

LA PRESÓ PROVISIONAL I LA RESPONSABILITAT PATRIMONIAL DE L'ESTAT JUTGE: DUES REFORMES PENDENTS

Pere Simón Castellano*

Resum

Aquesta recerca examina la polèmica institució de la presó provisional a Espanya a l'albir de dues realitats punyents: d'una banda, l'omnipresència d'aquesta mesura cautelar com a pràctica judicial —a principis d'any, un 16% de la població reclusa es trobava en situació de presó preventiva—; de l'altra, un sistema d'indemnització, en cas d'absolució, per responsabilitat patrimonial de l'Estat jutge, que s'ha mostrat ineficaç des de 1985 i que recentment s'ha vist sacsejat en els seus fonaments per la intervenció del Tribunal Europeu de Drets Humans i la declaració, per part del Tribunal Constitucional, de la inconstitucionalitat de diferents incisos de l'article 294 de la LOPJ. L'article planteja, més enllà del repàs del procés que ens ha portat fins a la situació actual, els termes del debat per poder afrontar amb garanties dues reformes legislatives, que s'intueixen més necessàries que mai.

Paraules clau: presó provisional indeguda; presó provisional; dret a una indemnització; responsabilitat patrimonial de l'Estat jutge; presumpció d'innocència.

REMAND IN SPAIN AND THE STATE'S LIABILITY: TWO REFORMS THAT REMAIN OUTSTANDING

Abstract

This article examines the controversial measure of remand in Spain in the light of two striking facts: firstly, the ubiquity of this preventative measure in judicial practice (at the beginning of the year, 16% of the prison population were pretrial detainees) and, secondly, a compensation system based on state liability that, in the case of acquittal, has proven ineffective since 1985 and that has recently been shaken to its core by judgements of the European Court of Human Rights and the declaration by Spain's own Constitutional Court of the unconstitutionality of a number of provisions of Article 294 of the country's Organic Law on Judicial Powers. In addition to reviewing the developments leading up to the current situation, the article sets out the parameters for the debate on how to properly tackle two legislative reforms that now appear more pressing than ever.

Key words: wrongful remand; remand; right to compensation; state liability; presumption of innocence.

* Pere Simón Castellano, professor contractat doctor, especialitzat en dret digital a la Universitat Internacional de la Rioja (UNIR), professor associat a la Universitat de Girona (UdG) i professor col·laborador a ESERP Business School. UNIR, av. de la Paz, 137, 26006 Logronyo. pere.simon@unir.net, [@Pere_Simon](https://twitter.com/Pere_Simon).

Article rebut el 06.05.2020. Avaluació cega: 12.05.2020 i 25.05.2020. Data d'acceptació de la versió final: 02.06.2020.

Citació recomanada: Simón Castellano, Pere. (2020). La presó provisional i la responsabilitat patrimonial de l'Estat jutge: dues reformes pendents. *Revista Catalana de Dret Públic*, 61, 224-239. <http://doi.org/10.2436/rcdp.i61.2020.3463>.

Sumari

1 Introducció

2 La presó provisional: una mesura cautelar, excepcional?

2.1 Naturalesa jurídica

2.2 Característiques de la presó provisional

2.3 Pressupòsits

2.4 Propòsits

2.5 Situació actual

3 El sistema d'indemnització, en l'atzucac

3.1 Les reticències a la recepció de la doctrina del TEDH sobre la dimensió extraprocessal de la presumpció d'innocència

3.2 Els efectes de l'STC 85/2019, de 19 de juny

4 Reflexions finals

5 Referències bibliogràfiques

1 Introducció

La presó provisional,¹ com a mesura preventiva de seguretat, es configura com una de les institucions més polèmiques i controvertides per la seva mateixa naturalesa, limitadora de drets fonamentals i garanties processals, alguns tan significatius per a posicions tuitives com la llibertat de l'individu i la presumpció d'innocència.² Aquesta limitació, que hauria de tenir un marcat caràcter excepcional, d'acord amb el que estableix la Llei d'enjudiciament criminal (en endavant, LECr), està avalada fonamentalment en criteris utilitaristes i en nom de l'interès general en l'efectiva persecució del delictes.³

En els últims anys s'han produït determinats esdeveniments o fites d'àmbit nacional que ens exigeixen una profunda i necessària revisió de la institució de la presó provisional a l'albir de la seva afectació als drets fonamentals i a les demandes de la societat i dels operadors jurídics. El present treball pretén abordar precisament els aspectes més qüestionables d'aquesta institució i ho fa partint de dues hipòtesis.

La primera està relacionada amb la suposada omnipresència de la presó provisional com a pràctica judicial,⁴ tot i tractar-se d'una mesura de marcat caràcter excepcional i subsidiària.⁵ En els darrers anys hem pogut veure diferents casos molt mediàtics en els quals s'ha ordenat la presó preventiva, com poden ser el cas de l'anomenat "judici al procés català",⁶ el cas relatiu a l'Operació Lezo⁷ o en el darrer assumpte de Mario Conde,⁸ per posar-ne només alguns exemples. Probablement el cas més paradigmàtic dels problemes que planteja aquesta institució és el de la presó preventiva de Sandro Rosell, en el qual es va produir la lliure absolució després de 643 dies de privació de llibertat i sense cap permís de sortida, ni tan sols per al llavors investigat Joan Besolí, que no va poder gaudir ni d'un sol permís extraordinari per visitar el seu fill que acabava de quedar paraplègic després d'un greu accident.⁹

Si bé la presó preventiva disposa d'una regulació legal concreta i detallada i molta jurisprudència de desenvolupament, el cert és que els presos preventius resten als llimbs. D'una banda, no poden gaudir de permisos ordinaris de sortida, atès que queden reservats, entre altres requisits, als presos que han complert una quarta part de la condemna. De l'altra, no poden accedir a programes de reinserció i no tenen prioritat

1 Al llarg de l'article utilitzarem indistintament les veus *presó provisional* i *presó preventiva* per referir-nos a una mateixa institució jurídica. El primer és un terme que acostuma a ser més utilitzat entre constitucionalistes i el segon, entre penalistes. En qualsevol cas, el Codi penal també els fa servir indistintament —articles 34 i 58—; la Llei d'enjudiciament criminal —articles 502 i següents— opta per l'expressió *presó provisional*, mentre que la Llei orgànica general penitenciària parla de la *presó preventiva*.

2 La llibertat és un valor superior de l'ordenament jurídic —art. 1.1 de la CE—, a més d'un dret fonamental —art. 17 CE—, i la seva transcendència rau precisament a actuar com un pressupòsit per a l'exercici d'altres llibertats i drets fonamentals. Com a conseqüència, les mesures limitatives de la llibertat hauran de ser excepcionals i motivades i estar fonamentades en una previsió legal. Vegeu per totes les STC 140/1986, d'11 de novembre, FJ 5 i 160/1986, de 16 de desembre, FJ 4. Vegeu també De Urbano Castrillo (2005).

3 La doctrina ha estudiat les finalitats legítimes que persegueix la presó preventiva i n'ha assenyalat la importància que estigui limitada als casos més greus, és a dir, aquells en els quals es concreta un veritable risc per al desitjable curs del procés penal i l'efectiva persecució del delictes. Vegeu per tots Dorrego de Carlos (2004) i Martínez Galindo (2005: 23-29).

4 La doctrina jurídica ha discutit tradicionalment aquesta institució fins al punt d'arribar a qualificar-la com un dels principals problemes de la jurisdicció penal, per l'ús i l'abús que se'n fa, que la converteixen en "un mecanisme omnipresent", cosa que només seria comprensible "des del sistema inquisitiu". Vegeu Morillas Cueva (2016: 4).

5 Un interessant estudi empíric sobre la decisió judicial de la mesura cautelar de presó provisional pot trobar-se en Guerra Pérez (2011), que estudia 250 decisions de presó provisional acordades a la província de Màlaga durant els anys 2003 i 2004, cosa que permet fer-se una idea de l'aplicació de la reforma legislativa de l'any 2003 en la matèria.

6 Em refereixo a l'enjudiciament dels líders polítics catalans que proclamaren unilateralment la independència de Catalunya i que han estat en la seva majoria condemnats per la Sala II del Tribunal Suprem en la Sentència núm. 459/2019, de 14 d'octubre. Durant la instrucció es varen succeir molts recursos i peticions; potser el cas més paradigmàtic és el del Sr. Junqueras, la situació del qual va ser objecte de reexamen fins en set ocasions. Dels dotze investigats en aquesta causa especial, nou es trobaven a la presó abans i durant les celebracions del plenari, i només tres varen assistir-hi en situació de llibertat.

