compatibilidad del art. 294.1 LOPJ con la Constitución. Así resulta del ATC 79/2018, de 17 de julio (RTC 2018, 79), que, en el marco del recurso de amparo 4035-2012, acordó plantear cuestión interna de inconstitucionalidad respecto de los incisos del artículo 294.1 LOPJ "por inexistencia del hecho imputado" y "por esta misma causa" por oposición a los artículos 17, 14 y 24.2 CE. El Auto razona que la formulación de la autocuestión resulta procedente habida cuenta de que la selección de supuestos indemnizables que realizan aquellos incisos "puede dejar fuera otros que debieran serlo con fundamento en las exigencias constitucionales para privar de libertad cautelarmente a una persona (art. 17 CE), incidiendo igualmente en el ámbito de la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al ofrecer un trato diferenciado en función de los motivos por los que no se acuerda la condena en el proceso penal (art. 14 CE)".

2. LA STC 85/2019 (RTC 2019, 85)

La STC 85/2019, de 19 de junio (RTC 2019, 85), ha resuelto la citada cuestión interna, estimándola y, en consecuencia, declarando la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos "por inexistencia del hecho imputado" y "por esta misma causa" del artículo 294.1 LOPJ³. Como en otras ocasiones, el Tribunal ha precisado que, por razones de seguridad jurídica (art. 9.1 CE), esta declaración solo es eficaz en relación con supuestos nuevos y con los procedimientos administrativos y procesos judiciales donde aún no haya recaído una resolución firme. En consecuencia, no permite revisar procesos fenecidos ni reabrir los plazos para formular reclamaciones indemnizatorias.

La Sentencia no afirma ni niega que los incisos cuestionados vulneran el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE). Tampoco se pronuncia abiertamente sobre si, y hasta qué punto, este derecho fundamental exige la indemnización de los perjuicios irrogados. No obstante, razona que el fundamento de la compensación dispuesta en el art. 294 LOPJ es el "sacrificio instrumental de la libertad" impuesto legítimamente a un individuo para proteger el interés general, singularmente "la conjuración de ciertos riesgos relevantes que, para el desarrollo normal del proceso, para la ejecución del fallo o, en general, para la sociedad" (FJ 5). A este respecto, la Sentencia recuerda que "en un Estado social y democrático de Derecho, como el que configura nuestra Constitución, la libertad personal no es solo un valor superior del

3. La Sentencia cuenta con votos particulares, uno de Roca Trías y otro formulado conjuntamente por Narváez Rodríguez y Enríquez Sancho.

ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales" (FJ 5). En suma, según afirma el Tribunal Constitucional, la responsabilidad por prisión provisional seguida de absolución o no condena halla fundamento en el sacrificio de la libertad impuesto a un individuo en beneficio de otros. No se trata de una responsabilidad por error judicial o funcionamiento anormal (art. 121 CE); la existencia de indicios racionales de que la persona puede haber estado involucrada en la comisión de un delito y, con ello, la licitud de la medida cautelar de prisión provisional, no se ponen en cuestión porque posteriormente no haya acusación formal o condena (FJ 3).

La Sentencia argumenta ampliamente que los incisos examinados reducen el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisional acordada conforme a las exigencias constitucionales y legales en un proceso que no concluyó en condena de forma incompatible con los derechos a la igualdad (FFJJ 7 y 8) y a la presunción de inocencia (FFJJ 11 y 12). La selección de supuestos indemnizables que realizan excluye otros abarcados por la finalidad de la previsión resarcitoria, que es la compensación del sacrificio especial impuesto a la libertad personal en aras del interés general; introduce una diferencia entre supuestos de prisión provisional no seguida de condena contraria al art. 14 CE, en tanto que injustificada, por no responder a la finalidad de la indemnización, y conducente a resultados desproporcionados. Por otra parte, en tanto la referida delimitación del ámbito resarcible obedece a las razones de fondo de la absolución, establece de forma inevitable diferencias entre los sujetos absueltos vinculadas a la eficacia del derecho a la presunción de inocencia, obliga a argumentar con base en esas diferencias y deja latentes dudas sobre su inocencia incompatibles con las exigencias del art. 24.2 CE.

La redacción resultante del art. 294.1 LOPJ, una vez excluidos los incisos declarados inconstitucionales y nulos, es la siguiente: "Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios". Una interpretación literal del precepto así depurado permitiría sostener que la prisión provisional, cuando el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolución (o de sobreseimiento libre), daría lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha precisado a este respecto que tal conclusión no se deriva de su sentencia ni puede deducirse del art. 294.1 LOPJ por la sola circunstancia de que la haya depurado de los incisos que lo hacían contrario a los arts. 14 y 24.2 CE (FJ 12). Antes bien, afirma, debe entenderse que "los presupuestos y el alcance de la indemnización" previstos en el art. 294.1 LOPJ "habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones

congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales". De modo que "la doctrina de esta sentencia no solo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al quantum indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho general de daños (como pueden ser la *compensatio lucri cum damno* o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima)".

3. DESPUÉS DE LA STC 85/2019 (RTC 2019, 85)

La STC 85/2019 (RTC 2019, 85) no concreta los criterios que a partir de ahora han de aplicar el Ministerio de Justicia y los órganos judiciales ante reclamaciones indemnizatorias por prisión preventiva. No obstante, cita genéricamente dos (*compensatio lucri cum damno* y culpa de la víctima), obliga a interpretar el art. 294.1 LOPJ en el contexto del Derecho general de daños y rechaza expresamente que la ausencia de condena conlleve automáticamente el nacimiento de un derecho subjetivo a la indemnización. De modo que el crédito resarcitorio habrá de afirmarse o negarse en el marco de la teoría general de la responsabilidad civil (que incluye las subteorías del daño, la causalidad y la imputación subjetiva) sin perder de vista su íntima funcionalidad (compensar el sacrificio legítimamente impuesto a la libertad de un individuo en aras del interés general).

Cabe apreciar, en consecuencia, que esta Sentencia ha cambiado radicalmente los términos con que hasta ahora venía planteándose la cuestión de la indemnización de quien, habiendo sufrido la prisión preventiva, no resulta finalmente condenado. No se trata ya de un problema de mera legalidad ordinaria relativo a la interpretación del inciso "inexistencia del hecho imputado". Se trata de concretar, huyendo de todo automatismo y a la vista de la teoría del Derecho de daños y del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), los presupuestos y alcance de la responsabilidad objetiva por sacrificio especial regulada en el art. 294.1 LOPJ.

El presente estudio pretende, justamente, contribuir al debate, en los términos nuevos y más matizados con que se plantea en la actualidad. Trata, más precisamente, de justificar a partir del Derecho de daños (2) y la Constitución (3) una serie de criterios que habrían de tenerse en cuenta a la hora de resolver sobre la concurrencia y alcance de la responsabilidad objetiva de signo sacrificial regulada en el art. 294.1 LOPJ. Unos se refieren a la citada *compensatio lucri cum damno* (4); otros a la conducta del perjudicado (5). El estudio tratará de determinar, en fin, si cabe emprender una indagación autónoma, a efectos de la indemnización, en torno a si quien padeció la privación cautelar de su libertad cometió verdaderamente la conducta de la que fue absuelto o por la que

no fue condenado a la postre (6). A tal efecto, toma en consideración tanto la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como la diversidad de estándares probatorios del ordenamiento jurídico español. El estudio termina con un apartado de conclusiones (7).

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL OBJETIVA POR SACRIFICIO ESPECIAL

La STC 85/2019 (RTC 2019, 85) afirma categóricamente que el supuesto indemnizatorio previsto en el art. 294.1 LOPJ no responde a una hipótesis de error judicial ni a un funcionamiento anormal de la administración de justicia (art. 121 CE) sino que constituye un supuesto legislativo de daño sacrificial en la libertad. Con ello, la interpretación del art. 294.1 LOPJ, en su actual redacción, queda circunscrita a la lógica de un concreto instituto, el daño de tipo sacrificial, proyectado sobre un ámbito específico de autodeterminación individual (el derecho a la libertad previsto en el art. 17 CE). A fin de aislar los criterios con que resolver a partir de ahora las reclamaciones resarcitorias en estos casos es imprescindible, con carácter previo, dar breve cuenta del significado y alcance de la responsabilidad objetiva por sacrificio (*Aufopferungshaftung*, en el entorno germánico; *responsabilità per atto lecito*, en Italia) dentro de nuestro ordenamiento jurídico.

Múltiples preceptos se refieren expresamente al carácter indemnizable de los sacrificios que, con el fin de evitar perjuicios de mayor alcance (intervención de *damno vitando*), se imponen a ciudadanos que ejercen legítimamente sus derechos.

Por ejemplo, las autoridades pueden causar (con el deber de indemnizar) daños en derechos y bienes de particulares "inocentes" durante la vigencia de los estados de alarma, excepción y sitio (art. 3.2 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio); o para asegurar el mantenimiento del orden público (art. 3 Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales); o para evitar la propagación de incendios (art. 3.2 Decreto Legislativo de la Comunidad de Madrid 1/2006). Los agentes de policía pueden igualmente generar daños con ocasión del desempeño de sus funciones en el patrimonio económico o personal de personas distintas del delincuente (art. 7.2 Ley Orgánica 40/2015). Piénsese en los desperfectos que en una sucursal bancaria puede ocasionar la Policía Nacional al mantener un tiroteo con una banda de atracadores (aunque, a la hora de afirmar y cuantificar la indemnización hay que tener en cuenta la entidad del perjuicio que la acción lesiva ha evitado). Cabe citar igualmente las previsiones que autorizan el sacrificio forzoso de animales y plantaciones o la destrucción de los instrumentos contaminados, obligando a indemnizar siempre que el propietario haya cumplido con la normativa de sanidad animal o vegetal aplicable (art. 20 Ley 8/2003 y art. 21 Ley 43/2002).

A su vez, son prácticamente innumerables los supuestos en que lo que justifica el sacrificio y la obligación de indemnizarlo es, no ya la evitación de

un daño, sino la consecución de cualquier tipo de beneficio social (intervención de *lucro captando*).

El caso paradigmático es el procedimiento expropiatorio, que, regulado con carácter general en la Ley de 1954, desemboca en la privación de propiedades privadas, poniéndolas al servicio de cualquier utilidad pública o interés social. No obstante, la legislación administrativa recoge un sinfín de acciones lesivas de este tipo en que se afirma explícitamente la obligación de indemnizar. Por ejemplo, las obligaciones de servicio público que los "reguladores" pueden legítimamente imponer a empresas privadas para asegurar la universalidad de servicios de interés general, como las telecomunicaciones o los servicios postales; la suspensión de procedimientos de otorgamiento de licencias durante la tramitación de un nuevo plan; la alteración de la ordenación territorial o urbanística, que da lugar a la indemnización del propietario que no pudo desarrollarlo por causas imputables a la administración; las vinculaciones o limitaciones singulares resultantes del planeamiento ambiental o urbanístico; la ocupación, por ejemplo, de terrenos destinados a esa ordenación para dotaciones públicas desde su iniciación hasta la aprobación definitiva de los instrumentos correspondientes o, asimismo, de la zona de servidumbre de las carreteras, incluida su utilización; o la instalación de señales en los límites de los espacios naturales a los fines de su identificación. También la revocación por motivos de oportunidad de actos administrativos favorables, como el rescate de concesiones de obras o de servicios públicos; la modificación de un acto administrativo favorable para adaptarlo a las nuevas normas que redefinen el interés público (p. ej., en materias de urbanismo o costas); la excavación o prospección arqueológica impuesta en cualquier terreno por la posible existencia de yacimientos arqueológicos; o la suspensión de obras por descubrimiento casual de restos de valor arqueológico. Del mismo modo, la suspensión de la ejecución de los contratos administrativos acordada por motivos de interés general; las modificaciones unilateralmente impuestas de las prestaciones pactadas por parte de la administración contratante (*ius variandi*); la actuación pública que, no directamente enderezada a modificar el contrato, incide sobre él, alterando su equilibrio financiero en perjuicio del contratista (*factum principis*); o la reducción de la duración de contrato acordada como sanción contra la entidad pública contratante, que da derecho al contratista al lucro cesante resultante.

Además de estas concretas tipificaciones normativas, hay la cláusula general de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (hoy en el art. 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público). La afirmación del carácter resarcible del daño sacrificial es, justamente, la principal consecuencia de que la administración responda, no solo por "funcionamiento anormal", sino también por "funcionamiento normal". Tal es la interpretación doctrinal originaria y ampliamente consolidada del sistema a la que se atiene la jurisprudencia contencioso-administrativa⁴.

4. El primer y más reputado intérprete del sistema de responsabilidad patrimonial, afirmó tempranamente que la causación lícita e incidental de un daño en aras al interés general constituye una de entre las causas de imputación incluida en la referencia legal al "funcionamiento normal" del servicio público como fuente de la obligación de indemnizar: E. García de Enterría, "Potestad expropiatoria y garantía patrimonial en la nueva Ley de

También el Derecho privado cuenta con tipificaciones normativas que, a la vez que autorizan a un particular a imponer a otro un menoscabo, obligan al beneficiario (que puede coincidir o no con el sacrificante) a abonar la correspondiente compensación. También en estos casos el Estado es autor del sacrificio, al menos en última instancia, pues él es quien ha aprobado las normas que habilitan estas agresiones legítimas entre particulares.

La previsión más general de todas se halla en el Código penal. Autoriza a cualquier individuo "en estado de necesidad" a "lesionar un bien jurídico o infringir un deber" a fin de "evitar un mal propio o ajeno". En tal caso, el sacrificante estará exento de responsabilidad criminal (art. 20, regla 5.ª CP), pero el beneficiario incurrirá en responsabilidad civil: "serán responsables civiles directos las personas en cuyo favor se haya precavido el mal" (art. 118.1, regla 3.ª CP). Otro ejemplo: el art. 14 del texto refundido de la Ley de propiedad intelectual, aprobado por Real Decreto legislativo 1/1996, de 12 de abril, autoriza al autor a retirar la obra del comercio "por cambio de sus convicciones intelectuales o morales, previa indemnización de daños y perjuicios a los titulares de derechos de explotación". El Código Civil atribuye igualmente al dueño la facultad de "desistir por su sola voluntad de la construcción de la obra, aunque se haya empezado", indemnizando al contratista "todos los gastos, trabajo y utilidad que pudiera obtener de ella" (art. 1594). Recoge también el clásico caso del enjambre de abejas: El propietario "tendrá derecho a perseguirlo sobre el fundo ajeno, indemnizando al poseedor de éste el daño causado" (art. 612). En fin, contiene asimismo una amplia serie de supuestos en que el titular del derecho a dañar puede tener que requerir auxilio judicial para imponer un sacrificio que, en todo caso, debe ser indemnizado. Por ejemplo, al referirse al sujeto que abre paso por heredades vecinas (art. 564), hace pasar agua a la finca propia a través de las ajenas (art. 567) o construye presas (art. 554) o partidores (art. 562).

