



Boletín de la Comisión de Penal

Jueces para la Democracia

Especial

JORNADAS

El conflicto entre libertad y seguridad: el derecho penal como instrumento de dominación

La Comisión de Derecho Penal de Jueces para la Democracia celebró en Valencia los días 17 y 18 de diciembre de 2012 unas Jornadas que permitieran abordar la reforma del Código Penal así como otras cuestiones de interés en las que trabaja día a día la Comisión.

Las Jornadas contaron con la presencia de Tomás Salvador Vives Antón, Catedrático de derecho penal de la Universidad de Valencia, Vicepresidente Emérito del Tribunal Constitucional que presentó las mismas y nos ofreció su visión sobre el actual panorama de la Justicia.

En este Boletín especial incorporamos las ponencias de las Jornadas.

SUMARIO

- Sustitución de la pena por expulsión: principio de proporcionalidad, audiencia del penado, distintas fases procesales (art. 89 CP)
- Vigencia de las medidas penales de la orden de protección.
- Proceso penal e incapaz.
- Hacia la optimización procesal de la ejecución penal: Resultados del proyecto de sesiones incidentales de ejecución de los Juzgados de lo Penal de Cartagena.
- Prueba practicada en el extranjero: ¿debe controlarse su validez?
- Posibles consecuencias derivadas de la Jurisprudencia reiterada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que considera que el segundo párrafo del artículo 368 del código penal es un subtipo atenuado propiamente dicho.
- Fin de trayecto: custodia de seguridad, libertad vigilada y prisión permanente revisable en el Anteproyecto de reforma del Código Penal.



COMISIÓN DE PENAL

Coordinación:

Salvador Camarena Grau

SUSTITUCIÓN DE LA PENA POR EXPULSIÓN: PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD, AUDIENCIA DEL ACUSADO Y DEL PENADO, DISTINTAS FASES PROCESALES (ART. 89 CP).

Montserrat Comas d'Argemir, Carmen Sánchez-Albornoz y Eduardo Navarro. Magistradas/o Audiencia Provincial de Barcelona

I. INTRODUCCIÓN: CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA LO 10/2010, DE 22 DE JUNIO.

La sustitución de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio nacional de los extranjeros no residentes legalmente en España responde a una opción político-criminal en la que prima una política de extranjería que quiere evitar que puedan permanecer en España o regresar a este país quienes no reúnen los requisitos legalmente previstos para residir legalmente en él. Sin embargo para otros, su motivación es más por razones de política penitenciaria –desmasificar los centros penitenciarios- que de política criminal orientada a la consecución de un efecto preventivo general. Dicha sustitución está prevista en el art. 89 del Código Penal que ha sido modificado en varias ocasiones, desde su introducción por las LLOO 8/2000, 11/2003 y 5/2010. El actual redactado del art. 89 CP, conforme a la LO 5/2010, de 23 de junio (Art. 89. 1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal, y de las partes personadas, de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. También podrá acordarse la expulsión en auto motivado posterior, previa audiencia del penado, del Ministerio Fiscal y de las demás partes personadas.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de cinco a diez años, contados desde la fecha de su expulsión, atendidas la duración de la pena sustituida y las circunstancias personales del sujeto.

3. La expulsión llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España.

4. Si el extranjero expulsado regresara a España antes de transcurrir el periodo de tiempo establecido judicialmente, cumplirá las penas que fueron sustituidas. No obstante, si fuera sorprendido en la frontera, será expulsado directamente por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

5. Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.

6. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de

libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código.

7. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la comisión de los delitos a que se refieren los artículos 312, 313 y 318 bis de este Código.), introduce en relación al anterior texto legal varias modificaciones:

1) la exigencia expresa de la audiencia previa del penado y de las partes personadas, además del Ministerio Fiscal. La expresión en el art 89.1 del “penado” es a todas luces improcedente, ya que no se compadece con la fase procesal previa al dictado de la sentencia, donde no hay otro estatus jurídico-procesal que el de “acusado”.

2) la eliminación de la referencia al carácter excepcional del cumplimiento de la condena en España, sustituyendo la mención anterior “salvo que la naturaleza del delito justifique el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España” por el de “salvo que se aprecien razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”.

3) la introducción de la posibilidad de acordar la expulsión en un auto motivado posterior a la sentencia en el trámite de ejecución de la misma, cuando en el anterior texto solo se podía acordar en sentencia.

4) la modificación de los plazos de duración de la expulsión

5) la regulación expresa de las consecuencias del regreso a España del extranjero expulsado

6) la aplicación de los arts. 80 a 88 CP cuando no pueda llevarse a efecto la expulsión acordada, sustituyendo la anterior prohibición expresa de la aplicación de dichos preceptos.

7) la ampliación de los supuestos en los que puede acordarse la expulsión tras el cumplimiento parcial en España de las penas privativas de libertad impuestas junto con la modificación del listado de delitos respecto de los cuales no puede sustituirse la pena impuesta por expulsión;

8) la introducción en el CP del ingreso del condenado en un centro de internamiento para extranjeros con el fin de asegurar la expulsión.

En este trabajo no vamos a abordar todas las modificaciones descritas, sino que vamos a centrar el análisis: 1) al apartado primero y su vinculación al principio de proporcionalidad,

además de los de prevención general y especial; 2) la introducción de la audiencia preceptiva para el acusado, Ministerio Fiscal y demás partes personadas previo a resolver la petición de la sustitución; 3) el apartado quinto, respecto a la posibilidad de acordarla “al penado” cuando acceda al tercer grado o se cumplan las tres cuartas partes de la condena y 4) el texto del Anteproyecto de reforma del CP de 2012 aprobado en el Consejo de Ministros.

II. SITUACIONES QUE SE REGULAN EN EL APARTADO 1 DEL ART. 89 CP

El Apartado 1 es aplicable a los supuestos en los que el extranjero es condenado a una o varias penas privativas de libertad inferiores a 6 años, siempre que el extranjero no resida legalmente España. Por penas privativas de libertad ha de entenderse las que se definen como tal en el art. 35 del CP -pena de localización permanente y la responsabilidad subsidiaria por impago de la multa-, además de las penas de prisión (art. 36).

Pero a diferencia del texto anterior en el que solo podía acordarse la sustitución en Sentencia, el actual redactado introduce dos nuevas opciones: a) que se acuerde en ejecución de Sentencia la sustitución integral de la pena mediante Auto antes de iniciar la ejecución de la pena (ap. 1); y b) tras el cumplimiento parcial de la condena o bien por haber alcanzado el tercer grado o por haber cumplido las tres cuartas partes de la condena (ap 5).

La medida de seguridad de sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión está sujeta al principio acusatorio, a fin de garantizar el derecho de contradicción y defensa; extremo que no ofrece dudas judiciales interpretativas.

El criterio de diferir la decisión a la fase de ejecución de Sentencia es apropiada cuando el Juzgador o Tribunal no tenga los elementos de juicio necesarios. Ello puede suceder en los casos de celebración del juicio en ausencia del acusado, ó por no haberse practicado prueba alguna de sus circunstancias personales y de arraigo, o carecer de la prueba necesaria respecto a su situación administrativa (STS 792/2008). Este es también el criterio sostenido en la Circular de la FGE nº 5/2011.

Hay un sector de la Judicatura que, entiende que el segundo párrafo del art. 89.1 no está previsto únicamente para la sustitución íntegra de la pena, sino también para la sustitución parcial de la misma en momentos procesales anteriores a los específicamente previsto en el art. 89.5 CP –tercer grado o cumplimiento de las tres cuartas partes-. Dos argumentos respaldarían esta postura: a) el precepto no lo condiciona a que deba hacerse antes del inicio de la ejecución de la pena y b) su

ámbito de aplicación –penas inferiores a seis años- es distinta a la contemplada en el art. 89.5 CP –para cualquier pena privativa de libertad-.

El momento procesal de valoración de la situación administrativa de la ilegalidad de la residencia del extranjero es la del momento en el que debe acordarse la medida de expulsión, es decir en la fecha en la que se realiza el juicio, o si se ha diferido a la fase de ejecución en el momento de dictarse el correspondiente auto, dado que la ley no exige que sea en el momento de comisión del delito. El fundamento de este criterio reside en que no se trata de una pena sino de una medida de seguridad y, en consecuencia deben tenerse en cuenta las posibles modificaciones de su situación administrativa y personal que se hayan producido desde que cometió el delito (STS 792/2008). Es también el criterio que se sustenta en la Circular de la FGE nº 5/2011 de Criterios para la Unidad de Actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Extranjería e Inmigración.

La reforma del 2010 mantiene el mismo carácter imperativo de la expulsión, al igual que en el anterior texto vigente hasta el 22 de junio del 2010 (Desde la LO 11/2003, de 29 de septiembre, vigente desde el 1-10-2003 el art. 89.1 decía “Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio nacional, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España.”), al emplear en ambos textos el término “serán sustituidas”, a pesar de que la jurisprudencia de la Sala II del TS, recogiendo la del TEDH, ha venido matizando el pretendido “automatismo del legislador”, admitiendo que se pueda denegar la sustitución cuando vulnere los derechos fundamentales del condenado y, por ello exigía la audiencia de aquél y la motivación de la decisión (STC 203/97) y SSTS 901/04, 8-7; 514/2005, 710/2005, 366/2006; 35/07, 25-1; 832/06, 24-7; 274/06, 3-3; 514/05, 22-4; 165/09, 19-2.

La propia Circular de la Fiscalía General del Estado, dictada a tenor del anterior texto, nº 2/2006 también admitía la necesidad de ponderar las concretas circunstancias del penado. Así en su apartado I.3.3 dice “... para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante (...)”





La nueva referencia a *“las razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario español”* es más amplia que la anterior referencia a *“la naturaleza del delito”* del art. 89.1 CP. En nuestra opinión dentro de las “razones” que pueden fundamentar la denegación de la sustitución de la pena de prisión por expulsión, deberían incluirse dos opciones por razones jurídicas distintas, tendentes a compatibilizar los objetivos de la política de inmigración con:

La finalidad de garantizar la prevención general y especial en función de la gravedad y naturaleza del delito, pudiendo optar en este caso por la ejecución de la pena de prisión cuando su sustitución por la expulsión menoscabe gravemente la función preventiva del Derecho penal (SSTS 366/06, de 30-3; 1189/05, de 24-10; 906/05, de 8-7, 1249/04, de 28-10) en la línea que se defiende en la Circular de la Fiscalía General del Estado 5/2011.

La finalidad de garantizar los derechos familiares y de arraigo del condenado en los delitos de carácter menos grave, en aplicación del principio de proporcionalidad, tal y como analizaremos.

Respecto a la primera no parece que existan grandes discrepancias en los criterios judiciales empleados por los órganos jurisdiccionales. Y, ello porque es pacífica la jurisprudencia que en delitos de tráfico de drogas en cantidades intermedias de sustancias que causan grave daño a la salud, se viene declarando que la sustitución de la pena por la expulsión excluiría el efecto coercitivo y disuasorio de la norma penal, ya que los ciudadanos procedentes de países donde se produce o se comercia con tal sustancia, adquirirían la convicción de que tienen una especie de licencia para la comisión de una primera acción delictiva, cuya pena quedaría inejecutada, quedando afectado el fin preventivo disuasorio de la pena establecida en la norma penal, conllevando una pérdida de confianza en la intervención estatal frente al desarrollo de algunas conductas delictivas consideradas socialmente como graves.

Y, en otro tipo de delitos de cierta gravedad, con penas privativas de libertad de dos hasta seis años de prisión, el automatismo puede generar situaciones de impunidad, diluyéndose en gran medida la función coercitiva y disuasoria de la norma penal frente a acciones delictivas de grave entidad.

Sin embargo, la segunda opción, que afecta a delitos de carácter menos grave, es más mucho más compleja. Muchos jueces de los correspondientes órganos de enjuiciamiento de delitos y faltas cometidas por extranjeros en situación de irregularidad, acuerdan de forma automática la sustitución al entender que es un mandato imperativo del legislador a la vista de la literalidad del art. 89 CP. No compartimos este criterio por las razones que expondremos.

III. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.

El principio de proporcionalidad no está recogido en la Constitución. Sin embargo no puede dudarse de su vigencia en nuestro sistema jurídico penal en su doble proyección frente al legislador a la hora de fijar los delitos y las penas, y frente al juzgador a la hora de individualizar judicialmente la pena. La STS 53/1985 establece que *“...el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento...”*. La STS 827/2010 establece que dicho principio se proyecta en dos ámbitos: el grado de culpabilidad del sujeto y la gravedad del hecho, ya que en definitiva la culpabilidad y la gravedad son las medidas de la respuesta penal. En la misma línea la STS 884/2011, de 22 de julio

También la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia de este principio, y en relación al legislador, la STC del Pleno 136/1999 -asunto mesa nacional de HB-, recordando la 55/1996, establece con respecto al principio de proporcionalidad en relación a los derechos fundamentales, lo siguiente

“d) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión

Europea en su art. II-109 -Título VI-, reconoce los principios de legalidad y de proporcionalidad de delitos y penas"...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción....".

e) Del propio modo, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, y por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, en su art. 49, tras disponer la aplicación retroactiva más favorable al reo se proclama en su apartado 3 que "la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción".

El carácter imperativo utilizado en el art. 89.1 CP "*las penas privativas de libertad inferiores a seis años...serán sustituidas*", arranca con la reforma de la LO 11/2003, que entró en vigor el 1-10-2003, supuso una importante variación dado que el carácter de la sustitución era anteriormente potestativo y supeditado a la audiencia previa del penado (CP de 1995). A partir de la reforma LO 11/2003 pasó a configurarse la expulsión como norma general y el cumplimiento de la pena como su excepción. La reforma realizada por LO 5/2010 recupera el trámite de la audiencia del acusado, aunque causa perplejidad que mencione del "penado" –término que ya hemos dicho es claramente erróneo cuando lo utiliza en el apartado 1 y no conciliable en el momento procesal previo al juicio. El trámite de "audiencia" se trata en otro apartado específico.

Puede objetarse que el principio de proporcionalidad solo es aplicable a las penas (relacionadas en el art. 33 y 39 CP) y no a las medidas de seguridad, tales como la expulsión del territorio nacional (art. 96.3 2º). Sin embargo, veremos que para la doctrina jurisprudencial ello no es así. A mayor abundamiento, a excepción de los casos en los que el penado está de acuerdo con la expulsión, la medida de expulsión no debe ser considerada como un beneficio, en primer lugar por los periodos largos de duración que pueden imponerse, en segundo lugar porque de acuerdo con el apartado 3 del art. 89 *la expulsión lleva consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España*. Y, en tercer lugar, por la situación de extrema pobreza existente en muchos de los países de los que proceden la mayoría de extranjeros y de los que han huido precisamente para poder sobrevivir.

