

**LA RESPONSABILITAT DEL PODER JUDICIAL PER LA PRESÓ PROVISIONAL ACORDADA
EN CASOS D'ABSOLUCIÓ O SOBRESEÏMENT POSTERIOR. L' EVOLUCIÓ DE LA
JURISPRUDÈNCIA.**

per

Joaquin Tornos Mas
Secretari i Acadèmic de Número

Llegida en sessió ordinària de data 19 de gener de 2021

I.- Introducció.

En el procés penal la presó provisional és una mesura secundària, instrumental, però és també una peça important i problemàtica en la seva aplicació, ja que s'ha de ponderar l'interès general en l'eficàcia del propi procés penal amb els principis de llibertat personal i de presumpció d'innocència.

La presó provisional s'adopta mitjançant una resolució judicial motivada. Si després de la presó provisional es dicta una sentència ferma que condemna a la persona afectada a una pena de presó igual o major a la soferta anticipadament, no hi ha problema. El problema jurídic es planteja si durant el procés penal s'acorda el seu sobreseïment o al finalitzar el procés penal no hi ha condemna, la condemna no implica pena de presó o la pena de presó és inferior al temps de la presó provisional.

Aquesta qüestió té un primer tractament genèric en l'article 121 de la Constitució: *“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 previsió constitucional va ser desenvolupada en l'article 294 de la llei orgànica del poder judicial: *"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 le hayan irrogado perjuicios.*

2. La cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

3. La petición indemnizatoria se tramitará de acuerdo con lo establecido en el apartado 2 del artículo anterior"¹.

D'aquesta forma la LOPJ va introduir un supòsit especial de responsabilitat del poder judicial al marge dels supòsits d'error judicial o de funcionament anormal de l'administració de justícia. De fet es va voler establir un tractament més beneficiós respecte dels supòsits abans esmentats, de manera que no s'hagués de demostrar l'existència d'un error judicial o un mal funcionament de l'administració de justícia per poder obtenir la indemnització.

¿Com s'ha interpretat aquest precepte? ¿Què comporta la seva nova redacció i quins problemes planteja? Aquest és l'objecte d'aquesta comunicació.

II.- La primera interpretació del Tribunal Suprem.

En un primer moment, d'acord amb una interpretació literal del precepte legal, per reconèixer el dret a una indemnització a qui havia sofert presó preventiva, havia d'existir una sentència absolutòria per raó d'inexistència del fet imputat. Interpretació literal del precepte que comportava una aplicació molt restringida del dret a ser indemnitzat.

Per aquesta raó, la limitada aplicació del precepte legal, el Tribunal Suprem no va trigar a realitzar una interpretació més amplia del precepte legal. Així, la sentència de 27 de gener de 1989, atinent a la finalitat de l'article 294 va entendre que el seu

¹ El destacat en negreta es el que ha estat declarat inconstitucional i nul per la sentència del Tribunal Constitucional 85/20019 de 19 de juny, el que constitueix el nucli central d'aquesta comunicació.

contingut “exige su aplicación no sólo en los casos de inexistencia del hecho, sino también en los de provada falta de participació”.

Amb aquesta doctrina el Tribunal Suprem va crear dos tipus d'inexistència. La objectiva (el fet no es va produir) i la subjectiva (el fet sí va existir però el subjecte imputat no va ser el seu autor).

En tot cas, d'acord amb aquesta nova interpretació, no es reconeixerà el dret a ser indemnitzat si els fets es van produir i l'absolució es deu a la manca de prova suficient. Per tenir dret a la indemnització l'absolució s'ha d'haver acordat perquè els fets no van existir o s'ha demostrat la manca de participació de l' imputat en els fets.

III.- La doctrina del TEDH que obliga al Tribunal Suprem a modificar la seva jurisprudència.

Aquesta interpretació es va veure afectada per una sentència del Tribunal Europeu de Drets Humans, la sentència de 25 d'abril de 2006, Puig Panella c/España. Sentència complexa en el seu raonament atenent als drets que són objecte de protecció per aquest tribunal. Analitzem que va dir el TEDH:

En primer lloc, afirma que el Conveni Europeu de Drets Humans no reconeix el dret a ser indemnitzat per presó preventiva en cap cas i, per tant, els Estats signants del Conveni no estan obligats a establir un sistema intern de reparació.

