

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

*1. Los antecedentes de la cuestión de inconstitucionalidad.*

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

El art. 294.1 LOPJ dice textualmente: “1. Tendrán derecho a indemnización quienes después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se hayan irrogado perjuicios”.

La cuestión interna de inconstitucionalidad se ha planteado como consecuencia de diversas demandas en recursos de amparo ante este Tribunal en los que se ha venido denunciando la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva después de que los tribunales hubiesen negado la indemnización reclamada, si bien en algunos de estos recursos se ha solicitado con base en la lesión de los derechos fundamentales a la libertad y a la igualdad. El supuesto de hecho común a todos ellos es la prisión provisional del demandante de amparo durante la instrucción de un proceso penal, seguida de la absolución o sobreseimiento libre de la causa penal. En todos los casos se ha pedido una indemnización que se ha canalizado por la vía del error judicial (art. 293 LOPJ) o por otros medios, indemnización que ha sido rechazada. Ello ha producido entonces la reclamación ante el TC que ha resuelto los asuntos 8/2017 y 10/2017.

Según el ATC 79/2018, de 17 de julio, la razón del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad consiste en “considerar que los incisos ‘por inexistencia del hecho imputado’ y ‘por esta misma causa’ podrían resultar contrarios a los derechos a la libertad

personal (art. 17 CE), a la igualdad (art. 14 CE) y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE), al vincular el derecho a la indemnización por prisión preventiva solo a los supuestos en que la resolución penal determina la inexistencia del hecho imputado”, porque “puede dejar fuera otros que debieran serlo con fundamento en las exigencias constitucionales para privar de libertad cautelarmente a una persona (art. 17 CE), introduciendo diferencias irrazonables de trato por razones de absolución (art. 14 CE) que irremediablemente dejan latentes dudas sobre la inocencia del sujeto no condenado en el proceso penal (art. 24.2 CE)”.

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

inadecuado, pues para determinar si concurre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia[FJ 7].

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

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

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

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

El texto de la sentencia parece haber superado el argumento de una posible vulneración del derecho a la libertad, que fue el que originó el planteamiento de la presente cuestión interna. Efectivamente en el FJ 5 se señala que “la prisión preventiva provisional constituye un supuesto de privación legítima de libertad amparado en la previsión del art. 17.1 CE [...], que se impone a la persona como un sacrificio en aras del interés general encarnado por la protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos (STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ5)”, añadiendo que “frente a esos intereses, el sacrificio instrumental de la libertad que supone presenta un carácter aflictivo extraordinario que el legislador ha tenido presente” y que se debe “a la entidad del derecho afectado [...]”.

Sin embargo, en el fondo de la argumentación de la sentencia late la idea, no explícitamente expresada, que la lesión realmente sufrida por el investigado en prisión provisional declarado absuelto o cuando el asunto se ha sobreseído concierne a su derecho a la libertad. Ello se puede comprobar en el FJ5 cuando afirma que “en este contexto de justificación del interés general, el ciudadano tiene el deber de tolerar las medidas legítimas de investigación que se adopten por los órganos estatales que ejercen el *ius puniendi* en aras del interés de la

sociedad en el esclarecimiento de los hechos delictivos. Ese deber, sin embargo, conforme a lo que dispone el art. 194.1 LOPJ, va unido al derecho a ser indemnizado por el caso de la prisión provisional, no en otros casos de injerencia, en atención a la especialidad del daño sufrido en aras del interés público prevalente [...]”.

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

#### *4. La diferencia entre los procesos penal y contencioso.*

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

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

El art. 121 CE establece que “Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley”. La Constitución introduce aquí una diferencia notable entre la responsabilidad que es consecuencia de los daños causados por la administración de justicia, y los causados por la administración en general, ya que en el art. 106.2 CE establece que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. En este sentido, la STC 112/2018, con cita de la 325/1994, señala que “la doctrina de este Tribunal ha afirmado, al tratar de forma específica, la responsabilidad patrimonial del Estado derivada de los supuestos de error judicial, modalidad resarcitoria singularmente prevista en el art. 121 CE, que los arts. 106. 2 y 121 CE no son preceptos que operen de forma inconexa e independiente el uno del otro, pues ambos reflejan el mismo postulado general de responsabilidad del Estado, que tiene su anclaje último en el principio

general de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE) y en la propia cláusula constitucional de estado de derecho (art. 1.1 CE). Según señalamos ‘las dos modalidades, emanación del principio general de responsabilidad de todos los poderes públicos (art. 9.3 CE), han de ser calificadas como derechos de configuración legal, por deferir a la Ley su regulación, que en ambos sectores de la Administración, la Pública y la de Justicia, coinciden en la letra’ (STC 325/1994, de 12 de diciembre, FJ 4)”.