Dicho principio puede quedar afectado: a) en la sustitución de penas privativas de libertad, no de prisión, tales como la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa; b) en la sustitución de penas cortas de prisión en delitos de carácter menos grave; c) cuando el penado se encuentra en situación de libertad condicional- (art. 89.5 CP) por el hecho de haber cumplido una buena parte de la pena, lo que provocará que la expulsión no sea una medida sustitutiva, sino

acumulativa y d) en los supuestos en los que el condenado haya estado en un largo periodo de prisión provisional (art. 58 CP). En este último sentido, según sea la duración de la pena privativa de libertad impuesta y el periodo de prisión provisional cumplido, imponer la sustitución por expulsión de facto comportará un incremento de la sanción al sumar a la pena ya cumplida una medida de seguridad, pudiéndose también el principio de prohibición del non bis in idem (STC 145/2006).

En efecto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de la Sala II del TS, aplicada desde la LO 11/2003 ha venido criticando de forma explícita el automatismo legal introducido y, considera que al no poder obviarse la aplicación de los principios de proporcionalidad y la legislación relativa a los Tratados Internacionales ratificados por España en materia de garantías constitucionales, ha venido reiterando la necesidad de ponderar la situación personal individualizada de cada acusado y ha venido de esta forma suavizando la literalidad de la norma estableciendo importantes excepciones a su aplicación (STS nº 901/2004, de 8 de julio; la nº 906/2005, de 17 de mayo y nº 166/2007 de 14 de febrero, la nº 853/2010, de 15 de octubre).

La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) en la interpretación del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (901/2004, 601/2006, 35/2007 y 125/2008) exige la valoración de cualquier circunstancia personal del condenado, previo a decidir su expulsión del país en el que reside. En el mismo sentido la STC 242/1994, de 20 de julio. Y, dentro de estas circunstancias personales se ha venido poniendo el acento en los conceptos de arraigo o convivencia familiar y las consecuencias negativas de la separación de los componentes del grupo familiar (STS 791/2010) y el de arraigo social o tiempo de permanencia en nuestro país (STS 200/2007).

La STS 1116/2007, de 29 de noviembre sentaba que "*dentro del expuesto marco normativo la Jurisprudencia de esta Salas se ha cuidado de remarcar dos vectores que principalmente inciden en la cuestión que nos ocupa: a) la necesidad de respetar los derechos vinculados al proceso debido, como la motivación y la previa audiencia, y de ponderar otros derechos como los relacionados con el arraigo personal y familiar y b) la necesidad de atender a las diversas funciones de la pena en la política penal y penitenciaria*".

La importante STS nº 853/2010, de 15 de octubre, argumenta acerca de la necesidad de realizar una lectura en clave constitucional del art. 89 del C. Penal, en la que, aplicando los criterios acogidos en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en los tratados suscritos por España sobre la materia se huya de cualquier automatismo. De esta forma considera que hay valores con relevancia constitucional tales como el arraigo del

extranjero en España, o la unificación familiar (art. 39.1 y 4 CE), que deben ser necesariamente tenidos en cuenta para una correcta adecuación entre el derecho del extranjero a residir en nuestro país conforme a la ley, y el interés del Estado en aplicar la medida de expulsión.

De esta forma en el FD 4 se establece “...se amplíe la excepción a la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, su arraigo en nuestro país, la situación familiar y laboral, e incluso los riesgos que pudiera correr ante la posibilidad de ser objeto de torturas o tratos degradantes en su país de origen. De modo que ha de evitarse todo automatismo en la adopción de la medida de la expulsión del extranjero y debe, por el contrario, procederse a realizar un examen individualizado en cada caso concreto, ponderando con meticulosidad y mesura los derechos fundamentales en conflicto”.

III. 1. Penas de prisión inferiores a dos años susceptibles de ser suspendidas o sustituidas (arts. 80, 81 y 88 CP)

La reforma del 2010 ha introducido un cambio importante respecto al anterior texto, aunque manteniendo un redactado claramente regresivo. De esta forma el segundo apartado del nº 6 del art. 89.6 CP del 2010 establece “En todo caso, si acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá a la ejecución de la pena originariamente impuesta o del período de condena pendiente, o a la aplicación, en su caso, de la suspensión de la ejecución de la misma o su sustitución en los términos del artículo 88 de este Código”

Se supera la prohibición que contenía el texto anterior a la reforma contenida en el art. 89.1 “la expulsión se llevará a cabo sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80,87 y 88 del Código Penal”.

El texto actual recoge el criterio de la Circular de la FGE 2/2006, al ser efectivamente insostenible que si no podía cumplimentarse la expulsión, no le fueron de aplicación al penado los preceptos relativos a la suspensión y sustitución en penas cortas de prisión : “... la regulación establecida en el tercer párrafo del art. 89.1 CP se está refiriendo a una expulsión posible, para descartar que pueda dejarse de practicar por aplicación de los preceptos penales que rigen la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad o su sustitución por otras penas menos gravosas, no obstante reunir el penado extranjero los requisitos legales para ello; sin embargo, el último párrafo del art. 89.1 CP constituye una cláusula de cierre que sólo es aplicable cuando la expulsión no es posible, en cuyo caso nada obsta a que se apliquen, en su caso, las previsiones establecidas en los arts. 80, 87 y 88 CP”.

Respecto a las penas susceptibles de ser suspendidas o sustituidas conforme a las reglas del art. 80 y 87 del CP, la literalidad de la norma actual entra en total confrontación con el principio de proporcionalidad, y del respeto al principio de igualdad dado que el mismo delito puede aparejar una sanción de muy diferentes consecuencias para el autor extranjero que reside ilegalmente, al que se le veda cualquier opción de

resocialización con independencia de que por la vía administrativa prosiga el expediente administrativo sancionador.

La anteriormente referida STS nº 853/2010, de 15 de octubre, a pesar de la prohibición contenida en el anterior texto, invita a que se examine como circunstancia a tener en cuenta cada caso si la pena es susceptible de ser suspendida o sustituida y recogiendo lo ya dicho en la STS 949/2009 de 28 de septiembre establece “No cabe duda que la aplicación de los dos primeros párrafos del art. 89 del C. Penal a partir de la reforma por Ley Orgánica 11/2003 ha evidenciado su difícil compatibilidad con los fines del ordenamiento jurídico penal y ha obligado a seguir diferentes criterios interpretativos dependiendo de la cuantía de la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia. Y así, en lo que respecta a la ejecución de las penas de prisión inferiores a dos años, al hallarnos en un tramo donde el texto penal prioriza la reinserción del penado a través de la suspensión de condena y de los sustitutivos penales, ha sido preciso individualizar el entorno personal y social del extranjero para ajustar la aplicación del art. 89 a las exigencias del principio de proporcionalidad”.

Por otra parte la literalidad de dicha regulación legal, junto con la fórmula imperativa “serán sustituidas” infringe el principio de proporcionalidad, al tener las mismas consecuencias la condena por un delito de hurto castigado con una pena de prisión de seis a dieciocho meses (art. 234 CP) que la condena por un delito de robo con intimidación con una pena de dos a cinco años de prisión (art. 242 CP). Tampoco se distingue al que delinque por primera vez respecto al reincidente, cercenando cualquier posibilidad de reinserción en los delitos de carácter menos grave y, sin tener en cuenta su integración social, aunque se trate de un extranjero que trabaje y viva con su familia en España.

En definitiva la doctrina expuesta aporta razones jurídicas para argumentar que la medida de seguridad de “sustitución por expulsión” no se aplique de forma automática, aún cuando literalmente pareciera entenderse que hubiera de ser así con la lectura del precepto aplicado. Y, ello a fin de no vulnerar derechos fundamentales del penado tutelados por la Constitución y los convenios internacionales suscritos por España, entre ellos el Convenio para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Roma, 1950 que en su art. 8 establece el derecho a la vida privada y familiar. Por ello entendemos:

Que la doctrina jurisprudencial expuesta, contraria al automatismo, es plenamente aplicable al actual texto del art. 89 CP después de la reforma LO 5/2010, dado que la misma analiza hechos posteriores a la reforma del 2003 donde ya se utilizaba por el legislador el mismo término imperativo “serán sustituidas”.

En base a dicha doctrina, debe seguirse realizando una interpretación del art. 89 CP en clave constitucional, aplicando los principios de prevención general y especial, de proporcionalidad, de igualdad, de reinserción social de las penas y de los valores de arraigo social e unificación familiar,

ponderando en cada caso los bienes en conflicto.

IV. EL TRÁMITE DE AUDIENCIA

El principio de contradicción, instaurado en el proceso penal, es exigencia y requisito ineludible del derecho al proceso debido y al derecho de defensa.

La expulsión del territorio nacional, aun cuando no se configure como pena, si es una consecuencia jurídica del delito y por tanto debe participar de las mismas garantías constitucionales.

Es en este contexto en el que debemos analizar el trámite de audiencia no solo al Ministerio Fiscal, derivado en este caso del principio acusatorio, sino respecto al penado que es consecuencia del bloque constitucional de derechos que le asisten, y en especial de su derecho de defensa, pues en definitiva la expulsión por vía de sustitución – 89.1 y 89.6- está íntimamente vinculado con el derecho a la individualización judicial de las penas, que es de aplicación a las medidas sustitutivas de la prisión, pues forman parte de la pena.

El hecho de que el texto del CP, en el periodo comprendido entre la entrada en vigor de la LO 15/2003 y el de la LO 5/2010, no contuviera la mención expresa a la audiencia del penado no ha sido obstáculo para que la doctrina, de forma unánime, y siguiendo la línea anterior a dicha reforma, haya instaurado el requisito de la audiencia previa.

En este punto fue paradigmática la STS 901/2004, que recordaba que todo juicio es un concepto esencialmente individualizado, y si ello tiene una especial incidencia en la individualización judicial de la pena, es obvio que también debe serlo aquellas medidas sustitutivas de la pena de prisión, y con fundamento en la Jurisprudencia del TEDH establecía “para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio, al orden público o a una determinada política criminal, parece imprescindible ampliar la excepción de la expulsión, incluyendo un estudio de las concretas circunstancias del penado, arraigo y situación familiar para lo que resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en la colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante, con lo que se conjura, eficazmente, la tacha de posible inconstitucionalidad del precepto, tal y como está en la actualidad.

Doctrina consolidada entre otras por STS 906/2005, 832/2006, 35/2007, 125/2008 y 25/2011, entre otras.

El nuevo texto legal, tras la reforma operada por LO 5/2010 introduce nuevamente la audiencia del penado y de las demás partes personadas, pero no solo para la sustitución en sentencia, sino que esta audiencia también es exigida en la sustitución una vez iniciado el cumplimiento de la pena y se alcanzan las tres cuartas partes de la condena o el penado ha sido clasificado en tercer grado.

En resumen, la doctrina del TS hace pivotar la expulsión del extranjero como sustitución de la pena privativa de libertad impuesta en tres elementos claves: a) debate contradictorio, b) resolución motivada y c) audiencia del penado. (SSTS 588/2012, de 29 de junio, 1027/2009, de 22 de octubre, 710/2005, de 7 de junio, entre otras).

La cuestión estriba en determinar en que consiste este trámite de audiencia, como se debe practicar y en qué momento procesal debe darse este trámite de audiencia, pues como mecanismo para alcanzar el debate contradictorio en que se debe fundar la resolución, participa de la naturaleza de las comparecencias o vistas orales.

. Audiencia insertada en el juicio oral

El trámite de audiencia se produce normalmente y la cuestión no suscita problema alguno cuando, como suele ocurrir en la mayoría de los supuestos, la petición de expulsión se contiene en el escrito de calificaciones provisionales, pues el penado, antes del juicio oral, tiene conocimiento de esta petición de expulsión, puede someterla a debate en el dicho acto, y puede proponer prueba en defensa de sus alegaciones a practicar en el propio acto del juicio oral.

La primera cuestión que surge hace referencia a sí debe entenderse celebrada esta audiencia cuando el extranjero no comparece a juicio oral, y no ha sido citado personalmente, sino en domicilio designado en la primera comparecencia, pues el juicio oral puede celebrarse y de hecho se celebra en ausencia, por la previsión legal del artículo 757 y 786.1 de la Lecrim, pues ciertamente la medida de seguridad es una consecuencia jurídica del delito, y lo normal es que no se haya apercibido al imputado, en su primera comparecencia, de la posibilidad de que pueda ser expulsado del territorio español por un periodo de cinco a diez años.

Cierto es que formalmente el imputado, cuando es acusado,



debe tener conocimiento de la pretensión acusatoria, pero no hay una exigencia formal de notificación personal del auto de apertura del juicio oral, y en la mayoría de los casos de este tipo de acusados extranjeros, el letrado desconoce su paradero.

Ahora bien, como la sustitución debía efectuarse necesariamente en sentencia, se generaba una situación de indefensión, por ausencia de debate contradictorio. Así lo había dicho la doctrina del TC, entre otras la STC 110/2009 en la que otorga el amparo en caso de sustitución en auto posterior a la sentencia, y una vez iniciado el cumplimiento de la pena, "el art. 89.1 CP establece que la controvertida sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión del extranjero no residente legalmente en España debe ser acordada en la propia Sentencia condenatoria siempre que la pena de prisión sea inferior a seis años, permitiendo excepcionalmente que pueda serlo en fase de ejecución únicamente en el caso de que la pena privativa de libertad sea superior a seis años y siempre, además, a petición del Ministerio Fiscal.

Comoquiera que en el presente caso, según se ha recordado, la pena de prisión impuesta originariamente al demandante de amparo fue de dos años y la controvertida sustitución de dicha pena por su expulsión del territorio nacional fue acordada, no en la propia Sentencia condenatoria, sino mediante Auto dictado en fase de ejecución del cumplimiento de la condena, es patente que los Autos impugnados se fundan en una interpretación manifiestamente irrazonable del citado art. 89.1 CP. Por añadidura, al igual que en la citada STC 145/2006, de 8 de mayo, importa notar también ahora que en rigor ni siquiera estamos ante una verdadera y propia sustitución, sino que, al haberse ya iniciado el cumplimiento de la pena privativa de libertad por el recurrente, lo que se produce en realidad es una acumulación sucesiva de dicha pena con la medida de expulsión, consecuencia que tampoco en modo alguno se desprende del citado art. 89.1 CP".