7 En el marc d'aquesta operació, Ignacio González, expresident de la Comunitat de Madrid, va estar en presó preventiva un total de 201 dies. Vegeu la interlocutòria del Jutjat Central d'Instrucció núm. 6, de 21 d'abril de 2017.

8 Aquest cas és bastant sagnant, ja que després de 67 dies de presó preventiva es va dictar una interlocutòria de sobreseïment lliure. Caldria plantejar-se si existien suficients indicis de delictes i de criminalitat de l'investigat, ja que es va posar punt i final al procés tot just dos mesos després d'adoptar la mesura cautelar. Vegeu la interlocutòria del Jutjat Central d'Instrucció núm. 1, de 13 d'abril de 2016.

9 Vegeu sobre aquest assumpte l'interessant article d'Abadías Selma (2020), que desgrana els detalls del cas Sandro Rosell.

ni accés a destins, activitats, programes educatius, tallers laborals i activitats ocupacionals, propis d'altres interns.¹⁰

La segona hipòtesi es troba vinculada al sistema d'indemnització per danys soferts com a conseqüència d'una presó provisional indeguda, mecanisme que s'ha vist recentment soscat en els seus fonaments per la intervenció del Tribunal Europeu de Drets Humans (en endavant, el TEDH) i la reticent recepció per part dels tribunals nacionals de la doctrina jurisprudencial d'aquest Tribunal.

Qui subscriu aquestes línies aspira a plantejar en aquest article els termes del debat sobre una institució que requereix criteris estables tant per a la seva ponderació en el cas concret com pel que fa al dret a obtenir una indemnització en cas de posterior absolució de l'investigat i la determinació de la seva quantia. Amb tal propòsit, en primer lloc, estudiarem els elements i les característiques fonamentals de la presó preventiva, inclosa la seva dimensió constitucional, cosa que ens permetrà veure si la seva realitat pràctica s'hi adiu i, en definitiva, possibilitarà contrastar la primera de les hipòtesis plantejades. Posteriorment analitzarem en quina situació ens deixa l'STC 85/2019 i, més concretament, els seus efectes i transformacions sobre el règim de responsabilitat patrimonial de l'Estat jutge per presó provisional indeguda.

2 La presó provisional: una mesura cautelar, excepcional?

La presó provisional es configura en el nostre ordenament jurídic com una mesura cautelar que ha de ser ordenada mitjançant una resolució judicial motivada,¹¹ que tindrà caràcter provisional i que preveu la privació de llibertat de l'investigat, legalment innocent, a qui s'imputa com a mínim d'un delictes d'especial gravetat.¹²

2.1 Naturalesa jurídica

La presó provisional revela la irreductible tensió entre dos objectius estatals legítims: d'una banda, satisfer el dret a la llibertat i a la presumpció d'innocència, de caràcter individual; de l'altra, el dret de la societat a mantenir l'ordre i la seguretat per a una convivència pacífica o l'interès general en l'efectiva persecució dels delictes. Aquesta mesura cautelar implica una clara restricció de drets fonamentals, si bé s'accepta de manera excepcional com un sacrifici en nom de l'interès general. No és d'estranyar, doncs, que el màxim intèrpret de la *norma normarum* hagi insistit a referir-se a la presó preventiva com un sacrifici que encarna el bon fi del procés penal, la protecció de drets, béns i valors constitucionals i l'eficàcia de l'exercici de l'*ius puniendi* estatal.¹³

Més concretament, la seva afectació als béns juridicoconstitucionals es concreta, d'una banda, en la limitació del dret a la llibertat de l'article 17 de la Constitució espanyola (en endavant, la CE), de la presumpció d'innocència *ex* article 24.2 CE i del principi d'igualtat de l'article 14 CE; de l'altra, serveix perquè la funció d'administrar justícia *ex* article 117 CE no es desvirtui i pugui ser finalitzada amb èxit.¹⁴

10 L'article 104 del Reglament penitenciari estableix que no es formularà proposta de classificació inicial dels interns mentre duri la situació processal de presó preventiva, cosa que *de facto* els impedeix seguir programes formatius i accedir a moltes de les activitats programades en condicions d'igualtat en relació amb la resta dels presos.

11 En la mostra analitzada per Guerra Pérez (2011: 517), en un estudi sobre la situació ara fa una dècada, s'arriba a la conclusió que els jutges no estaven complint, en general, les obligacions establertes per llei en relació amb l'adopció de la presó preventiva. Més concretament, l'autora assenyala que l'incompliment està relacionat amb la manca de motivació suficient, més que en aspectes d'aplicació substantiva. Com veurem més endavant en aquest treball, els números acrediten una disminució significativa de l'ús de la presó preventiva al llarg dels últims deu anys.

12 Amb la reforma de l'any 2003, que comentarem a continuació, es va rebaixar el llinar, cosa que permet adoptar aquesta mesura cautelar quan l'investigat afronta una hipotètica pena màxima de presó que sigui superior a dos anys. La pràctica, doncs, no requereix una "especial gravetat". Al nostre entendre tal regulació obre la porta a la possibilitat que en la gran majoria dels processos es pugui dictar una mesura tan conflictiva com la presó preventiva.

13 Vegeu l'STC 47/2000, de 17 de febrer, FJ 9.

14 Aquests són els drets que tradicionalment es veuen afectats, si bé en determinades circumstàncies els efectes de la presó preventiva poden traslladar-se i projectar-se sobre d'altres drets, com, per exemple, els de participació política. És el cas del ja esmentat judici del procés, atès que alguns dels presos en situació preventiva resultaren electes tant en la convocatòria d'eleccions del Parlament de Catalunya de 21 de desembre de 2017 com en les eleccions a les Corts Generals de 28 d'abril de 2018 i en les eleccions al Parlament Europeu del 26 de maig de 2018. És evident que qualsevol afectació als drets de representació política ha d'analitzar-se amb molta cautela, atès que el paper que aquests drets juguen tant en la seva vessant passiva com activa és fonamental en un estat democràtic. Part de la doctrina, al respecte del cas Junqueras, ha assenyalat que l'exercici del dret de representació política, que la llei electoral reconeix també a les persones sotmeses a presó preventiva, va resultar rotundament denegat quan el TS va al·legar el risc de

Vist d'aquesta manera, la privació de llibertat se situa en un “camp de tensió” (Moreno Catena, 2020: 203) entre dos deures estatals parcialment contraposats que exigeixen que es persegueixi de manera eficaç el delictes i que alhora es garanteixi la llibertat i la presumpció d'innocència de l'investigat. Fins i tot podria discutir-se que la mesura cautelar posa en qüestió la igualtat d'armes o el dret a un procés amb totes les garanties, doncs és cert que la preparació de les actuacions defensives pot quedar afectada si l'acusat es troba a la presó, ja que no pot disposar de les mateixes oportunitats que si estigués en llibertat, i més encara si es tracta d'una causa que es troba sota secret de sumari.¹⁵

La presó provisional constitueix, doncs, una mesura cautelar sempre polèmica, a la qual s'arriba després d'un judici de proporcionalitat que té en compte les particularitats o singularitats del cas concret.

2.2 Característiques de la presó provisional

Quatre són els elements bàsics que integren la decisió o resolució judicial que aprova una mesura cautelar d'aquesta naturalesa: temporalitat, legalitat, excepcionalitat i motivació. En tractar-se d'una mesura limitadora de drets fonamentals es regeix per la legalitat i exigeix una justificació o motivació suficient per part dels tribunals; arran del seu caràcter cautelar o temporal sorgeixen les notes de la seva instrumentalitat i provisionalitat; i, finalment, a causa de la gravetat dels seus efectes apareixen dos trets afegits que estan interrelacionats: l'excepcionalitat i la subsidiarietat.

Pel que fa a la temporalitat, cal recordar el que estipula l'article 504 de la LECr, que la limita exclusivament al “temps imprescindible” per assolir qualsevol de les finalitats que la mateixa LECr preveu i mentre subsisteixin els motius que van justificar la seva adopció. Precísament per aquest motiu l'investigat podrà reclamar tantes vegades com faci falta la revisió de la seva situació,¹⁶ així com un nou examen o valoració jurídica de les circumstàncies que l'han dut a un centre penitenciari de manera preventiva. Part de la doctrina ha considerat que aquesta falta de concreció desplega efectes negatius, en entendre que aboca a una situació de total inseguretat jurídica impròpia de l'ordenament jurídic d'un estat social i democràtic de dret (Abadías Selma, 2020).

En un altre ordre de coses, trobem la legalitat de la mesura. Com hem indicat anteriorment, l'article 17.1 de la CE estableix que ningú no podrà ser privat de la seva llibertat, llevat d'aquells casos i en la forma en què les lleis ho permetin. Així doncs, l'aplicació de la llei en sentit literal té aquí una especial rellevància en la mesura que s'ha d'aplicar i tenir en compte cada vegada que l'òrgan jurisdiccional dicta una resolució relacionada amb aquesta mesura, ja sigui quan s'ordena la presó provisional, quan es decideix mantenir-la o quan es prorroga.