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

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

Consecuencia de todo lo anterior, será que el proceso en el que se solicita la indemnización por la prisión provisional seguida de absolución o sobreseimiento es absolutamente independiente del penal en el que se ha decretado esta absolución o sobreseimiento y que el demandante en la vía contenciosa deberá acreditar la concurrencia de los requisitos y no podrá utilizarse en su favor ni en su contra la presunción de inocencia, porque no nos hallamos ante un proceso penal donde los acusadores deben destruir la presunción de inocencia que ampara a todo investigado/procesado hasta que se haya dictado la sentencia

definitiva. Es cierto que como ha afirmado la doctrina, el proceso en el que se reclama la indemnización es un corolario del proceso penal, pero es distinto y al serlo, deberán utilizarse elementos de valoración de la prueba distintos, pudiendo llegarse a conclusiones también diversas de las alcanzadas en el proceso penal. En consecuencia, puede afirmarse en una primera conclusión que la regulación del art. 294 LOPJ cuya constitucionalidad ahora se cuestiona, se ajusta al art. 121 CE, ya que, además, la Constitución deja al desarrollo legislativo la determinación de los requisitos tanto en el art. 106.2 CE, como en el art. 121 CE, que es el que ahora importa. Debe añadirse que el legislador puede regular las instituciones del modo y manera que considere conveniente, siempre y cuando, claro está, tenga en cuenta el contenido constitucionalmente reconocido de los derechos fundamentales. Quiero con ello decir que en el caso de la indemnización por prisión provisional el constituyente en el art. 121 CE solo obliga a indemnizar unos supuestos concretos –error judicial y funcionamiento anormal de la administración de justicia- y éstos deben ser respetados en todo caso por el legislador. A partir de este límite puede ampliar los supuestos indemnizables, decidir indemnizar todos o despreciar algunos sin que en ello pueda haber tacha de inconstitucionalidad alguna.

##### *5. El daño.*

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

De acuerdo con este punto de partida, el daño objeto de compensación es para la sentencia un daño que parte de un error objetivo. De este modo, la sentencia introduce el elemento “error”, que es el único que justifica la indemnización de acuerdo con lo establecido en el art. 121 CE. A partir de aquí la sentencia construye una obligación de indemnizar que no es tal, como argumentaré en su debido lugar, sobre el presupuesto de la lesión de diferentes derechos fundamentales. En definitiva, el art. 121 CE exige claramente la concurrencia de un

daño para que nazca la obligación de indemnizar por parte de la administración de justicia y la inconstitucionalidad declarada de los incisos del art. 294.1 LOPJ no resuelven la cuestión porque, eliminados los incisos que la sentencia declara inconstitucionales, sigue manteniéndose el último inciso del artículo que dice: “siempre que se hayan irrogado perjuicios”. Para excluir esta exigencia, la sentencia creará un error basado en circunstancias objetivas, que le permitirá por una parte incluir este supuesto en el art. 121 CE y, por otra parte, excluir la aplicación del último inciso del art. 294.1 LOPJ.

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

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

Para que pueda anularse por inconstitucional una norma positiva a través de la cuestión de inconstitucionalidad se requiere que la norma sea aplicable al caso de cuya validez dependa el fallo (art. 35.1 LOTC). En este caso se ha cuestionado la constitucionalidad de los incisos concretos del art. 294.1 LOPJ, examinando si se oponían a los derechos fundamentales a la libertad (art. 167); igualdad (art. 14) y presunción de inocencia (art. 24.2). Voy a examinar si la legislación que se declara inconstitucional vulnera en realidad estos tres derechos.

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

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

La regla del art. 17 CE es la libertad, con las excepciones que se contienen en los párrafos 2 y 3 del propio precepto que llevan a la aplicación del art. 121 CE. En este sentido, estaría de acuerdo con la exclusión de la vulneración del art. 17 CE, que establece la sentencia (FJ8).