En segon lloc, afegeix que el dret a la presumpció d' innocència sí està reconegut al CEDH, i que una resolució denegatòria de la indemnització, segons la seva motivació, podria lesionar la presumpció d'innocència. En el cas examinat, un cas espanyol, el TEDH conclou que la denegació de la indemnització per una manca de total certesa sobre la innocència del recurrent (va ser absolt per manca de prova suficient) és incompatible amb el respecte de la presumpció d'innocència. Per al TEDH no es pot admetre una resolució que al denegar la indemnització dóna a entendre que una persona és culpable malgrat la seva absolució, ja que se li denega el dret a ser indemnitzat per manca de prova suficient. El TEDH desqualifica d'aquesta forma la doctrina del Tribunal Suprem.

En la sentencia de 13 de juliol de 2010, Tendom c/España, el TEDH torna sobre el tema i afirma :“exigir a una persona que presente la prueba de su inocencia en el marco de un proceso de indemnización por prisión preventiva no parece razonable y denota una violación de la presunción de inocencia”. Pel TEDH, sí existeix un sistema de responsabilitat del poder judicial per presó provisional amb posterior sentència absolutòria; tota sentència absolutòria ha de comportar el dret a la indemnització. Més recentment, en el mateix sentit, la sentència de 16 de febrer de 2016, Vhieland y Lanni c/España.

En definitiva, per al TEDH del CEDH no es deriva el dret a ser indemnitzat per una presó preventiva si després existeix una sentència absolutòria. Però sí es reconeix el dret a una indemnització, no es pot diferenciar en raó de la causa de l'absolució ja que aquesta distinció pot vulnerar el dret a la presumpció d'innocència, dret que si està reconegut al CEDH, article 6,2.

IV.- El Tribunal Suprem modifica la seva doctrina.

Atenent a la jurisprudència del TEDH el Tribunal Suprem tenia dues opcions. Generalitzar el dret a ser indemnitzades totes les persones que havent estat en presó preventiva després són absoltes, o tornar a la interpretació restrictiva inicial de l'article 294 de la LOPJ, per tant, només reconèixer el dret a ser indemnitzat per inexistència dels fets, no per la valoració de la conducta subjectiva de qui reclama la indemnització (absolució per manca de prova suficient).

Davant d'aquesta doble opció el Tribunal Suprem va optar per la segona opció, ja que entén que la primera, reconèixer el dret a ser indemnitzat en cas d'absolució posterior, és contrària al que estableix l'article 294 de la LOPJ. Així ho han establert les sentències de 23 de novembre de 2010, 24 de maig de 2011 i 7 de juny de 2011.

En la sentència de 23 de novembre de 2010, rec. 1908/2006, es diu:

“Pues bien, en estas circunstancias, conforme se dice en sentencia de esta misma fecha, dictada en el recurso de casación nº 4288/2006 , se hace preciso revisar ese criterio jurisprudencial sobre la inexistencia subjetiva del hecho y su inclusión entre los supuestos amparados por el art. 294 de la LOPJ , a cuyo efecto no puede perderse de