L'anterior exigeix un examen exhaustiu dels requisits establerts a l'article 503 LECr i la corresponent identificació dels indicis de delictes —que procedeixen habitualment de les activitats d'investigació policial i judicial, de les declaracions de la víctima i de l'investigat, així com de testimonis presencial dels fets, en el seu cas— i dels indicis de criminalitat de l'investigat —respecte a la seva participació i autoria. La doctrina jurisprudencial ha assenyalat que aquests indicis són “indispensables”, que no poden equivaldre ni a “sosptes” ni a “conjectures”, cosa que exigeix racionalitat i probabilitat de la participació del subjecte en l'il·lícit, així com dades externes que apreciades judicialment permeten descobrir o albirar amb fermesa, d'acord amb les regles de l'experiència, l'eventual responsabilitat criminal de l'investigat.¹⁷

Per la seva banda, hi ha unanimitat a la doctrina (Cobo del Rosal, 2008) en afirmar que l'excepcionalitat ha de ser la tònica predominant en la imposició de la presó provisional, ja que al contrari entraríem en una dinàmica molt perversa i nociva per als drets fonamentals a la llibertat i a la presumpció d'innocència. La regla

reiteració delictiva sense plantejar alternatives que permetien defensar tots els interessos que estaven en joc (Moreno Catena, 2020: 222-230). En una direcció molt semblant trobem el vot particular de l'STC 155/2019, firmat conjuntament pels magistrats Valdés, Xioli i Balaguer i l'STJUE (Gran Sala) de 19 de desembre de 2019, assumpte C-502/19.

¹⁵ Resulta difícilment justificable l'adopció d'aquesta mesura sense saber de què se l'acusa. El secret de sumari també té límits i no es pot impedir *sine die* a l'investigat el seu dret de defensa. Vegeu en relació amb aquest evident problema els treballs de Gómez-Jara (2017) i Nuño Díez (2019).

¹⁶ Serveixi com a exemple la presó preventiva del Sr. Junqueras, la qual va ser objecte de reexamen fins en set ocasions en les resolucions esmentades anteriorment.

¹⁷ ITS de 18 de juny de 1992. Vegeu també Hassemmer (2003).

habitual, doncs, ha de ser la llibertat de l'investigat o acusat al llarg del procés penal i, per tant, la privació de llibertat ha de ser una situació poc freqüent o inusual. Aquí actua també l'anomenat *favor libertatis* o *in dubio pro libertate*. Estem en presència d'una mesura cautelar en sentit estricte, i no d'una pena anticipada,¹⁸ sense que, per tant, la presó provisional pugui servir a fins sancionadors, i menys encara exemplaritzants. La presó provisional ha de ser l'*ultima ratio*, la darrera de les mesures cautelars que s'apliquin, com també ha reiterat el Tribunal Constitucional de manera recurrent des de l'any 1995.¹⁹

Pel que fa a la motivació de la decisió judicial, és l'article 506.1 de la LECr el que estableix que les resolucions que es dictin sobre la situació personal de l'investigat hauran d'expressar els motius pels quals la mesura es considera necessària i proporcionada respecte dels fins que justifiquen la seva adopció.²⁰ Hi correspon un cànon reforçat de motivació per la significativa limitació de drets fonamentals que porta aparellada. La resolució judicial haurà d'expressar de manera clara i motivada les raons jurídiques per les quals s'ha acordat la presó provisional, en relació amb el *fumus boni iuris* —en termes literals, l'aparença de bon dret i l'existència d'indicis de versemblança de les pretensions de la part que la sol·licita—, amb el *periculum in libertatis* —perills que es poden derivar del fet que l'imputat romangui en llibertat durant el temps que duri el procés—, amb el judici d'idoneïtat —susceptible d'aconseguir el propòsit que el justifica—, amb la necessitat —no existeix una via o alternativa menys lesiva— i amb la proporcionalitat en sentit estricte —si se'n deriven més beneficis que perjudicis, també per a l'interès general.²¹

2.3 Pressupòsits

El pressupòsits o criteris objectius que s'han de donar per poder dictar la mesura cautelar són molt laxos o fàcils de complir en la gran majoria d'ocasions. L'article 503 de la LECr possibilita aquesta mesura en la persecució dels delictes per als quals el Codi penal preveu una pena màxima igual o superior a dos anys de presó i també en aquells casos en els quals la pena tingui una durada inferior si l'investigat té antecedents penals no cancel·lats ni susceptibles de cancel·lació, derivats de condemna per un delicte dolós. Com s'observa, la LECr no ha situat el llistó gaire alt, i permet la seva utilització en casos poc "greus", sempre que hi concorrin motius suficients per creure que la persona és responsable d'aquell delicte —tant indicis de participació delictiva de l'investigat com indicis de criminalitat— i es doni algun dels supòsits —fins o propòsits constitucionalment legítims— que enumera el mateix article i que seran objecte d'estudi en el següent epígraf.

2.4 Propòsits

Un dels propòsits o fins que permet dictar la presó preventiva, i que es troba reconegut a la normativa i jurisprudència en la pràctica totalitat d'ordenaments del nostre entorn, és garantir o assegurar la presència física de l'imputat en el procés penal. La desaparició o fuga de l'imputat frustraria no només la futura execució de la pena, sinó, abans, el desenvolupament normal del mateix procés penal.²²

D'altra banda, trobem el risc de destrucció de proves que mitiga la presó preventiva, que abans de la reforma operada l'any 2003 es coneixia també com el propòsit d'evitar l'obstrucció de la justícia, l'entorpidament de la investigació judicial o la manipulació i destrucció de proves.²³ La mesura cautelar també mitiga el risc de reiteració delictiva, amb la qual cosa compleix fins de prevenció especial,²⁴ i també pot tenir com a objectiu evitar que l'investigat actuï contra la víctima, protegint els béns jurídics d'aquesta última, especialment en les causes de violència de gènere.²⁵

18 Aquesta és la teoria; les estadístiques ens mostren una altra realitat, que veurem a l'epígraf 2.5. Vegeu també la crítica que formula Nistal Martínez (2013).

19 Vegeu per totes les STC 60/2001, de 26 de febrer, FJ 3; 138/2002, de 3 de juny, FJ 4.

20 Vegeu la doctrina del màxim intèrpret de la *lex superior* al respecte en l'STC 47/2000, FJ 9, esmentada anteriorment.

21 Sobre l'aplicació del principi de proporcionalitat vegeu Asencio Mellado (2005).

22 Vegeu sobre aquest punt, poc controvertit, el posicionament de l'autor De Urbano (2004: 153).

23 STC 23/2002, de 28 de gener, FJ 3.

24 Si bé ha estat criticat per part d'alguns autors com Roxin (1976: 15-17).

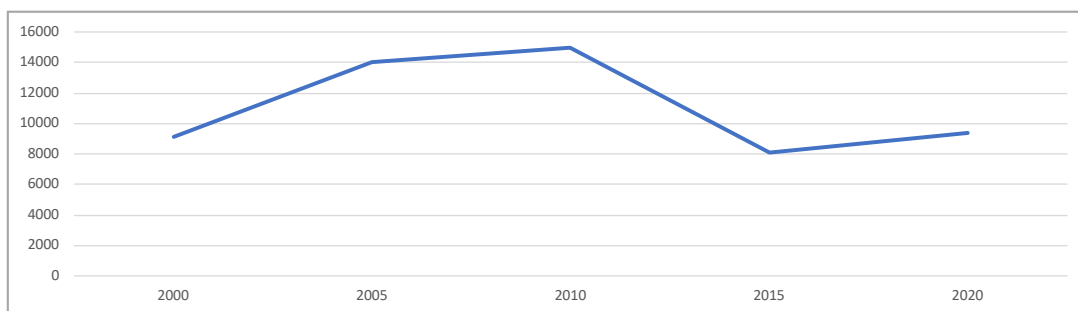
25 Vegeu sobre aquest particular Gimeno Sendra i Díaz Martínez (2004).

Qualsevol altre propòsit que pretengui atribuir-se a la presó provisional excediria els límits i els objectius que hi són propis *ex lege*.