El cambio legislativo operado con la LO 5/2010 al posibilitar la sustitución después de sentencia, permite eludir la obligatoriedad de efectuar la sustitución en sentencia, pues el párrafo segundo del artículo 89.1 establece un segundo momento en el que puede acordarse, de tal forma que el penado puede ser convocado a este trámite de audiencia, tras la celebración del juicio al que no ha acudido.

Audiencia posterior al juicio oral

Introducida la posibilidad de la sustitución de la pena privativa de libertad por expulsión después de sentencia y mediante auto motivado, en la LO 5/2010, la exigencia de audiencia se mantiene, la sustitución podrá acordarse con posterioridad a la sentencia, en un incidente de ejecución, que corresponderá resolver al juez de la ejecución.

Esta posibilidad, evitará que la falta de audiencia o la limitación de los principios de contradicción y defensa, puedan generar indefensión, pues ningún obstáculo hay, para que a partir de la reforma, la sustitución se acuerde en un trámite posterior a sentencia, así sin ánimo de exhaustividad

podemos citar los siguientes supuestos:

Casos en los que se la expulsión sustitutiva se insta después de sentencia. La sustitución se acuerda una vez iniciada la ejecución de la pena impuesta. Estaríamos ante los supuestos previstos en el artículo 89.6

Casos en los que la petición de expulsión se efectúa en el propio acto del juicio oral. Estamos ante aquellos supuestos en los no se ha solicitado en conclusiones provisionales, y se introduce bien en fase de cuestiones previas, o en su defecto, y como último momento, en conclusiones definitivas. Finalizado el juicio oral y dictada sentencia la petición de sustitución de la pena debe canalizarse por vía del supuesto anterior del artículo 89.6

Se ha venido afirmando en algunas sentencias, que entendemos chocan frontalmente con los criterios de contradicción y defensa antedichos, que cuando la petición del Ministerio fiscal, se efectuaba como cuestión previa o en el trámite de conclusiones definitivas no se generaba indefensión.

Aquí el TS da dos tipos de respuestas:

Una primera, que establece que se cumplió el trámite de audiencia al dar la última palabra al acusado. En este sentido la STS nº 1177/2006 en la que se dice que "*no es de estimar la lesión del derecho al debido proceso. En efecto, el Tribunal a quo oyó al recurrente sobre la cuestión de la expulsión solicitada por el Fiscal y la Defensa conoció la pretensión del mismo. Al respecto, en tanto la Ley penal no exige ninguna formalidad, es irrelevante si lo oyó en el momento final cuando al acusado le correspondía hacer uso de la última palabra y la Defensa ya había solicitado la absolución. En efecto el derecho a ser oído en relación a la expulsión del extranjero consiste en que éste haya podido expresar al Tribunal su punto de vista respecto de la expulsión solicitada por el Fiscal en sus conclusiones definitivas y que su Defensa haya tenido la posibilidad procesal de oponerse a tal pretensión y de ejercer el derecho a la prueba. Es de señalar que en cierto sentido esa prueba ya había sido practicada durante la instrucción, en la que una testigo, que manifestó mantener una relación con el acusado, aportó una serie de fotografías que a su juicio acreditarían la relación*".

No compartimos esta doctrina, pues si la audiencia al acusado sobre la expulsión comprende el derecho a la prueba no sería suficiente la posibilidad de alegar en el momento de la última palabra, sino que la finalidad de la audiencia y su propia naturaleza exigen una fase probatoria (Miguel Colmenero Menéndez de Lurca: La expulsión del extranjero infractor como respuesta penal: evolución jurisprudencial y reforma del Código Penal)

La segunda respuesta entiende que la defensa tuvo la oportunidad de alegar y probar, pidiendo la suspensión del juicio prevista en el artículo 788.4 LECrim. Este supuesto, que es el defendido por la Fiscalía General del Estado en su Circular 1/2011 es equiparable a la petición de expulsión en el trámite de cuestiones previas.

En estos casos, ninguno obstáculo hay para diferir a un momento posterior el trámite de audiencia, teniendo por hecha la petición formal de sustitución, sobre la que no se entra a resolver, por ser preciso un debate contradictorio material, pero esta falta de resolución no vicia la sentencia de incongruencia, se trata de un diferimiento a un momento posterior y conforme a la nueva previsión del legislador de 2010, es posible resolver después de sentencia y previa celebración de la audiencia con todas las garantías.

Procedimiento de la audiencia

Citación a la audiencia

La audiencia, como espacio de debate destinado a garantizar los principios de contradicción y defensa, requiere un periodo de alegaciones y una posibilidad de prueba, por lo que debe darse una oportunidad material de defensa al penado, lo que plantea la cuestión de la citación personal del penado, pues debe efectuarse de forma tal que tenga conocimiento de la pretensión de expulsión.

Si comparece al primer llamamiento no se suscitan problemas, pues la audiencia se lleva a cabo. Tampoco si está en ignorado paradero, pues en estos casos habrá que acudir a los mecanismos de busca y captura. Si en cambio se pueden plantear problemas cuando una vez citado no comparece, pues si la citación se ha hecho en su persona, conlleva el conocimiento de la materia que se iba a debatir en dicha audiencia, por tanto, ha tenido la posibilidad de defensa y la ha desaprovechado.

Pero no puede aplicarse la misma consecuencia cuando no está citado en su persona. En estos casos límites entendemos que el juzgado o tribunal deberá intentar la citación personal, y en caso de no poder practicarse, teniendo en cuenta que está penado y que tiene obligación de comparecer a los llamamientos del tribunal, la solución pasa por su busca. Pero aquí debe valorar si se debe acordar su busca y presentación para ser citado a la audiencia, o bien su busca y captura y mantener la prisión hasta tanto se halla celebrado la audiencia. La decisión dependerá de la pena impuesta y del juego que en este caso pueda producir la posibilidad de aplicar los artículos 80, 81 y 88 CP que la LO 5/2010 introduce en el segundo párrafo del 89.6

En caso de que tras la citación quede en libertad y no comparezca a la audiencia, es el supuesto de citación personal, y la consecuencia es que pierde la expectativa procesal de alegar y probar su oposición a la expulsión.

Prueba

La naturaleza de la audiencia, regida por los principios de contradicción y defensa, obliga a celebrarla como si de una vista oral se tratase, con intermediación, y ha de contener una fase de alegaciones y otra de prueba.

En este sentido la STS 710/2005 establece “*El Tribunal, en la sentencia, se limita a señalar que de conformidad con la*

petición del Ministerio Fiscal y al amparo del artículo 89.1 del Código Penal, procede la expulsión del recurrente al cumplirse los requisitos previstos en el citado precepto, acordándolo después en el fallo. De ello resulta, en primer lugar, que el recurrente no fue oído expresamente acerca de la posibilidad de la expulsión, lo que determina que no haya podido proponer prueba sobre aspectos relevantes, y alegar en consonancia con sus resultados, de manera que no puede afirmarse que estuviera en condiciones de preparar su defensa en relación a la petición de expulsión. Es cierto que, como señala el Ministerio Fiscal, ha existido una posibilidad de contradicción, pues la petición del Fiscal fue seguida del informe de la defensa y de la posibilidad de hacer uso del derecho a la última palabra por parte del acusado. Sin embargo, el principio de contradicción, desde la perspectiva de la defensa, no solo exige la posibilidad de oponerse a las pretensiones de la acusación, sino de hacerlo eficazmente, lo que no ocurre cuando se suprime cualquier posibilidad de probar aspectos relevantes y de alegar sobre el resultado de las pruebas.”

La prueba que debe admitirse es la relacionada con el objeto del debate que es la expulsión, y que puede practicarse en dicha audiencia. En este punto cabe plantearse si es posible celebrar la audiencia en diversos días o debe regir el principio de unidad de acto. Esta disyuntiva se dará en el supuesto de prueba que, por razones justificadas, no se puede aportar y exige una colaboración activa por parte del órgano judicial.

Entendemos que nada impide que este trámite se puede celebrar en dos o más sesiones, ni tampoco que a la vista de la vigencia del principio de defensa, se pueda recabar la colaboración judicial en la obtención de la prueba, así oficiando a organismos públicos, etc.. En todo caso, los requisitos de proposición y práctica de prueba, no están establecidos por el legislador, pero ningún obstáculo hay para acudir de forma supletoria a la regulación de la comparecencia de prisión del artículo 505.2 LECrim (Art. 505.2 LECrim “La audiencia prevista en el apartado anterior deberá celebrarse en el plazo más breve posible dentro de las 72 horas siguientes a la puesta del detenido a disposición judicial y a ella se citará al imputado, que deberá estar asistido de letrado por él elegido o designado de oficio, al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. La audiencia habrá de celebrarse también para solicitar y decretar, en su caso, la prisión provisional del imputado no detenido o su libertad provisional con fianza.”) En todo caso, cabe preguntarse si puede imbricarse un periodo de prueba excepcional, para aquellos supuestos en que la prueba de los que se querían valer las partes no pueda practicarse en el momento de la audiencia, en la mayoría de los supuestos, por precisar del órgano judicial para su práctica, por ejemplo petición de documentos a los Gobiernos Civiles en materia de extranjería, etc.

La pertinencia de la prueba debe ponderarse en relación a los criterios que deben ser valorados en orden a resolver o no sobre la expulsión, y en el momento de la expulsión, por lo que queda fuera de esta prueba la propia condición de extranjero sin documentación del penado, que debe ser una premisa probada en sentencia – hechos probados- y no con posterioridad.

Este tema adquiere relevancia pues lo contrario supondría que



la pérdida de residencia legal en España, después de sentencia firme, podría conllevar la expulsión del territorio nacional, lo que convierta la sustitución de penas privativas de libertad, en un mecanismo de control de la política de inmigración, sin perjuicio de que el extranjero pueda ser expulsado, pero en este caso conforme a las reglas procedimentales de la LO 4/2000, y no como sustitución de penas privativas de libertad.

A sensu contrario, toda vez que la adquisición de la residencia legal, con posterioridad a sentencia, conlleva la eliminación de los presupuestos que puede fundar la sustitución, la prueba puede alcanzar este extremo. En este sentido la STS 792/2008 de 4 de diciembre, al afirmar “En ocasiones pueden surgir en la ejecución cuestiones imprevisibles de valorar en el momento del juicio y de la sentencia o que han tenido lugar por circunstancias posteriores (como la acreditación de reunir los requisitos y condiciones para ser ciudadano extranjero con residencia legal en España, por diversas circunstancias: matrimonio posterior con cónyuge español, nacimiento de hijos, concesión de permisos de residencia) se defiende por la doctrina que el requisito de la ilegalidad de la residencia hay que entender que debe subsistir al momento de la ejecución y si no debe quedar sin efecto, por mucho que lo establezca la sentencia, ya que se trata de una medida y no de una pena.”

Resolución.

Lógicamente la resolución debe dictarse en sentencia o bien en auto. Como elemento común a ambos supuestos es la necesidad de que haya una motivación específica y, sobre todo en los supuestos de sentencia, concretados a la decisión de expulsión. Exigencia genérica y común a todas las decisiones judiciales.

V.- LA PROBLEMÁTICA DE LA NUEVA REGULACIÓN DEL ART. 89.5 DEL VIGENTE CÓDIGO PENAL.

Art. 89.5 del Código Penal (en negrita las modificaciones respecto del texto anterior)

*Los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal y previa audiencia del penado y de las partes personadas, acordarán en sentencia, o durante su ejecución, la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España, que **hubiera de cumplir o estuviera cumpliendo cualquier pena privativa de libertad**, para el caso de que hubiera accedido al tercer grado penitenciario o cumplido las tres cuartas partes de la condena, salvo que **previa audiencia del Ministerio Fiscal y de forma motivada aprecien razones que justifiquen el cumplimiento en España.***

Texto derogado (art. 89.1, 2º párrafo)

Igualmente, los jueces o tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso de que se acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente, y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en un centro penitenciario en España.

La redacción del nuevo apartado quinto viene generando algunos problemas de aplicación. El texto viene a reproducir el párrafo segundo del anterior 89.1 pero con dos modificaciones esenciales:

La posibilidad de que la sustitución se acuerde **durante la ejecución**, y no sólo en sentencia.

La ampliación de las penas susceptibles de sustitución, pudiendo recaer sobre **cualquier pena privativa de libertad**, eliminando así la referencia limitativa a aquellas iguales o superiores a seis años.

Lo primero que hay que decir es que no existe referencia que justifique tal modificación ni en la exposición de motivos ni en los trabajos prelegislativos. Necesariamente habrá que ponerla en conexión con la naturaleza y finalidad de cualquier forma de sustitución de las penas privativas de libertad, que no debería ser otra que la de prevención especial. Pero, como se verá, en el caso de la expulsión de extranjeros sin residencia legal se mezclan criterios de oportunidad que poco tienen que ver con el fin de la pena y sí mucho con las políticas migratorias del momento. Sólo así puede explicarse el cambio radical de criterio mantenido por los fiscales en cuanto a las penas impuestas por delitos contra la salud pública respecto de los que se venían mostrando inflexibles a la hora de reclamar el cumplimiento de la pena en nuestro país (incluso para aquellas penas inferiores a tres años) y respecto de los que ahora asumen la iniciativa para la sustitución por la expulsión.

Tampoco se entiende la alteración en el orden de disposición sistemática, a la que ya se refirió críticamente en su día el informe emitido por el CGPJ sobre el inicial Anteproyecto de reforma del Código Penal de 2006 (“la posición sistemática que ocupa este apartado —en el número cinco— no es la más correcta, ya que puede suscitar problemas de interpretación en cuanto a la aplicabilidad al mismo de las reglas contenidas en los anteriores»). A pesar de lo cual, no puede descartarse la aplicación de las reglas relativas al plazo de duración, consecuencias administrativas y quebrantamiento de la medida (contenidas en los apartados 2 a 3) a la expulsión dictada de acuerdo con el ap. 5. Del mismo modo que las reglas de

los aps. 6 y 7 son también aplicables a ambos supuestos de expulsión.”), que puede generar, como se verá, alguna duda respecto de la aplicación del contenido de los apartados 2 y 3 a las situaciones a las que se refiere el apartado 5.

Las limitaciones de contenido, ya referidas, de la presente ponencia obligan a escoger las cuestiones que pueden resultar más discutidas:

1. LEY APLICABLE

En cuanto al momento de aplicación temporal de la nueva ley, ¿Habrán que estar al momento de comisión del delito, de la imposición de la pena o será aplicable en cualquier momento mientras perdure la ejecución?