No hay, sin embargo, una cláusula equivalente a la general de responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas que prevea expresamente la obligación de indemnizar del beneficiario de la intervención realizada lícitamente en su favor a costa del patrimonio económico o personal de otro. Esta ausencia es perfectamente entendible desde el momento en que son excepcio-

Expropiación Forzosa", *Anuario de Derecho Civil* t. VIII, núm. 5, 1955, págs. 1023-1163; publicado como libro en 1956: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa. Potestad expropiatoria. Garantía patrimonial. Responsabilidad civil de la Administración* (Instituto de Estudios Políticos, Madrid). El profesor F. Garrido Falla aceptaba igualmente que la "expresión funcionamiento normal" cubre "aquellas actuaciones administrativas –en especial obras públicas– que causan perjuicios singulares que por simple aplicación del principio de igualdad ante las cargas públicas justifica la obligación de reparar" ("Panorama general de la responsabilidad civil" de la Administración pública", *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Marcial Pons, 1998, págs. 34-35). Se trata de los daños que también F. Pantaleón Prieto reconduce al "funcionamiento normal", calificándolos de "cuasiexpropietarios" a la vista de que, como la expropiación forzosa, también entrañan un sacrificio impuesto en aras del interés general ("Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas", *Documentación administrativa*, núms. 237-238, 1994/1-2, págs. 239-252).

nales las habilitaciones para imponer sacrificios en favor de los particulares. Una función capital de la administración (su justificación misma) es, precisamente, procurar el interés público (art. 103.1 CE), por lo que es enteramente normal que, con carácter general, el Derecho autorice a ésta, y no al ciudadano particular, a dañar en aras del interés general. De ahí que el legislador se haya limitado a establecer la obligación de indemnizar cada vez que, por excepción, autoriza semejante comportamiento. En cualquier caso, la doctrina civil más atenta reconduce estas tipificaciones sectoriales a un mismo principio común o general de responsabilidad objetiva por sacrificio especial⁵. De modo que, si el ordenamiento autoriza, por excepción, una injerencia de este tipo con olvido de la indemnización, no por ello la víctima de la intervención lesiva pierde su derecho a la reparación.

Las tipificaciones normativas señaladas y la cláusula general de responsabilidad patrimonial permiten apreciar que el sacrificio es, técnicamente, un daño causado lícita, forzosa y deliberadamente a un individuo en beneficio de algún interés general. El término *sacrificio* [que es al que se atiene la STC 85/2019 (RTC 2019, 85)] es particularmente apropiado para describir sintéticamente este tipo de daños. Proviene de las palabras latinas *sacro* y *facere*, hacer sagradas las cosas, lo que indica que el daño lícitamente impuesto es deseable porque responde a un alto propósito. Cuando el Estado impone (o cuando autoriza a un particular a imponer) un sacrificio, trata a la víctima como una oportunidad para la colectividad, cosificándola o instrumentalizándola, esto es, concibiéndola, no como fin en sí, sino medio que permite beneficiar a los demás, incrementar la riqueza global. La indemnización sirve, justamente, para contrarrestar la cosificación o instrumentalización, esto es, para devolver a la víctima la condición de fin en sí, de persona que, en cuanto tal, es tan digna como los beneficiarios de la intervención lesiva.

Como menoscabo "impuesto", el sacrificio queda caracterizado por la nota de la coactividad. El poder público quita a un individuo algo que le pertenece y lo hace, además, de manera intencional y no consentida. Es preciso, además, que la finalidad de la medida no sea puramente policial o protectora. No pueden conceptuarse como sacrificios las actuaciones públicas que establecen el debido equilibrio entre los derechos de todos o que pretenden reaccionar frente a una ruptura coactiva de dicho equilibrio, preservándolo o devolviéndolo a su estado originario (*justicia conmutativa*). En todos estos casos, quien sufre la respuesta policial o protectora arbitrada por el poder público es, en última instancia, causa del mal que se le impone. Ha decidido agredir

5. Por ejemplo, T. Süß, "La evolución de la responsabilidad por riesgo en el moderno Derecho alemán", *Revista de Derecho privado*, t. 27, 1943, págs. 54-72 (1.ª parte) y págs. 137-159 (2.ª parte). Entre nosotros, últimamente, F. Pantaleón Prieto, "Principles of European Tort Law: Basis of Liability and Defenses. A critical view from outside", *Indret*, núm. 299, 2005.

a los demás y debe, por ello, asumir en su propia esfera las consecuencias de su decisión autónoma. Por eso, solo hay sacrificio cuando el poder público causa coactivamente un mal con la finalidad legítima de obtener una ventaja o utilidad a expensas de quien no ha cometido acto de agresión alguno (*justicia distributiva*). En fin, para que exista el sacrificio ha de verificarse el daño mismo. Si los beneficios generales derivados de la vida social o los especiales que, eventualmente, deriven de la intervención lesiva compensan el perjuicio lícitamente impuesto, no hay propiamente obligación de indemnizar.

De modo que no hay un sacrificio en sentido propio ni, por tanto, la obligación de indemnizar si el daño infligido es imputable a la propia víctima, singularmente si es consecuencia de su comportamiento antijurídico (por eso son irresarcibles los perjuicios causados en legítima defensa para combatir una amenaza o los derivados del correcto ejercicio de potestades sancionadoras o de restablecimiento de la legalidad). Tampoco hay instrumentalización si el daño infligido no supera un umbral mínimo de intensidad (las leves molestias impuestas en beneficio del interés general se compensan con los beneficios generales de la vida social). En fin, no podrá reputarse sacrificial la intervención lesiva que propicia que la víctima obtenga un beneficio especial superior al perjuicio causado.

En consecuencia, las previsiones citadas reconocen un derecho a indemnización que, no obstante, no surge siempre ni mecánicamente. Solo si se cumplen determinadas condiciones (inimputabilidad del daño a la víctima, intensidad perjudicial suficiente y ausencia de beneficio especial) entra en juego el *sacrificium* como título de imputación, generador de una responsabilidad objetiva o por funcionamiento *normal*. Se trata, en todo caso, de criterios que exige de manera general el Derecho de la responsabilidad civil o patrimonial, tanto público como privado. Este requiere en todos los casos (también en la responsabilidad por culpa o funcionamiento *anormal*) que el daño resarcible no sea atribuible a la conducta del perjudicado y pueda reputarse jurídicamente relevante e inferior a los beneficios que eventualmente traigan causa de la intervención lesiva (*compensatio lucri cum damno*). De acuerdo con la STC 85/2019 (RTC 2019, 85) y según razonaremos con detenimiento después, el art. 294.1 LOPJ recoge un supuesto más de responsabilidad por daño sacrificial que, en cuanto tal, está sujeto a esta serie de requisitos o condiciones⁶.

6. Sobre la responsabilidad objetiva por sacrificio especial, más ampliamente: L. Medina Alcoz, "El problema de la culpa en el Derecho de daños", en *La falta de servicio*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, págs. 363-456; D. Utrilla Fernández-Bermejo, *Expropiación forzosa y beneficiario privado: una reconstrucción sistemática*, Marcial Pons, Madrid, 2015, en general y, especialmente, en págs. 31-44, 154-156, 227-236; I. Rodríguez Fernández, "La responsabilidad objetiva de la administración pública y la equidistribución del coste del bien común", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 195, 2018, págs. 155-192.

La larga serie de preceptos que autoriza la imposición de sacrificios con la obligación de indemnizarlos concilia lo aparentemente inconciliable. Consigue preservar o ampliar la riqueza global sin transferir cuotas del patrimonio de un individuo al patrimonio de otro. Protege al *grupo* a través del derecho a sacrificar el patrimonio económico o personal de alguien, pero protege también al *individuo* sacrificado a través del derecho a ser indemnizado. Por eso la autorización de sacrificios es, primariamente, una manifestación de la cláusula constitucional del Estado social y democrático (art. 1.1 CE), que permite a los poderes públicos decidir cuál es el interés general dentro de un marco constitucional sumamente abierto y flexible de directrices, así como proteger ese interés general a costa de los intereses privados o individuales. El interés general no es ya solo el interés en la incolumidad (asegurar la paz social mediante límites que evitan el ejercicio lesivo de la libertad individual). Es cualquiera señalado como tal por el poder político democráticamente legitimado dentro del marco constitucional. Consecuentemente, cabe la intervención pública para evitar la reducción de la riqueza global (sofocando peligros y evitando daños), pero también para conseguir su aumento (dinamizando todo tipo de objetivo social). Por otra parte, la indemnización en este tipo de casos desarrolla la cláusula del Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y el imperativo deontológico de la dignidad humana (art. 10.1 CE). Contrarresta los efectos redistributivos de la intervención lesiva. El epígrafe siguiente aborda específicamente la dimensión constitucional del daño sacrificial con particular relación al derivado de la prisión provisional⁷.

III. LA INDEMNIZACIÓN DEL SACRIFICIO LEGÍTIMO DE DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL

1. APROXIMACIÓN

Según hemos visto, la STC 85/2019 (RTC 2019, 85) no aborda expresamente la vinculación constitucional directa entre el derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) y la indemnización de la prisión provisional legítima seguida de absolución o no condena. No obstante, razona ampliamente que el fundamento de la compensación dispuesta en el art. 294 LOPJ es el "sacrificio

7. Sobre la indicada conexión de las cláusulas generales del Estado social y democrático de Derecho con la causación deliberada (y reparación de) sacrificios: L. Medina Alcoz, "El problema de la culpa en el Derecho de daños", cit., págs. 363-456; con J. M. Rodríguez de Santiago, "Social Rights in Spain", en *Social and Economic Rights as Fundamental Rights*, Eleven International Publishing, The Hague, 2015, págs. 341-367; S. del Saz Cordero, "La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado", *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014, págs. 55-98; D. Utrilla Fernández-Bermejo, *Expropiación forzosa y beneficiario privado: una reconstrucción sistemática*, cit., a lo largo de toda la obra, especialmente en págs. 31-44; I. Rodríguez Fernández, "Estado social de Derecho y daño sacrificial", en *PA. Persona e Amministrazione Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, núm. 2, 2018, págs. 377-406.

instrumental de la libertad"; libertad que "no es solo un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE), sino además un derecho fundamental (art. 17 CE), cuya trascendencia estriba precisamente en ser presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales" (FJ 5). Aunque la sentencia no afirma expresamente la existencia de un vínculo necesario entre la indemnización de la prisión provisional legítima y el art. 17 CE sí que constata que el art. 294.1 LOPJ constituye una hipótesis normativa que materializa legislativamente ese vínculo. La aplicación del art. 294.1 LOPJ solo puede realizarse, por tanto, desde el entendimiento de la dinámica de los daños sacrificiales resultantes de una injerencia lícita en el derecho a la libertad⁸.

Al disponer la indemnización del daño sacrificial en el derecho a la libertad, el ordenamiento jurídico español huye de dos radicalismos enfrentados. Uno de ellos extrema hasta límites socialmente inasumibles el juego de la libertad individual (concibiendo el Estado como puro Estado de Derecho, en el que una privación de libertad con fines sociales no tiene cabida). El otro relativiza completamente la libertad individual hasta convertirla en un puro residuo cuando ya se han verificado las diversas actuaciones que el poder público arbitra para la satisfacción de los intereses colectivos (concibiendo el Estado como puro Estado social, en el que la libertad individual es delimitada permanentemente en función de las necesidades públicas, siendo el individuo un mero medio o instrumento para la satisfacción de éstas).

a) La visión radical de la libertad como ámbito de autodeterminación intangible es hoy muy minoritaria y responde, normalmente, a posiciones políticas libertarias, para las que la única coacción legítima que el poder público puede ejercer es la que tiene como propósito la protección de los derechos individuales. Los fundamentos teóricos de tal cosmovisión se remontan al contrato social lockeano y a la teoría kantiana del derecho, que coinciden en la idea de que no cabe ninguna coacción pública que no sea puramente protectora de derechos individuales. Para John Locke, en el estado de naturaleza el Derecho Natural pros-

8. La vinculación de la indemnización prevista en el art. 294.1 LOPJ con el derecho fundamental a la libertad personal no es extraña en la doctrina académica: Cfr. L. Medina Alcoz, "La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas (III)", en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho administrativo. Las garantías de los ciudadanos y el control de las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, tomo IV, págs. 135-179, y "El problema de la culpa en el Derecho de daños", cit., págs. 363-456; S. del Saz Cordero, "La obligación del Estado de indemnizar los daños ocasionados por la privación de libertad de quien posteriormente no resulta condenado", cit., págs. 55-98. En el ámbito comparado, se asimila habitualmente la prisión preventiva a una suerte de expropiación de la libertad. Cfr. G. Doménech Pascual, "¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento". Vid. también L. Arroyo Jiménez, "Puig Panella C. España (STEDH de 25 de abril de 2006): La presunción de inocencia y la responsabilidad patrimonial del Estado por prisión provisional", en *Conflicto y diálogo con Europa. Las condenas a España del Tribunal Europeo de Derechos humanos*, Thomson Reuters/Civitas, Cizur Menor, 2013, págs. 313-349.

cribe que un individuo actúe coactivamente sobre los derechos de otro, aunque sea para lograr algún beneficio común a ambos. La violencia solo está justificada como respuesta frente a quienes llevan su libertad más allá de su propia esfera, invadiendo la ajena. Entiende, por ello, que el contrato social –como acto de constitución de la sociedad civil– no puede servir para que los individuos transfieran a la autoridad pública un poder de coacción del que ellos mismos carecían (el que se orienta a obtener un bien mayor). Solo pueden transmitir su previo poder de autodefensa, puramente protector⁹. Kant hace idéntico razonamiento, aunque desde la óptica de la razón *a priori*. Si el primer derecho fundamental deducible por vía racional es el de libertad (pues la *dignidad de la persona* como ser racional implica la autonomía, esto es, la capacidad de dictarse la propia norma de comportamiento), el principio de no contradicción veda toda coacción contraria a ese derecho salvo una sola: aquella que pretende repeler un ataque a la libertad. La única coacción compatible con los derechos naturales es, así, la que los defiende de una agresión, esto es, la que, al materializar una legítima defensa individual o el ejercicio de poderes estatales de policía, afirma la libertad y no incurre en contradicción formal con ella¹⁰.