2.5 Situació actual

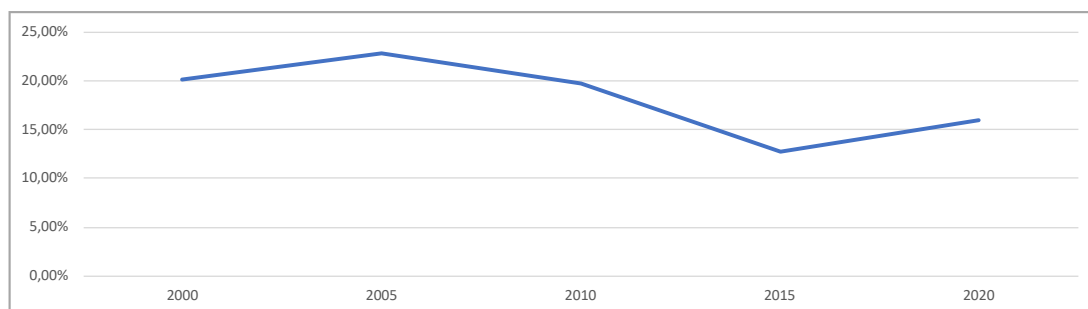
Al llarg de les dues últimes dècades hem presenciats un increment general de la utilització de la presó preventiva en nombrosos països del món. Així s'acredita en les estadístiques i els informes que publica el Centre Internacional d'Estudis Penitenciaris,²⁶ que també adverteix que l'evolució de presos, tant penats com preventius, presenta una general i constant tendència a l'alça. En un recent informe (Walmsley, 2020), publicat a l'abril d'aquest mateix any, s'alerta que des del 2000 ha augmentat en un 30% el nombre total de persones que es troben en presó preventiva i, més concretament, això suposa un augment de 5 punts percentuals més respecte al també significatiu creixement de la població global.

La tendència nacional de les dues darreres dècades és, al contrari, descendent, cosa que d'entrada sorprèn, donat que són nombrosos els casos mediàtics en què es dicta aquest tipus de mesura cautelar "excepcional". Vegem-ne més clarament la tendència en dos gràfics.²⁷



Gràfic 1. Evolució de casos totals de presó provisional. Font: elaboració pròpia a partir de dades extretes del CGPJ.

Com s'observa, la pràctica judicial d'adoptar aquesta mesura cautelar va augmentar significativament del 2000 al 2005 en números totals, i va seguir la seva tendència alcista fins al 2010. Al 2015 es redueixen significativament els casos i aquests últims anys s'ha produït un lleuger repunt, amb 1.268 casos totals més.



Gràfic 2. Evolució del percentatge de presos preventius en relació amb el total de la població reclusa. Font: elaboració pròpia a partir de dades extretes del CGPJ.

Aquest segon gràfic resulta molt més il·lustratiu perquè detalla l'evolució del percentatge de presos preventius en relació amb el total de la població reclusa. És significatiu que un 16% d'aquesta població al 2020 estigui en situació de presó provisional. Permet quantificar l'excepcionalitat amb un 16%, percentatge que no sembla casar gaire amb el sentit literal de la veu *excepcional*.²⁸ Amb tot, s'observa que els canvis

²⁶ És la traducció de l'International Centre for Prison Studies.

²⁷ Els dos gràfics són d'elaboració pròpia amb xifres i dades que hem extret dels informes de les estadístiques de la població reclusa anomenats *Estadística penitenciària* del Consell General del Poder Judicial (consultats l'1 de maig de 2020).

²⁸ Això no obstant, en perspectiva comparada, la majoria de països del nostre entorn tenen percentatges més elevats pel que fa a presos provisionals en relació amb el total de la població reclusa (Walmsley, 2020): Itàlia, un 31%; França, un 25,6%; Bèlgica, un 35,6%; Alemanya, un 20,4%; Grècia, un 26,6%, per posar-ne alguns exemples.

percentuals resulten poc significatius del 2000 al 2010, amb xifres bastant estables, mentre que, al contrari, es produeix un descens notable del 2010 al 2015, amb un repunt considerable d'un 3,3% en els últims cinc anys. És a dir, la tendència global els últims 10 anys ha estat clarament a la baixa, si bé en els darrers cinc anys s'ha produït un lleuger increment en l'ús de la presó provisional.

Per comprendre millor les dades resulta fonamental recordar que l'any 2003 es va aprovar la Llei orgànica 13/2003, de reforma de la LECr —dels seus articles 503 i 504—, amb importants canvis per a la institució de la presó preventiva. La reforma fou conseqüència, d'una banda, de la creixent demanda per part de la doctrina²⁹ i, de l'altra, de l'STC 47/2000, de 17 de març, en la qual el TC es va plantejar una autoqüestió d'inconstitucionalitat sobre la redacció dels esmentats articles. El contingut dels articles, des de 2003, incorpora tots els elements i les característiques que hem analitzat en els epígrafs anteriors, si bé la reforma va contribuir a accentuar el necessari respecte als principis constitucionals i va reforçar la necessitat de motivar expressant els fins que es pretenen assolir en la interlocutòria que adopta la mesura.

No obstant l'anterior, la reforma va ser utilitzada pel legislador per introduir la possibilitat d'aplicar la mesura de presó preventiva com una eina per lluitar contra la inseguretat ciutadana i, per aconseguir-ho, va rebaixar de manera considerable els requisits per a l'adopció de la mesura en reduir el llinar de la pena de presó exigida a dos anys, que ja hem analitzat de manera crítica *supra*, i també va obrir la porta a la possibilitat que es pugui exceptuar aquest requisit si l'investigat té antecedents penals.

Del 2000 al 2010 s'observa —en el gràfic 2— un lleuger augment, gairebé podríem parlar d'estabilització, del percentatge de presos preventius en relació amb el total de la població reclusa. Podríem arribar a la conclusió, fal·laç, que la reforma no el va afectar notablement o no es va notar, però en canvi, si ens fixem en els números totals del gràfic 1, observarem que es va produir un creixement molt significatiu del nombre de presos preventius. Que del 2000 al 2010 s'hagi produït un increment paral·lel similar a l'augment de la delinqüència en l'àmbit nacional no significa que no es pugui valorar l'increment en xifres totals per part dels nostres tribunals. Evidentment, que el redactat de l'article 503 i 504 de la LECr permeti el seu ús en casos que la llei considera “greus” —per molt discutible que això resulti— en els quals la pena màxima és de dos anys de presó o en els quals l'investigat té antecedents penals, obre la porta a poder emprar aquesta institució cautelar en la gran majoria dels assumptes que s'instrueixen en els jutjats penals.

La forta reducció, tant en nombre total com en punts percentuals, que es produeix del 2010 al 2015 pot ser reflex de diferents realitats. Els efectes de la crisi financera global seguida d'una profunda crisi econòmica, que també es va projectar sobre el percentatge global de delinqüència aquests anys, en podria ser una causa. També podria ser conseqüència de les recomanacions que el Consell d'Europa va emetre els anys 2006 i 2010,³⁰ o de la Resolució del Parlament Europeu, de 15 de desembre de 2001, sobre les condicions de privació de llibertat a la UE.³¹ Amb tot, del 2015 al 2020 es torna a notar un lleuger augment tant en nombre total de casos com en el percentatge de reclusos en situació de presó provisional, un total que representa el 16% de la població reclusa en 2020.

En paral·lel, a més, els estudis de política criminal demostren que els nivells d'emprisonament preventiu estan més influenciats per decisions polítiques que pels nivells de delinqüència existents (Guerra Pérez, 2011: 494). No es tracta, només, de l'evident expansió que ha sofert el dret penal, instrument que s'utilitza per posar solució a gairebé tots els conflictes socials i polítics. Són molts els casos mediàtics en els quals hi ha un fort seguiment per part de l'opinió pública en què s'opta per aquesta mesura cautelar. Si bé els números totals i els percentatges només detecten un petit repunt del 2015 al 2020, el cert és que el més preocupant és la creixent sensació en la tribuna pública d'un abús d'aquesta institució cautelar en casos de fort seguiment mediàtic, com el de Sandro Rosell o el dels presos del judici del procés.

29 Vegeu per tots Gimeno Sendra (2001) i Landrove Díaz (1997).

30 Vegeu més concretament les recomanacions del Consell d'Europa següents: la Recomanació sobre les normes penitenciàries europees (2006); la Recomanació sobre la figura de la presó preventiva, les condicions en què té lloc i les garanties contra l'abús d'aquesta figura (2006); la Recomanació sobre les normes del Consell d'Europa relatives a la llibertat condicional (2010).

31 El Parlament hi demana als estats membres que garanteixin que la presó preventiva sigui una mesura excepcional que s'utilitzi sota estrictes condicions de necessitat i proporcionalitat i per temps limitat, en compliment del principi fonamental de la presumpció d'innocència i del dret a la llibertat.