¿Es aplicable la nueva norma con carácter retroactivo a condenas anteriores a su entrada en vigor? Dependerá de lo que se considere “ley más favorable al reo” en los términos a que se refiere el art. 2.2 CP. La concepción de la expulsión como substitutiva de la pena privativa de libertad no siempre puede considerarse como beneficiosa para el penado, sino como perjudicial al entender que el efecto aflictivo era superior y suponía un agravio comparativo respecto de otros penados (los extranjeros no expulsables o los nacionales). Sólo así se entiende la doctrina jurisprudencial elaborada para evitar el automatismo de la sustitución. Sin embargo, el efecto más pernicioso, la imposibilidad de aplicar los beneficios de suspensión o sustitución previstos en los arts. 80, 87 y 88 CP, se ha visto mitigado (que no eliminado, pues el 89.6 parece vincular su aplicación a la frustración efectiva de la expulsión) en el nuevo texto. Por otra parte, la posibilidad de alcanzar el tercer grado en un plazo relativamente corto puede suponer que la medida resulte más beneficiosa. En definitiva, parece que la opción más lógica es la de pedir el parecer del penado y que sea él quien decida si entiende más favorable la nueva ley caso por caso.

La única duda puede plantearse en aquellos supuestos en los que se ha aplicado ya la nueva norma para la revisión de sentencias y se pretende la aplicación anterior para el supuesto específico del art. 89.5 CP, ya que atenta contra la letra de la Disp. Transitoria Primera de la LO 5/2010 cuando establece que *“Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del código actual y de la reforma contenida en esta Ley”*, lo que supone la prohibición de seleccionar aquellos aspectos más beneficiosos de una y otra. Así lo entiende también la Circular 5/2011 de la Fiscalía General del Estado sobre *“Criterios para la unidad de actuación especializada del ministerio fiscal en materia de extranjería e inmigración”*.

2. LEGITIMACIÓN ACTIVA PARA SOLICITAR LA SUSTITUCIÓN

La nueva redacción mantiene la exclusividad en la iniciativa para solicitar la expulsión tal y como aparecía regulada en el texto anterior. La novedad está en la necesidad de audiencia previa tanto del penado como del resto de las partes. Sobre la posibilidad de que la sustitución se acuerde a instancia del propio penado se ha pronunciado recientemente la Audiencia

Provincial de Barcelona en Acuerdo no Jurisdiccional y en sentido positivo. Sin embargo, en el mencionado Acuerdo no se menciona expresamente sino el art. 89 en su conjunto. No parece que exista ningún impedimento legal para reconocer tal iniciativa al penado (y también a las acusaciones particulares) en el ámbito del apartado 1º, pero la expresión *“a iniciativa del Ministerio Fiscal”* parece incompatible en el del apartado 5º. El TS se ha ocupado tangencialmente del tema en su **sentencia 255/2012 de 25 de enero (ponente Sánchez Melgar)**, pero lo hace de forma harto confusa. En definitiva, viene a decir: a) que se trata de una medida de seguridad por razones de política migratoria; y b) que si bien se condiciona a que lo solicite el Ministerio Fiscal, el hecho de que en el último inciso se exija una nueva audiencia del mismo para el caso de rechazo sugiere que igualmente lo hubiera solicitado el penado, pues de lo contrario esta segunda audiencia carece de sentido.

El argumento ni se sostiene desde el punto de vista lógico ni se ofrecen razones sólidas que lo justifiquen. Fuera del tan *“manido”* argumento de que la pretendida incoherencia se debe a un olvido del legislador, no se me ocurre ningún otro que permita compaginar el texto vigente con la posibilidad de que sea el propio penado quien solicite la expulsión (y mucho menos sujetos ajenos al proceso como la administración penitenciaria). A pesar de ello, la Fiscalía Delegada de Extranjería parece avalar la posibilidad de que la iniciativa provenga del penado, incluso en aquellas ejecutorias que se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la reforma (...destacar que la solicitud parte de una petición voluntaria del propio interno que solicita su expulsión. El escrito manuscrito de petición forma parte del expediente penitenciario que se ha remitido a la Fiscalía y ahora se adjunta con el presente escrito...En definitiva, constanding petición del propio interno y modificado el art. 89 en el sentido indicado, es posible acordar en este momento procesal la sustitución que se pretende) (Extracto de escrito dirigido por el fiscal al tribunal que conoce de la ejecutoria. En este caso concreto la petición se tramitó a través de la Fiscalía pero es habitual que la misma, junto con el expediente, se remitan directamente al órgano encargado de la ejecución, bien a instancia del propio penado o de la propia administración penitenciaria.).

En la práctica, la adhesión posterior del fiscal a la petición del penado (cosa que está sucediendo con cierta frecuencia), permitiría salvar la literalidad del precepto.

En definitiva, no puede admitirse la petición del propio penado (o de su representación procesal) y mucho menos del centro penitenciario como suficiente para que el órgano de la ejecutoria pueda pronunciarse sobre la sustitución sin atentar contra el contenido literal del precepto. Todo ello sin perjuicio de que, presentado el escrito, pueda darse traslado al Ministerio Fiscal y que la adhesión de éste subsane el defecto de falta de legitimación.

3. LÍMITES Y MOMENTO PROCESAL PARA ACORDARLA

Cualquier pena privativa de libertad (ni siquiera es necesario según la letra de la ley que sea de prisión) es susceptible de sustitución, siempre y cuando se haya accedido al tercer grado penitenciario o se hayan cumplido las tres cuartas partes de la condena.



La administración penitenciaria está concediendo el tercer grado en plazos extremadamente cortos, produciéndose de forma inmediata la petición del propio interno y el informe favorable de la Junta de Tratamiento, lo que apunta a un criterio claro de favorecer la expulsión de los extranjeros que están cumpliendo penas en centros penitenciarios catalanes (se ignora si está sucediendo lo mismo en otros territorios), que ya se puso de manifiesto en su día cuando se abogaba por reducir a la mitad de la pena (y no a las tres cuartas partes como se señala en el 89.5) el límite (*Aunque referido exclusivamente al art. 89.1 anterior a la reforma, el Acuerdo AP Madrid 28-05-04 intentó ofrecer criterios de carácter general para evitar la automatización de la medida a la vez que se decantaba también por anticipar el cumplimiento a la mitad: "Se considera que con una aplicación automática y rutinaria -sin atender a circunstancias específicas que lo justifiquen en el caso concreto- de la sustitución de la pena por la expulsión del acusado a su país de origen, se estaría promoviendo de forma incomprensible la comisión de delitos graves dentro del territorio nacional por ciudadanos extranjeros. De ahí que cuando las penas sean superiores a los tres años, y con más razón cuando se vayan aproximando a los seis años de prisión, no se estima razonable la concesión de la expulsión hasta que se cumpla la mitad de la pena. Sin embargo, cada caso tiene sus connotaciones especiales, de forma que las circunstancias excepcionales de índole personal de los imputados o incluso de la forma de realizar la conducta y las contingencias que la rodean, pueden justificar decisiones de otra índole que se muestren más justas en el caso concreto."*).

En cualquier caso, el nuevo texto evita el efecto perverso que suponía la obligación de adoptar la decisión necesariamente en sentencia, pues en el caso de las penas superiores a seis años aparecía vedada cualquier posibilidad de resocialización, dado que el condenado que ingresaba en prisión estaba abocado desde el principio a la expulsión, lo que condicionaba cualquier programa dirigido a la reinserción social en nuestro país. La posibilidad de acordar la sustitución durante la ejecución de la condena permite, tras la elaboración de programas concretos de resocialización, la posibilidad de valorar la situación concreta a la vista del resultado de aquéllos, siendo así un elemento que ha de resultar esencial a la hora de valorar la oportunidad y proporcionalidad de la medida.

Por otra parte, la ampliación del momento procesal a una resolución posterior a la sentencia supone en la práctica un verdadero incidente en fase de ejecución con posibilidad de practicar prueba. Con la regulación anterior se habían planteado

dudas, ya que podría suponer una vulneración del derecho del propio penado a la ejecución de las sentencias en sus propios y estrictos términos. Así lo señaló la **STC 145/2006**, para a continuación admitir que excepcionalmente era viable si lo solicitaba el propio penado y valoraba la sustitución por expulsión como más beneficiosa.

Por último, si la sentencia no se pronuncia sobre la sustitución y expresamente pospone la resolución, parece discutible que pueda abrirse "ab initio" el debate en fase de ejecución aplicando la reforma con efecto retroactivo en contra de la voluntad del penado.

Quedaría por abordar la cuestión del régimen de recursos contra la resolución que acuerda la expulsión cuando ésta adopte la forma de auto por dictarse con posterioridad a la sentencia. No se plantearía mayor problema cuando sea acordada por los juzgados de lo penal, pues siempre cabría apelación ante la AP, pero es evidente que con la ley en la mano no cabría recurso de casación cuando la decisión sea adoptada por la propia Audiencia Provincial. Habrá que estar a lo que el TS decida, aunque sea *extra legem*, pero no parece tampoco absurdo que pudiera extenderse la posibilidad de recurso al considerar que tal resolución formaba en cierto modo parte del contenido de la sentencia previa, solución ésta admisible cuando el recurso se produzca de forma conjunta pero discutible cuando se interponga la casación por separado, después incluso de que se hubiera resuelto el primer recurso contra la sentencia previa.

VI. LA NUEVA REGULACIÓN DEL ART. 89 EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CP DEL 2012.

El texto aprobado por el Consejo de Ministros del Anteproyecto de reforma del Código Penal del 2012 (Art. 88 1. *Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas, previa audiencia del penado, por su expulsión del territorio español.*

2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de tres años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el Juez o Tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma

VIGENCIA DE LAS MEDIDAS PENALES DE LA ORDEN DE PROTECCIÓN

José Grau Gasso y Joan Francesc Uría. Magistrados Audiencia Provincial de Barcelona

Los autos que disponen medidas de protección se dictan generalmente en un momento incipiente del procedimiento, en ocasiones por jueces que no son los competentes para la instrucción de la causa, y aunque lo sean disponen, como elementos valorativos en que fundar la decisión, de poco más que la denuncia y las declaraciones de denunciante y denunciado (la de este no siempre, y cuando no es posible oírle las medidas se adoptan en base a las facultades que al juez confiere el artículo 544 bis LECr).

Pues bien, no es infrecuente, sino todo lo contrario, leer en los autos que disponen orden de protección, estableciendo medidas cautelares personales, una frase al final disponiendo, con este mismo texto u otros semejantes, que “estas medidas subsistirán hasta en tanto no se dicte resolución firme que ponga término al procedimiento o, si dicha resolución es de condena, hasta que no se inicie la ejecución de las penas equivalentes que se hayan impuesto” (obsérvese que se contempla la hipótesis de que pueda acabar el proceso con una sentencia absolutoria, reconocimiento de la falibilidad derivada de la presunción de inocencia).

Y tampoco es infrecuente, sino todo lo contrario, que cuando la presunción de inocencia ha sido enervada, produciendo una sentencia de condena firme, las penas impuestas en la sentencia equivalentes a las medidas de protección no se pueden continuar cumpliendo por la sencilla razón de que la duración de las medidas ha sido superior al de las penas equivalentes.

Y así se consigue hacer de las medidas verdaderas penas anticipadas, impuestas, sin necesidad de sentencia, para dar respuesta inmediata a la demanda de protección de quien se presenta como víctima.

Esta forma de actuar, alentada desde determinados ámbitos y foros, no tiene nada que ver con los principios que informan el proceso penal, y desconoce por completo los principios de excepcionalidad y provisionalidad que han de regir las medidas cautelares de carácter personal, principios desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia, y que tan bien se recogen en el artículo 163 del anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal

redactado en la etapa final del último gobierno del PSOE.

Dejamos para el debate que pueda seguir a esta comunicación las implicaciones que los principios enunciados hasta aquí (presunción de inocencia y excepcionalidad y provisionalidad de las medidas cautelares personales) tienen en la materia que nos ocupa.

En lo que nos interesa incidir aquí es en la improcedencia de ese actuar no ya desde una perspectiva ontológica, sino de incompatibilidad manifiesta con la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

Efectivamente, la Ley Orgánica 1/2004 es aplicable a las órdenes de protección, aunque al parecer hay más der uno que lo ignora, y esta ley desautoriza al juez de instrucción y al de violencia sobre la mujer para disponer la extensión temporal de las medidas más allá del dictado de la sentencia en primera instancia, y le impone la obligación de determinar con precisión la duración de las medidas de protección, exigencia ineludible de la seguridad jurídica, otro principio que al parecer es visto como un incordio por no pocos.

El artículo 69 de la ley dice literalmente: “*Las medidas de este capítulo (que trata de las medidas judiciales de protección y seguridad de las víctimas, entre ellas la orden de protección, en el artículo 62) podrán mantenerse tras la sentencia definitiva y durante la tramitación de los eventuales recursos que correspondiesen. En este caso, deberá hacerse constar en la sentencia el mantenimiento de tales medidas*”. Siendo este el tenor literal del precepto, parece que no debiera ser dudosa la improcedencia de cláusulas de vigencia como la expresada al inicio, por manifiesta incompetencia del juez instructor para disponer el mantenimiento de las medidas más allá del dictado de la sentencia en primera instancia, cualquiera que pudiera ser el sentido del fallo, ya que la ley atribuye expresamente al órgano de enjuiciamiento en primera instancia la facultad de decidir, y en su sentencia, sobre el eventual mantenimiento de las medidas en tanto no gane firmeza la sentencia (que entendemos ha de ser condenatoria para que puedan mantenerse durante la sustanciación del posible recurso, ya



que la sentencia absolutoria implica negación del primer requisito habilitante de las medidas de protección, que es la existencia de indicios racionales de criminalidad en el sujeto pasivo del proceso, o de indicios fundados de la comisión de la infracción penal, en la terminología empleada en el artículo 544 ter.1 LECr, cuyos indicios, si los hubo realmente con anterioridad al juicio, han quedado neutralizados con la prueba practicada en el plenario, prueba que ha conducido al pronunciamiento absolutorio).

Dicho de otro modo, la cláusula de vigencia comentada supone, lisa y llanamente, la irrogación, por el juez instructor, de facultades que la ley atribuye a otro órgano.

Pero la repetida cláusula de vigencia supone un desconocimiento más. Concretamente, implica desconocer el artículo 61.2 de la Ley Orgánica 1/2004, que dice: *“En todos los procedimientos relacionados con la violencia de género, el Juez competente, de oficio o a instancia de las víctimas, de los hijos, de las personas que convivan con ellas o se hallen sujetas a su guarda o custodia, del Ministerio Fiscal o de la Administración de la que dependan los servicios de atención a las víctimas o su acogida, deberá pronunciar en todo caso sobre la pertinencia de la adopción de las medidas cautelares y de aseguramiento contempladas en este capítulo* (el que trata de las medidas judiciales de protección y de seguridad de las víctimas),

determinando su plazo, si procediera su adopción”. Es decir, la ley no consiente la indeterminación del tiempo de vigencia de las medidas de protección, e impone al juez que las adopta la obligación de determinar expresamente, en la propia resolución, la duración de las mismas, de modo que ha de haber certeza en el día final, pues plazo es el término señalado para algo, y término el último momento al que se extiende ese algo, en este caso la vigencia de las medidas.