Llevada esta óptica radical al instituto de la prisión provisional, la conclusión es clara: solo cabe la coacción contraria a la libertad cuando se ha establecido la existencia de la agresión. Aplicar la coacción pública a quien no se sabe aún si es el agresor es una privación utilitarista del derecho. Es, por tanto, ilegítima. Esta es, por ejemplo, la posición de Murray N. Rothbard, que en su *Manifiesto Libertario* sostiene que no cabe, en ningún grado, la prisión provisional pero sí, sin restricción alguna, el juicio en ausencia. El que decide no comparecer al proceso penal ejerce, en su opinión, su autonomía individual y renuncia libremente a defenderse de la acusación. Solo la sentencia que establece la culpabilidad es título válido para privar de libertad al agresor¹¹. Es obvio que esta perspectiva excluyente de la injerencia sacrificial en la libertad resulta inasumible en nuestro orden constitucional, que no solo admite (art. 1.1 CE) la coacción protectora de derechos (Estado material de Derecho) sino también la acción pública coercitiva que pretende obtener ventajas colectivas (Estado social). Contempla, además, expresamente el instituto de la prisión provisional o preventiva (art. 17.4 CE).

b) El otro radicalismo del que huye nuestro sistema es el puramente funcionalista (o, como diría Recasens Siches, "transpersonalista"¹²), para el que

9. J. Locke, *Ensayo sobre el Gobierno Civil*, Aguilar, Madrid, 1980, pág. 20.

10. I. Kant, *La Metafísica de las Costumbres*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 42.

11. Se respeta, con ello, plenamente "la regla libertaria esencial de que no se puede utilizar la fuerza contra nadie que no haya sido declarado culpable de un crimen". M. N. Rothbard, *Hacia una nueva libertad. El Manifiesto Libertario*, Unión Editorial, Madrid, 2013, págs. 263-264.

12. L. Recasens Siches, *Tratado general de Filosofía del Derecho*, Editorial Porrúa, México D.F., 2013, págs. 497-498.

la libertad individual (como derecho) tiene un ámbito de aplicación discrecionalmente delimitado por el poder público, que evalúa, al efecto, los diferentes intereses en presencia. No habría una libertad *a priori* racionalmente derivada de la condición de persona, que se imponga al poder público como contenido normativo *ex ante*, sino una libertad configurada o delimitada circunstancialmente por el propio Estado tras la ponderación de los intereses en presencia en cada caso. Para esta visión alternativa, donde se aplica legítimamente (esto es, con todos sus requisitos habilitantes) la prisión provisional no entra en juego la libertad como derecho. Luego, en principio, la prisión provisional es un *límite* del derecho a la libertad y, si se cumplen los presupuestos constitucionales y legales, queda excluida toda tutela jurídica individual. Si el instituto ha sido adecuadamente aplicado, quien haya sido privado de su libertad nada puede reclamar. La indemnización no es una exigencia de Estado (material) de Derecho que el individuo afectado pueda oponer al poder público como inherente a su estatuto de persona (arts. 1.1 y 10.1 CE), esto es, a su condición de fin en sí mismo y no de mero medio, utilidad o instrumento de fines ajenos.

c) Frente a ambas opciones radicales, nuestro ordenamiento ha optado por una vía intermedia, coherente con la noción de *Estado social de derecho*, que es un enunciado unitario y no la mera adición de cláusulas fragmentarias e independientes. El Estado no puede ser unas veces puro Estado de Derecho y otras veces puro Estado social. Ha de conciliar ambas cláusulas en todo momento.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PROHIBICIÓN DE SACRIFICIOS ESPECIALES Y, SUBSIDIARIAMENTE, COMO OBLIGACIÓN DE INDEMNIZARLOS

La cláusula de Estado de Derecho (art. 1.1 CE) exige la protección de los derechos fundamentales (arts. 14 a 38 CE). Un derecho fundamental es un bastión de "libertad en un ámbito de la existencia" (SSTC 25/1985, de 14 de julio, FJ 5, y 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998, 81), FJ 2) frente a la acción del Estado. Funciona normalmente como barrera que el poder público no puede traspasar, como una prohibición de sacrificar esa esfera individual constitucionalmente garantizada, por muy útil que ello pudiera ser para el interés general. El derecho fundamental impide al Estado utilizar a un individuo para sus fines, esto es, que pueda tratar a una persona como una cosa, medio o mero instrumento.

No obstante, los derechos fundamentales de carácter patrimonial no suelen funcionar como barrera a la acción del Estado. Por de pronto, de acuerdo con varios preceptos constitucionales (entre otros: arts. 9.2, 30, 31, 131.1 y 138.1 CE), las autoridades pueden recaudar impuestos y emplearlos en tareas de las que no se beneficia el contribuyente; o imponer prestaciones personales (p. ej., servicio militar obligatorio), aunque ello acarree severos empobreci-

mientos patrimoniales (si la retribución por el cumplimiento de la prestación es netamente inferior a la que el ciudadano habría conseguido de otro modo) [cfr., entre muchas, STC 73/2017, de 8 de junio (RTC 2017, 73), FFJJ 3 a) y 4]. Prescindiendo, incluso, de la virtualidad de aquellos preceptos constitucionales, la circunstancia de que la propiedad privada esté salvaguardada como un derecho fundamental (art. 33 CE) no impide al Estado hacerla suya pura y simplemente para los fines ("utilidad pública o interés social") que él entienda merecedores de mayor protección (p. ej., para construir autopistas u hospitales). Ahora bien, cuando el Estado instrumentaliza legítimamente al propietario, queda obligado a indemnizar (art. 33.3 CE). Dicho gráficamente: cuando el Estado expropia para construir autopistas u hospitales, está asignando más valor a los conductores y a los enfermos que a los propietarios; pero mediante la indemnización que exige el art. 33.3 CE consigue recuperar la identidad de valor de todos, su dignidad (art. 10.1 CE). La indemnización evita la cosificación del propietario; su función es que el Estado pueda proteger al conjunto social sin poner a un individuo al servicio de otro; proteger a los conductores y a los enfermos mediante la expropiación de fincas, pero sin instrumentalizar al propietario. Las cláusulas de Estado de Derecho y Estado social quedan, así, armonizadas y convertidas en una cláusula unitaria de *Estado social de Derecho*.

A diferencia de estos derechos fundamentales, los de contenido extrapatrimonial funcionan habitualmente como prohibición del sacrificio especial. Por ejemplo, respecto del derecho fundamental a la vida y a la integridad física (art. 15 CE), se dice que la causación deliberada y vejatoria de padecimientos físicos o psíquicos está sujeta a una prohibición absoluta, "sean cuales fueren los fines", porque "cosifica al individuo, rebajándolo a un nivel material o animal", o "lo mediatiza o instrumentaliza, olvidándose de que toda persona es un fin en sí mismo" [STC 56/2019, de 6 de mayo (RTC 2019, 56), FJ 5 c), citando las SSTC 120/1990, de 20 de julio, FJ 9, 207/1996, de 16 de diciembre (RTC 1996, 207), FJ 4, 181/2004, de 2 de noviembre (RTC 2004, 181), FJ 13]. Ciertamente, el Estado puede delimitar y limitar los derechos fundamentales sustantivos no patrimoniales a fin de asegurar que su ejercicio no interfiera en los derechos de otros, siempre que las restricciones establecidas sean adecuadas, necesarias y proporcionadas. Lo que quiere destacarse es que el poder público no está autorizado, con carácter general, a imponer sacrificios en el sentido expuesto, esto es, menoscabos forzosos de sujetos que no amenazan ni agreden intereses generales o de terceros, pero que son útiles para lograr un objetivo social.

Ahora bien, en supuestos muy excepcionales, la Constitución permite que el Estado utilice para sus fines derechos fundamentales de contenido extrapatrimonial. Ello ocurre, por ejemplo, con las vacunaciones obligatorias y las campañas de vacunación; en estas últimas, el Estado no informa de que

un porcentaje muy pequeño de los vacunados sufrirá graves daños porque, si lo hiciera, habría menos voluntarios y, por tanto, riesgos mucho mayores de propagación de epidemias. Dicho simplemente, el Estado obliga o promueve la vacunación voluntaria "desinformada" porque sabe que, aunque las vacunas matarán a tres, salvarán a diez mil. El debate constitucional trabado en torno a este problema es el siguiente: el derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) podría operar como barrera que impide la vacunación obligatoria o que, si la vacunación está configurada como voluntaria, exige al Estado que informe cumplidamente de los riesgos, aunque ello suponga aceptar que morirán muchos como consecuencia de las epidemias. Cabe, sin embargo, defender, en atención, precisamente, al superior interés general, que el derecho fundamental a la vida no debe funcionar como barrera o prohibición del sacrificio especial. Bajo esta óptica, el Estado podría llevar a cabo esta suerte de expropiación de la vida. Ahora bien, si esto se acepta, no es discutible que la fundamentalidad del derecho a la vida (art. 15 CE) exige, al menos, indemnizar los daños derivados de la vacunación obligatoria o, si era voluntaria, los derivados de la actualización de riesgos de los que el Estado no informó legítimamente a los voluntarios para asegurarse del éxito de la campaña. En tal caso, la víctima conserva su derecho fundamental a la vida (art. 15 CE) y, en particular, a que su integridad física no sea funcionalizada en beneficio de otros, solo que, en estas concretas circunstancias, este derecho fundamental se expresa, no como barrera o impedimento de la acción lesiva, sino como derecho a una compensación que, en lo posible, traduzca económicamente el *status quo ante*.

Es muy ilustrativa en este sentido la STS, Sala 3.^a, de 9 de octubre de 2012 (RJ 2012, 10199). Un camarero de 37 años se desplazó a un centro de salud para recibir la vacuna antigripal, desencadenándose a los diez días una grave dolencia, pero de escasa frecuencia (entre 1 y 9 casos cada 10.000 pacientes). Se trata del Síndrome de Guillain-Barré, que dio lugar a una disminución funcional del 85% determinante de que le concedieran la invalidez absoluta. La vacunación era voluntaria y la víctima no estaba siquiera en alguno de los grupos de riesgo para los que se recomienda fuertemente. No obstante, según el Tribunal Supremo, no puede perderse de vista que esa vacunación tuvo lugar "en el curso de la campaña anual promovida y favorecida por la Administración sanitaria" "en la búsqueda del interés general que beneficie a toda la población". La sola circunstancia de que la administración promueva la vacunación para la evitación de epidemias justifica que "los perjuicios de la programación anual de vacunación, previsibles y conocidos por el estado de la ciencia en el momento de implantación de esta política de salud pública, sean soportados por toda la sociedad, porque así lo impone el principio de solidaridad y socialización de los riesgos, con el fin de lograr un mejor reparto de los beneficios y cargas". El Tribunal insiste en que estas campañas persiguen "intereses no solo particulares, sino también generales de salud pública, para la disminución de la incidencia o erradicación de enfermedades que, como la gripe, puede ser una enfermedad muy grave cuando se extiende de forma genérica a una población numerosa, con complicaciones también muy graves y fuerte absentismo laboral". Pero que, siendo esto así, "la carga social" que ha afectado al reclamante

"ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanen de la programación" de estas campañas. Se añade como argumento que esta responsabilidad es fundamental porque obligar a los servicios de salud a proporcionar "una información excesiva de los riesgos de la vacunación sería un factor disuasorio a la adhesión de la campaña, cuyo éxito requiere de la máxima cobertura de la población por la vacuna". La ausencia de consentimiento informado es en este caso lícita, pero, al igual que en la vacunación obligatoria, si la víctima sufre a la postre perjuicios derivados de la vacunación tiene derecho a la indemnización. La Sentencia estima íntegramente el recurso, otorgando los 468.699,42€ solicitados.

La prisión provisional legítimamente adoptada frente a quien resulta ser inocente plantea exactamente el mismo problema que las vacaciones obligatorias o "desinformadas", según razonamos seguidamente.

3. EN PARTICULAR, LA INDEMNIZACIÓN DE LA PRIVACIÓN CAUTELAR DE LIBERTAD COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL

El derecho fundamental a la libertad (art. 17 CE) normalmente funciona como prohibición del sacrificio especial, esto es, como barrera que impide directamente que el Estado utilice a un individuo para sus fines. En el orden constitucional la privación de libertad solo puede materializarse, como regla general, cuando el poder público ha podido establecer la culpabilidad del acusado más allá de toda duda razonable (lo que ocurre cuando se dicta una sentencia condenatoria firme). Pero esta *barrera* frente a la injerencia en la libertad admite excepciones. Si la privación de libertad solo pudiera imponerse cuando la sentencia condenatoria fuera firme, los procesos penales serían completamente ineficaces; el título de condena o bien nunca llegaría a materializarse (dados los límites fijados al juicio en ausencia en nuestro ordenamiento) o bien no tendría posibilidad real de ejecutarse, ya que el acusado habría podido colocarse fuera del alcance de la acción de la justicia. El Estado se vería igualmente incapaz de evitar la reiteración de hechos delictivos por parte de quienes claramente pretenden persistir en la conducta criminal investigada, agrediendo nuevamente a la víctima del hecho punible o continuando su colaboración con una organización criminal activa. La consiguiente situación de inseguridad ciudadana y jurídica sería, obviamente, inasumible. Por eso, la propia Constitución autoriza que se acuda excepcionalmente a la prisión provisional para evitar esos resultados socialmente indeseables, dotando a los procesos penales de la imprescindible eficacia y afrontando, con ello, las consecuencias dañosas que esa "situación de necesidad" entraña "en un contexto de incertidumbre acerca de la responsabilidad penal de la persona sobre cuya privación de libertad se discute" [STC 35/2007, de 12 de febrero (RTC 2007, 35)].

El Estado sabe que mediante un régimen de prisión preventiva acabará sacrificando durante un tiempo la libertad de algunos inocentes, pero a cambio

tendrá encarcelados a muchos culpables. El Estado utiliza a unos pocos en beneficio del resto o, más precisamente, para asegurar la posibilidad misma de un proceso penal efectivo y, en definitiva, el ejercicio de un *ius puniendi* de inequívoca relevancia constitucional. Dicho gráficamente: se sacrifica la libertad de tres inocentes, pero, al encerrar preventivamente a sujetos que, en realidad, son auténticos criminales, se protege la libertad del resto de miembros de la sociedad. Por lo mismo que el art. 15 CE obliga a indemnizar a quienes sufran daños derivados de aquellas vacunaciones obligatorias o legítimamente "desinformadas", el art. 17 CE obliga a indemnizar a aquellos inocentes que han visto sacrificada su libertad individual por el beneficio social. Piénsese solo por el momento en quien resulta absuelto porque en realidad mató en legítima defensa, esto es, en ejercicio de su derecho a repeler una agresión. Si este individuo sufre una prisión provisional legítimamente acordada durante, por ejemplo, tres años, es evidente que la protección constitucional de su libertad solo puede realizarse mediante la indemnización. Dejar de indemnizarle es un fuerte atentado a su libertad (art. 17 CE) y, en última instancia, a su dignidad personal (art. 10.1 CE). Significa, pura y simplemente, aceptar que, de acuerdo con la Constitución, la libertad del individuo sacrificado vale menos que la libertad de los demás miembros de la sociedad, que somos los beneficiarios de la medida sacrificial.