Els exemples que il·lustren millor aquesta problemàtica provenen de la delinqüència econòmica: casos com els de Francisco Correa, Pablo Crespo, Francisco Granados i Julián Muñoz, que van estar en presó preventiva 1.217, 1.083, 954 i 819 dies, respectivament. Un element comú en tots aquests casos, i en la gran majoria dels supòsits en els quals es persegueix el delicte econòmic, és que s'acaba adoptant la mesura cautelar invocant el risc de fuga, si bé aquesta raó és difícilment defensable si tenim en compte que el delinqüent econòmic no marxa, i menys si són individus públicament coneguts, identificats i de fàcil localització. L'arquetip del delinqüent econòmic és l'home que fa vida pública, de negocis, funcionari, empresari o persona de vida social normalitzada, amb un estatus social elevat. A més, la complexitat de les accions que s'investiguen en aquest tipus de delictes fa que la col·laboració entre l'investigat i el seu lletrat sigui molt propera, cosa que ja d'entrada suprimeix qualsevol temptació de fuga, ja que deixaria el denunciat sense l'assistència necessària per a la seva defensa. En canvi, com dèiem, és habitual l'ús de la presó provisional en l'àmbit de la delinqüència econòmica, cosa que ens fa plantejar fins a quin punt l'alarma social que fou expulsada de la LECr amb la reforma de 2003 no s'ha conservat, en la pràctica, com una mesura per alleugerir la pressió mediàtica i evitar que la llibertat de l'acusat produeixi reaccions de pànic, por o rebuig generalitzat.

3 El sistema d'indemnització, en l'atzucac

L'ordenament jurídic espanyol regula el dret a obtenir una indemnització per presó provisional injusta o indeguda a través de l'article 294 de la LOPJ. La seva redacció, fins fa ben poc,³² ens deia que tindran dret a obtenir indemnització aquells que, després d'haver patit presó preventiva, siguin absolts per inexistència del fet imputat o mitjançant una interlocutòria judicial de sobreseïment lliure, sempre que se'ls hagin ocasionat perjudicis o danys il·legítims. Com pot extreure's d'una interpretació literal del text, la indemnització només està a l'abast d'aquells que han patit presó preventiva i després han estat absolts en uns supòsits taxats i concrets.

El sistema o mecanisme per obtenir la indemnització s'inicia a petició de l'interessat, que haurà de dirigir-se directament al Ministeri de Justícia, que la tramitarà d'acord amb les normes reguladores de la responsabilitat patrimonial de l'Estat, tal com preveuen els articles 293.2 i 294.3 *ex* LOPJ. Contra la resolució es pot interposar un recurs contenciós administratiu i el dret a reclamar la indemnització prescriu al cap d'un any, a comptar des del dia en què va poder exercitar-se. La quantia de la indemnització es fixarà, d'acord amb l'article 294.2 de la LOPJ, en funció del temps de privació de llibertat i de les conseqüències personals i familiars que s'hagin produït.

El sistema d'indemnització per presó provisional injusta, a més, no segueix l'esquema tradicional d'indemnització, ja que aquesta no és la conseqüència d'una ingerència defectuosa o il·lícita, sinó un requisit lligat a una intromissió correctament verificada, és a dir, lícita. La indemnització acostuma a ser un remei *a posteriori* per reparar el que, de per si, és contrari a l'àmbit de poder conferit per un dret. Però en els supòsits sacrificials, com és el cas de la presó provisional seguida d'absolució,³³ la indemnització permet equidistribuir el cost del bé comú i actua com un requisit constitucional de la mateixa operació sacrificial (Rodríguez Fernández, 2019).

Amb tot, la interpretació literal de l'article 294.1 de la LOPJ plantejava molts problemes que la doctrina jurisprudencial va tractar de resoldre, sota la premissa que entén que l'article 294 de la LOPJ desenvolupa en realitat l'article 121 de la CE, que estableix que cal indemnitzar els danys ocasionats per error judicial o pel funcionament anormal de l'Administració de justícia.³⁴ No tindria sentit la no cobertura o la no inclusió,

32 La dicció literal de l'esmentat article era que "(t)endrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos por inexistencia del hecho imputado o por esta misma causa haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios". El TC en l'STC 85/2019, de 19 de juny, ha declarat inconstitucional les mencions a la "inexistencia del hecho imputado" i "por esta misma causa", tal com analitzarem *infra*.

33 Alguns penalistes s'han mostrat molt contraris a la noció de "sacrifici" com a punt de partida per a la indemnització i han criticat que es tracta de termes que recorren a l'"heroïcitat" o a una "mobilització" més pròpia de temps de "guerra, catàstrofe o epidèmia", cosa que no és propi d'un estat social i democràtic de dret. Vegeu Rodríguez Ramos (2019).

34 La responsabilitat patrimonial de l'Estat per error judicial *stricto sensu* es troba regulada a l'article 293 de la LOPJ, que estableix que sempre haurà d'anar precedida d'una decisió judicial que expressament reconegui l'error. No obstant això, si partim en tot cas de supòsits de presó provisional legítimament acordada, no podem parlar ni d'error judicial ni de funcionament anormal de l'Administració de justícia. Per tant, haurem d'acudir al procediment i a la via que articula l'article 294 de la LOPJ.

a efectes merament pràctics i utilitaris, dels supòsits d'inexistència subjectiva del fet imputat. Precisament per aquest motiu, el TS va equiparar, a principis de 1989, els supòsits d'inexistència objectiva i subjectiva del fet imputat, alhora que va excloure els supòsits de no condemna per la falta o insuficiència de proves.³⁵ D'aquesta manera, el TS va contribuir a establir diferents conseqüències jurídiques en funció del tipus, la classe o les circumstàncies en les quals es produeix l'absolució, excloent-hi els supòsits en què el veredicté absolutori es produïa per manca de proves suficients o per les exigències intrínseques del dret a la presumpció d'innocència i de l'estàndard probatori que imposa la superació de tot dubte raonable.

Considerava així el TS que una sentència per falta o insuficiència de proves no pot generar un dret a obtenir indemnització, ja que no deriva necessàriament d'un error judicial o, el que és el mateix, l'aplicació en sentit estricte del principi *in dubio pro reo* no significa que prèviament no existissin indicis raonables de culpabilitat i el resultat no qüestiona en cap cas la legalitat de la mesura cautelar. En aquests supòsits, doncs, a l'investigat no li quedava més remei que acceptar la presó provisional com un sacrifici.³⁶

El cert és que aquesta "solució", per dir-ho d'alguna manera, "discriminava" l'investigat en funció dels supòsits de la seva absolució i allargava l'ombra de la seva eventual culpabilitat fins a la presa d'una decisió —atorgar o no la indemnització— que està en mans d'una autoritat administrativa (Ministeri de Justícia).

El Tribunal Constitucional va consolidar l'esmentada doctrina del TS uns anys més tard, el 1992, en assenyalar que des de l'òptica de la finalitat de la norma, la inexistència objectiva i la subjectiva del fet típic imputat són essencialment iguals i, en conseqüència, haurien de rebre un tractament unitari.³⁷

Ambdós tribunals, TS i TC, en aquest moment, partien sense fissures de la premissa que entén que la decisió que pren una autoritat administrativa sobre si finalment concedeix o denega una indemnització no influeix en res ni incideix de cap manera en la presumpció d'innocència, com si els seus efectes només es concretessin en el marc del procés penal.³⁸

3.1 Les reticències a la recepció de la doctrina del TEDH sobre la dimensió extraprocessal de la presumpció d'innocència

Aquesta doctrina legal, que s'aplicava de manera pacífica, de sobte es va veure truncada per un gir jurisprudencial del TS³⁹ que respon fonamentalment a la interpretació que l'alt tribunal realitza de la doctrina que conté l'STEDH de 25 d'abril de 2006, assumpte Puig Panella c. Espanya. La doctrina del TS i del TC en relació amb el sistema d'indemnització previst a l'article 294 de la LOPJ quedava en entredit pels criteris i els arguments del TEDH, que ha assenyalat en nombroses ocasions⁴⁰ que la presumpció d'innocència —res ens fa imaginar que la llibertat personal no pugui tenir aquest mateix efecte— gaudeix d'una eficàcia també extraprocessal. La Cort d'Estrasburg estableix que la distinció dels supòsits analitzats anteriorment desconeix volgutament la prèvia absolució de l'investigat, que ha de ser respectada per tota autoritat, judicial o no, per mandat de l'article 6.2 del Conveni europeu de drets humans (en endavant, CEDH).