vista que la interpretación y aplicación del indicado precepto ha de mantenerse, en todo caso, dentro de los límites y con el alcance previstos por el legislador, que en modo alguno contempla la indemnización de todos los casos de prisión preventiva que no vaya seguida de sentencia condenatoria, como se ha indicado antes, ni siquiera de todos los casos en los que el proceso termina por sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, planteamiento que, por lo demás y según se desprende de las referidas sentencias del TEDH, no supone infracción del art. 6.2 del Convenio , pues, como se indica en las mismas, ni el art. 6.2 ni ninguna otra cláusula del Convenio dan lugar a reparación por una detención provisional en caso de absolución y no exigen a los Estados signatarios contemplar en sus legislaciones el derecho a indemnización por prisión preventiva no seguida de condena. No cabe, por lo tanto, entender que, atendiendo al criterio sentado por el TEDH en dichas sentencias, basta prescindir de la argumentación acerca de la acreditación de la falta de participación del imputado en los hechos objeto de enjuiciamiento civil, que se refleje en la sentencia absolutoria o auto de sobreseimiento libre, y considerar que al margen de ello, producidas tales resoluciones penales surge el derecho a la indemnización al amparo del art. 294 de la LOPJ , pues es claro que no es esa la voluntad del legislador plasmada en el precepto, como se ha puesto de manifiesto en todo momento por la jurisprudencia de esta Sala, ni viene impuesta por otro precepto de derecho interno o del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales..... Es evidente que con dicho cambio de doctrina quedan fuera del ámbito de responsabilidad patrimonial amparado por el art. 294 de la LOPJ aquellos supuestos de inexistencia subjetiva que hasta ahora venía reconociendo la jurisprudencia anterior, pero ello resulta impuesto por el respeto a la doctrina del TEDH que venimos examinando junto a la mencionada imposibilidad legal de indemnizar siempre que hay absolución. Por otra parte, ello no resulta extraño a los criterios de interpretación normativa si tenemos en cuenta que, como hemos indicado al principio, el tantas veces citado art. 294 LOPJ contiene un supuesto específico de error judicial, que queda excepcionado del régimen general de previa declaración judicial del error establecida en el art. 293 de dicha LOPJ y aparece objetivado por el legislador, frente a la idea de culpa que late en la regulación de la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de la Administración de Justicia en cuando viene referida al funcionamiento anormal de la

misma, por lo que una interpretación estricta de sus previsiones se justifica por ese carácter singular del precepto. Ha de añadirse que ello no supone dejar desprotegidas las situaciones de prisión preventiva seguida de sentencia absolutoria o sobreseimiento libre, que venían siendo indemnizadas como inexistencia subjetiva al amparo de dicho precepto, sino que con la modificación del criterio jurisprudencial tales reclamaciones han de remitirse a la vía general prevista en el art. 293 de la LOPJ” .

Es torna, doncs, a l'inici de la seva doctrina. No es reconeix el dret a ser indemnitzat per inexistència subjectiva. Només es reconeix aquest dret per inexistència objectiva, per haver-se acreditat la inexistència dels fets.

Pel Tribunal Suprem si la interpretació amplia (responsabilitat del poder judicial en tot cas d'absolució) és contrària a la llei espanyola, i si la interpretació que podem qualificar d'intermèdia (responsabilitat del poder judicial en els supòsits d'inexistència objectiva i subjectiva, és a dir, manca del fet o de participació del condemnat) és contrària al CEDH, cal tornar a la interpretació restrictiva. Només hi ha responsabilitat del poder judicial en cas de inexistència objectiva, manca dels fets. Afirmar al mateix temps el Tribunal Suprem que sempre es pot intentar acollir-se a l'article 293 de la LOPJ, és a dir, tractar de demostrar que hi ha hagut error judicial per poder demanar una indemnització si es tracta d' inexistència subjectiva.

V.- L'aparició del Tribunal Constitucional.

La nova doctrina del Tribunal Suprem va arribar al Tribunal Constitucional en virtut de recursos d'empària en els que s'al·legava la vulneració del dret a la presumpció d'innocència en supòsits de denegació de la indemnització per absolució per manca de prova suficient. En els recursos es feia referència a la jurisprudència del TEDH.

La sentència del Tribunal Constitucional 8/2017 de 19 de gener va estimar el recurs d'empària, va anul·lar la sentència del Tribunal Suprem i va ordenar retrotraure les actuacions per fallar d'acord amb el fonament final de la sentència del Tribunal Constitucional, que deia el següent:

“ El TEDH apunta que, en aplicación del principio in dubio pro reo, ninguna diferencia cualitativa debe existir entre una absolución fundada en una inexistencia de pruebas y una absolución resultante de una constatación de la inocencia de manera incontestable. En efecto, las sentencias absolutorias no se diferencian en función de los motivos aducidos por el Juez de lo penal. Muy al contrario, en el ámbito del artículo 6 § 2 del Convenio, la parte resolutive de una sentencia absolutoria debe ser respetada por toda Autoridad que se pronuncie de manera directa o incidente sobre la responsabilidad penal del interesado (Allen, anteriormente citada, § 102, Vassilios Stavropoulos c. Grecia, no 35522/04, § 39, 27 de septiembre de 2007). Exigirle a una persona que aporte la prueba de su inocencia en el marco de un procedimiento indemnizatorio por detención provisional se presenta como irrazonable y revela un atentado contra la presunción de inocencia. (Capeau c. Bélgica, no 42914/98, § 25, CEDH 2005-I). En suma, con arreglo a esta doctrina, la decisión judicial recurrida en este amparo constitucional refleja la sensación de que sí hubo conducta delictiva cometida por el recurrente”

La sentència esmentada té dos vots particulars, del magistrat Juan José González Rivas al que se adhereix el Magistrat Antonio Narváez Rodríguez. El vot particular entén que no era aplicable al cas enjudiciat la doctrina del TEDH sobre la vulneració del principi de presumpció d'innocència. El mateix es va establir en la sentència del Tribunal Constitucional 10/2017 de 30 de gener.

La situació va canviar radicalment quan el Tribunal Constitucional, al resoldre un recurs d'empara que plantejava el mateix problema, va decidir qüestionar la legislació aplicable i anul·lar part del seu contingut. Calia modificar el marc legal en virtut del qual decidia el Tribunal Suprem.

En el cas de la sentència 95/2019 de 19 de juny el recurrent al·legava que la negativa a reconèixer-li el dret a la indemnització en un cas de inexistència subjectiva vulnerava els drets fonamentals d'igualtat i de presumpció d'innocència. Tenint en compte la doctrina del TEDH el Tribunal Constitucional va admetre el recurs d'empara, però a més va portar la qüestió al Ple i va decidir plantejar una qüestió interna d'inconstitucionalitat respecte a l'article 294,1 de la LOPJ. El problema de justícia

material plantejat no es podia resoldre amb la interpretació de la llei, calia analitzar si la llei era o no constitucional.

En la seva sentència 85/2019 de 19 de juny, el Tribunal Constitucional va declarar la inconstitucionalitat parcial de l'article 294 de la LOPJ. En el seu llarg raonament el Tribunal vol, en primer lloc, deixar clar que l'article 294 de la LOPJ permet indemnitzar supòsits de presó preventiva legítims, que no vulneren l'ordenament jurídic. Per tant, la responsabilitat del poder judicial de l'article 294,1 no conté cap element de "reprochabilidad" respecte a la conducta del poder judicial. No és un supòsit d'error judicial. No existeix una presó preventiva erròniament acordada pel jutge ni és fruit d'un funcionament anormal del poder judicial. Però l'imputat que després d'estar en presó preventiva és absolt o el seu cas sobresegit, pot haver sofert una lesió antijurídica, un perjudici que no tenia el deure de suportar, segons la construcció de la responsabilitat objectiva de l'administració. I per aquesta raó la societat, que necessita que es mantingui la institució de la presó preventiva, indemnitzarà a aquest imputat pel perjudici que ha sofert de forma individualitzada. Es tracta, com diu el fonament cinquè de la sentència, de la compensació d'un sacrifici especial que ha sofert una persona de forma individualitzada per raó d'una finalitat d'interès general. Un sacrifici especial que afecta de forma intensa a la llibertat i la dignitat personal.

Més endavant la sentència diu, en el seu FJ 8: "*la persecución de intereses objetivos vinculados a la protección de la comunidad permite la limitación de derechos a la libertad, en las condiciones y en los casos previstos por la ley, pero activa un mecanismo solidario de reparación del sacrificio en los casos concernidos de prisión preventiva no seguida de condena*".... "*la prisión preventiva es una restricción de libertad correctamente acordada que no deviene incorrecta por la ulterior absolución o sobreseimiento*".