Los derechos fundamentales de contenido extrapatrimonial son los más relevantes en el esquema axiológico de la Constitución, de lo que es ya indicativo que reciban la especial protección de un procedimiento jurisdiccional basado en los principios de preferencia y sumariedad, así como del recurso de amparo (art. 53.2 CE). Precisamente por eso los arts. 15 y 17 CE no consienten normalmente, respecto de la vida y la libertad, lo que permite el art. 33 CE respecto de la propiedad: que el derecho fundamental de alguien que no amenaza la incolumidad de los demás sea sacrificado por una utilidad pública o interés social. Ahora bien, cuando la vida y la libertad cobran, por excepción, "función social" y pueden ser legítimamente sacrificados por el beneficio general, han de recibir al menos el mínimo de protección que la Constitución garantiza a la propiedad: la indemnización. Decir que la Constitución soporta que deje de indemnizarse al perjudicado por la vacuna o a quien fue preventivamente encarcelado y luego absuelto (p. ej., porque actuó en legítima defensa) es tanto como decir que la Constitución asigna más protección a la propiedad (art. 33 CE) que a la vida (art. 15 CE) y a la libertad (art. 17 CE), lo que no es cierto. Por tanto, una interpretación del art. 17 CE en ese sentido, como norma a la que le es indiferente que haya habido inocentes en prisión provisional, es incompatible con el significado constitucional de la dignidad humana (art. 10.1 CE) y con la mayor relevancia asignada a los derechos fundamentales susceptibles de amparo frente al derecho fundamental a la propiedad privada.

No hay que sorprenderse de que la Constitución no prevea expresamente una indemnización para los supuestos de daños sacrificiales verificados en de-

rechos fundamentales como la vida, la integridad física o la libertad, mientras que sí lo hace para el derecho de propiedad (art. 33.3 CE). Las operaciones sacrificiales en la propiedad están estandarizadas en nuestro Estado social de Derecho como resultado de una tradición histórica consolidada. Forman parte de la relación cotidiana que el poder público entabla con los ciudadanos para realizar el interés general. Los sacrificios de derechos de mayor entidad son, como queda dicho, excepcionales. Su dinámica es poco acorde con una estandarización constitucional que podría dar la sensación equívoca de que estamos ante un recurso ordinario al servicio de las políticas públicas. El debate en relación con los derechos fundamentales más básicos es, según se ha expuesto, el de determinar si cabe y, sobre todo, cuándo cabe el sacrificio, pero una vez que una hipótesis sacrificial se acepta como viable la indemnización de quien la sufre en beneficio de los demás va prácticamente de suyo. Que la indemnización (como técnica adjudicativa del resultado dañoso) no esté expresamente regulada no significa que no sea constitucionalmente exigible una vez que el sacrificio se considera constitucionalmente admisible (a través de técnicas ponderativas que evalúan la imperatividad de la injerencia desde la óptica del bien común). Tampoco están expresamente previstas en la Constitución las técnicas ponderativas que justifican la injerencia en los derechos fundamentales (como el juicio de proporcionalidad). Estamos ante un problema de teoría general de los derechos fundamentales. Somos los juristas los que debemos ahondar en estas exigencias implícitas de la Constitución¹³.

Ha de tenerse en cuenta, igualmente, que los daños sacrificiales que se verifican en supuestos como el de la prisión provisional seguida de absolución y el de la vacunación obligatoria o altamente incentivada tienen una etiología distinta al daño expropiatorio del art. 33.3 CE. Cuando la Constitución regula la expropiación forzosa está contemplando una modalidad de injerencia que en todo momento se manifiesta como una operación típicamente sacrificial. Que los casos se ajusten siempre al mismo patrón facilita la estandarización normativa. La administración que expropia sabe en todo momento que no está decomisando un bien ilícitamente obtenido, sino que está privando a un ciudadano de una propiedad que legítimamente le corresponde, pero que necesita quitarle para realizar el interés general. Ni el juez que acuerda la prisión provisional ni el profesional sanitario que administra la vacuna tienen, en cambio, conciencia o conocimiento cierto de que sacrifican los derechos del individuo investigado o del paciente. Confían en que se verificará la hipótesis estadísticamente habitual, esto es, que no se producirá una absolución posterior del

13. Sobre la caracterización de las injerencias de tipo sacrificial desde el punto de vista de la teoría general de los derechos fundamentales (distinguiendo el juicio ponderativo y el adjudicativo) y las razones por las que la Constitución no contiene cláusulas sacrificiales estandarizadas más allá del supuesto típico de la propiedad, más ampliamente, I. Rodríguez Fernández, "La dimensión constitucional del daño sacrificial", *Revista general de Derecho Constitucional*, núm. 29, 2019.

preso (que el *fumus boni iuris* hace poco probable) ni una reacción adversa a la vacuna. En realidad, es la regulación que opta por la prisión provisional o por la vacunación obligatoria o altamente incentivada la que asume y acepta estos riesgos (en cuanto inherentes a la medida pública que arbitra) contemplando de antemano, por la evidencia estadística disponible, que existirán hipótesis sacrificiales residuales. La particular fisonomía de estos daños (como hipótesis de excepción dentro de institutos que, en su operatividad general, no producen resultados sacrificiales) explica, igualmente que no exista una regulación constitucional estandarizada (al estilo de la expropiación forzosa) sin que esto altere, en modo alguno, la evidencia de la exigibilidad constitucional del resarcimiento de los daños sacrificiales puntuales que institutos como la prisión preventiva o la vacunación obligatoria generan¹⁴.

4. LA DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROBLEMA NO CONDUCE A UNA RESPONSABILIDAD AUTOMÁTICA O ILIMITADA

La comprensión de la regulación del art. 294.1 LOPJ como indemnización del daño sacrificial en la libertad (art. 17 CE) nos sitúa dentro de un concreto marco conceptual. Obliga a determinar si el derecho a la libertad de un ciudadano ha sido lícitamente instrumentalizado en beneficio del bien colectivo.

La constatación de que la reparación del sacrificio derivado de la prisión preventiva halla fundamento en el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE) es compatible con el reconocimiento de márgenes de configuración legislativa en cuanto al sistema de indemnización. Tal como la propia STC 85/2019 (RTC 2019, 85) ha puesto de relieve, tales márgenes son enormes en cuanto al *quantum*; la Constitución no impone un baremo para valorar los daños extrapatrimoniales, que es de suyo convencional. Puede establecerla con muchos márgenes el legislador y, dentro del ámbito de discrecionalidad que este libere, la propia administración y los órganos judiciales que conocen de las reclamaciones.

A su vez, la constatación de que la responsabilidad por prisión provisional tiene una dimensión constitucional ni mucho menos supone que el libramiento de la indemnización sea automático e ilimitado. El presupuesto de toda responsabilidad objetiva por sacrificio especial es, justamente, que haya verdaderamente un sacrificio, lo que, según hemos visto y como da claramente a entender la STC 85/2019 (RTC 2019, 85), no ocurre cuando el daño infligido es imputable a la propia víctima, no supera un umbral mínimo de intensidad o resulta materialmente compensado por beneficios especiales igualmente derivados, directa o incidentalmente, de la intervención lesiva.

14. Sobre las conexiones existentes entre ciertas hipótesis de daño sacrificial y la responsabilidad objetiva por riesgo, más ampliamente, I. Rodríguez Fernández, "La responsabilidad objetiva de la administración pública...", cit., págs. 184-188.

Expuesto el sentido y alcance del art. 294.1 LOPJ como daño sacrificial, que es como lo califica y caracteriza la STC 85/2019 (RTC 2019, 85), procede pues ofrecer pautas interpretativas que, siendo congruentes con dicha calificación jurídica, permitan a la administración y a los tribunales contencioso-administrativos aplicar el precepto legal aludido en su actual redacción, visiblemente abierta y necesitada, por ello, de una importante tarea de exégesis.

IV. LA "COMPENSATIO LUCRI CUM DAMNO". LA REPARACIÓN EN FORMA ESPECÍFICA DERIVADA DE LOS BENEFICIOS DE LA VIDA SOCIAL Y DEL DESCUENTO DE LA PRISIÓN PROVISIONAL EN CAUSA DISTINTA

La STC 85/2019 (RTC 2019, 85), tras excluir el automatismo de la indemnización en los supuestos de prisión provisional con ulterior absolución o no condena y remitirse al Derecho general de daños, se refiere específicamente a la *compensatio lucri cum damno*. Alude así a una serie diversa de situaciones determinantes de que el responsable no tenga que resarcir al perjudicado por aquellos daños y perjuicios que dejan de serlo o se palian, en virtud de las ventajas (*damnum cessans; lucrum emergens*) obtenidas con ocasión del hecho dañoso¹⁵. Conforme a este principio, deben ponderarse las ventajas obtenidas por el perjudicado como consecuencia (directa, indirecta o incidental) del hecho dañoso para impedir que su resarcimiento suponga un incremento patrimonial carente de justificación (enriquecimiento injusto), pues se trata de consecuencias perjudiciales que, por razón de tales beneficios, dejan de serlo, total o parcialmente. Piénsese en el funcionario o trabajador por cuenta ajena que, durante el período de su incapacidad temporal, sigue percibiendo total o parcialmente su sueldo. También en el incapacitado permanente que deja de percibir su nómina (lucro cesante, al dejar de trabajar), pero que, no obstante, es beneficiario de una pensión social. O en el lucro cesante de los familiares dependientes del fallecido que cobran su pensión (viudedad, orfandad). En estos casos, la reparación del lucro cesante debe limitarse a la diferencia entre lo que habría percibido el lesionado, de no haber sufrido el accidente, y lo que recibe a partir de él.

La *compensatio lucri cum damno* tiene un amplio juego en el ámbito de la responsabilidad objetiva por sacrificio especial, según hemos ya anticipado. Hay que tener presente, en primer lugar, que es propio de un daño sacrificial que el individuo dañado esté "en los dos lados de la transacción"¹⁶. Las necesidades colectivas no son completamente "ajenas" al individuo singularmente afectado, que también es un beneficiario de las políticas públicas. Piénsese en

15. Cfr. M. Medina Crespo y M. Medina Alcoz, "La *compensatio lucri cum damno*": La denominada teoría del descuento", *Revista de responsabilidad civil y seguro*, 3, 2005.

16. R. A. Epstein, *Takings, Private Property and the Power of Eminent Domain*, Harvard University Press, Cambridge, 1985, pág. 205.

las obras para el ensanchamiento y mejor acondicionamiento de una vía pública entre cuyos efectos está la disponibilidad de mayor espacio por parte de bares y restaurantes para el montaje de terrazas. Durante el desarrollo de las obras, esos bares y restaurantes pueden sufrir pérdidas por las dificultades de acceso a sus locales, pero éstas pueden compensarse total o parcialmente con las mayores posibilidades de negocio que la propia intervención generará en el corto y medio plazo. Piénsese también en el siguiente caso: El propietario de un edificio alquila uno de sus apartamentos a otro, que resulta ser un traficante de estupefacientes sin que aquel lo sepa. Agentes de la autoridad rompen la puerta de acceso al apartamento en el marco de una operación anti-drogas, que concluye con el traficante en prisión. La intervención policial ha causado un sacrificio concreto al propietario (los gastos de restauración o reposición de la puerta), pero también un beneficio concreto que lo compensa (el desalojo del delincuente y, previsiblemente, la revalorización del apartamento y del entero inmueble)¹⁷.

En relación con el problema que nos ocupa, cabe apreciar, en primer término, que hay hipótesis en las que la privación de libertad verificada no alcanza, por su menor intensidad, el umbral mínimo necesario para exigir resarcimiento. Como se ha dicho ya, las necesidades colectivas no son completamente "ajenas" al individuo singularmente afectado, que también es un beneficiario de las políticas públicas. La actividad estatal proporciona un grado de seguridad y certidumbre que multiplica el valor de los bienes de los que todos disfrutamos. Permite, asimismo, superar, gracias a la coacción, unos costes de transacción (asociados al consentimiento de todos los afectados) que harían inasumibles los grandes proyectos colectivos (por ejemplo, una gran obra pública). Hay, por ello, restricciones de derechos inherentes al proceso penal que, por su mínima entidad, han de considerarse implícitamente compensadas. En el ámbito específico de la privación de libertad, puede incluso pensarse que solo son compensables las que superan cierto umbral de perjuicio, al que probablemente no lleguen, en la mayoría de los casos, las detenciones puramente policiales, que en España están caracterizadas por su fuerte limitación temporal (art. 17.2 CE).

En segundo lugar, el descuento del tiempo de privación cautelar de libertad previsto en el art. 58 CP también puede servir de reparación en especie del sacrificio de la libertad, lo que, de acuerdo con la *compensatio lucri cum damno* y la prohibición del enriquecimiento injusto, excluye el derecho a la indemnización dineraria¹⁸. Ahora bien, esto solo ocurrirá en los casos de aplicación

17. Se trata de un caso real resuelto por el Tribunal Supremo de Oklahoma en 1997: *Sullivant v. City of Oklahoma City*. Cfr. L. Strahilevitz, "When the Taking Itself is Just Compensation", *Yale Law Journal*, 1998, núm. 107, págs. 1975-1980.

18. Queremos agradecer a la profesora María Martín Lorenzo que nos pusiera sobre la pista de la conexión entre el art. 294.1 LOPJ y el art. 58 CP. Se refiere a esta conexión, sin llegar

del apartado 2 del precepto legal indicado (*descuento en causa distinta*) y no en el régimen general del apartado 1 (*descuento en la misma causa*). Conviene explicar esto con cierto detenimiento, situando debidamente el instituto de la *compensatio lucri cum damno* en el contexto general de los requisitos que caracterizan un daño de tipo sacrificial¹⁹.

Según ha quedado ya expresado, si la medida que impone coactiva y lícitamente un daño responde a una finalidad puramente policial o protectora no hay propiamente sacrificio ni la obligación de indemnizar. En el caso de la prisión provisional, este requisito solo puede concurrir en los individuos que, habiendo sido lícitamente sometidos a prisión preventiva, resultan posteriormente absueltos en sentencia. Cuando la condena que fue pronosticada (por el juez que acordó la prisión provisional en función de los datos en ese momento disponibles) se verifica en sentencia no hay sacrificio alguno. La prisión provisional se revela *ex post* como una medida protectora de la comunidad que ha sido impuesta al autor de una agresión. En estos casos opera, ciertamente, la compensación del tiempo padecido en prisión provisional, que se descuenta de la pena finalmente impuesta en sentencia (art. 58.1 CP). Pero esta compensación es ajena a la idea de sacrificio. No es una exigencia indemnizatoria derivada del art. 17 CE sino un efecto del principio de proporcionalidad de las penas, esto es, una derivación del art. 25.1 CE. Sin ese descuento, la respuesta penal acumulada frente a la agresión cometida por el individuo condenado (la pena sumada al tiempo de prisión provisional sufrido) sería desproporcionada. El art. 58.1 CP actúa, aquí, como mecanismo de moderación de la respuesta policial o protectora del Estado, ajustándola a la culpabilidad del autor de la agresión (art. 25.1 CE). Se evitan, de ese modo, resultados desproporcionados. El tiempo de privación de libertad que el propio poder público ha considerado ajustado a las características de la agresión consumada (que es la pena de prisión que, dentro de los márgenes legales, se ha impuesto como adecuada a la culpabilidad del agresor) actúa como límite máximo de la respuesta que el poder público arbitra frente al acto de agresión cometido.