El TS va rebre la doctrina establerta pel TEDH mitjançant dues sentències de novembre de 2010,⁴¹ d'una manera peculiar, ja que accepta la prohibició de distinció entre supòsits, però es compagina amb la perillosa idea que el legislador nacional no ha volgut, mitjançant l'article 294.1 LOPJ, establir una indemnització per a tot supòsit de presó preventiva seguida d'absolució.⁴² Per tant, la conclusió a la qual s'arriba finalment és que

35 Vegeu l'STS núm. 76/1989, de 27 de gener de 1989.

36 Aquest és precisament el fonament de la indemnització, la ingerència en el dret a la llibertat de l'investigat i la necessitat de distribuir equitativament el cost del bé comú o interès general que ha estat unilateralment carregat sobre les espatlles de l'acusat. Vegeu Rodríguez Fernández (2019). Quelcom que com diem abans, ha estat criticat per Rodríguez Ramos (2019).

37 Vegeu l'STC 98/1992, de 22 de juny, FJ 2.

38 Vegeu Montañés (1999).

39 STS de 23 de novembre de 2010, en les quals es resolgueren els recursos de cassació núm. 1908/2006 i núm. 4288/2006.

40 Vegeu les STEDH de 25 d'abril de 2006, assumpte Puig Panella c. Espanya, § 50; de 13 de juliol de 2010, assumpte Tendam c. Espanya, § 36, i de 16 de febrer de 2016, Vlieeland Boddy i Marcelo Lanni c. Espanya, § 39.

41 STS de 23 de novembre de 2010, esmentades anteriorment.

42 D'aquesta manera es restringeixen excessivament les possibilitats d'indemnització dels casos d'inexistència subjectiva, que, igual que la inexistència objectiva, és un supòsit d'innocència provada. Vegeu Díaz Fraile (2017).

cal limitar l'ús de l'article 294.1 LOPJ només als supòsits d'inexistència objectiva de fet,⁴³ cosa que retorna els casos enquadrats dins la inexistència subjectiva a la via de l'error judicial articulada en l'article 293.1 LOPJ, argumentant que la diferència de tractament és merament processal i no substantiva.⁴⁴

Una via, però, que el TC no va trigar a censurar⁴⁵ en entendre que un posicionament d'aquest estil contribueix a perpetuar el problema de la diferenciació vedada pel dret a la presumpció d'innocència en la seva dimensió extraprocessal, tal com exigeix el TEDH. Considera el màxim intèrpret constitucional que el fet de mantenir aquesta diferència entre supòsits i limitar l'aplicació de l'article 294.1 de la LOPJ només als supòsits d'inexistència objectiva de fet imputable no soluciona res, ja que la resposta negativa a la sol·licitud d'indemnització seguirà allargant l'ombra del dubte sobre la culpabilitat d'algú que ha estat absolt en el marc del procés penal.

No és acceptable, a parer del TC, que es rebutgi una petició d'indemnització mantenint sospites sobre la culpabilitat de la persona sol·licitant, en funció del supòsit pel qual va ser absolta;⁴⁶ en definitiva, per a la determinació de la responsabilitat de l'Administració de justícia per presó provisional indeguda no es podran utilitzar arguments que ni directament ni indirectament afectin la presumpció d'innocència del sol·licitant, motiu pel qual els supòsits de l'absolució resulten irrellevants a aquests efectes.

No obstant l'anterior, el TS es mostrarà reticent a aplicar la doctrina esmentada. Bon exemple d'això és el curs de l'assumpte que pretenia resoldre l'STC 8/2017, de 19 de gener. Després de la retroacció de les actuacions, el TS va reiterar la denegació de la pretensió d'obtenir una indemnització de l'afectat amb l'argument que l'absolució no obeeix a l'estricta supòsit legal de l'article 294.1 LOPJ.⁴⁷ O dit amb altres paraules, el TS va desestimar la cassació i la conseqüència última és que no s'indemnitza l'afectat per la presó preventiva indeguda.

Davant del manteniment d'una interpretació o aplicació literal de l'article 294 de la LOPJ per part del TS que deixava sense efecte o buidava de contingut la doctrina del TEDH, pocs recursos quedaven més enllà de l'acció del legislador, lent per naturalesa, o la reacció com a legislador negatiu per part del TC. Aquesta última fou la via escollida mitjançant el plantejament d'una autoqüestió interna de constitucionalitat.

3.2 Els efectes de l'STC 85/2019, de 19 de juny

L'STC 85/2019, de 19 de juny, resol, precisament, la mencionada qüestió interna d'inconstitucionalitat.⁴⁸ Es tracta de la reacció del TC a la doctrina del TS, expressada entre d'altres en l'STS núm. 2862/2017, de 12 de juliol, que insistia a diferenciar supòsits i a donar cobertura a la no concessió d'indemnitzacions per presó preventiva indeguda basant-se en la literalitat de l'article 294 de la LOPJ. A judici del màxim intèrpret constitucional, aquesta era l'única via disponible per complir la doctrina del TEDH i garantir la presumpció d'innocència de l'afectat per presó preventiva.

El resultat és una nova doctrina del TC que considera que el redactat de l'article 294.1 LOPJ és contrari als articles 14 i 24.2 de la CE, per establir una diferència de tracte injustificada i desproporcionada entre els supòsits d'inexistència objectiva de fet imputat i els altres supòsits d'absolució. Els incisos de l'article 294 LOPJ que preveu la indemnització "per inexistència de fet imputat" i "per aquesta mateixa causa" ens aboquen, en termes del TC, "a la selecció de supòsits indemnitzables" introduint "una diferència entre

43 Aquesta posició ha estat molt criticada per alguns autors, que afirmen que el TS "aniquila el contingut del dret fonamental a la presumpció d'innocència" i desempara al ciutadà "investigat, pres, acusat i posteriorment absolt", creant categories —absolts de primera i de segona— alienes al procés penal i a les seves garanties. Vegeu Campaner Muñoz (2017: 5).

44 El que fou origen de fortes crítiques doctrinals. Vegeu Rodríguez Ramos (2016) i Martí Martí (2011).

45 Mitjançant les STC 8/2017 i 10/2017, que assenyalen que el supòsit de l'absolució hauria de resultar irrellevant a l'efecte de la indemnització.

46 Resulta important recordar que sobre aquest mateix punt s'havia tornat a pronunciar el TEDH l'any 2016, amb noves condemnes a l'Estat espanyol. Fem referència a l'STEDH de 16 de febrer de 2016, assumpte Vlieeland Boddy i Marcelo Lanni c. Espanya, esmentada anteriorment. En aquest context és en el qual es dicten les STC 8/2017 i 10/2017, després de més de 10 anys de sentències del TEDH que insistien en la projecció i els efectes de la presumpció d'innocència fora del procés penal.

47 STS núm. 2862/2017, de 12 de juliol.

48 Interlocutòria de qüestió d'inconstitucionalitat del TC número 4314-2018, plantejada pel Ple.

supòsits de presó provisional no seguida de condemna contrària a l'art. 14 CE".⁴⁹ Aquesta diferència de tracte no troba justificació, per no respondre a la finalitat de la indemnització i condueix a resultats desproporcionats basats en dubtes latents sobre la innocència de qui sol·licita la indemnització, quelcom incompatible amb les exigències de l'article 24.2 CE.

Per aquest motiu, el TC declara inconstitucionals els incisos esmentats, sense pronunciar-se sobre l'eventual vulneració del dret a la llibertat personal, i matisa que en cap cas el nou redactat de l'article 294.1 LOPJ implica una indemnització "automàtica" per a tots els supòsits de presó preventiva seguida d'absolució,⁵⁰ sinó que aquesta s'haurà d'acotar d'acord amb les lleis i, si de cas hi manquen, mitjançant l'aplicació de la teoria general de la responsabilitat civil.

S'obre així un nou marc legal per a les peticions o sol·licituds d'indemnització per presó provisional indeguda, si bé la doctrina no és pacífica sobre els efectes de l'esmentada sentència.⁵¹ D'una banda, part de la doctrina (Medina Alcoz i Rodríguez Fernández, 2019) segueix defensant que a la pràctica es pugui diferenciar entre supòsits per a la determinació de la quantia, si bé partint dels elements característics del dany de tipus sacrificial, d'acord amb la doctrina de la responsabilitat civil objectiva i la teoria general dels drets fonamentals.⁵² De l'altra, no són pocs els autors (Muñoz Carrasco, 2019 i Rodríguez Ramos, 2019) que consideren que la situació resultant condueix necessàriament a una indemnització directa, *de facto* o automàtica, tot i les reticències del mateix TC a denominar-la d'aquesta manera.⁵³

El TS ja s'ha pronunciat al respecte i considera que l'actual règim aboca a una indemnització immediata, atès que l'excepció dels supòsits ens els quals no s'hagin ocasionat perjudicis resulta impossible de defensar en el cas d'haver estat en situació de presó provisional.⁵⁴