En otras palabras, la cláusula de vigencia que la ley exige es la que determina con certeza no sólo el día inicial, sino también, y sobre todo, el día final (*dies certus an et quando*), en el bien entendido que aun cuando no se haya llegado a ese día final, las medidas perderán vigencia si antes se produce una resolución incompatible con el mantenimiento de las mismas, entre las cuales el dictado de una sentencia en la causa, salvo que ésta sea condenatoria y en ella se disponga el mantenimiento de las medidas a resultas del recurso que pueda interponerse. Por el contra, no dan satisfacción a las exigencias de seguridad jurídica que establece la ley, cláusulas abiertas e indeterminadas como la comentada, en las que se utilizan formas de indeterminación del tipo *dies certus an incertus quando*.

Otra cosa son los criterios de fijación de plazos razonables. Pero esto ya no es objeto de esta comunicación y lo dejamos para el debate que pueda seguir.

Este artículo está publicado en la revista Xuridica Galega nº 69

1. SUPUESTOS DE HECHO

Existen una serie de circunstancias que pueden determinar que la persona contra la que se dirige un proceso penal carezca de la aptitud necesaria para comprender el propio proceso penal y actuar materialmente sus derechos en el desarrollo del mismo. Aun reconociendo la imprecisión de la fórmula denominaremos a esa situación incapacidad procesal.

Las situaciones fácticas pueden ser muy diversas. El origen puede ser tanto físico como psíquico (como por ejemplo, persona en estado de coma o persona con trastorno mental grave), puede tratarse de una situación permanente o episódica, puede tratarse de una situación que aparece en el mismo proceso y con posterioridad a los hechos o que ya concurría en el momento en que sucedieron los hechos de los que esa persona es acusada. En este último caso, los mismos elementos que determinan la valoración de esa capacidad procesal pueden determinar la valoración de imputabilidad de la persona y la procedencia, o no, de estimar concurrente una causa de exención de responsabilidad penal.

En este artículo no podemos entrar en la definición precisa de los supuestos problemáticos. La definición de qué entendamos por **incapacidad procesal** no es fácil, pero, a los efectos de las posteriores reflexiones, puede llegar con indicar que entendemos por capacidad procesal la capacidad de comprender el devenir del proceso en sus pasos fundamentales, el significado de la acusación y de las consecuencias posibles de ese proceso. Seguimos, en parte, a Gómez Colomer que afirmó que la capacidad procesal consiste en: *“la participación consciente (del imputado) en el juicio, eres decir, en que el imputado sea capaz de comprender la acusación, seguir los actos procesales y ejercer su derecho de autodefensa.”* Grima Lizandra, por su parte, aporta una posible definición centrándolo en el problema de capacidad procesal en la posibilidad de ejercicio de la autodefensa de manera más descriptiva: *“Faltaría la capacidad de defensa si la persona no puede conocer de manera comprensible la imputación; o no puede elegir los argumentos de descargo; o no puede discernir sobre las alternativas (procesales y no procesales) de su caso. En definitiva, si no puede intervenir racionalmente en su defensa, ni dirigir la defensa técnica de su abogado, ni darle instrucciones, ni atender sus consejos.”* Dadas las muy diferentes posibilidades en la práctica, partimos del supuesto de tener por acreditada una situación que impide completamente el ejercicio de esas facultades (*Las definiciones del contenido de la capacidad procesal son complejas. Grima Lizandra remite a la legislación americana recordando las diferencias que aparecen en la misma: “En Estados Unidos la “capacidad procesal” (“competence to stand trial”) se determina según el llamado “Dusky Standard”, fijado por el Tribunal Supremo en la Sentencia del*

caso “Dusky c/ Estados Unidos” (1960): esta capacidad existe “si el acusado tiene suficiente capacidad actual para consultar con su abogado con un grado notable de comprensión racional y si la tiene para comprender la razones y los hechos de el procedimiento contra él”. En términos semejantes se pronuncia el Código Criminal de Canadá: un acusado carece de esa capacidad “si, a causa de un desorden mental, no puede entender la naturaleza y el objeto del procedimiento, o entender sus posibles consecuencias, o comunicar con su abogado).

En realidad, habrá que acudir al caso concreto para determinar qué afección y en qué grado se produce. En todo caso, no podemos dejar de mencionar, como nos recuerda Ortega Lorente, que la declaración de incapacidad es una decisión que afecta directamente a la dignidad de la persona y, por eso, debe ser observada con cautela y partiendo de la presunción de capacidad que debe ser vencida. Recuerda este autor la Sentencia del Tribunal Constitucional 7/2011 de 14 de febrero: *“el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el art. 6 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (artículo 10.1 CE). En consecuencia, la declaración de incapacidad de una persona sólo puede acordarse por Sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley mediante un procedimiento en el que se respeten de forma escrupulosa los trámites o diligencias exigidas legalmente”*. Si bien apuntamos que si es cierto que la declaración de capacidad precisa de decisión jurisdiccional en sentencia, sin embargo, pese a esa norma general, también lo es que el ordenamiento exige que, si se constata la situación de hecho que puede determinar incapacidad y que esta puede producir indefensión en quien la padece, se adopten medidas protectoras, así el artículo 762 LAC, o, a nivel internacional, como recuerda el propio Ortega Lorente la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en diciembre de 2006, ratificada por España mediante instrumento de confirmación publicado en el BOE de 21 de abril de 2008 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, prevé, en su art. 13 que *“Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, mismo mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”*. Ahora bien, hay que partir de un criterio de prudencia en la calificación de una persona como incapaz, y requerir que sólo en los casos de evidente imposibilidad acudamos a los remedios que ahora

queremos analizar.

Antes de examinar la regulación legal, debemos definir el **ámbito del problema** al que nos enfrentamos. Podemos diferenciar tres supuestos:

- a. que la persona en el momento de suceder los hechos no sea imputable, y en el momento de desarrollarse el proceso penal (o alguna fase del mismo) se encuentre bajo circunstancias que determinan su incapacidad procesal;
- b. que la persona en el momento de suceder los hechos sea imputable pero sufra una situación de incapacidad procesal en el momento de desarrollarse el proceso; y
- c. que en el momento de los hechos no sea imputable, y en el momento del proceso hayan desaparecido esas circunstancias y no tenga problemas de capacidad.

Ahora analizamos el estatuto en el proceso penal de la persona incapaz, con lo que el supuesto c) indicado, no provoca problemas de este tipo, sin perjuicio de la valoración sobre la influencia concreta en la responsabilidad penal de esas circunstancias.

Antes de continuar, hay dos diferencias que entendemos importantes: con la declaración de incapacidad y con el juicio de imputabilidad.

a) incapaz procesal no es igual la persona declarada incapaz.

Debemos partir de advertir la **diferencia entre persona declarada judicialmente incapaz y persona incapaz a los efectos jurídicos penales que ahora nos interesan.**

El artículo 25 del Código Penal define la incapacidad a efectos penales al establecer: *“A los efectos de este Código se considera*

incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacidad, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma.”.

El artículo 200 Código Civil refiere como causas de incapacidades *“las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma”*, sin referencia expresa al gobierno de los bienes.

El artículo 25 CP establece por lo tanto que la presencia de esa situación determina la consideración de incapaz de la persona sin que se requiera una expresa declaración de incapacidad (*De hecho el Código Civil también contempla la diferencia entre una persona incapaz (podemos decir de hecho) y una persona judicialmente declarada incapaz. Así el artículo 299 bis establece el origen del nombramiento de defensor judicial en caso de “una persona debe ser sometida a tutela y en tanto recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento”, por lo tanto es posible interpretar que sin que exista declaración judicial de incapacidad. Y el artículo 303 refiere el supuesto del que denomina “presunto incapaz”. La misma Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 762) contempla la posibilidad de adoptar medidas cautelares cuando conste “posible causa de incapacidad en una persona”, dando traslado al Ministerio Fiscal para que inste la incapacidad judicial, por lo tanto aún no producida.*)

Partimos, en consecuencia, de un concepto de persona incapaz diferente del de persona *declarada judicialmente* incapaz, si bien normalmente la persona declarada incapaz se encontrará en la situación que ahora referimos y las reflexiones sobre las consecuencias de esa situación que desarrollamos serán aplicables a la misma.

Es evidente, que pueden concurrir circunstancias que determinen la imposibilidad de una persona de gobernarse por sí misma sin que se haya llegado a la declaración judicial de incapacidad. Pero también lo es que no **todo problema de**



capacidad afecta en el mismo grado ni determina necesariamente la imposibilidad de ejercer derechos procesales.

La capacidad de la persona es algo ontológicamente graduable, sin que podamos siquiera refugiarnos (fuera de los casos extremos) en criterios absolutamente objetivos derivados de concretos diagnósticos.

b) incapaz procesal no es igual a inimputable.

No podemos entrar en estos momentos en las diferentes teorías sobre la imputabilidad, llegándonos con poner de manifiesto que el juicio sobre la misma se refiere a la situación de la persona que cometió un hecho en el momento de cometerlo y en relación con el mismo. Si acudimos al texto legal, el artículo 20 del Código Penal afirma que quedará exenta de responsabilidad penal la persona que *“no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”*, debido, en lo que más claramente tendría relación con lo que nos ocupa, *“a cualquier anomalía o alteración psíquica”*. Igualmente, los supuestos de hecho que prevén los puntos 2º y 3º pueden determinar circunstancias que afecten a la capacidad procesal de la persona en los términos indicados.

Se trata de un concepto psicológico normativo, en el que la exclusión de responsabilidad penal deriva de una determinada base de enfermedad o anomalía siempre que tenga relación con la comprensión del hecho o de su ilicitud.

No es, en consecuencia, un concepto equiparable al de incapacidad procesal de obrar que ahora analizamos. No coinciden en el momento de análisis, pues la imputabilidad es juzgada en referencia al momento de sucesión de los hechos, mientras la incapacidad procesal de obrar tiene relación con el momento de desarrollarse el proceso y va referida a la capacidad de ejercicio de los derechos procesales. Pero tampoco en su ámbito pues una se refiere a la comprensión del hecho y la otra a la comprensión del proceso al que una persona es sometida.

Ciertamente las causas que determinan la inimputabilidad en un caso concreto en muchas ocasiones serán igualmente determinantes de la imposibilidad de comprender el proceso penal. Sin embargo, no siempre será así y, en todo caso, los problemas que derivan de uno y otro análisis son diferentes (Con más detalle María Charco Cisneros en la obra mencionada en Bibliografía.)

LEY DE ENJUICIAMIENTO CRIMINAL.

Las previsiones legales sobre el tratamiento de la persona incapaz son claramente insuficientes y, como veremos, dejan sin respuesta problemas de trascendencia fundamental y provocan problemas de difícil resolución.

En la **Ley de Enjuiciamiento Criminal** una vez más topamos con los problemas que derivan de una ley del siglo XIX y producto de sucesivas reformas que nos dejan un texto asistemático y, en ocasiones, contradictorio. En principio podemos apreciar una diferente regulación en el Procedimiento Sumario y en el Procedimiento Abreviado.

En el ámbito del **Procedimiento Sumario** existen dos referencias fundamentales:

a) artículos 380 a 383, que se sitúan dentro del Libro II (*“Del Sumario”*), en el Título V (*“De la comprobación del delito y averiguación del delincuente”*), en su Capítulo III (*“De la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales”*).

b) artículo 637, en el mismo Libro pero en el Título XI (*“De la conclusión del Sumario y del Sobreseimiento”*).

Los tres primeros preceptos mencionados hacen referencia al diagnóstico, de acuerdo precisamente con el título del capítulo en el que se insertan. Fuera del artículo 380 referido a menores de edad y claramente superado por la regulación específica en la materia, los otros dos preceptos, introducen tanto la necesidad de examen por peritos como la posibilidad del internamiento con finalidad diagnóstica. En lo referido al diagnóstico, el artículo 381 indica que el objeto del mismo es verificar los indicios de *“enajenación mental”*. Los artículos 381 y 382 refieren las medidas dirigidas a esa constancia de la situación en el momento de dirigir el proceso contra ella, sin diferenciar si la situación fue también coetánea a los hechos imputados o posterior a ellos, o mejor expresado sin atender a se determinan una valoración sobre imputabilidad en relación con los hechos o no.

Una vez producido el diagnóstico, es cuando aparentemente encontramos dos respuestas diversas en el proceso sumario si la incapacidad es posterior a los hechos o si la incapacidad ya concurría en el momento de los hechos.

El artículo 383 se refiere al supuesto de: *“Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito”*. Es decir, en este caso, no estaríamos ante un problema de inimputabilidad, pues en el momento de (*“supuestamente”*, debería decir) haber cometido el hecho la persona no tendría un problema de capacidad.

En este caso el artículo da tres reglas:

1. el sumario debe continuar hasta su conclusión, por lo que el Tribunal competente para las decisiones que indica sería la Audiencia Provincial,
2. ese Tribunal debe archivar la causa hasta que se recobre la salud por el *“procesado”*, y
3. aplicar a la persona procesada (que no condenada) las medidas de seguridad establecidas en el Código Penal para los

supuestos de eximentes.

No respondería este precepto al supuesto de que la denominada “*demencia*” hubiera estado presente ya en el momento de suceder los hechos. En este supuesto parece que lo aplicable sería el punto tercero del artículo 637, es decir acordar el sobreseimiento libre cuando: “*aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores.*”.

Pese a que en alguna resolución que después analizaremos se concluye de ese precepto que de darse las circunstancias procede el archivo en todo caso, tal afirmación no se corresponde con el texto legal, y más bien parece que la conclusión es la contraria, es decir, que procede como regla general la continuación hasta juicio. Así el artículo 640 advierte que tal decisión de archivo procesal sólo procede respecto a quienes “*aparezcan indudablemente exentos de responsabilidad criminal*”, por lo que resulta necesario continuar el juicio en otro caso y determinar finalmente si procede o no la aplicación de la eximente que corresponda. Pero, además, si atendemos al artículo 645 encontramos que si la acusación particular o el Ministerio Fiscal pretenden sostener la acusación el tribunal sólo puede denegarla en el caso del punto 2º del artículo 647 (que el hecho no sea constitutivo de delito) y no podría denegar la apertura por entender concurrente el supuesto del punto 3º.