En segon lloc el Tribunal Constitucional es pregunta si és constitucional vincular el dret a la indemnització per presó preventiva, només en els supòsits en els que la resolució judicial determina la inexistència dels fets imputats. I conclou, FJ 13, que : "*al poner en relación los problemas de constitucionalidad de la selección de supuestos indemnizables que dibujan los incisos controvertidos desde la perspectiva de los arts. 14 y 24.2 CE, se observa que circunscribir el ámbito aplicativo del art. 294 LOPJ a la*

inexistencia objetiva del hecho establece una diferencia de trato injustificada y desproporcionada respecto a los inocentes absueltos por no ser autores del hecho al tiempo que menoscaba el derecho a la presunción de inocencia al excluir al absuelto por falta de prueba de la existencia objetiva del hecho. Tampoco una interpretación amplia del art. 294.1 LOPJ, que reconozca el derecho a ser indemnizado tanto en caso de inexistencia objetiva como subjetiva, puede eludir las objeciones de ausencia de justificación razonable de la diferencia de trato y, sobre todo, de desproporción en las consecuencias, sin que, por lo demás, la quiebra del derecho a la presunción de inocencia se mitigue, al perpetuar la distinción entre absoluciones por prueba de la inocencia y falta de prueba de la culpabilidad.

Los incisos del art. 294 LOPJ “por inexistencia del hecho imputado” y “por esta misma causa” reducen el derecho a ser compensado por haber padecido una prisión provisional acordada conforme a las exigencias constitucionales y legales en un proceso que no concluyó en condena de forma incompatible con los derechos a la igualdad y a la presunción de inocencia. La selección de supuestos indemnizables excluye otros abarcados por la finalidad de la previsión resarcitoria, atenta a indemnizar los daños fruto del sacrificio de la libertad de un ciudadano en aras del interés común, de modo que introduce una diferencia entre supuestos de prisión provisional no seguida de condena contraria al art. 14 CE, en tanto que injustificada, por no responder a la finalidad de la indemnización, y conducente a resultados desproporcionados. De otro lado, en tanto la referida delimitación del ámbito resarcible obedece a las razones de fondo de la absolución, establece de forma inevitable diferencias entre los sujetos absueltos vinculadas a la eficacia del derecho a la presunción de inocencia, obliga a argumentar con base en esas diferencias y deja latentes dudas sobre su inocencia incompatibles con las exigencias del art. 24.2 CE”.

La conclusió a la que s'arriba és declarar la inconstitucionalitat i nul·litat parcial de l'article 294: **“Todo ello conduce a declarar la inconstitucionalidad y nulidad de los incisos del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. “por inexistencia el hecho imputado” y “por esta misma causa”, lo que hace innecesario que nos pronunciemos acerca de si, además, conllevan una vulneración del derecho a la libertad”.**

El Tribunal Constitucional aplica la teoria de la responsabilitat objectiva per sacrifici. El perjudici sofert per qui ha estat en presó preventiva és un dany lícitament imposat, perquè respon a una finalitat d'interès general, assegurar la possibilitat d'un

procés penal efectiu. Per tant, s'imposa un sacrifici legítim a la llibertat, valor superior de l'ordenament jurídic, article primer de la CE, i un dret fonamental, article 17 de la CE. Però aquest sacrifici legítim, comporta des de la vessant dels drets dels administrats el dret a ser indemnitzats.

En definitiva, després de la sentència comentada la conseqüència és que el dret a ser indemnitzat per presó provisional requereix que es donin tres pressupòsits: haver patit un temps de presó preventiva; haver-se produït amb posterioritat el sobreseïment o l'absolució i acreditar uns perjudicis.

Però amb aquestes consideracions no acaba el contingut de la sentència. El FJ 13 conté un' altra afirmació d'interès. El Tribunal diu que la reforma legal que es deriva de la seva sentència no comporta que en tots els supòsits de presó provisional en els que el procés penal finalitzi amb l'absolució o sobreseïment hagin de donar lloc a una indemnització pels perjudicis causats a l' imputat. L'absència de condemna no comporta automàticament el naixement d'un dret subjectiu a la indemnització, raó per la qual el crèdit de rescabament s'haurà d'afirmar o negar en el marc de la teoria general de la responsabilitat civil (que inclou les subteories del dany, la causalitat i la imputació subjectiva), sense perdre de vista la seva íntima finalitat (compensar el sacrifici legítimament imposat a la llibertat d'un individu per raó de l'interès general)².