Per la seva banda, tal com hem vist anteriorment, la LOPJ no assenyala pautes clares sobre la valoració de la quantia, més enllà d'una referència genèrica al temps que ha durat la privació de llibertat i a les conseqüències personals i familiars que s'hagin produït.⁵⁵ El TS ha tractat d'omplir el buit legislatiu pel que fa a la falta de criteris uniformes, i ho fa partint del fet que és el demandant o sol·licitant de la indemnització qui ha d'acreditar els danys i perjudicis que s'al·leguen ocasionats mitjançant la presó provisional. Si no s'aporten dades, proves o circumstàncies concurrents per determinar els danys efectivament causats serà responsabilitat del mateix afectat. A banda de la càrrega i la concreció amb dades dels danys ocasionats, el TS ha elaborat una llista d'elements que cal valorar a l'hora de fixar la quantia: (1) el perjudici moral fruit del desprestigi social i el trencament amb l'entorn, així com l'angoixa, l'ansietat, la frustració o el temor que això acostuma a comportar; (2) la indemnització ha d'augmentar en relació amb el temps que ha durat la privació de llibertat i ho ha de fer amb una taxa creixent, ha de ser progressiva donat que la prolongació agreuja gradualment el perjudici; (3) la valoració de circumstàncies com l'edat, la salut, la conducta cívica, els fets imputats, els antecedents penals, la rehabilitació de l'honorabilitat perduda, la major o menor probabilitat

49 STC 85/2019, de 19 de juny, FJ 13.

50 *Ibidem*, FJ 13; aspecte que es reafirma amb contundència en l'STC 125/2019, de 31 d'octubre, FJ 5.

51 La falta de criteris estables i la manca d'uniformitat a l'hora de determinar la indemnització per presó preventiva indeguda han estat criticades per la doctrina. Vegeu Tapia Fernández (2018: 13-14).

52 En aquesta mateixa línia Edorta Mendazona (2019) es mostra favorable a diferenciar supòsits no a l'efecte de decidir la concessió de la indemnització, sinó en relació amb la determinació de la quantia. Seguint l'autor, s'hauria d'evitar caure en un sistema de barems o de compensacions automatitzades que podria banalitzar un perjudici tan greu com a la pèrdua de llibertat, i la indemnització més completa s'hauria de reservar als casos d'innocència material en contraposició als d'antijuridicitat formal. Així, per la via de la individualització de les circumstàncies del cas s'aconseguiria, d'una banda, respectar la presumpció d'innocència extraprocessal, amb una indemnització per a tots els supòsits, i de l'altra, respectar el principi d'igualtat, que exigeix també no tractar igual allò que és diferent, tenint en compte les diferències que puguin existir en el tipus d'absolució i que s'haguessin manifestat al final del procés penal. Edorta Mendazona (2019: 40-41).

53 Vegeu en aquesta mateixa direcció, a favor d'una responsabilitat directa i objectiva de l'Estat, en cas de presó provisional finalment indeguda, el treball de Rodríguez Ramos (2016).

54 Vegeu l'STS núm. 3121/2019, de 10 d'octubre de 2019, FJ 8.

55 En el cas de l'STS 3121/2019, esmentada anteriorment, l'alt tribunal condemna l'Administració de justícia a indemnitzar amb 3.000 euros un home que va estar en presó provisional 351 dies per una denúncia per un delictes de violació i de lesions, i que posteriorment va resultar-ne absolt. El reclamant només va aportar com a elements per valorar el dany el fet d'haver passat 351 dies en presó, l'absència d'antecedents penals i la seva edat (31 anys), si bé el tribunal va tenir en compte també una altra indemnització de 6.000 euros que havia rebut per dilacions indegudes. Amb tot, ens sembla que la xifra amb la qual es compensa el sacrifici en benefici de l'interès general és irrisòria.

d'obtenir l'oblit social així com l'empremta que hagi pogut deixar la presó en la persona; (4) el lucre cessant i els efectes econòmics; (5) l'estat de salut, si les condicions físiques i mentals durant l'ingrés han anat a menys; (6) l'existència de persones al seu càrrec fora de la presó o fills menors.

Certament, bona part dels criteris jurisprudencials tenen molt sentit però fan curt, ja que no es té suficientment en compte la reinserció de l'investigat i els efectes que la presó provisional injusta pot haver projectat sobre les seves relacions socials, entorn laboral i, molt especialment, sobre el lliure desenvolupament de la personalitat en el futur. Sabem de les dificultats de molts presos per reinserir-se en la societat a pesar de disposar de plans i programes creats *ad hoc*. Cal recordar que el pres provisional, a més, no està en igualtat de condicions respecte a la resta dels presos tant pel que fa a la concessió de permisos ordinaris i extraordinaris com pel que fa a la participació en programes de reinserció, cosa que fa que se'ls discrimini respecte a la resta dels presos a l'hora de poder escollir activitats, tallers laborals, etc. Pensem que aquest aspecte hauria de tenir molt més pes a l'hora de valorar la indemnització i, en qualsevol cas, aquestes s'haurien de formular dins d'uns mínims de dignitat, molt allunyats de la pràctica més actual.⁵⁶ A més, al nostre entendre, cal descartar de manera definitiva com a criteri la "culpa" de la víctima, ja que la doctrina del TEDH i del TC resulta incompatible *de facto* amb una nova valoració de la intervenció o no de la víctima en la comissió del possible delictes,⁵⁷ si bé aquest darrer punt encara no és pacífic en la doctrina.⁵⁸

4 Reflexions finals

Primera. La presó preventiva, com a mesura cautelar provisional, és un instrument vàlid i necessari del sistema processal penal, que mereix ésser conservat per satisfer l'interès general i l'efectiva persecució dels delictes, si bé caldria perfeccionar-lo. La darrera reforma d'aquesta institució va ser introduïda mitjançant la LO 13/2003, de reforma de la LECr, que va contribuir, d'una banda, a reforçar notablement l'exigència i el deure de motivar diligentment les interlocutòries que acorden aquesta mesura, introduint una sèrie de fins o propòsits taxats, si bé, de l'altra, va reduir el llinar fins al punt que la mesura pot ser adoptada en la gran majoria dels processos —pena màxima igual o superior a dos anys de presó o quan l'investigat disposi d'antecedents penals— com una eina per lluitar contra la inseguretat ciutadana.

Segona. Al llarg d'aquest treball hem analitzat les xifres i l'estadística penitenciària, de les quals podem extreure dues realitats. La primera és que el percentatge de presos preventius a Espanya es va situar l'any 2019 en un 16% sobre el total de la població reclusa, si bé dins d'aquest percentatge s'inclouen també persones que poden estar condemnades però que tenen processos penals pendents i, per tant, no seran classificades i figuren com a preventives. Resulta difícil, si no impossible, defensar que es tracta d'una mesura "excepcional" quan la realitat pràctica ens diu que un 16% dels presos que es troben a dia d'avui en els nostres centres penitenciaris ho fan per aplicació d'aquesta mesura cautelar. L'anterior no significa necessàriament una crítica substantiva, de fons, sinó l'ús d'una terminologia que té poc encaix en la realitat pràctica, en la qual la presó provisional es mostra com una mesura més aviat "ocasional". A més, cal valorar positivament que aquesta xifra no sigui especialment elevada, més encara si tenim en compte el context europeu en què acostuma a ser més alta. La segona acredita un descens considerable de casos totals de presó provisional al llarg de l'última dècada, tot i que amb un lleuger repunt dels casos totals i també un increment en el percentatge de presos preventius sobre el total de la població reclusa durant els últims cinc anys. Aquest petit augment, a més, es produeix en paral·lel a una creixent utilització de la presó preventiva en causes mediàtiques, en les quals hi ha un fort seguiment per part de l'opinió pública i especialment en els delictes econòmics. Els estudis de política criminal demostren que els nivells d'empresonament preventiu estan més influenciats per decisions polítiques que pels nivells de delinqüència existents, i això és inacceptable. El

⁵⁶ El cas explicat a la nota anterior resumeix bastant bé els mals d'un model sense criteris uniformes.

⁵⁷ En aquesta mateixa direcció s'expressa Guichot Reina (2019: 249).

⁵⁸ Medina Alcoz i Rodríguez Fernández, al contrari, segueixen defensant que la culpa de la víctima pot tenir un rol causal decisiu, determinant del mateix efecte exclouent de la compensació. Els autors consideren que també s'ha d'avaluar el comportament processal del demandant, estudiant en particular si va provocar la presó provisional incomplint els seus deures (per exemple, en tractar de fugir o en intentar coaccionar testimonis i destruir proves), si fou negligent o completament passiu en combatre la decisió de privació cautelar de llibertat i si va ser el seu propi comportament el que va generar un panorama de sospites. Medina Alcoz i Rodríguez Fernández (2019: 170-172 i 189).

procés penal no pot ser un instrument de política criminal i la presó provisional mai no hauria d'utilitzar-se com una pena anticipada.