Cosa distinta es el posible descuento del apartado 2 del art. 58 CP. Esta previsión, recogiendo una construcción jurisprudencial, permite compensar privaciones cautelares de libertad en causas distintas a las que las motivaron (siempre que sea por hechos anteriores a la propia prisión provisional padecida, evitándose con ello que ésta actúe como patente de curso para delinquir en el futuro, a sabiendas de que se tiene un cheque de libertad por determi-

a desarrollar la *compensatio lucri cum damno* como razón de exoneración, G. Doménech Pascual, "¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento", *InDret*, 4/2015.

19. Sobre la utilización de los criterios de la coactividad, la finalidad social (frente a la protectora o policial) y la compensación implícita o en especie, más ampliamente, I. Rodríguez Fernández, "Estado social de Derecho y daño sacrificial", cit., págs. 380-402.

nados días). Con la regulación actualmente en vigor, es perfectamente posible que quien ha sido absuelto en una causa obtenga el descuento de la prisión provisional padecida en ella respecto de la pena fijada en otro proceso penal distinto. Opera aquí una compensación en especie que excluye la existencia de un sacrificio indemnizable. En este caso, el art. 58.2 CP sí puede operar como *compensatio lucri cum damno*, pues, aunque pudiera afirmarse que la privación cautelar de la libertad no es imputable a la víctima y supone *prima facie* un sacrificio especial, el libramiento de la indemnización dineraria entrañaría una clara sobrecompensación o enriquecimiento injusto.

V. LA RELEVANCIA CAUSAL DE LA CONDUCTA DEL PERJUDICADO

La STC 85/2019 (RTC 2019, 85) cita expresamente también la "relevancia causal de la conducta de la propia víctima" como elemento del Derecho de daños, en general, y de la responsabilidad por sacrificio especial, en particular, que ha de tomarse en consideración al interpretar y aplicar el art. 294.1 LOPJ.

En todo el ámbito de la responsabilidad civil o patrimonial cobra relevancia jurídica que la víctima haya contribuido causalmente a crear (o dejar de hacer lo que estaba en su mano para evitar o mitigar) su propio daño. Si la conducta de la víctima puede reputarse *conditio sine qua non*, el intérprete habrá de valorar su relevancia jurídica en comparación con los demás factores causales y, señaladamente, con la intervención del agente dañoso. La conducta de la víctima, si se alza en el caso concreto como el factor más relevante o preponderante en términos jurídicos o valorativos, funcionará como factor de exoneración total, sin que, por tanto, el agente dañoso incurra en responsabilidad, por más que su intervención pueda igualmente reputarse en términos físicos o materiales *conditio sine qua non*. En cambio, si ambas conductas, la del agente y de las del propio perjudicado, cobran relevancia jurídica, el intérprete habrá de distribuir la indemnización entre ambas atendiendo a sus respectivas cuotas de aportación o trascendencia causal. En tal caso, el hecho de la víctima funciona como factor de exoneración parcial, reduciendo el alcance de la responsabilidad²⁰.

En relación con la responsabilidad objetiva por sacrificio especial, cabe apreciar, en particular, que no hay técnicamente sacrificio si el perjuicio imputado trae causa en última instancia del comportamiento del propio perjudicado. Si la víctima es quien ha propiciado el daño padecido, no podrá afirmarse que ha sido utilizada como medio o instrumento en aras del interés general. Cabe señalar varios ejemplos de hecho de la víctima directamente relacionados con la prisión provisional seguida de absolución:

20. Al respecto, la monografía de referencia es: M. Medina Alcoz, *La culpa de la víctima en la producción del daño extracontractual* Dykinson, Madrid, 2003.

a) Sobre el individuo investigado pesa un deber general de sometimiento al proceso penal. No tiene derecho a huir, por injusta que le parezca la imputación penal que se formula en su contra. Antes bien, tiene el deber de cumplir las órdenes del órgano judicial, compareciendo a cuantos llamamientos se efectúen y respetando las diversas cautelas que se le imponen. Si el sujeto investigado realiza comportamientos que infringen estos deberes procesales puede provocar, con ello, su propia prisión provisional.

Pensemos, por ejemplo, en una investigación en curso en la que el juez de instrucción ha considerado que la presencia del investigado queda suficientemente garantizada con comparecencias periódicas (*apud acta*), con la prestación de fianza (medida ésta que, por cierto, sigue siendo infrautilizada en España como alternativa a la prisión) o con la retirada del pasaporte y la obligación de no abandonar el territorio nacional. Si, en este tipo de casos, el individuo investigado huye al extranjero para sustraerse de la acción de la administración de justicia, la posterior prisión preventiva será estrictamente imputable a su conducta evasiva. Si es detenido en frontera o en el aeropuerto o si, consumado su propósito de huir fuera de España, es entregado a nuestras autoridades a través de los pertinentes instrumentos de cooperación judicial internacional, ingresará en prisión a causa de su propio comportamiento. En esta línea, es interesante la distinción que traza la reciente STC 50/2019, de 9 de abril (RTC 2019, 50), FJ 5, entre la prisión provisional que es consecuencia de un pronóstico de comportamiento futuro y aquella que, simplemente, reacciona frente a una conducta evasiva ya consumada. Solo en el primer caso estamos ante un juicio de pronóstico del juez que resulta ajeno (como anticipación de una hipótesis plausible) al comportamiento del afectado. En el segundo caso (reacción frente a la huida) la prisión es consecuencia directa del comportamiento del investigado. La indemnización no tiene sentido en este segundo supuesto, por mucho que luego se dicte sentencia absolutoria.

b) Pueden producirse casos semejantes ligados a otros fines legítimos de la prisión provisional (como proteger a la víctima del delito o impedir la destrucción de pruebas), inicialmente descartados por el juez. Así, si, a pesar de ser inocente, el investigado amenaza o agrede al denunciante (quizá por retorsión frente a la denuncia mendaz) provocará, probablemente, que la medida cautelar más leve inicialmente adoptada (por ejemplo, una prohibición de aproximación a la víctima) sea sustituida por la prisión provisional. Nuevamente, estaremos ante una medida provocada por una decisión individual del propio afectado, que se convierte, por ello, en causa directa de su propio mal. Ocurrirá lo mismo si el investigado es sorprendido tratando de coaccionar a los testigos o en el intento de destruir pruebas. En todos estos casos, la indemnización puede quedar excluida, aunque el pronunciamiento que ponga fin al proceso sea absolutorio.

c) También la negligencia de la persona investigada al combatir su prisión puede tener importancia. El individuo acusado tiene derecho a no colaborar

en la investigación de los hechos, permaneciendo pasivo. Pero difícilmente puede considerarse acreedor de una indemnización si ha renunciado voluntariamente a utilizar cualquier vía de defensa de su libertad. Así, por ejemplo, si no emprende las acciones legales que habrían podido evitar razonablemente la medida cautelar; también si no proporciona al órgano judicial elementos de convicción que tenía a su disposición y que le podrían haber exonerado claramente del hecho punible (quizá porque esos elementos revelaban relaciones o actividades que le comprometían de otro modo, moral o económicamente, aunque pudieran comportar su libertad). La casuística será la que proporcione los mejores ejemplos²¹.

d) Ha de tenerse en cuenta, asimismo, que el propio investigado puede contribuir a generar un panorama de sospechas de criminalidad mediante conductas tales como las confesiones falsas. Más allá de los casos de laboratorio o de las hipótesis más propias del melodrama romántico, la realidad revela que, en el seno de organizaciones criminales, algunos individuos se ven compelidos a asumir la culpa por delitos que no han cometido realmente, confesando su autoría para exonerar a los verdaderos culpables (quizá por ocupar éstos un rango más alto en la jerarquía organizativa). En tales casos, la posterior sentencia absolutoria o la anulación (en vía de revisión) de la condena ya firme no comportan un derecho a la indemnización.

e) Sin embargo, la hipótesis más relevante (tanto por su enorme virtualidad práctica como por la controversia que genera en relación con el derecho a la presunción de inocencia) es la de quien realmente ha cometido los hechos que se le imputan. En efecto, el supuesto habitual en el que cabe apreciar que el preventivamente encarcelado no ha sido instrumentalizado ni sacrificado es aquel en que puede afirmarse que llevó a cabo la conducta reprochable que dio lugar al procedimiento penal. Así, el art. 17 CE no obliga a indemnizar a quien, en el seno del proceso penal, tras beneficiarse de las garantías probatorias típicas de éste (presunción de inocencia), resulta finalmente condenado. Por lo mismo que el comiso de bienes incautados al contrabandista (art. 127 CP) no entraña una privación propietaria que demande indemnización ex art. 33.3 CE, el encarcelamiento preventivo de quien resulta ser culpable tampoco demanda indemnización ex arts. 17 CE y 294 LOPJ. En estos casos la apropiación de bienes sin compensación y la privación de libertad no indemnizada no implican instrumentalización; el Estado ha tratado al delincuente como una persona, como fin en sí; no como una cosa, como un medio o instrumento para sus fines.

21. En el marco de la teoría general, esta circunstancia exoneradora suele estudiarse bajo la denominación de incumplimiento por parte de la víctima del deber de mitigar su propio daño. Al respecto, J. A. Moreno Martínez, "El deber de mitigar el daño en la esfera extracontractual: problemática, alcance y sus últimas incidencias normativas", *Revista de Derecho privado*, 2018, núm. 1, págs. 89-112.

Este último supuesto de contribución causal de la víctima es el fundamento de que carezca de derecho a indemnización, no solo quien fue finalmente condenado, sino también quien, habiendo cometido los hechos, no es condenado por: i) destipificación posterior del delito; ii) razones formales (p. ej., prescripción del delito, o por un descuido de la acusación en la presentación de una prueba decisiva, que da lugar a su exclusión del acervo probatorio); y iii) por ausencia de satisfacción de las exigencias probatorias cualificadas del proceso penal.

Estas hipótesis de contribución causal de la víctima a su propia prisión provisional (por haber cometido el hecho punible) generan, no obstante, una interferencia con el derecho a la presunción de inocencia –y la doctrina del TEDH sobre el art. 6.2 CEDH– en la que conviene detenerse.

VI. EL PROBLEMA DE VALORAR SI QUIEN SUFRIÓ LA PRIVACIÓN CAUTELAR DE LIBERTAD COMETIÓ VERDADERAMENTE LOS HECHOS DE LOS QUE FUE ABSUELTO

1. LA RELACIÓN ENTRE EL PROCEDIMIENTO PENAL Y EL PROCEDIMIENTO INDEMNIZATORIO. LA INTERFERENCIA CON EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

La determinación de la responsabilidad criminal (que es lo que se dilucida en un proceso penal) y el enjuiciamiento de la intervención causal que la víctima tiene en la verificación del daño (como elemento a dilucidar en el procedimiento administrativo o proceso judicial indemnizatorio) se proyectan, no cabe duda, sobre unos mismos hechos (los previstos en el Código penal como delito). Ese sustrato fáctico común implica que, en todo caso, exista un cierto vínculo entre el proceso penal tendente a sancionar el delito y el procedimiento administrativo (o proceso judicial) tendente a indemnizar la prisión provisional sufrida. En ambos supuestos es sumamente relevante determinar si el acusado (en el caso penal) o el demandante (en el caso administrativo) han cometido los hechos punibles. Pero el ordenamiento jurídico puede afrontar esa intersección fáctica de maneras muy diversas, dando mayor o menor grado de autonomía al procedimiento tendente a determinar la procedencia de la indemnización. Pueden distinguirse tres posibilidades.

1.1. El sistema vicarial

Una primera opción es establecer un *sistema completamente vicarial*, en el que la inocencia se traslade al ámbito indemnizatorio como elemento determinante de la falta de participación del demandante en el hecho punible, descartándose, con ello, de antemano todo debate sobre su intervención causal en la producción del daño. Con ello, el altísimo estándar probatorio que rige en los procesos penales (analizado con el epígrafe siguiente) se traslada automática-

mente al ámbito resarcitorio, dando lugar a indemnizaciones que la sociedad contempla, con razón, como profundamente injustas.

Tal sistema deja de servir para reparar estrictamente sacrificios (esto es, un perjuicio impuesto lícitamente a la víctima, que no le es imputable y que no está compensado en especie por beneficios especiales derivados de la intervención lesiva), convirtiéndose en un régimen de ayudas públicas del que se benefician personas que el Estado no ha instrumentalizado, esto es, sujetos que contribuyeron decisivamente con sus propios actos a la situación padecida de privación cautelar de libertad. La ventaja de este sistema de vinculación absoluta o plena al proceso penal es que hace imposible la interferencia en el derecho a la presunción de inocencia. Ahora bien, el establecimiento y configuración de un sistema de ayudas públicas como este corresponde al legislador. Ni la administración ni los órganos judiciales pueden establecerlo en ausencia de una previsión legal que lo imponga inequívocamente.

Un sistema asimilable es el establecido a modo de excepción al régimen general de responsabilidad patrimonial en relación con el sacrificio forzoso de animales para evitar la propagación de enfermedades de alta difusión o difícil control.

De acuerdo con el régimen general (Ley 40/2015), el propietario carece de derecho a indemnización si el animal sacrificado estaba efectivamente contagiado [cfr. STS, Sala 3.ª, de 29 de enero de 2013 (RJ 2013, 1375)]. Se trata en estos casos de medidas de policía mediante las que la administración evita que la víctima perturbe la convivencia social y genere daño a los demás. Por lo mismo que quien resulta preventivamente encarcelado no recibe compensación si resulta finalmente declarado culpable (art. 294 LOPJ) y por lo mismo que la confiscación no genera tampoco responsabilidad, si los bienes decomisados provienen de actividades criminales (art. 127 CP), el dueño de animales enfermos que resultan sacrificados carece de derecho a indemnización. En estos casos la víctima contribuye (intencionadamente o no) a la causación de su propio daño, pues ella es la que pone en riesgo (voluntariamente o no) la seguridad de los demás. No hay, en consecuencia, un sacrificio en sentido propio que, en cuanto tal, merezca una indemnización.

No obstante, la Ley 8/2003, de 24 de abril, de sanidad animal, establece específicamente el derecho a indemnización, incluso en el caso de que el animal sacrificado estuviera infectado, siempre que el propietario hubiera cumplido la normativa de sanidad animal. Tal compensación desborda la lógica de la responsabilidad patrimonial objetiva por sacrificio especial, insertándose en el ámbito de las políticas sociales y ayudas públicas. Es una medida tuitiva específica mediante la que el legislador pretende incentivar la colaboración de los propietarios con la administración, evitando que los primeros oculten las enfermedades que afectan a su ganadería²².