Dentro del Procedimiento Abreviado hay que mencionar igual el artículo 746.5 LECrim que regula las causas de suspensión de la vista, refiriendo cómo tal que alguno de los procesados “*enfermare repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en el juicio*” (por remisión al punto anterior del mismo artículo). Ortega Lorente entiende que este artículo es fundamento para acordar la suspensión del proceso también una vez abierto el juicio oral en los mismos términos que el artículo 383. Afirmando que, llegado este momento “*lo que procede –arts. 383 y 746.5º de la LECrim.- es la suspensión del juicio hasta que el acusado se encuentre en condiciones de asistir y ejercer su derecho de defensa*”.

En el denominado **Procedimiento Abreviado** encontramos el artículo 782, dentro del Capítulo IV (“*De la preparación del Juicio Oral*”) del Título II referido a este tipo procedimental.

La regla que acerca está directamente vinculada con la aplicación de las medidas de seguridad en los supuestos en los que proceda. Parte de la aplicabilidad de las causas de sobreseimiento de los artículos 641 y 637 de la misma Ley, y, por lo tanto, del mencionado punto tercero del artículo 637. Ahora bien ya advierte que en los supuestos que menciona (1, 2, 3, 5 y 6 del artículo 20 Código Penal) el juicio debe continuar con una determinada finalidad: “*la imposición de medidas de seguridad y el enjuiciamiento de la acción civil*”, si bien solo “*en los supuestos previstos en el Código Penal*”.

De la regulación de ese artículo 782 advertimos que: a) no regula los supuestos de incapacidad sobrevenida, en los que parece sería aplicable el artículo 383; b) en los de incapacidad relacionada con causa de inimputabilidad prevé expresamente la continuación hasta juicio para la finalidad indicada.

En resumen, si atendemos sólo al texto de la LECrim encontramos que en caso de que las circunstancias aparezcan con posterioridad al hecho resultaría aplicable el artículo 383, es decir: archivo del procedimiento y aplicación de las medidas de seguridad previstas para supuestos de inimputabilidad. En caso de que concurran con los hechos (y, añadimos, que determinen la valoración de imputabilidad) procedería, en el caso del Sumario continuar salvo indudable ausencia de responsabilidad penal, y, en el caso del Abreviado, continuar hasta juicio para decidir la aplicabilidad de medidas de seguridad y dirimir el ejercicio de acciones civiles.

Como observamos anteriormente, la regulación legal que contempla la Ley de Enjuiciamiento Criminal parte de diferenciar el supuesto de que la situación concurriera en el momento en el que se afirma se produjeron los hechos de los que es acusada la persona de los supuestos en los que aparece posteriormente.

El artículo 383 presenta dos problemas básicos, uno por defecto y otro por exceso. Por defecto por considerar sólo la situación de quien en el momento de los hechos había sido capaz (letra b de los supuestos referidos anteriormente), con el que parece indicar que si ya concurría la situación (o mejor *también* concurría) en el momento de producirse los hechos debe celebrarse juicio. Por exceso por prever la imposición de medidas de seguridad contempladas en el Código Penal a una persona no declarada culpable por tribunal penal alguno, ya que la causa quedó archivada, es decir por contemplar medidas predelictuales de dudosa constitucionalidad.

Pero, en el caso de concurrencia en el momento de los hechos, encontramos que las previsiones legales (647 y 782 LECrim) contemplan la celebración de juicio contra una persona que puede ser incapaz de comprender el mismo, lo que introduce igualmente dudas de constitucionalidad sobre la posibilidad real y efectiva de ejercitar los derechos de defensa y demás vinculados a un proceso justo.

TRIBUNAL SUPREMO.

Como vamos a comprobar en las sucesivas respuestas que ha dado el Tribunal Supremo al problema que nos ocupa, estas han variado y aun no podemos encontrar una respuesta unívoca.

Ante una situación en la que la persona acusada padece una situación que le impide comprender el desarrollo del proceso, el Tribunal Supremo se cuestiona si es posible la celebración de juicio y, caso de no serlo, si procede la aplicación de

medidas de seguridad.

Podemos mencionar antiguamente en la Sentencia de la Sala Segunda de 18 de mayo de 1927 un supuesto en el que el Tribunal Supremo acordó la anulación de un juicio por haberse celebrado con persona absolutamente incapaz de comprender el desarrollo del mismo, si bien, en aquel caso, acordó la aplicación de internamiento del acusado (*Mencionada en Grima Lizandra*). Es de destacar de esa sentencia la sensibilidad con que afronta las exigencias del derecho de defensa: *“el espíritu de la ley es conceder a las personas que como responsables presuntos aparezcan en el proceso la máxima garantía de defensa, para que, bien directamente o por medio de sus Letrados, con los que tienen que estar en inmediata comunicación, puedan en cada momento del juicio contrarrestar los elementos de acusación que contra ellos se formulen y presentar los descargos que estimen justificativos de su pretendida inocencia, no llegando, por lo tanto, a satisfacer el anhelo del legislador la material presencia en los banquillos de las Salas de Justicia de los reos aquejados de incapacidad mental que les impida darse cuenta de lo que allí pasa.”*

Más recientemente son cinco las resoluciones de mayor interés.

Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1993 (Relator.- José Antonio Martín Pallín).

En el caso se trataba de la influencia de enfermedad con posterioridad a los hechos (personalidad paranoica con delirio sistematizado en el momento de la vista, si bien los forenses en la fecha de juicio afirmaron que no se encontraba en *“estado de demencia”* (sic)). La sentencia contó con un voto particular.

La opinión mayoritaria afirma, primero, que no procede celebrar juicio en esas circunstancias. Argumenta que los principios básicos sobre centralidad del derecho de defensa, y la diferencia del mismo con el derecho de asistencia letrada, hacen que un juicio en esas circunstancias viole la igualdad de armas provocando efectiva indefensión, dando especial importancia a la participación directa de la persona acusada en el juicio. La sentencia sin embargo, sin mayor explicación en su fundamentación, concluía en el Fallo anulando la sentencia y las actuaciones hasta el inicio de la vista, y ordenando que se **acordaran las medidas del artículo 383 LECrim literalmente**, es decir: aplicación de medidas de seguridad sin celebración de juicio (en concreto: casa y anula la sentencia *“reponiendo las actuaciones hasta el momento de comenzar las sesiones del juicio oral y siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal respecto del procesado que cayese en estado de demencia después de cometido el delito”*).

Esa sentencia contó con un **voto particular** del magistrado Enrique Bacigalupo Zapater en el que defendía que procedía la celebración de juicio como presupuesto indispensable para la aplicación de medidas de seguridad. El voto particular entiende que la interpretación que hace la mayoría del artículo 383 LECrim sería inconstitucional al prever una medida penal (esa naturaleza

tenían las previstas en el artículo 8 CP vigente y tienen las actuales de los artículos 101 y ss.) contra persona no condenada en proceso justo. Afirma que el propio artículo 383 LECrim prescribe la aplicación de medidas a los que *“ejecutan el hecho en estado de demencia”*. Pero poder afirmar que una persona ejecutó un hecho requiere de la celebración de juicio, y la aplicación de medidas requiere acreditar dos circunstancias: *“que el acusado es el autor de una acción típica y antijurídica y que presenta la peligrosidad que justifica la medida”*. Entiende ese voto particular que el artículo 383 LECrim exige la adopción de medidas durante la instrucción pero sólo será constitucional si, después de ellas, es **remitida la causa para celebración de juicio en el que se condene o absuelva al procesado**.

Sentencia del Tribunal Supremo 1513/97, de 4 de diciembre (Relator.- Eduardo Moner Muñoz).

En el supuesto se acusaba de haber cometido el hecho en estado de enajenación mental, siguiendo el acusado en esa situación. La Audiencia Provincial, ante la imposibilidad física del acusado de acudir a las sesiones de juicio oral, acordó el archivo de las actuaciones y el alzamiento de todas las medidas acordadas contra él, remitiendo a las vías civiles de protección. El Ministerio Fiscal recurrió el auto. La Audiencia había afirmado que el Ministerio Fiscal no había presentado acusación, lo que no era cierto en cuanto sí se había presentado escrito de acusación pero previniendo la aplicación de eximente de alteración mental y solicitando la absolución y aplicación de medida de seguridad.

El Tribunal Supremo sólo analiza el supuesto de comisión del hecho en estado de enajenación mental. Aprecia el Tribunal contradicción entre el artículo 637.3º LECrim (que prevé el sobreseimiento de la causa) y las anteriores redacciones del art. 8 CP (que prevé la imposición de medidas penales previo juicio), advirtiendo que el art. 20.1º y 101 CP en la actual regulación tienen similar regulación.

Entiende que debe celebrarse juicio y aplicar las medidas tras sentencia, salvo excepcionalmente (*“casos de insólita excepción”* afirma) que no sea posible: *“implica que el juicio oral debe efectuarse; sólo en el supuesto de que el estado del acusado no lo permitiera, no se celebraría el juicio oral y se adoptarían las medidas de internamiento solicitadas”*. De hecho, en el caso, concluye anulando el auto y ordenando a la Audiencia que decida si es posible la celebración de juicio o, de no serlo, adopte medidas de seguridad sin llegar a celebrar juicio. No aclara en que supuestos entiende que no se podría celebrar el juicio.

Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 2004 (STS 971/2004) (Relator.- José Manuel Maza Martín (*Sentencia comentada por Javier Hernández García en el nº 76 RPJ referida en la bibliografía.*))

En el supuesto el condenado en instancia (en este caso por la Audiencia Nacional) padecía esquizofrenia paranoide con alucinaciones e ideas delirantes tanto en el momento de cometer los hechos como a lo largo del juicio, habiendo sido con anterioridad al juicio declarado judicialmente incapaz en proceso civil. En la instrucción se acordó el internamiento del acusado sin



tomarle declaración en ningún momento.

La defensa en el recurso de casación alega, en lo que aquí interesa, que habían sido vulnerados los derechos de defensa, a un proceso con todas las garantías, a ser oído (de hecho no lo había sido durante la instrucción) y a conocer de la acusación.

La sentencia rechazó el recurso refiriendo expresamente su apoyo al voto particular de la mencionada de 1993. Analiza primero la irregularidad de no haberle tomado declaración al procesado en la instrucción rechazando que sea motivo de casación por no haber causado indefensión. Ya entra en la alegación sobre la propia posibilidad de celebración de juicio con quien no tendría capacidad para participar en el mismo. El recurrente reclamaba la aplicación del artículo 383 LECrim.

Reconociendo la existencia de una situación compleja y precisada de ponderación, la sentencia afirma que **el artículo 383 LECrim no se puede aplicar en ningún caso** pues la imposición de medida de seguridad requiere necesariamente sentencia (artículo 3.1 CP) que declare probados los requisitos para esas medidas y los tiempos de las mismas (art. 95 y 101 CP). Recordando igualmente la derogación por la Disposición Derogatoria del Código de 1995 de la *Ley 16/1970, de 4 de Agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación social*, y con ella de la posibilidad de aplicación de medidas predelictuales.

A ese argumento añade uno referido a la mejor protección de la persona que padece la incapacidad, pues indica que es más tutelador de sus intereses el proceso penal y afirma expresamente: *“siempre habrá de considerarse como más respetuoso con los derechos del inimputable, la aplicación de la medida, que se hace imprescindible por razones obvias”* tras la celebración de juicio penal, reiterando ya que el carácter ineludible de la aplicación de la medida responde de la dos intereses: el terapéutico y la defensa de la sociedad: *“tanto desde el interés terapéutico del enfermo como desde el de protección de los miembros de la sociedad ante quien con su conducta delictiva ha demostrado ya el potencial de peligrosidad que representa”*.

Finalmente en el caso concreto afirma que no existía ese problema pues entiende acreditado que el acusado estaba en disposición de celebrar el juicio, según los informes forenses que constaban en la causa.

En el mismo caso que examinaba esa sentencia, y durante la

instrucción, la representación del finalmente condenado recurrió en amparo las decisiones del instructor de proceder a su internamiento y a su procesamiento. Ese recurso dio lugar a Sentencia **del Tribunal Constitucional 191/2004** de 2 de noviembre. Se alegó que se había producido indefensión al no tener oído al procesado sobre lo que se decidía el internamiento antes de decidir tanto aquel internamiento como este procesamiento. El Tribunal Constitucional rechazó el amparo afirmando que la no audiencia constituía una irregularidad pero nada habría aportado haber escuchado directamente al procesado dada su situación. Igual considera improcedente el archivo por el instructor, afirmando que no procedía el sobreseimiento en tanto no había concluido el sumario, entendiendo que ese archivo con fundamento en el artículo 637.3 LECrim sería posteriormente inevitable (Sobre esta Sentencia manifiesta Javier Hernández García (2004): “El Tribunal Constitucional (STC 191/2004), de forma incidental, también ha terciado en el procedimiento cuya sentencia fue objeto de recurso de casación. Con motivo de un recurso de amparo promovido contra las decisiones instructoras por las que se ordenaba, y se confirmaba por la Sala de la Audiencia Nacional, el internamiento del Sr. C.G. en un centro penitenciario psiquiátrico en régimen cerrado, y ante la alegación de que las mismas habían vulnerado el derecho de defensa por haber omitido toda participación del inculpado en el proceso, el Tribunal de Garantías, con una llamativa y sorprendente ligereza conceptual y argumental, descarta la existencia del gravamen.

Para ello, parte de dos razones, la primera, también de orden pragmático, en cuanto el recurrente carecía de condiciones mentales para prestar declaración en el proceso y, por tanto, para materializar su derecho a ser oído. La segunda, de orden normativo, en cuanto la no audiencia del inculpado carece de consecuencias materiales de indefensión, pues el proceso, atendidas las circunstancias personales del inculpado, debía ir abocado a la crisis anticipada, sin necesidad, por tanto, de sometimiento al acto del juicio oral.)

Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2006 (Relator Juan Ramón Berdugo Gómez de Iana Torre (*Sentencia comentada por Javier Hernández García en el nº 86 RPJ mencionado en la jurisprudencia.*)).

En este caso se declaró probado en instancia que, pese a padecer esquizofrenia paranoide, el acusado cometió los

hechos sin afección por esa enfermedad. Al mismo tiempo, constaba en la causa que el mismo había seguido padeciendo esa enfermedad siendo declarado incapaz por sentencia posterior a los hechos y anterior al juicio oral. Los médicos forenses en la fecha de juicio manifestaron “*la absoluta incapacidad del acusado para la celebración de juicio*”.

El Tribunal Supremo comienza por estimar el recurso incluyendo en la declaración de hechos esa incapacidad en el momento del juicio.