Tercera. Una nova reforma de la LECr hauria d'incorporar criteris per reduir l'ús de la presó preventiva en les denominades *macrocauses* o processos contra la delinqüència econòmica, cosa que resulta un debat més adequat que mai ara que el Ministeri ha anunciat la creació d'una comissió d'experts que hauria de presentar l'avantprojecte de nova LECr abans de finals d'any. Per aconseguir-ho caldria o bé posar un llistó més alt en relació amb la pena màxima del tipus pel qual s'investiga, o bé determinar el tipus d'assumpes en els quals aquesta mesura pot tenir cabuda. Ambdues opcions són vàlides tot i que la primera no genera problemes des de l'òptica del principi d'igualtat i permetria emprar la mesura quan realment es tracta de casos "greus". A més, s'haurien d'habilitar fórmules i controls que garanteixin que els jutges i els magistrats utilitzen aquesta mesura cautelant en estricta aplicació i respecte de les condicions legals, allunyant-se al màxim de la temptació d'emprar-la com un instrument polític. La formació específica en la matèria a través de l'Escola Judicial probablement sigui la mesura o control organitzatiu més efectiu, si bé, en paral·lel, una nova circular de la Fiscalia que exigís contenció podria ajudar de manera decisiva, ja que cal recordar que el jutge mai podrà dictar la presó preventiva d'ofici, i el paper del Ministeri Públic és decisiu al respecte.

Quarta. També el sistema d'indemnització en cas de presó provisional indeguda es troba en via morta. Al llarg del treball hem vist les anades i vingudes de la doctrina jurisprudencial, la controvèrsia entre la doctrina del TC i del TS i, finalment, la creació d'un nou escenari, encara incert, amb l'STC 85/2019, que ha declarat inconstitucional determinades qüestions de l'article 294 de la LOPJ. El TS ha asseverat que les peticions d'indemnització per presó provisional indeguda hauran de ser acceptades de manera automàtica, amb indiferència del supòsit de l'absolució —inexistència de fet objectiu, subjectiu, sobreseïment, capacitat probatòria insuficient, retirada de l'acusació, etc. Amb tot, una reforma legal en aquest àmbit esdevé necessària per aportar criteris coherents, així com donar seguretat jurídica, també en la determinació de la quantia, que ara es regeix únicament pel temps passat en presó i una genèrica menció a les circumstàncies personals i familiars. El TS ha enumerat una sèrie de criteris que haurien d'ajudar a determinar la quantia, però la pràctica ens segueix mostrant casos sagnants, en els quals, per exemple, s'indemnitzen 351 dies de presó provisional amb un total de 3.000 euros.⁵⁹ Amb tot, hem passat d'un extrem a l'altre i ara la injustícia pot revestir noves formes, pel fet de tractar per igual allò que és desigual. Caldria reforçar la indemnització en els supòsits d'innocència material, diferenciant-los dels supòsits d'absolució per antijuridicitat formal, a únic efecte de la determinació de la quantia. No es tracta que uns tinguin indemnització i els altres no, tot i que aquesta opció no queda descartada d'acord amb la doctrina del TEDH, sinó que existeixin regles que estableixin amb claredat i certesa quin procediment permet obtenir-la i en quines condicions.

5 Referències bibliogràfiques

- Abadías Selma, Alfredo. (2020). ¿Uso o abuso de la prisión preventiva?: consideraciones en relación al caso Sandro Rosell. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 145 (en imprenta).
- Asencio Mellado, José María. (2005). Reforma de la prisión provisional. El respeto a la excepcionalidad como garantía del derecho a la libertad. *La Ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, 2, 1584-1595.
- Barona Vilar, Silvia. (1988). *Prisión provisional y medidas alternativas*. Barcelona: Llibreria Bosch.
- Campaner Muñoz, Jaime. (2017). La quimérica indemnización por el padecimiento de prisión preventiva seguida de pronunciamiento absolutorio en España: un problema propio del cierre de filas judicial a la luz de la experiencia italiana. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 129.
- Cobo del Rosal, Manuel. (2008). *Tratado de Derecho Procesal Español*. Madrid: CESEJ.
- Cobrerros Mendazona, Edorta. (2019). El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada. *Revista de Administración Pública*, 209, 13-44.

⁵⁹ Vegeu l'STS 3121/2019, esmentada anteriorment.

- De Urbano Castrillo, Eduardo. (2004). Presupuestos y fines de la prisión provisional. Dins Alberto Dorrego de Carlos (coord.), *Régimen jurídico de la prisión provisional* (p. 135-168). Madrid: Sepín Editorial Jurídica.
- De Urbano Castrillo, Eduardo. (2003). *La necesaria reforma de la prisión provisional*. Madrid: UCM.
- Díaz Fraile, Francisco. (2017). *La presunción de inocencia y la indemnización por prisión preventiva. Crítica del Derecho español vigente*. València: Tirant lo Blanch.
- Dorrego de Carlos, Alberto (coord.). (2004). *Régimen jurídico de la prisión provisional*. Madrid: Sepín Editorial Jurídica.
- Gimeno Sendra, Vicente. (2001). La necesaria reforma de la prisión provisional. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 7, 1320-1327.
- Gimeno Sendra, Vicente, i Díaz Martínez, Manuel. (2004). La prisión provisional y sus medidas alternativas. *Estudios de Derecho Judicial*, 58, 49-83.
- Gómez-Jara Díez, Carlos. (2017). Secreto de sumario, prisión provisional y derecho de acceso al expediente: a propósito del auto de la Audiencia Provincial de Madrid de 12 de abril de 2016 y otros desarrollos recientes. *Diario La Ley*, 8930.
- Guerra Pérez, Cristina. (2011). *La decisión judicial de prisión preventiva. Análisis jurídico y criminológico*. València: Tirant lo Blanch.
- Guichot Reina, Emilio. (2019). Responsabilidad administrativa. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 201, 231-250.
- Hassemer, Winfried. (2003). *Crítica al Derecho penal de hoy: norma, interpretación, procedimiento: límites de la prisión preventiva*. Buenos Aires: Ad-hoc.
- Martí Martí, Joaquim. (2011). La revisión de la doctrina del error judicial en los supuestos de prisión preventiva seguida de absolución. *Diario La Ley*, 7617.
- Martínez Galindo, Gema. (2005). La prisión provisional. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 13, 13-29.
- Medina Alcoz, Luis, i Rodríguez Fernández, Ignacio. (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 junio. *Revista Española de Derecho Administrativo*, 200, 147-190.
- Montañés Pardo, Miguel Ángel. (1999). *La presunción de inocencia: análisis doctrinal y jurisprudencia*. Pamplona: Aranzadi.
- Moreno Catena, Víctor. (2020). La prisión provisional de los condenados del “procés”. *Teoría y Derecho: Revista de Pensamiento Jurídico*, 26, 201-233.
- Morillas Cueva, Lorenzo. (2016). Reflexiones sobre la prisión preventiva. *Anales de Derecho*, 34, 1-38.
- Muñoz Carrasco, Patricia. (2019). Los presos preventivos absueltos podrán ser indemnizados. *Diario La Ley*, 9481.
- Nistal Martínez, Javier. (2013). El ingreso provisional en prisión. Presunción de culpabilidad versus presunción de inocencia. *Diario La Ley*, 8122.
- Nuño Díez de la Lastra Martínez, Sergio. (2019). La incidencia del secreto de las actuaciones y la adopción de la medida cautelar de prisión provisional en el derecho de defensa. *Diario La Ley*, 9541.
- Rodríguez Fernández, Ignacio. (2019). La dimensión constitucional del daño sacrificial. *Revista General de Derecho Constitucional*, 29.

- Rodríguez Ramos, Luis. (2019). ¿Ciudadanos o súbditos del Estado-Juez? La STC 85/2019 de 19 de junio: sumarias loas y críticas. *Diario La Ley*, 9477.
- Rodríguez Ramos, Luis. (2016). Apariencia y realidad en la responsabilidad patrimonial del Estado Juez (limitada vigencia del artículo 121 CE). *Teoría y Realidad Constitucional*, 38.
- Roxin, Claus. (1976). *Problemas básicos del Derecho Penal*. Madrid: Editorial Reus.
- Simón Castellano, Pere. (2020). Presunción de inocencia e indemnización por prisión provisional indebida (interrogantes tras la STC 85/2019). *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 143.
- Tapia Fernández, Isabel. (2018). La eficacia del derecho a la presunción de inocencia en los procedimientos seguidos para exigir responsabilidad patrimonial al estado por prisión preventiva según la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *La Ley Penal: Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, 134.
- Walmsley, Roy. (2020). *World Pre-trial/Remand Imprisonment List*. Londres: International Centre for Prison Studies.