En aquest sentit la sentència diu : *“La redacción resultante del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985, una vez excluidos los incisos declarados inconstitucionales y nulos, es la siguiente: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”. Una interpretación literal del precepto así depurado de su tacha de inconstitucionalidad permitiría ciertamente sostener que la prisión provisional, cuando el proceso penal concluya con un pronunciamiento de absolució (o de sobreseimiento libre), daría lugar a indemnización por los perjuicios irrogados de modo automático y en todos los casos. Ha de advertirse que tal conclusión no se deriva de esta sentencia ni puede deducirse del art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 por la sola circunstancia de que lo hayamos depurado de los incisos que lo*

² En aquest sentit, vid. MEDINA/RODRIGUEZ, Razones para (no)indemnizar la prisión provisional seguida de absolució, Revista española de derecho administrativo, nº 200, 2019, pág. 152.

hacían contrario a los arts. 14 y 24.2 CE. Antes bien debe entenderse que los presupuestos y el alcance de la indemnización previstos en el art. 294.1 de la Ley Orgánica 6/1985 habrán de acotarse a través de la eventual intervención legislativa y, en su ausencia, mediante las interpretaciones congruentes con su finalidad y la teoría general de la responsabilidad civil que realicen la administración y, en último término, los órganos judiciales. De modo que la doctrina de esta sentencia no solo respeta los amplios márgenes de configuración legislativa o de interpretación judicial en lo que afecta al quantum indemnizatorio, sino que tampoco impide rechazar que exista en el caso concreto derecho a indemnización en virtud de la aplicación de criterios propios del Derecho general de daños (como pueden ser la compensatio lucri cum damno o la relevancia causal de la conducta de la propia víctima)”.

També afirma el Tribunal que, d'acord amb l'article 40.1 de la LOTC la seva sentència d'inconstitucionalitat “no permitirá revisar procesos fenecidos mediante te sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de la ley que se declara inconstitucional. Tampoco permite reabrir los plazos para formular reclamaciones indemnizatorias”.

La decisió de la sentència, com hem vist, declara la inconstitucionalitat i nul·litat dels incisos “por inexistència del hecho imputado” i “por esta misma causa” de l'article 294.1 de la LOPJ, amb els efectes establerts al FJ 13. L'article 294,1 de la LOPJ passa a tenir aquesta redacció: “Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios”.

La sentència té tres vots particulars, el de la magistrada Encarna Roca i Trias , i els dos vots concurrents del magistrats Antonio Narváez Rodríguez i Ricardo Enriquez Sancho.

Per la magistrada Encarna Roca l'article 294.1 no vulnera els drets de llibertat i igualtat ni el de presumpció d'innocència. La remissió que l'article 121 de la Constitució fa al legislador per determinar els supòsits de responsabilitat del poder judicial permetia la redacció donada al precepte de la LOPJ. El seu principal argument

en defensa de la seva tesi és que el que es tracta d'establir per la sentència majoritària són unes compensacions derivades d'un criteri de justícia material, però per arribar a aquesta solució es força el concepte de responsabilitat i s'actua com a legislador. En aquest sentit afirma que *“ 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 Tribunal Constitucional actuar como legislador. Al Tribunal Constitucional solo le compete controlar el respeto del legislador a lo establecido en la CE”*.

El vot dels dos altres magistrats, Srs. Narvèez y Enríquez, defensen la constitucionalitat de l'article 294,1 de la LOPJ , ja que per aquests dos magistrats la llibertat del legislador al configurar aquesta responsabilitat li permetia limitar-la als supòsits d'inexistència objectiva del fet imputat, sense que aquesta decisió vulneri el principi d'igualtat ni la presumpció d'innocència.

VI.- L'aplicació de la doctrina del Tribunal Constitucional.