22. Así lo afirman M. Rebollo Puig, "Sanidad animal", en S. Muñoz Machado (ed.), *Los animales y el Derecho*, Civitas, Madrid, 1999; y G. Doménech Pascual, "Justificación de las indemnizaciones por sacrificios impuestos en la lucha contra epizootias y plagas", *InDret* 4/2011.

1.2. El sistema autónomo

La vía contraria supone optar por la *plena autonomía del procedimiento indemnizatorio*. Esta opción no significa que el procedimiento indemnizatorio deba ignorar las declaraciones de hechos positivamente probados que, eventualmente, contenga la sentencia penal. Por ejemplo, si el acusado es declarado inocente por quedar acreditado que actuó en legítima defensa, podrá afirmarse en el pleito resarcitorio que la víctima de la prisión provisional no se comportó antijurídicamente, que no le es imputable el sacrificio instrumental de su libertad y, en consecuencia, que tiene derecho a la reparación. Sin embargo, el proceso penal no está orientado a probar la inocencia en "positivo"²³. Por eso las resoluciones penales absolutorias o no condenatorias suelen limitarse a declarar que, de acuerdo con las cualificadas exigencias probatorias propias de este orden jurisdiccional, no ha quedado suficientemente acreditada la culpabilidad.

La opción por un procedimiento plenamente autónomo significa entonces que la autoridad llamada a resolverlo (el Ministerio de Justicia o el órgano judicial que revisa la decisión administrativa previa) debe decidir *autónomamente* sobre la concurrencia de los hechos *no* probados en el proceso penal que pudieran ser relevantes a efectos resarcitorios. Implica, más precisamente, que el procedimiento indemnizatorio debe producir sus propias pruebas, valorarlas conforme al estándar probatorio característico del Derecho de daños (prueba preponderante, al que nos referiremos en breve) y concluir en una declaración propia de hechos probados.

A diferencia de la primera opción, esta segunda permite indemnizar satisfactoriamente, conforme a las reglas características de la responsabilidad civil extracontractual y, en consecuencia, dejando fuera del régimen de garantía a quienes no han sido técnicamente instrumentalizados.

La posibilidad de realizar pronunciamientos autónomos sobre la comisión de hechos constitutivos de delito en el seno de procedimientos administrativos ha sido avalada por el Tribunal Constitucional en relación con el reconocimiento de prestaciones públicas derivadas de actos de terrorismo [AATC 30/2017 (RTC 2017, 34)a 34/2017, de 27 de febrero (RTC 2017, 34)].

En los casos analizados por el Tribunal, el Ministerio del Interior, al amparo del art. 8 del Convenio europeo sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos de 1983 (que establece que "se podrá reducir o suprimir la indemnización si la víctima o el solicitante participa en la delincuencia organizada o pertenece a una organización que se dedica a perpetrar delitos violentos

23. Así lo afirma, con cita de J. Igartúa Salaverría y refiriéndose al problema de la responsabilidad por prisión provisional, E. Cobreros Mendazona, "Los paradójicos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional indebida (Las Sentencias Puig Panella y Tendam del Tribunal Europeo de Derechos Humanos)", cit., pág. 2804.

tos"), había denegado a los familiares de individuos ya fallecidos el abono de las compensaciones adicionales previstas en la Disposición Adicional Primera de la ley 29/2011, de 22 de septiembre, de reconocimiento y protección integral a las víctimas de terrorismo, al considerar acreditada la pertenencia de los difuntos a una organización terrorista. El Tribunal Constitucional, en los autos aludidos, entendió que, dada la imposibilidad de sustanciar un procedimiento penal sobre la pertenencia en la organización terrorista de personas ya fallecidas, era perfectamente posible determinar autónomamente, en el procedimiento administrativo, ese elemento fáctico, directamente vinculado a un hecho constitutivo de delito.

El TEDH ha enjuiciado recientemente este tipo de casos y ha entendido que las resoluciones desestimatorias dictadas por el Ministerio del Interior no vulneran el art. 6.2 CEDH, pues ni la legislación española concibe las "indemnizaciones" (ayudas) públicas derivadas de actos terroristas como secuelas o consecuencias directas de los procesos criminales ni las decisiones adoptadas en estos expedientes administrativos se basan en elementos probatorios o en juicios fácticos directamente extraídos de procedimientos penales previos (decisiones de inadmisión de 25 de junio de 2019, asuntos *Larrañaga Arando y otros c. España*, §§ 45 a 48, y *Martínez Agirre y otros c. España*, §§ 48 a 51)²⁴. En breve abordaremos más ampliamente la doctrina estrasburguesa.

Más aún, en nuestra opinión, debe interpretarse que tal solución es la escogida por el art. 294.1 LOPJ, una vez depurado de los incisos que lo hacían inconstitucional, teniendo en cuenta que la STC 85/2019 (RTC 2019, 85) ha excluido categóricamente el automatismo de la indemnización. De acuerdo con esta Sentencia, el precepto legal hace depender el derecho a la indemnización de la aplicación de las reglas del Derecho de daños, incluidas, por tanto, las relativas a la prueba. La previsión examinada no es pues más que una de las múltiples tipificaciones de responsabilidad objetiva por sacrificio especial, por lo que su régimen probatorio ha de ser el propio de la responsabilidad civil o patrimonial. De modo que, en este caso, como en todos los de sacrificio especial, el procedimiento indemnizatorio debe valorar las circunstancias relevantes a efectos resarcitorios con autonomía y sujeción a sus propias reglas probatorias, sin que deba cobrar relevancia la previa declaración penal de hechos no probados.

Para ilustrar esta idea cabe traer a colación un ejemplo relativo a otro daño sacrificial y los preceptos legales que se refieren a su reparación. Los servicios forestales de una comunidad autónoma acceden a la fuerza a una finca, la ocupan temporalmente, realizan destrozos y ejecutan un cortafuegos, todo ello para evitar la propagación de un peligroso incendio y, en última instancia, para salvar vidas humanas, las propiedades de otros y los recursos naturales. La previsión legal que obliga a indemnizar a la víctima de la intervención lesiva presupone la aplicación de las reglas del Derecho de daños (sobre daño, causa

24. Los pronunciamientos de inadmisión del TEDH se refieren a los asuntos inadmitidos por el Tribunal Constitucional análogos a los enjuiciados en los autos citados, pero resueltos mediante providencias que apreciaron la "manifiesta inexistencia de violación" del derecho a la presunción de inocencia.

e imputación subjetiva) y, por tanto, la valoración con arreglo al estándar de la probabilidad preponderante de todas las circunstancias que pudieran ser relevantes²⁵. Por ejemplo, cobra relevancia, para descartar la existencia de un sacrificio en sentido técnico y, derivadamente, para rechazar la indemnización, el hecho de que el incendio fuera provocado por la propia víctima por piromanía, para ampliar los campos cultivables o por simple negligencia. El procedimiento indemnizatorio debe entonces valorar circunstancias como ésta sujetándose a las reglas probatorias de la responsabilidad civil o patrimonial, tanto si hubo un pleito penal anterior (p. ej., una resolución penal que declarase no probados los hechos constitutivos de un delito contra el medio ambiente) como si no. El estándar probatorio con arreglo al cual debe decidirse si la víctima es acreedora del derecho resarcitorio ha de ser siempre el mismo; no cambia por el hecho de que la víctima fuera exonerada de responsabilidad criminal en aplicación del régimen probatorio del Derecho penal.

Esta conclusión, trasladada al problema que nos ocupa, implica que la circunstancia de que haya habido un procedimiento penal con resultado absolutorio o no condenatorio, como ocurre en el sacrificio regulado en el art. 294 LOPJ, no autoriza en modo alguno a dejar de ejecutar una valoración probatoria completa y autónoma, conforme a los estándares del Derecho de daños, en relación con los hechos que pudieran ser relevantes para resolver sobre la procedencia de la indemnización.

La opción favorable al procedimiento indemnizatorio autónomo es, además, según creemos, compatible con la doctrina del TEDH sobre el art. 6.2 CEDH (presunción de inocencia).

La Gran Sala del TEDH, en su Sentencia de 12 de julio de 2013 (JUR 2013, 252861), asunto *Allen c. Reino Unido*, recuerda que el factor determinante de la aplicación del derecho a la presunción de inocencia (art. 6.2 CEDH) a procedimientos o procesos no penales es "la naturaleza y el contexto del proceso en el que fue adoptada la decisión impugnada" (§ 125). Advierte, en particular, que, conforme a su propia doctrina precedente, existen procesos que, aun estando de alguna forma vinculados a la causa criminal, tienen autonomía suficiente como para dar lugar a una apreciación fáctica diversa. La Gran Sala

25. Varias leyes autonómicas se refieren a la responsabilidad en que incurren los servicios forestales cuando, con ocasión de la construcción de cortafuegos o de la ejecución de otras medidas para la extinción de incendios, causan perjuicios a la propiedad privada. Así, las Leyes andaluza y extremeña de prevención y lucha contra incendios forestales (5/1999 y 5/2004, respectivamente) disponen: "En situaciones de emergencia por incendio forestal podrá procederse a la requisita u ocupación de los bienes necesarios para la extinción, estando facultado el personal de lucha contra incendios forestales para el acceso a terrenos particulares y cuantas medidas resulten necesarias para facilitar la extinción. Los perjuicios derivados de la actuación pública en tales supuestos serán indemnizables de acuerdo con lo que establezca la normativa de aplicación". La normativa catalana (Ley 5/1994) formula de otro modo la misma regla (art. 3.3), aunque afirma que las prestaciones personales que se impongan a la ciudadanía en supuestos de riesgo grave o catástrofe "no dan derecho a indemnización" (art. 3.2). También la Comunidad de Madrid ha tipificado este supuesto (Decreto Legislativo 1/2006), remitiéndose expresamente a "la legislación sobre responsabilidad de la Administración" (art. 8).

singulariza los "casos que hacen referencia a la responsabilidad civil por daños a las víctimas" para los que reitera que "aunque la exoneración de responsabilidad penal debe ser respetada en el proceso civil, ésta no debe excluir la determinación de la responsabilidad civil sobre la base de los mismos hechos al aplicarse una carga de la prueba menos exigente" (§ 123). En la Sentencia de 11 de febrero de 2003 (JUR 2003, 25083), asunto *Ringvold c. Noruega* el TEDH explica que esa autonomía del proceso civil relativo a la indemnización de los perjudicados por el hecho punible evita que la absolución penal tenga "el indeseable efecto de cerrar anticipadamente a la víctima las posibilidades de reclamar una indemnización bajo el Derecho civil de daños". En tales casos, aunque el acusado haya sido absuelto en vía penal "podría ser todavía considerado responsable bajo el estándar de prueba civil" (§ 38).

El TEDH entiende, por tanto, que la autonomía de un proceso indemnizatorio, sujeto a reglas sustantivas y procesales distintas a las que determinan la exigencia de responsabilidad criminal, permite salvaguardar el derecho a la presunción de inocencia, aunque el órgano judicial llegue a conclusiones fácticas diversas (si bien el lenguaje que utilice a estos efectos será también sumamente importante). Es particularmente interesante, a nuestros fines, que el Tribunal de Estrasburgo haya trasladado esta doctrina a las reclamaciones indemnizatorias que el individuo absuelto dirige en la vía civil contra la compañía aseguradora. Especialmente ilustrativa resulta, en este punto, la decisión de inadmisión adoptada en el asunto *Lundkvist c. Suecia*, de 13 de noviembre de 2013, en la que el TEDH entiende que no se vulnera el derecho a la presunción de inocencia en el pleito indemnizatorio cuando la aseguradora puede probar que el demandante, pese a haber sido absuelto del delito de incendio, ha provocado el fuego de forma intencional o gravemente negligente. Aunque se valoren los hechos penales de modo diverso al efectuado en la causa criminal, el art. 6.2 CEDH no resulta violado si se preserva la autonomía del procedimiento indemnizatorio, determinándose la responsabilidad de acuerdo con las reglas particulares del Derecho civil de daños, esto es, mediante una evaluación autónomamente efectuada por el órgano judicial desde las pautas de la responsabilidad civil y de acuerdo con un estándar probatorio menos exigente que el penal.

En el caso *Lundkvist* el demandante había sido absuelto del cargo de incendiar su casa. El tribunal penal había entendido que, aunque la tesis de la fiscalía era sólida, la culpabilidad no había quedado establecida más allá de toda duda razonable. Absuelto en vía penal, el demandante había reclamado a la compañía aseguradora el importe de la indemnización contractualmente prevista. Esta reclamación fue sustanciada en un pleito civil específico ante un órgano judicial distinto al penal y con nueva práctica de pruebas (que coincidían en buena parte con las ya sustanciadas en la vía criminal). En dicho litigio el tribunal competente, tras explicar que estaba sujeto a un estándar de prueba diferente al penal y que el hecho enjuiciado era contemplado desde una perspectiva normativa igualmente diversa (la del Derecho de daños), consideró

que era aplicable al caso la excepción contractual que eximía a la compañía aseguradora del deber de resarcir cuando el incendio había sido causado de forma intencional o con negligencia grave del propio asegurado. Consideró particularmente relevante que el demandante de la indemnización no hubiera sido capaz de dar una explicación convincente del origen del incendio y de su papel en el mismo, circunstancia ésta que tenía un significado distinto en el orden civil. Salvo la hipótesis –altamente improbable según las pruebas periciales practicadas– de un accidente, solo el demandante había tenido la oportunidad de provocar el incendio. Estimó particularmente relevante que la mujer del demandante hubiera declarado ante la policía, inmediatamente después de los hechos, que el actor la había amenazado con quemar la casa si ella y su hijo intentaban irse. Valoró que las declaraciones policiales tenían mayor credibilidad que las prestadas con posterioridad, en las que se negaba ya este extremo, pues éstas podían estar determinadas por la mala situación económica (y el temor a la pérdida de la cobertura del seguro). Las explicaciones del demandante y su mujer en la vista oral habían sido muy poco convincentes y el resto de testificales practicadas, al igual que las pruebas periciales, apuntaban con mucha más probabilidad a la intervención del demandante en el origen del incendio.

1.3. El sistema mixto

La *vía mixta* o *intermedia* consiste en establecer una dependencia absoluta del pleito indemnizatorio respecto de la valoración de las pruebas y la declaración de hechos probados del proceso penal, sin que esto excluya, sin embargo, una valoración jurídica autónoma de sus consecuencias en el ámbito indemnizatorio. Este es el sistema que el Tribunal Supremo vino utilizando hasta el año 2010. A la hora de la verdad, el Tribunal Supremo descomponía el art. 294.1 LOPJ en dos requisitos distintos: que el sujeto hubiera sido absuelto penalmente (o que se hubiera dictado auto de sobreseimiento libre) y que, más allá de ese dato objetivo, pudiera considerarse, prescindiendo del criterio *pro reo*, que el individuo penalmente absuelto no había cometido realmente el hecho causante de la prisión provisional. Esto último ocurría cuando la sentencia penal declaraba expresamente probado que el hecho no había existido o que el acusado no había participado en él. Frente a la absolución basada en una insuficiencia probatoria (*in dubio pro reo*), que no daba derecho alguno a ser indemnizado, la Sala 3.^a entendía que había otro tipo de absolución penal que acreditaba el supuesto de hecho determinante de la indemnización prevista en el art. 294.1 LOPJ. Operaba, así, con un análisis directo de la propia resolución dictada en el ámbito penal. Este sistema se ha revelado insatisfactorio, tanto desde el plano de la justicia de la indemnización como desde la óptica del a presunción de inocencia.