Partiendo de esa situación afirma que no estamos ante el mismo supuesto que la recién mencionada sentencia de 23 de julio de 2004 pues en esta última, como vimos, el acusado en el momento del juicio sí tenía esa capacidad (*Olvida que en esa sentencia las afirmaciones no se refieren al caso concreto, sino por el contrario se hacen con carácter general, y que los argumentos que afirma ahora son radicalmente contrarios a los defendidos en la de 2004.*).

Rechazando, sin decirlo, la decisión de 2004, ahora afirma que la tesis correcta es la mayoritaria de la sentencia de 1993 ya analizada, no procede celebrar juicio.

Concretamente, tras analizar anteriores resoluciones, finalmente, en el fundamento quinto analiza el supuesto. Parte de una premisa: “*el fundamento del derecho de defensa no es otro, sino el del propio principio de contradicción, el cual resulta ser consustancial a la idea del proceso*”, afirmando que es deber esencial de los tribunales evitar toda indefensión. Ya explica, con citas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como la asistencia letrada no sustituye al derecho de autodefensa. Afirmando concretamente: “*Con arreglo a este entendimiento o interpretación del art. 24.2 CE. relación con el art. 6.3 c) CEDH, el derecho a defenderse por sí mismo no se agota, aún comprendiéndolo en determinados supuestos, en su dimensión de derecho alternativo al derecho a la asistencia técnica, sino que posee siempre un contenido propio, relativamente autónomo, en cuanto expresión del carácter, en cierto modo, dual de la defensa penal, integrada normalmente por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su abogado defensor, con independencia del desigual protagonismo de ambos.*”, centrándose concretamente en el derecho a la última palabra.

Concluye, por lo tanto, que mientras permanezca esa situación lo que procede es el archivo de la causa y el control por el tribunal de la evolución, reanudando el juicio sólo si varían esas circunstancias y, en caso contrario, abandonando toda actuación penal y dejando actuar a las medidas civiles que, en este caso, ya habían sido acordadas en el proceso de esa jurisdicción de incapacidad. No aclara la sentencia qué medidas y durante qué tiempo deberá adoptar el tribunal penal pero parece que deberían ser automáticas al disponer, en el caso concreto, de informes bastantes para esa decisión.

Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de noviembre de 2010 (Relator.- Andrés Martínez Arrieta).

En el caso concreto en el momento de los hechos no existía

afección de capacidades pero esta se alegaba cómo aparecida posteriormente. La defensa había solicitado de la Audiencia Provincial la aplicación del artículo 383 LECrim con archivo de la causa. La Audiencia rechazó la petición afirmando que la petición fue extemporánea y que, de ser cierta la base alegada sobre incapacidad, procedería la aplicación del artículo pero en el caso no se daba ese requisito pues el acusado sí tenía capacidad.

El Tribunal Supremo afirma en la sentencia que discrepa de la Audiencia en la consideración de que la petición había sido extemporánea (pues el 383 no determina plazo) pero confirma que no se daba el presupuesto de hecho y sí concurría capacidad bastante para la celebración del juicio, como había certificado categóricamente el informe forense. Pese a que esa afirmación ya haría innecesaria la continuación del argumento, la sentencia afirma que no comparte la aplicabilidad del artículo 383 que había afirmado la Audiencia Provincial.

El Tribunal Supremo constata el dilema de la confluencia de dos afirmaciones:

1. No cabe la aplicación de medidas de seguridad sin sentencia tras juicio (nuevamente remitiendo a los artículos 1.2, 3.1, 21.1 y 101 CP), reproduciendo la STS del año 2004 mencionada; y

2.- No cabe juicio contra quien no puede comprender el mismo por afectar tanto al derecho de defensa cómo a las garantías de un juicio justo: “*acordar la celebración del juicio contra quien no es capaz de entender lo que en él ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejercicio del derecho de defensa (art. 24 de la CE) y el derecho a un proceso justo*”, reproduciendo el argumento de la de 2006 también analizada antes y aunque no la menciona expresamente.

Entiende el Tribunal que procede armonizar esas dos exigencias pero, pese a proclamar en dos ocasiones esa necesidad, no extrae consecuencia alguna ni en el caso ni con carácter general.

Resumen posiciones

Si observamos las anteriores sentencias encontramos que el Tribunal Supremo ha defendido hasta el momento dos respuestas que parten de premisas distintas y llegan a soluciones contradictorias. Esquemáticamente expuestas serían:

No es posible celebrar juicio contra persona que no tenga capacidad procesal, procediendo al archivo del proceso.

Esta afirmación fue sostenida por la opinión mayoritaria en la sentencia de 1993 mencionada y reiterada, con mayor detalle en los argumentos, en la de 2006. Del mismo modo se manifestó la sentencia de 1997 si bien resaltando lo excepcional que debía ser la situación para llegar a la



conclusión de la imposibilidad de celebración.

Dentro de esta posición, sin embargo, se dieron por el alto Tribunal dos respuestas diferentes una vez acordado el sobreseimiento. En el año 1993 se optó por la aplicación literal del artículo 383 LECrim, es decir, aplicación de medidas de seguridad al procesado. En el año 2006 se advirtió que no procedía aplicar medidas de seguridad sin sentencia, por lo que, constatada la imposibilidad, remitió a la vía civil para la adopción de medidas.

No es posible aplicar medidas de seguridad sin sentencia, por lo que es precisa la celebración de juicio.

Así se manifestó el Voto Particular del año 1993 mencionado y es recogido de nuevo por la sentencia de 2004, partiendo de una afirmación complementaria: es precisa la aplicación de medidas de seguridad tanto para una mejor defensa de la sociedad ante quien demostró ser peligroso cómo para la mejor protección de la propia persona y de sus derechos.

La sentencia del año 2010 viene a contrastar esas dos afirmaciones, reconociendo la necesidad de armonizar el respeto por las cuestiones que ambas presentan pero sin extraer conclusión alguna de ellas.

¿PUEDE SOMETERSE A JUICIO A QUIEN CARECE DE CAPACIDAD PROCESAL?.

La situación de la persona incapaz en el proceso penal es desde luego una situación problemática que por el momento no encuentra respuesta satisfactoria en la regulación legal.

Si extraemos de lo hasta ahora afirmado las argumentaciones fundamentales de las diversas posiciones podemos afirmar que la posición que defiende el origen de celebrar juicio pese

a concurrencia de causa de incapacidad argumenta con dos fundamentos: a) la imposibilidad de aplicar medida de seguridad alguna sin previa celebración de juicio en el que se acredite la autoría y procedencia de las medidas, y b) la necesidad de adopción de las medidas de seguridad.

Nada podemos objetar en lo referido a la primera afirmación. **Las medidas de seguridad como medidas penales exigen para su aplicación la previa celebración de juicio** que concluya con sentencia en la que se determinen los hechos, la autoría de los mismos, y la concurrencia de los requisitos para aplicación de la medida correspondiente. Los artículos ya mencionados del Código Penal (1.2, 3.2, 95 y 101 CP) no dejan duda sobre este extremo. Además de la exigencia legal, sería más perjudicial para la persona ser sometida a esas medidas sin juicio en el que se haya determinado si efectivamente participó en los hechos, es responsable y procede la aplicación de las medidas previstas.

Afirmado que es necesaria sentencia (y por lo tanto celebración de juicio) para aplicar las medidas penales de seguridad, se afirma que la aplicación de esas medidas también es necesaria. Sin embargo, discrepamos de tal afirmación: **las medidas penales de seguridad no son de necesaria aplicación.**

En primer lugar, el problema se debe situar en el momento de apertura de juicio oral, por lo que, **en ese momento, no se puede partir de que resultará necesario adoptar medidas pues el procesado (o imputado) debe ser considerado a todos los efectos no autor de los hechos.** Por lo tanto, no podemos compartir que se dé una solución a ese momento partiendo de que las medidas resultarán necesarias por haberse puesto de manifiesto la peligrosidad al haber cometido un hecho delictivo, pues precisamente lo que hay que decidir es si procede la apertura de juicio para poder llegar, eventualmente, a esa conclusión (*En el mismo sentido Grima Lizandra analizando la sentencia de 2004: "Este razonamiento incurre en un grave error de partida, en una suerte de petición*

de principio. Da por sentado que la aplicación de la medida de seguridad “se hace imprescindible” o “se muestra ineludible”. Pero ese es precisamente el objeto del juicio, la cuestión del debate procesal: determinar si el acusado ha sido autor del hecho, si ese hecho es típicamente antijurídico, y si el acusado autor “necesita” (por su peligrosidad) la imposición de una medida de seguridad.”).

En segundo lugar, se argumenta que la situación puesta de manifiesto determina que sean precisas medidas tanto para tutelar a la persona afectada como para defender el interés social de control de quien ha cometido los hechos. Fuera de que tal afirmación implica ya considerar a la persona autora de los hechos, discutimos esta segunda consideración.

Existen medidas de carácter civil para la tutela de esa persona e, incluso, para acordar su internamiento. Medidas que se adoptan en un proceso respetuoso de sus derechos. La Ley de Enjuiciamiento civil en el artículo 763 regula ese proceso teniendo por fundamento la tutela de esa persona sin olvidar el posible peligro que podía representar para los demás. Sin necesidad de declarar a la persona autora de hechos delictivos, estamos ante un proceso judicial, con presencia de Ministerio Fiscal y garantías procesales propias, permitiendo a la persona afectada contar con asistencia letrada (art. 763.3 LAC). Existiendo esa posibilidad, no compartimos que para su mayor protección debamos someter a una persona a un proceso penal en el que no puede realmente participar.

El interés social en actuar ante quien pueda resultar peligroso puede ser legítimo, sin embargo, en la ponderación de la posible reacción del Estado, **no justifica el sacrificio de los derechos fundamentales vinculados al proceso**. Primero porque sólo tras un proceso con todas las garantías (con singular importancia del derecho de defensa) podrá afirmarse que el interés social reclama alguna actuación. Y esos derechos fundamentales son justo los que dan legitimidad a la respuesta del proceso penal. Segundo, remitiendo a lo antes afirmado, el Estado cuenta con otras medidas (como el internamiento involuntario previsto en el artículo 763 LAC) que le permiten obtener un resultado semejante sin tener que afirmar la comisión de hechos delictivos en un proceso penal que se debe reconocer, cuando menos, de dudosa legitimidad por la posición ocupada por la persona acusada.

La pregunta, por lo tanto, entendemos que queda ceñida a si la protección de esos intereses justifica la limitación de derechos fundamentales de la persona sometida al proceso. Para responder debemos cuestionarnos qué derechos y en qué medida son restringidos en estas situaciones.

Desde esta perspectiva, el problema es idéntico tanto en caso de que las circunstancias aparezcan en el momento en que se afirma ejecutó los hechos, como en caso de que aparezcan posteriormente. El problema así observado es si la persona puede ser sometida a proceso penal, y, en ese análisis, resulta indiferente si era o no imputable. Recuerda Grima Lizandra (2010) la resolución en el caso del Derecho Italiano: “Así lo entendió la Corte Constitucional Italiana en su Sentencia 340/92, de 17 de junio al interpretar los artículos 70 y 71 del Código de

Procedimiento Penal, que imponían la suspensión del proceso cuando el imputado no estuviera en disposición de participar conscientemente en el mismo por enfermedad mental “sobrevvenida al hecho”. Declaró inconstitucional ese inciso que hemos entrecorrido porque se debe aplicar también a los casos en que esa enfermedad no es “sobrevvenida al hecho”.”

Incapacidad, proceso penal y derechos fundamentales.

Para dar respuesta al anterior debemos cuestionarnos si una persona afectada por una incapacidad como la que nos sirve de presupuesto ve afectados sus derechos fundamentales, en qué medida y si son posibles fórmulas que eviten la eventual lesión de los mismos.

Desde una concepción democrática del proceso penal, **la persona sometida al proceso**, en cualquiera de sus fases, debe ser considerada un actor del mismo, **un sujeto activo** que ostenta el derecho de defensa en su sentido más pleno. Esta consideración de la persona acusada en cualquiera de las fases del proceso como sujeto de derechos, tiene por consecuencia obligada el reconocimiento del derecho de defensa en sentido amplio, que ha sido resumido tradicionalmente como derecho de alegar, proponer prueba y participar en la práctica de la admitida.

Una vez más es preciso recordar que esa exigencia pivota sobre una concepción del ser humano como ser digno en sí mismo, que no puede ser instrumentalizado tampoco en defensa de otros intereses, como son los propios del *ius puniendi* del Estado. E igualmente, que la conformación del proceso penal como un proceso contradictorio (que exige de dos partes activas) es **una exigencia también epistemológica**, pues sólo en ese contraste de pretensiones podemos augurar un mínimo de calidad del material fáctico producto del proceso penal. De tal manera que la doctrina ha advertido que la posibilidad de contradicción es una exigencia del propio concepto de proceso, sin la que podremos hablar de aplicación de penas pero no de proceso penal.

La Constitución española en el artículo 24, tras proscribir cualquier tipo de indefensión, consagra un conjunto de derechos directamente vinculados con esa idea: “*Asimismo, todos tienen derecho al Juez común predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*”. Con tal fórmula refiere el que es contenido habitual de los tratados internacionales, siendo posible destacar el contenido del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece: “*Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:*

a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él;

a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;

a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para remunerarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan;

a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia e interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos de cargo;

a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.”

Destacamos los anteriores preceptos porque en ellos queda definida claramente una posición activa de la persona sometida a proceso penal que no se ciñe ni a estar presente ni a que los demás sujetos respeten unas normas, sino que presuponen que ella misma es titular de derechos y ejerciente principal de los mismos.

Así, el derecho de defensa que menciona en primer lugar el precepto constitucional suponen la posibilidad **de ser oído**, no como una declaración que constituya medio de prueba a disposición del tribunal o de las partes, sino fundamentalmente **como un medio de defensa** (Afirma Grima Lizandra: “Una de esas vías es la de las declaraciones ante el Juez (en la instrucción y en el juicio). En la STC 197/95 (FJ 6º) se reconoció que la declaración del imputado “es y ha de ser asumida esencialmente como una manifestación o un medio idóneo de defensa”. A su través puede el imputado formular alegaciones de descargo y rebatir los elementos de cargo. En la STC 149/97 se dijo que la toma de declaración al imputado por parte del Instructor (y, por extensión, del Tribunal enjuiciador) se exige “con el objeto de indagar, no sólo dicha participación, sino también permitir que el imputado sea oído por la autoridad judicial y pueda exculparse de los cargos contra él existentes.”).