(ii) *La igualdad*. La sentencia señala (FJ9) que “la selección establecida en el art. 294 LOPJ por los incisos controvertidos discrimina entre el supuesto de inexistencia del hecho imputado y el resto de supuestos de prisión preventiva seguida de absolución o sobreseimiento [...]. Esta diferencia no solo carece de justificación desde la finalidad del precepto que recoge el derecho a la indemnización de quienes se vieron privados de su libertad en aras del interés común, sino que resulta evidentemente desproporcionada en sus consecuencias, de un carácter gravoso extraordinario, ya que quedan excluidos del derecho a la indemnización, por lo que vulnera el principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE)”.

Lo que resulta de esta formulación conduce a la irrelevancia de la razón de la absolución, porque lo relevante es la compensación del daño como sacrificio de especial intensidad. Tampoco se justifica la diferencia de trato por la introducción de elementos de certeza sobre la concurrencia del supuesto indemnizable (asegurarse de que el preso no condenado no ha contribuido a la producción del daño, por ejemplo, la fuga del encausado no significa que no pueda haber después una absolución indemnizable por ser inexistente el hecho imputado. En



definitiva, si se abandona la base sobre la que se ha venido sustentando el art. 294 LOPJ, que es la responsabilidad patrimonial, nace una construcción teórica, a la que luego me referiré, en la que no se indemnizan los distintos supuestos, sino cualquier tipo de prisión seguido de absolución. Por ello estoy de acuerdo con los argumentos formulados por mis compañeros Antonio Narváez y Ricardo Enríquez en su voto particular en esta misma sentencia, que señalan que el planteamiento realizado sobre la base de la lesión del derecho a la igualdad “no alcanza a realizar un completo juicio relacional de aquellas situaciones de inexistencia, que establezca un correcto término de comparación entre aquellos supuestos porque el punto de atención lo ha fijado la sentencia, de modo exclusivo, en la consecuencia jurídica y personal que entraña la medida de privación de libertad [...]”.

(iii) *La presunción de inocencia*. El art. 24.2 CE *in fine* garantiza la presunción de inocencia. Los casos que han dado lugar al fallo de esta sentencia provienen del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) que en diversas ocasiones ha condenado a España por haber justificado, directa o indirectamente, la denegación de la indemnización como consecuencia de la absolución o del sobreseimiento con argumentos que utilizaron la presunción de inocencia. Así, el TEDH en el conocido asunto Puig Panella c. España, de 25 de abril de 2006 establece claramente que si bien es cierto que el derecho a la presunción de inocencia, no otorga, por sí mismo, el derecho a obtener una indemnización por la prisión preventiva sufrida cuando posteriormente no hay sentencia de condena o cuando, como en éste caso, es anulada, es necesario tener en cuenta que la resolución que deniegue el derecho a percibir tal indemnización, no puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia sembrando la duda acerca de la culpabilidad del sujeto. Por tanto, no es en el curso del proceso penal -en el que la expresión de sospechas sobre la inocencia de un acusado puede ser admisible en tanto no se cierre el procedimiento, a la espera de comprobar si le asiste la razón a la acusación-, sino en el curso del procedimiento administrativo y contencioso-administrativo donde resulta inadmisibles que una decisión jurídica se apoye sobre sospechas de inocencia después de haberse pronunciado una sentencia penal exculpatoria de carácter definitivo.

Por su parte, en el caso Tendam c. España de 13 de julio de 2010, el TEDH estimó la demanda planteada por un nacional alemán y residente en Canarias por la falta de indemnización por la prisión provisional y absolución posterior por falta de pruebas en dos procesos penales y por la pérdida o deterioro de los bienes embargados como consecuencia de los mismos. La jurisdicción ordinaria española, primero la Audiencia Nacional y posteriormente el Tribunal Supremo, habían desestimado sus pretensiones indemnizatorias