Desde el punto de vista de la justicia conmutativa, el Tribunal Supremo operaba insatisfactoriamente, ya que la sentencia penal no es un título jurídico hábil para deducir si, a efectos indemnizatorios (y de acuerdo con un estándar menos exigente que el *in dubio pro reo*), el individuo encarcelado ha cometido el hecho. La sentencia penal se limita a determinar si se dan los presupuestos

necesarios para sancionar penalmente. Para ello, somete a escrutinio la tesis acusatoria y, en caso de absolución, se limita a considerar que no concurre alguno de sus elementos necesarios. La absolución constata que la tesis acusatoria no se ha probado, pero no que se haya probado una tesis exculpatoria (inexistencia objetiva o subjetiva del hecho)²⁶. Constatada la insuficiencia probatoria desde el exigente estándar de la duda razonable, el juez penal no tiene que ir más allá.

Desde el plano de la presunción de inocencia, el sistema solo podía dar lugar a interferencias insalvables. El Tribunal Supremo utilizaba la resolución penal absolutoria para deducir consecuencias jurídicas indemnizatorias inmediatas que dependían de las razones de la absolución. Creaba, así, categorías distintas de absoluciones penales, unas más indicativas que otras de la inocencia, atribuyéndoles efectos jurídicos inmediatos en el ámbito del resarcimiento de la prisión provisional. El TEDH no ha tolerado, como es sabido, este proceder, ya que someter a escrutinio *ex post* el título penal absolutorio para deducir directamente de éste que, a fin de cuentas, quizá el individuo acusado sí que ha cometido el delito y no debe ser indemnizado es tanto como sembrar serias dudas acerca de la realidad de la inocencia declarada en esa sentencia penal.

En esas circunstancias, la retirada subsiguiente de la Sala 3.^a a una interpretación puramente gramatical del precepto es, quizá, comprensible. El Tribunal Supremo se veía en la disyuntiva de indemnizar a todos los absueltos, lo que manifiestamente no era el deseo del legislador, o restringir el precepto a su puro tenor literal. Pero esta última se ha revelado como una falsa opción, que nada soluciona. Se vuelve, de un lado, a una distinción entre inexistencia objetiva y subjetiva que el propio Tribunal Supremo había considerado infundada y el Tribunal Constitucional había estimado discriminatoria [STC 98/1992 (RTC 1992, 98)]. Y no se soluciona, de otro, el problema de fondo de la violación de la presunción de inocencia, pues se sigue operando exclusivamente desde la sentencia penal absolutoria. Así lo advirtió ya la STC 10/2017 (RTC 2017, 10), que señaló que, en tanto persistiera el empeño de utilizar la resolución penal como elemento de cognición para fijar la concurrencia del presupuesto de hecho del art. 294.1 LOPJ, se estaría distinguiendo indebidamente entre individuos penalmente absueltos para atribuirles un estatus jurídico distinto.

2. LA NECESARIA AUTONOMÍA DEL PROCESO INDEMNIZATORIO

La STC 85/2019 (RTC 2019, 85) ha cerrado toda posibilidad de seguir acudiendo a sistemas mixtos o de compromiso. A su vez, ha excluido el sis-

26. Salvo, como ya se ha dicho, en hipótesis excepcionales en las que se da por probada una excepción alegada por el acusado (como la legítima defensa, que, según la jurisprudencia penal, requiere prueba positiva a cargo de quien la alega).

tema puramente vicarial, desde el momento en que excluye el automatismo y orienta a interpretar el art. 294.1 LOPJ en el marco del Derecho de daños y, por tanto, a la luz de la teoría general de la responsabilidad objetiva por sacrificio especial. Por eso, una vez depurado el precepto de sus incisos inconstitucionales, cabe un sistema que repara los sacrificios en la libertad sin caer en la doble trampa: o entender que cualquier absolucón penal implica un daño indemnizable (lo que la STC 85/2019 (RTC 2019, 85) descarta) o entender que para distinguir los daños realmente sacrificiales de los que no lo son no hay más remedio que indagar en los contenidos de la resolución dictada en el orden penal (lo que, según la STC 85/2019 (RTC 2019, 85), resulta contrario al derecho a la presunción de inocencia). Ambas vías conducían a una emboscada. La STC 85/2019 (RTC 2019, 85) nos anima a acudir, para salir de este atolladero, a las reglas generales de la responsabilidad y nos indica con ello que el camino a seguir es la ruptura definitiva de la relación vicarial con el proceso penal, propiciando un proceso indemnizatorio completamente autónomo.

No puede descartarse, sin embargo, la posibilidad de arbitrar legislativamente un sistema en el que sea el propio órgano judicial penal el encargado de determinar en su sentencia sí, una vez alcanzado un pronunciamiento absolutorio sobre los cargos estrictamente criminales, el acusado es acreedor de indemnización por la privación cautelar de libertad sufrida. Tal sistema debería establecer claramente que la decisión sobre la procedencia de esta indemnización est  basada en una evaluación de los hechos sujeta a un estándar probatorio distinto al penal. Los hechos se examinarían, pues, conforme al principio *in dubio pro reo* en relación con los cargos criminales, pero, a efectos indemnizatorios, se evaluarían desde la óptica general de la prueba preponderante. Esta posibilidad parece viable a la vista de la doctrina del propio TEDH sobre la indemnización civil resuelta, por acumulación heterogénea de acciones, dentro del propio proceso penal. Así, en la decisión de inadmisión del TEDH de 8 de julio de 2004, *asunto Reeves c. Noruega*, el Tribunal de Estrasburgo consideró que no había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia el órgano judicial noruego que, en una misma resolución, había absuelto a la acusada del cargo criminal de incendio, bajo el punto de vista del principio de convicción más allá de toda duda razonable, pero la había condenado civilmente, bajo una evaluación de los hechos basada en el criterio de prueba preponderante, a restituir a la compa a aseguradora las cantidades que la acusada había percibido por la cobertura del siniestro. Desde la óptica penal había rechazado que la acusada pudiera ser considerada responsable criminal del incendio, pero había estimado que s  debía considerarse que había provocado intencionalmente el fuego desde la óptica civil atinente al problema aseguratorio.

La opción favorable a la autonomía del procedimiento de indemnización derivada del art. 294 LOPJ presenta, como es lógico, el inconveniente de que no puede predecirse con seguridad cómo será acogida por el Tribunal de Estrasburgo. Pero no parece imposible convencer al TEDH de la compatibilidad de este sistema con el derecho a la presunción de inocencia a la vista de los parámetros fijados en su propia doctrina. Como se ha visto, para el TEDH los procesos judiciales que tienen por objeto reclamaciones

indemnizatorias estrictamente sujetas a las reglas del Derecho de daños tienen autonomía respecto de los procesos penales, aunque puedan presentar alguna vinculación con estos. El TEDH entiende igualmente que esa autonomía puede conllevar la utilización de estándares probatorios diversos según el tipo de proceso que se sustancie y la índole normativa de la cuestión que constituya su objeto.

La cuestión fundamental que no debiera plantear dificultades es, en consecuencia, la siguiente: dentro del procedimiento indemnizatorio, como proceso autónomo netamente diferenciado del proceso penal en el que no operan esas garantías probatorias cualificadas, puede declararse que quien fue absuelto en el pleito criminal realizó la conducta reprobable que a la postre le llevó a la prisión provisional y, por tanto, que el Estado no lo ha instrumentalizado, no ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad personal por dejar de indemnizar y no hay el sacrificio cuya reparación garantiza el art. 294.1 LOPJ. A este respecto, se hace preciso ahondar en la teoría de los estándares probatorios y en su aplicabilidad en relación con el daño sacrificial en la libertad.

3. LA DIVERSIDAD DE ESTÁNDARES PROBATORIOS Y SUS CONSECUENCIAS EN LA RESPONSABILIDAD POR PRISIÓN PROVISIONAL

La doctrina constitucional española ha reducido mucho el contenido y alcance del principio de presunción de inocencia; viene a limitarlo a la garantía de que las sentencias condenatorias descansen en un discurso racional y en pruebas de cargo²⁷. Sin embargo, en la justicia ordinaria y en el ámbito internacional se asocia a garantías más penetrantes: confirmación de las pruebas de cargo, refutación de las de descargo y absolución si hay dudas sobre los hechos. El *in dubio pro reo* constituye una regla de inversión de la carga probatoria; impone sistemáticamente la solución de las dudas fácticas del modo más favorable al imputado. Más aún, la presunción de inocencia afecta al propio umbral de certidumbre; encierra, en particular, el estándar de probabilidad que el Derecho norteamericano define como demostración "más allá de toda duda razonable" (*Beyond-Any-Reasonable-Doubt Approach*)²⁸. Con ello se ex-

27. Por ejemplo, la STC 61/2005, de 14 de marzo (RTC 2005, 61), FJ 4, declara lo siguiente: "desde la perspectiva constitucional, mientras el derecho a la presunción de inocencia se halla protegido en la vía de amparo, el principio *in dubio pro reo*, en tanto que perteneciente al convencimiento íntimo o subjetivo del órgano judicial, ni está dotado de la misma protección ni puede en modo alguno ser objeto de valoración por este Tribunal cuando el órgano judicial no ha albergado duda alguna acerca del carácter incriminatorio de las pruebas practicadas".

28. Cfr. B. J. Shapiro, *Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause. Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence*, University of California, Berkley, 1991. Entre nosotros: J. Ferrer Beltrán, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, págs. 144-152.

presa la exigencia de que una hipótesis fáctica se afirme como cierta solo si supera un nivel cualificado de probabilidad, lo que implica aceptar un hecho como falso, aunque pueda tener más probabilidades positivas que negativas (mayor riesgo de falso negativo que de falso positivo). De manera que hay la fijación de un estándar exigente de certidumbre correspondiente con probabilidades altas ($\geq 75\%$) o muy altas ($\geq 90\%$), que rompe por una buena razón la igualdad de las partes; impone una distribución asimétrica del riesgo de error para sobreproteger a una parte a costa de la otra. Se trata de un criterio de justicia distributiva conforme al que "son preferibles los culpables libres, que los inocentes encarcelados" para que "la sociedad soporte casi por completo el riesgo del error"²⁹.

En asuntos civiles o meramente patrimoniales y, más precisamente, en supuestos en que ni la Constitución ni las leyes imponen reglas probatorias especiales, opera el *estándar probabilístico intermedio*. Se trata del umbral de la *probabilidad preponderante* ($> 50\%$), esto es, del estándar que el Derecho angloamericano expresa como *more probable than not*. Esta regla probatoria consigue "asegurar que los litigantes compartan el riesgo del error de manera aproximadamente igual"³⁰. Abstracción hecha de las circunstancias de un caso, la probabilidad de que el umbral de la probabilidad media o preponderante produzca un falso positivo (confirmar como verdaderas hipótesis que, en realidad, son falsas) es igual a la probabilidad de que produzca un falso negativo (descartar por falsas hipótesis que, en realidad, son verdaderas). El fundamento normativo del estándar de la probabilidad preponderante es la identidad de valor de las partes implicadas (art. 14 CE) y el principio procesal de la igualdad de armas (art. 24 CE). En ausencia de una determinación legal especial, el juzgador no está autorizado por sí a bajar o elevar el estándar probatorio: bajar o elevar ese estándar supone, por definición, privilegiar a una parte en detrimento de la otra. Lo primero conlleva aceptar como verdadero algo que tiene más probabilidades de ser falso, por lo que el aplicador estaría protegiendo especialmente al interesado en la veracidad del hecho en perjuicio de quien sostiene lo contrario. Lo segundo equivale a aceptar como falso algo que tiene más probabilidades de ser verdadero, por lo que el aplicador

29. La cita es del juez Burger del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en *Addington v. Texas* (1979). Cfr. S. Haack, *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pág. 51.

30. Tal es, nuevamente, la justificación que el juez Burger del Tribunal Supremo de los Estados Unidos asignó en el caso citado al estándar de la probabilidad preponderante, aplicable a los típicos casos civiles que plantean controversias monetarias. Cfr. S. Haack, *Evidence Matters. Science, Proof and Truth in the Law*, cit., pág. 51. Según D. H. Kaye ("The error of equal error rates", *Law, Probability and Risk*, 2002/1, págs. 3-8), el umbral de la probabilidad preponderante realiza el principio de igualdad, no ya porque en abstracto, al margen de las circunstancias del caso, demandante y demandado cuenten con las mismas probabilidades de padecer un error; sino porque trata del mismo modo todos los fallos, sin asignar más o menos peso a los que perjudican a una de las partes.

estaría protegiendo especialmente al interesado en la falsedad del hecho por encima de la parte contraria³¹.

El asunto O. J. Simpson es, posiblemente, el más famoso de cuantos evidencian el juego de esta diversidad de estándares probatorios. La misma conducta fue enjuiciada en dos procesos, uno penal (para vislumbrar si debía dar lugar a una pena de prisión por un doble homicidio) y otro civil (para determinar si debía dar lugar a una indemnización por daños). En parte por la pluralidad de estándares probabilísticos, se consideró que no había suficiente prueba para afirmar la verdad de aquella conducta "más allá de toda duda razonable" a efectos criminales, pero sí para tenerla por cierta a efectos resarcitorios; la hipótesis de que el Sr. Simpson causó la muerte de dos personas era más probable que la contraria.

La diversidad de estándares explica en el Derecho español por qué quien resulta absuelto por la subsistencia de alguna duda en torno al hecho enjuiciado en el proceso penal no deba ser acreedor del derecho a un resarcimiento por los días en que estuvo preventivamente encarcelado si cabe afirmar dentro del procedimiento indemnizatorio que es más probable que llevara a cabo la conducta antijurídica que la hipótesis contraria; el ordenamiento sobreprotege un determinado interés en el proceso penal, pero no en el juicio resarcitorio: el Derecho atribuye el mismo valor al interés del preventivamente encarcelado en obtener la indemnización que al interés del contribuyente en no abonarla. Por eso el estándar probatorio para resolver la reclamación compensatoria es la probabilidad preponderante³².