L'aplicació de la doctrina del Tribunal Constitucional ja ha tingut el seu reflex en la jurisprudència del Tribunal Suprem, a la que el propi Tribunal Constitucional es remetia en tant no es dugui a terme una reforma legislativa que també reclama. En aquest sentit podem esmentar les sentències de 10 d'octubre de 2019, rec. 339/2019 i 20 de desembre de 2019, rec. 3847/2018. El posicionament del Tribunal Suprem és simple i clar. En tots els supòsits d'absolució posterior o sobreseïment, el temps de privació de llibertat ha de ser indemnitzat. La sentència de 10 d'octubre de 2019 , en el seu FJ 8, diu: *“Pese a la advertencia de la falta de automatismo en la indemnización, es lo cierto que el Tribunal Constitucional ha procedido de hecho a dar una nueva redacción al*

precepto, que pasa a tener el siguiente tenor literal < Tendrán derecho a indemnización quienes, después de haber sufrido prisión preventiva, sean absueltos o haya sido dictado auto de sobreseimiento libre, siempre que se le hayan irrogado perjuicios">, esto es, salvo los supuestos de que no se hayan irrogado perjuicios, lo que es prácticamente imposible de sostener en el caso de haber padecido prisión injusta, en todos los demás supuestos el tiempo de privación de libertad debe ser indemnizado, esto es, aunque el Tribunal Constitucional dejara a los Tribunales ordinarios la fijación en cada caso de la procedencia de la indemnización, debemos concluir que partiendo de nuestra sujeción a la norma y tomando en cuenta la nueva redacción de la misma, en la que desaparece la mención <"por inexistència del hecho imputado" y "por esta misma causa" >, en todos los supuestos de absolución por cualquier causa o de sobreseimiento libre, el perjudicado tiene derecho a la indemnización".

A aquesta afirmació afegeix uns criteris generals sobre el *quantum* de la indemnització, fent referència als danys que s'hauran de considerar. En el FJ 11 es diu: "A este respecto, debemos tener en cuenta que el artículo 294.2 LOPJ establece, respecto de los casos de prisión preventiva indebida, que <la cuantía de la indemnización se fijará en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido>, pudiendo concluirse que tales criterios son aplicables a los restantes casos de privación indebida de la libertad. Este Tribunal Supremo ha tratado de desarrollar jurisprudencialmente este precepto, estableciendo <pautas que sirven de de orientación a fin de lograr un trato equitativo en cada caso y evitar desigualdades en la indemnizabilidad de los referidos perjuicios >. En primer lugar, se han identificado los diversos daños que puede comportar la prisión indebida: <a cualquiera le supone un grave perjuicio moral el consiguiente desprestigio social y la ruptura con el entorno que la prisión comporta, además de la angustia, ansiedad, inseguridad, inquietud, frustración, fastidio, irritación o temor que suele conllevar >. En algunas sentencias, hemos declarado que no sólo la indemnización ha de aumentar cuanto mayor sea el tiempo que duró la privación indebida de la libertad, sino que ha de hacerlo a una tasa creciente: la indemnización ha de ser progresiva, <dado que la prolongación indebida de la prisión agrava gradualmente el perjuicio>. En tercer lugar, hemos señalado que son relevantes <las

circunstancias de edad, salud, conducta cívica, hechos imputados, antecedentes penales o carcelarios, rehabilitación de la honorabilidad perdida, mayor o menor probabilidad de alcanzar el olvido social del hecho, así como la huella que hubiera podido dejar la prisión en la personalidad o conducta del que la hubiese padecido”>. Por su parte el TEDH afirma que deben valorarse otras circunstancias, como el lucro cesante, es decir, los ingresos que la persona tenía y ha perdido durante ese tiempo; o más en general, los efectos económicos gravosos que haya tenido para esa persona la permanencia en prisión durante ese período; o también la duración de la prisión preventiva en ese caso; si ha enfermado física o mentalmente con motivo de su ingreso; cuáles eran sus condiciones físicas o mentales durante el ingreso que hacían su estancia en prisión aún más gravosa; existencia de personas a su cargo fuera de prisión; hijos menores, etc”.

En els dos supòsits de les sentències esmentades es fixa, respectivament, una indemnització de 9.000 euros (per 351 dies de presó provisional) dels que 6.000 ja s’havien cobrat, i en el segon cas de 3.000 euros més la quantia proporcional del salari mínim interprofessional (461 dies de presó provisional), i 400 euros per danys morals. Quanties que per cert són similars a les que s’abonen en altres països pel mateix fet.