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

En el caso Allen c. Reino Unido de 12 de julio de 2013 se advierte que no hay unanimidad entre los países miembros del Consejo de Europa sobre la necesidad de indemnizar por prisión provisional preventiva seguida de absolución o sobreseimiento. La doctrina del Tribunal europeo en esta materia viene determinada por dos elementos: a) “el lenguaje utilizado

por el órgano decisor es de vital importancia para valorar la compatibilidad de una decisión y su razonamiento con el artículo 6.2 CEDH”; b) “Sin embargo, cuando se centra la atención en la naturaleza y el contexto concreto de un proceso, incluso el uso desafortunado del lenguaje puede no ser un elemento determinante”. Y añade que esta conformación doctrinal explica, sobre todo por el matiz introducido en el segundo componente, que incluso cuando un tribunal interno usa un lenguaje desafortunado, en el sentido de un lenguaje que puede emitir sospechas sobre la culpabilidad del interesado, puede que las referencias que se hagan al contexto y la naturaleza del proceso permitan entender dichas manifestaciones judiciales como hechas estrictamente en relación a dicho contexto o a la naturaleza del proceso, lo que permite descartar tales sospechas y centrar oportunamente el único sentido de dichas manifestaciones judiciales. Dicho de otro modo, si el órgano judicial conecta claramente sus afirmaciones con la naturaleza compensatoria del proceso en que se formulan, y más en concreto con las exigencias legales para tener derecho a la indemnización solicitada, dicha naturaleza del proceso coadyuva a atribuir su verdadero sentido y alcance a tales manifestaciones.

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

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

concorre o no la responsabilidad de la Administración de justicia por prisión provisional no podrán utilizarse argumentos que ni directa ni indirectamente afecten a la presunción de inocencia”.

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

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

### *7. La indemnización*

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

De entrada esta decisión se enfrenta frontalmente con el texto del art. 294 LOPJ porque eliminados los incisos, la lectura de la norma, como ya se ha dicho, exige la demostración de los perjuicios. La sentencia entiende que la simple detención preventiva seguida de absolución o sobreseimiento es en sí misma un daño objetivo que debe ser compensado, pero con ello se cambia el sistema establecido en el art. 121 CE que: (i) prevé solo como supuesto de hecho de la indemnización el error judicial o el mal funcionamiento de la administración de justicia, y (ii) transforma la indemnización, como sistema de eliminar los daños causados por una actuación culposa (responsabilidad por culpa), o por una actuación de riesgo cuyas consecuencias están previstas en la ley (responsabilidad objetiva).

Mi opinión es que se está utilizando de una forma incorrecta la naturaleza de las compensaciones equiparándolas a las indemnizaciones. Las leyes han acordado en numerosas ocasiones compensaciones por daños que no son indemnizables: los casos de la pérdida de cosechas por inundaciones; las compensaciones a las víctimas del terrorismo (Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección integral a las Víctimas del Terrorismo; completada por el Reglamento publicado en el RD 671/2013); la Ley 14/2002, de 5 junio y el RD 377/2003, de 28 de marzo establecen un sistema de ayudas por determinadas infecciones

sanitarias, en los casos de personas afectadas de hemofilia y que hayan sido contaminadas por el virus de la hepatitis C a través de transfusiones o tratamientos con concentrados de factores de coagulación; las indemnizaciones a víctimas directas e indirectas de delitos dolosos y violentos, reguladas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, varias veces modificada, en todas estas leyes y otras que por brevedad no se citan, no se trata exactamente de un tipo de responsabilidad del Estado, sino de ayudas públicas para personas que hayan sido víctimas de diversas situaciones, delictivas o no, que generan compensaciones a cargo del Estado, sin forzar el ordenamiento constitucional, antes bien, con apoyo en las correspondientes disposiciones constitucionales, el Estado ha acordado compensar de unos daños sufridos que no entran en la categoría de la indemnización, porque no concurre en ellos ninguno de los títulos que hacen nacer la obligación de indemnizar.

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

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

Pero ello lleva a una última pregunta, que ligaría con el propósito de la sentencia, que en definitiva es la justicia material, en el ámbito de la privación de libertad constitucionalmente correcta, pero que ocasiona un sacrificio irreparable al afectado. Es claro que el legislador, como he dicho antes, ha acordado leyes que incluyen compensaciones, que no indemnizaciones,

en determinados supuestos en que el daño no podrá indemnizarse, como ya se ha señalado o bien quien tiene la obligación es insolvente. Por tanto es el legislador y no el Tribunal constitucional quien está legitimado para acordar este tipo de compensaciones, que no vienen tampoco exigidas por el Tribunal europeo. No corresponde al TC actuar como legislador. Al TC solo le compete controlar el respeto del legislador a lo establecido en la CE.

Madrid, a diecinueve de junio de dos mil diecinueve.