Conviene destacar, asimismo, que en el ámbito del proceso indemnizatorio la valoración probatoria de la intervención causal de la víctima no queda sujeta a determinadas reglas formales que solo rigen en el proceso penal. Aunque los procesos criminales están regidos por el principio de libre valoración, hay ciertos medios probatorios que, de acuerdo con la doctrina constitucional, en ningún caso pueden conducir a inferir la culpabilidad del acusado con el necesario grado de certidumbre y funcionan, por ello, como "estándares de

31. Para un análisis más detallado del estándar de la probabilidad preponderante en el Derecho español, M. Taruffo, "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", *Jueces para la democracia*, 2005/52, págs. 63-73; y M. Gascón Abellán, "Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2005, págs. 127-139. También, con referencia a su incidencia en la responsabilidad por prisión preventiva, L. Medina Alcoz, "Los hechos en el Derecho administrativo: una aproximación", *Revista española de Derecho administrativo*, núm. 177, 2016, págs. 103-158, y *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Thomson Civitas, 2018, págs. 23-43.

32. También en este sentido, G. Doménech Pascual, "¿Es mejor indemnizar a diez culpables que dejar a un inocente sin compensación? Responsabilidad patrimonial del Estado por daños causados por la prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento", *Indret*, 4/2015.

prueba mínima" directamente conectados con el derecho a la presunción de inocencia³³.

Un supuesto de este tipo es el de las declaraciones inculpativas prestadas por los coimputados. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, estas declaraciones "no poseen solidez plena como prueba de cargo suficiente" desde la óptica del derecho a la presunción de inocencia (SSTC 147/2004, de 13 de septiembre (RTC 2004, 147), FJ 2; 312/2005, de 12 de diciembre (RTC 2005, 312), FJ 1; 170/2006, de 5 de junio (RTC 2006, 170), FJ 4 y 198/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 198), FJ 4; 126/2011, de 18 de julio (RTC 2011, 126), FJ 21). Es exigible, por ello, una corroboración externa que ha de recaer "sobre la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados" [SSTC 340/2005, de 20 de diciembre (RTC 2005, 340), FJ 2 y 277/2006, de 25 de septiembre (RTC 2006, 277), FJ 2, 126/2011, de 18 de julio (RTC 2011, 126)]. Sin embargo, en un proceso no penal tendente a determinar si el demandante es acreedor de indemnización –y en el que, a tal efecto, se ha de evaluar la contribución causal que ha tenido en la generación del daño– la declaración inculpativa de un codelincuente puede evaluarse sin exclusiones *a priori*. El juez puede no dar credibilidad a lo que el codelincuente cuenta, pero también puede entender, en función de las circunstancias del caso, que esa declaración no obedece a ningún fin espurio, dándole valor probatorio en relación con el comportamiento del demandante.

Algo parecido podría ocurrir con el testimonio de referencia. En la doctrina del Tribunal Constitucional se considera, nuevamente a efectos de proteger la presunción de inocencia, que estamos ante "una prueba poco recomendable" que "debe asumirse con recelo", quedando su utilización circunscrita a "los casos de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, lo que se ha apreciado en aquellos supuestos en los que el testigo directo se encuentra en ignorado paradero, por lo que es imposible su citación, o en los que la citación del testigo resulta extraordinariamente dificultosa" (por todas, STC 161/2016, de 3 de octubre (RTC 2016, 161), FJ 6). En un proceso no penal no rige esta limitación abstracta. El juez que debe decidir sobre la indemnización ha de valorar, evidentemente, la fiabilidad que puede tener este testimonio, a la vista de sus circunstancias y de la extensión que tenga la "cadena de inferencias", pero no está sujeto a un "estándar de prueba mínima" que le impida utilizar estas pruebas salvo en los casos de imposibilidad real y efectiva de contar con el testigo directo.

Otro tanto puede ocurrir con la confesión prestada en sede policial. Su valor probatorio en el ámbito penal es, a día de hoy, confuso tras la STC 165/2014, de 8 de octubre (RTC 2014, 165), pero, al menos formalmente, se

33. Así los llamó la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2011, apartado LXXIII.

sigue afirmando que carece de todo valor probatorio a efectos de enervar la presunción de inocencia. En cualquier caso, el hecho de que el demandante de indemnización se haya confesado autor de los hechos en sede policial sí que puede ser valorado en el proceso no penal tendente a determinar la indemnización.

El ya citado asunto *Lundkvist* nos ofrece, asimismo, un ejemplo claro de que la incapacidad del acusado de dar una explicación coherente de los hechos puede tener un significado probatorio distinto en la vía penal y en la puramente indemnizatoria de los daños sufridos. Parece, en suma, que no hay necesidad de ahondar en la casuística para concluir que las posibilidades de apreciación fáctica diversa (en función de los criterios de prueba aplicables) son muy amplias.

Asumiendo, en definitiva, que hay una pluralidad de estándares probatorios pueden alcanzarse resultados equitativos que, al mismo tiempo, sean plenamente respetuosos con los derechos fundamentales. Los ciudadanos no tienen por qué indemnizar las privaciones de libertad provocadas por el comportamiento culpable del propio demandante. La decisión de no indemnizar en estos casos puede ser perfectamente compatible con el derecho a la presunción de inocencia. La clave está, en nuestra opinión, en aplicar autónomamente (y con un lenguaje cuidadoso) las reglas sustantivas y procesales que rigen en el Derecho de daños.

VII. CONCLUSIONES

a) La STC 85/2019 (RTC 2019, 85), de 19 de junio, al depurar el art. 294.1 LOPJ de sus incisos inconstitucionales, ha afirmado que la responsabilidad civil por prisión provisional seguida de absolución constituye una hipótesis legal de daño sacrificial, en cuanto daño lícitamente causado en la esfera de libertad de un individuo para asegurar la realización del interés general. No estamos, por tanto, ante una hipótesis de error judicial ni de funcionamiento anormal de la administración de justicia; en el supuesto de hecho previsto en la norma, la prisión provisional que provoca el daño resarcible es la acordada con sujeción estricta a los requisitos legalmente previstos. La razón de ser de la indemnización no es, por ello, la culpa del juez ni la ilegalidad de su decisión cautelar. La teoría general (civil y constitucional) del daño sacrificial enseña que la razón del resarcimiento es otra. Para asegurar la eficacia de los procesos penales, se opta por anticipar la decisión sobre la privación de libertad a un momento en el que todavía no puede establecerse la culpabilidad del autor. Para preservar la seguridad y libertad de todos, el poder público decide asumir el riesgo de sacrificar la libertad de algunas personas concretas, encarcelándolas preventivamente. Si, finalmente, alguno de los cautelarmente privados de libertad es absuelto de los cargos que se le imputan es posible que haya

experimentado un sacrificio lícito de su libertad individual en beneficio de la libertad y seguridad de los demás. Solo a través de la indemnización puede asegurarse que el individuo sacrificado sea tratado como fin en sí mismo y no como mero objeto, medio o instrumento de las políticas públicas. Solo a través del resarcimiento la libertad del dañado cobra la misma importancia que la del resto de los miembros de la comunidad.

b) La constatación de que la responsabilidad por prisión provisional tiene una dimensión constitucional ni mucho menos supone que el libramiento de la indemnización sea automático e ilimitado. El presupuesto de toda responsabilidad objetiva por sacrificio especial es, justamente, que haya verdaderamente un sacrificio, lo que, como da claramente a entender la STC 85/2019 (RTC 2019, 85), no ocurre cuando el daño infligido es imputable a la propia víctima, no supera un umbral mínimo de intensidad o resulta materialmente compensado por beneficios especiales igualmente derivados, directa o incidentalmente, de la intervención lesiva

c) Aunque, tras la STC 85/2019 (RTC 2019, 85), el art. 294.1 LOPJ queda configurado en términos manifiestamente genéricos o amplios, el Tribunal Constitucional ha advertido que dicha norma no puede ser aplicada desconociendo las reglas generales del Derecho de daños. No cabe asociar automáticamente la indemnización de la prisión provisional padecida al dictado de un pronunciamiento penal absolutorio. Los dos institutos que la STC 85/2019 (RTC 2019, 85) cita expresamente como elementos a tener en cuenta para determinar la procedencia de la indemnización son buena prueba de que no puede caerse en el automatismo:

(i) Así, la llamada *compensatio lucri cum damno* exige evaluar si el daño en la libertad lleva aparejado algún efecto que convierta su resarcimiento en un lucro indebido. Es por esa razón que la aplicación de la previsión legal que dispone el descuento de la prisión provisional padecida en relación con la pena impuesta en causa distinta (art. 58.2 CP) debe excluir el derecho a la indemnización.

(ii) A su vez, la culpa (*rectius*: hecho) de la víctima puede tener un rol causal decisivo, determinante del mismo efecto excluyente del resarcimiento. Ha de evaluarse el comportamiento procesal del demandante, valorando en particular si provocó la prisión provisional incumpliendo sus deberes (por ejemplo, al tratar de sustraerse de la acción de la justicia o al intentar coaccionar a los testigos o destruir elementos de prueba), si fue negligente o completamente pasivo al combatir la decisión de privación cautelar de libertad, si su propio comportamiento fue el que generó un panorama de sospechas....

d) Con todo, la hipótesis más relevante de culpa de la víctima consiste en evaluar si el demandante de indemnización provocó su propia prisión provisional al haber cometido los hechos que se le imputaban penalmente. Se trata,

sin duda, del aspecto aplicativo más problemático que se suscita tras la STC 85/2019 (RTC 2019, 85). De la resolución dictada por el Tribunal Constitucional cabe extraer las siguientes consecuencias:

(i) No cabe seguir utilizando un *sistema mixto* que parta, sin más, de la resolución penal (y de sus conclusiones fácticas y probatorias) para distinguir entre aquellos individuos penalmente absueltos que son acreedores de indemnización y aquellos otros que, habiendo sido igualmente absueltos, no lo son. Un sistema de este tipo es profundamente insatisfactorio, ya que ni sirve para fijar indemnizaciones justas (pues la sentencia penal suele limitarse a no dar por probada, más allá de toda duda razonable, la tesis de la acusación) ni es compatible con el derecho de toda persona a ser presumido inocente (pues se parte de la resolución relativa a los cargos criminales para extraer efectos jurídicos que son impropios de ella, sembrando sospechas sobre la inocencia declarada). La doctrina fijada en la STC 85/2019 (RTC 2019, 85) nos sitúa, por tanto, ante una alternativa clara: un sistema puramente vicarial, que equipara la absolución penal a la no realización del hecho, o un sistema de plena autonomía, en el que el procedimiento resarcitorio (y su revisión judicial) determina los hechos de forma independiente, conforme a las pautas generales del Derecho de daños.

(ii) El *sistema vicarial*, en el que la absolución penal preconfigura plenamente la apreciación fáctica que ha de realizarse en el pleito indemnizatorio, permite sortear cualquier interferencia en el derecho a la presunción de inocencia. Esta es una indudable ventaja. Pero los resultados a los que este sistema conduce son manifiestamente insatisfactorios. Trasladar el altísimo estándar probatorio del proceso penal al litigio relativo a la indemnización civil supone incurrir en una injusticia conmutativa: se exige a los ciudadanos que paguen indemnizaciones por privaciones de libertad que, desde la óptica del Derecho de daños, solo son imputables al comportamiento de los demandantes. Los ciudadanos han de sentir una lógica insatisfacción ante un sistema de este tipo, que convierte el resarcimiento en un sucedáneo de ayuda pública. Es más, el sistema vicarial no resulta compatible con el tenor de la STC 85/2019 (RTC 2019, 85), que excluye todo automatismo y exige que la aplicación del art. 294.1 LOPJ se ajuste a las reglas propias (que son tanto sustantivas como procesales) del Derecho de daños.

(iii) El sistema de *procesos autónomos* es el escogido por el art. 294.1 LOPJ, una vez depurado de los incisos que lo hacían inconstitucional, teniendo en cuenta que la STC 85/2019 (RTC 2019, 85) ha excluido categóricamente el automatismo de la indemnización. De acuerdo con esta Sentencia, el precepto legal hace depender el derecho a la indemnización de la aplicación de las reglas del Derecho de daños, incluidas, por tanto, las relativas a la prueba. Tal sistema corrige la injusticia señalada, reservando la indemnización a quienes, de acuerdo con los parámetros de evaluación de prueba propios del Derecho de daños, puede considerarse que han sido realmente sacrificados por razón

del interés general, ya que no cometieron el hecho punible ni contribuyeron de otro modo a sufrir la privación cautelar de libertad. La alternativa del proceso autónomo presenta, sin embargo, una desventaja: no estamos en condiciones de predecir cómo será evaluado, a efectos del art. 6.2 CEDH, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. No obstante, los propios parámetros doctrinales que el Tribunal de Estrasburgo utiliza en casos similares (acción civil de la víctima, reclamación de la cobertura de la compañía aseguradora) aportan pautas suficientes para explicar solventemente, a través un diálogo de Tribunales, la plena compatibilidad de este sistema con el derecho a la presunción de inocencia. Para ello es imprescindible ahondar en los fundamentos últimos de la diversidad de estándares probatorios.

e) Los distintos estándares probatorios que rigen en el proceso penal y en los procedimientos o procesos relativos a la indemnización de daños se explican, en última instancia, por la diversa naturaleza de la cuestión jurídica sustantiva que se dilucida en ellos. Si en el proceso penal hay un deber de absolver (incluso asumiendo que la tesis de la culpabilidad es más probable que la tesis de la inocencia) se debe a que está en juego el ejercicio del *ius puniendi* del Estado; se asume conscientemente un nivel cualificado de probabilidad (*in dubio pro reo*) porque solo así se evita el mal que se considera más indeseable: el de los falsos positivos que llevan a que algunos inocentes sean castigados por crímenes que no han cometido. En cambio, cuando se discute la obligación de indemnizar un daño ya producido, en particular una privación cautelar de libertad lícitamente verificada, el estándar de la *probabilidad preponderante* asegura –salvo que el legislador imponga un criterio distinto para proteger especialmente a una de las partes– que la carga económica del daño recaerá en quien más posibilidades tiene de haber sido su causante, preservándose de ese modo la igualdad de todos los ciudadanos concernidos en este tipo de litigios no penales (que en el caso de la prisión provisional seguida de absolución son, de un lado, los que pagan sus impuestos y, de otro, los que reclaman ser indemnizados con cargo al dinero de todos). No debe aplicarse el estándar probatorio de probabilidad cualificada que se exige para condenar en la vía criminal ni tampoco las concretas reglas probatorias (estándares de prueba mínima) que obligan a valorar de un modo particular la eficacia de determinados medios de prueba.

Si los criterios interpretativos que hemos expuesto son aplicados a través de un procedimiento indemnizatorio autónomo, estrictamente sujeto a las reglas sustantivas y procesales del Derecho de daños, la indemnización de la prisión provisional se concederá a aquellos individuos que verdaderamente han sido instrumentalizados por el poder público para lograr la satisfacción del interés general (a los que se restituirá, a través del resarcimiento, la condición de fin en sí mismo), sin que por ello se vea mermado el derecho fundamental a la presunción de inocencia.