Sobre el *quantum*, que personalment em sembla mol baix, però que depèn del cas concret i del que digui el Tribunal Suprem segons els seus propis paràmetres generals, és d’interès fer referència a la quantia que ha demanat el Sr. Sandro Rosell pels 643 dies en que va estar en presó provisional. En la seva reclamació davant de l’administració demana un total de 29.7454.465,02 milions d’euros desglossat en els següents conceptes: 28.062,950 per les pèrdues en els seus negocis al entrar en la presó, 200.000 euros per dany psicològic, 405.000 per l’afectació a la seva reputació i 320.000 pel dany afectiu.

III. Reflexió final. ¿És correcta la doctrina actual del Tribunal Suprem?

En el moment actual, segons la doctrina del Tribunal Suprem posterior a la sentència 85/2019 del Tribunal Constitucional, en tot cas d’absolució o de sobreseïment existeix un dret subjectiu a ser indemnitzat pel temps en que s’hagi estat

en presó preventiva. La quantia de la indemnització s'ha de fixar de forma casuística segons els criteris general que ha assenyalat el Tribunal Suprem.

Aquesta nova doctrina jurisprudencial, adoptada sense massa justificació, ha estat objecte de crítica per la doctrinal³, que ha recordat que també en el cas de responsabilitat objectiva existeixen límits al reconeixement de la responsabilitat, límits que Tribunal Suprem hauria de considerar.

En aquest sentit s'ha recordat que la responsabilitat desapareix si el dany infligit (la privació de llibertat) és imputable a la pròpia víctima, no supera un mínim llinar d'intensitat o resulta materialment compensat per beneficis especials.

Aplicant aquesta doctrina general al cas concret de la presó preventiva i posterior absolució es fan les següents consideracions. En primer lloc es podria aplicar en alguns supòsits la consideració de que la presó preventiva no ha superat el mínim llinar d'intensitat, d'aquesta manera atenent a les circumstàncies del cas concret es podria considerar com un dany suportable pel imputat. Però més importants són el supòsits en els que es pugui considerar que la presó preventiva, malgrat la posterior absolució, és imputable a l'actuació de l' imputat, de manera que trenca la relació causal exclusiva amb la decisió del poder judicial i fa desaparèixer el seu dret a la indemnització. Alguns exemples: Si l' investigat fuig d'Espanya, la posterior presó preventiva serà imputable a la seva conducta evasiva, raó per la qual l' absolució o sobreseïment no comportarà el dret a ser indemnitzat (en aquest sentit la STC 50/2019 de 9 d'abril). O si l'investigat tracte de destruir proves o coacciona testimonis. O, supòsits d'especial interès, com quan la persona absoluta realment va cometre els actes pels quals va ser jutjat, i així es dedueix del propi procés penal. Però, és absoluta per prescripció, o per existir només proves il·lícites. Les garanties formals del procés penal impedeixen la condemna, però no està justificat el dret a una indemnització, ja que estaria justificada la presó provisional. La conducta de la persona absoluta converteix el dany sofert en un dany suportable i fa desaparèixer la justificació per raons de justícia material del dret a una indemnització. Malgrat aquestes

³ COBEROS MENDAZONA,E. El sistema de indemnización por prisión provisional indebida en la encrucijada, Revista de administración pública, nº 209, 2019. MEDINA/RODRIGUEZ. Razones para (no) indemnizar la prisión provisional seguida de absolució. Revista española de derecho administrativo, nº 200, 2019.

consideracions, el Tribunal Constitucional ha reconegut en les sentències 175/2019 i 64/2020 el dret a una indemnització en aquests supòsits.

En definitiva, la història jurisprudencial de la responsabilitat per presó provisional indeguda pot ser una història no definitivament tancada. La qüestió relativa a la quantificació de la reparació i els possibles supòsits de denegació del dret a la indemnització malgrat l'absolució posterior, són temes sobre els que els tribunals encara han de dir la seva última paraula.