Para que ese derecho pueda existir, la persona debe tener la capacidad **de comprensión básica de los hechos de los que es acusada, del sentido de los actos procesales en los que participa y de las posibles consecuencias de los mismos**. Igualmente, tiene que tener capacidad para **decidir autónomamente el sentido de su declaración**, en relación con el ejercicio de su defensa, comenzando por decidir si declara o no, no llegando con verificar que puede entender aparentemente el contenido de las preguntas y elaborar un discurso aparente. Así, el Convenio refiere como derecho el de tener tiempo para preparar la propia defensa, derecho, como veremos, diferente al de asistencia letrada, y que tiene por antecedente que tenga capacidad de comprensión de la trascendencia de esa actuación defensiva. Como resume con

acuerdo Hernández García (2004): “el inculpado afecto de una grave enfermedad psíquica que le impide construir un discurso argumental lógico y coherente, carece de una verdadera capacidad de autodefensa por lo que su derecho a ser oído caería, en la práctica de todo contenido efectivo”.

También, en realidad como condición del resto, el ejercicio del derecho de defensa requiere **conocer la acusación que se dirige contra esa persona**. Expresamente lo recoge el artículo 24 CE como la letra a del art. 6 del Convenio, que requiere que esa información se produzca “en una lengua que comprenda y detalladamente”. Una persona sin capacidad de comprensión de los hechos y de “la naturaleza y de la causa de la acusación” (lo que va más allá que un relato fáctico), no se puede afirmar que vea salvaguardado ese derecho. La letra y) del mismo artículo 6 del Convenio refuerza la idea de que la presencia de la persona acusada, incluso, según veremos, asistida técnicamente, no obvia la necesidad de que conozca en todo momento el contenido de los actos procesales para lo cual se prevé el nombramiento de intérprete. Como recuerda Grima Lizandra (2010), así lo ha manifestado el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Caso Pelissier y Sassi y la Sentencia del Tribunal Constitucional 19/2000*, de 31 de enero (FJ 4) con cita de otras anteriores: no se puede ejercer una defensa eficaz si no se sabe (o no se puede entender) de qué hay que defenderse.

Pero no sólo existe el derecho a ser oído (en las diversas declaraciones o en el ejercicio del derecho a la última palabra) y recibir información, sino también a que el proceso sea contradictorio y con respeto al derecho de defensa. Tal derecho tiene espacios propios tanto en la instrucción como en el propio juicio oral e implica la posibilidad de procurar **fuentes de prueba, proponer medios de prueba y participar en su práctica**. Hasta el punto de que el Convenio habla de defenderse por sí mismo y también de interrogar a los testigos. Así en la ya mencionada sentencia del Tribunal Constitucional 19/2000 recordaba la importancia de la presencia del acusado en juicio: “En el proceso penal, el derecho del acusado a estar presente en la vista oral no es únicamente una exigencia del principio de contradicción, sino el instrumento que hace posible el ejercicio del derecho de autodefensa para contestar a las imputaciones de hechos que, referidas a su propia conducta, conforman la pretensión acusatoria. Sólo mediante la presencia física en el acto del juicio puede prestarse o negarse la conformidad a la acusación, puede convertirse la declaración del acusado en un acto de defensa, puede interrogarse a los testigos y ser examinado por éstos, puede coordinarse la defensa que se ejerce a través de la asistencia técnica del Letrado, y, en fin, puede ejercerse el derecho a la última palabra que, en nuestro Ordenamiento, hemos reconocido como una manifestación del derecho de autodefensa (STC 181/1994, de 20 de junio).” (Es cierto que pese a esas consideraciones es posible en determinadas circunstancias el juicio en ausencia



de la persona acusada lo que ha llevado a afirmar que el caso que analizamos (persona incapaz) sería equiparable a esos supuestos. Sin embargo, entendemos que no se puede equiparar la respuesta a una decisión consciente de ausencia por parte de quién es acusado (pues los requisitos pretenden asegurar que esa es el origen de la ausencia), con ella imposibilidad ajena a la voluntad de la persona de comprender el propio proceso).

María Poza Cisneros recuerda que la exigencia de presencia de la persona acusada debe relacionarse no sólo con la presencia física, sino con la posibilidad real de ejercer derechos: “Y, es obvio, la presencia relevante es aquélla que, al margen de la comparecencia física, implica una “presencia moral” del sujeto con capacidad física y mental suficiente para que su presencia física tenga algún significado, pues, como señala el mismo TEDDHH, no se trata sólo de estar presente, sino de tomar conocimiento de lo actuado y de participar en el proceso (Sent. de 14.10.08, caso Timergaliyev v. Rusia), participación que, para ser eficaz, presupone que el acusado tiene plena comprensión de la naturaleza del proceso y de lo que está en juego, incluyendo la comprensión de la pena que puede imponérsele.”.

En resumen el derecho de defensa supone que la persona adopta una serie de decisiones racionales, valorando las opciones para su defensa y atendiendo a los consejos técnicos del letrado. Presupone como requisito una mínima capacidad intelectual para comprender las decisiones que debe adoptar y la trascendencia de las mismas (Novamente Grima Lizandra indica: “En este sentido si dice (Freedman) que la capacidad de autodefensa exige unas siguientes facultades: (i) tomar conciencia de un problema y de su alcance y situarlo en su contexto; (ii) evaluar el problema y la relación entre sus distintas facetas; (iii) determinar los medios para resolver el problema el parte de el; (iv) elegir entre diferentes opciones; (v) valorar las consecuencias, positivas y negativas, de las distintas opciones; (vi) poner en marcha el proceso elegido hacia una solución de el problema; (vii) evaluar y reconsiderar las medidas elegidas y sus resultados, así como intentar resolver los nuevos problemas surgidos; (viii) modificar las medidas previstas inicialmente, tras valorar sus resultados y nuevas informaciones; (ix) comparar los resultados conseguidos y el objetivo fijado; (x) almacenar la información obtenida en el proceso de manera que puede ser utilizada y valorada si

surgieran nuevos problemas, lo se conocieran nuevos datos el sí había cambiado el contexto.”).

Nuestra misma Ley de Enjuiciamiento Criminal regula diversos supuestos en los que se contempla la participación directa de la persona encausada. Así, podemos recoger las siguientes menciones de la STS de 14 de junio de 2006: “Así, por ejemplo, en la fase instructora, la asistencia personal a las diligencias de investigación, art. 333 con posibilidad de formular observaciones en la diligencia de inspección ocular y asistir al reconocimiento por peritos de los lugares, armas, instrumentos y efectos a que los arts. 334 y 335 se refieren, art. 336, en los casos de prueba preconstituida, art. 448, a declarar cuantas veces quiera y cuando estime pertinente para su defensa a lo largo del sumario, arts. 396 y 400; a su presencia al acto del informe pericial, art. 476, registro de un domicilio, art. 569.1, de papeles y efectos, art. 576, y apertura y registro de la correspondencia postal, art. 584. Por su parte, en la fase del juicio oral, el acusado puede plantear su conformidad a la pena solicitada por la acusación, arts. 655 y 688, así como ejercitar su derecho a la última palabra, art. 739.”. Especial importancia tiene el ejercicio del **derecho a la última palabra**, justo como manifestación de un espacio de autodefensa que no se puede equiparar ni a la declaración como contestación a un interrogatorio ni a las alegaciones del asistente técnico. De manera detallada analiza María Poza Cisneros la importancia de este derecho partiendo de la que tienen en general esos espacios de autodefensa: “La doctrina del TC y la Jurisprudencia del TS otorgan una importancia creciente (STS 225/2009, de 2.3, Pte. Varela Castro) a la garantía de las escasas manifestaciones de la autodefensa, en nuestro sistema procesal penal (vid. las enumeradas en STS 14.6.06), destacando, entre ellas, la importancia del derecho a la última palabra.”.

Asistencia técnica y autodefensa.

Llegados a este punto, puede alegarse que llegaría con proveer a la persona acusada de defensa técnica mediante letrado para salvaguarda de sus derechos.

No podemos aceptar esa posibilidad. En primer lugar, como ya

dijimos, existen una serie de derechos **que se prevé sean ejercitados directamente por la propia persona acusada**. Ella, y no su letrado, es la que debe recibir la información sobre la acusación, así como ella es la titular de los derechos de participación activa a los que hicimos referencia. El letrado tiene por función asesorar en esa defensa, no decidir autónomamente la misma. En primer lugar por ser la persona a titular de los derechos, pero también por una cuestión de eficacia, pues es esa persona a que puede conocer las fuentes de prueba para la preparación de su defensa.

El artículo 24 CE diferencia ambos derechos, mencionando de manera separada y sucesiva los derechos de defensa y de asistencia letrada, como también se puede deducir de los artículos 14.3.d) del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos de Nueva York y 6.3.c del Convenio de Roma.

El **Tribunal Constitucional** ya ha advertido que la previsión de la defensa técnica no es contraria al espacio autónomo del derecho de autodefensa, sin que aquella defensa técnica pueda servir para negar la titularidad del derecho de defensa en la propia persona acusada. Podemos mencionar la STC 91/2000, de 30 de marzo, cuando afirma, en el fundamento 13: *“Se pone así de manifiesto que el que ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado: el Letrado se limita a <<asistirle>> técnicamente en el ejercicio de su derecho, habiéndose reiterado, tanto por nuestra jurisprudencia (vid. las SSTC antes mencionadas) como por la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que la opción por la asistencia jurídica gratuita o por la de un Letrado de elección, no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa. // Merecen destacarse, en tal sentido, las SSTEDH de 16 de diciembre de 1999 (casos T. y V. contra Reino Unido). En dichas resoluciones el Tribunal Europeo reafirma de modo inequívoco que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus Abogados, interrogar a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes”*. La autodefensa, consistente también en dirigir la actuación técnica del letrado, no queda ni subsanada ni suplida por la concurrencia de un letrado. De hecho, el artículo 6.3.c del Convenio de Roma contempla como un derecho de la persona acusada tener tiempo para preparar, ella y no otra persona, su defensa. Igualmente la defensa técnica presupone la posibilidad de que quién es asesorado por el letrado coopere con este. Así recuerda Grima Lizandra la jurisprudencia del TEDH: *“A estos efectos podemos invocar las SSTEDH de 16 de diciembre de 1999 en los “Casos de T. y de V. contra Reino Unido”: a pesar de que los dos menores juzgados podían entender y responder las preguntas, su inmadurez y el trastorno que padecían les impedía cooperar con sus abogados “fuera de la sala de audiencia y suministrarles información para su defensa” (Apartado 90). Por ello se declaró la vulneración de su derecho a la defensa en un juicio equitativo.”*.

Pero existe un argumento que entendemos que contradice la posibilidad de confundir la posible asistencia tuitiva de la persona incapaz (en sentido jurídico penal) con la asistencia técnica. Uno de los primeros contenidos del derecho de defensa

es el de designar letrado, y decidir si se requiere el nombramiento de uno del turno de oficio o se designa un letrado de confianza. Sólo en supuestos excepcionales, y aun así con cautelas, es permitida la imposición de un letrado de oficio.

¿Cómo puede el letrado proteger al presunto incapaz, si una de las primeras funciones de toda persona acusada sería elegir letrado y controlar la actuación del mismo? ¿Cómo puede el letrado ejercer como tal, si la persona no está en condiciones de consentir en un contrato de arrendamiento de servicios propio de la asistencia técnica?. Es decir, si el derecho de defensa se inicia con la elección de letrado, y no se tienen condiciones para tal elección, no se puede decir que la asistencia de letrado designado de oficio salva ese derecho que ya no se pudo ejercer.

Rechaza igualmente Hernández García (2004) esa suplencia por el letrado al afirmar: *“Cabría plantearse, no obstante, si la asistencia de letrado puede servir como mecanismo complementario del déficit de capacidad del imputado, que haga innecesario el llamamiento y, en su caso, designación de representante legal en el proceso. A nuestro entender, la respuesta debe ser negativa. En primer término, supondría transferir al letrado facultades de representación personal que desbordarían ampliamente sus obligaciones y facultades de asistencia técnica y representación procesal atribuidas por la Ley. En segundo lugar, la propia razón funcional que justifica la necesidad de protección del incapaz imputado en el proceso penal, obliga a descartar la atribución al letrado defensor de facultades de representación personal, pues uno de los objetivos que se pretenden garantizar, precisamente, con la presencia del representante del incapaz en el proceso, es el control sobre la efectividad de la asistencia técnica del letrado designado y el propio derecho a nombramiento de abogado de confianza”*, si bien, como veremos inmediatamente abogaba en ese caso por la llamada del representante legal del ya incapaz o designación de defensor judicial de no existir aquel.

Otras formas de complemento de la capacidad.

Aunque inicialmente afirmamos el carácter casuístico de las afecciones a la capacidad de la persona, a efectos del presente artículo hemos partido de la situación de hecho de una incapacidad absoluta que impida el ejercicio de los derechos que venimos enumerando. Ahora bien, no es menos cierto que las diversidades de casos concretos pueden determinar que la afección sea sólo parcial o aminore pero no elimine las facultades de la persona (Así Ortega Lorente reserva esta posibilidad para supuestos en los que la situación no determine la imposibilidad de celebración de juicio, y analiza la posibilidad de nombramiento de defensor advirtiendo de la necesidad de armonizar el ejercicio eficaz del derecho de defensa con el respeto de la persona acusada, que puede incluso, recuerda, sentirse agraviada con esa medida. Es interesante resaltar, como advierte este autor, que, en caso de persona ya declarada incapaz, la no comunicación al tutor de la existencia del proceso penal puede determinar la nulidad de lo actuado.).

En estos casos entendemos que cabría estudiar la posibilidad de acudir a remedios de complemento de capacidad en que, en lugar de substituir completamente la voluntad de la persona, esta fuera complementada por otra con figuras como el defensor judicial o el curador.

En un sentido parecido se pronunció el TEDH en la Sentencia de 30 de enero de 2001, *Caso Vaudelle contra Francia* en la que afirmó: ““El Tribunal no ve cómo y por qué un individuo declarado no apto para defender sus intereses civiles y que se beneficia de asistencia para ello, no dispone igualmente de asistencia para defenderse contra una acusación penal dirigida en su contra.

63. (...) en este caso, el demandante fue condenado al pago de daños y perjuicios. El procedimiento tuvo, pues, consecuencias en su patrimonio. (...), el Tribunal no percibe ningún motivo que justifique el hecho de que no se le concediera asistencia en el marco del procedimiento penal litigioso.

64. En opinión del Gobierno, esta responsabilidad corresponde principalmente al curador quien, informado de las diligencias contra el demandante, incumplió sus obligaciones. El Tribunal señala, sin embargo, que el curador no fue informado, cuando fue nombrado mediante Sentencia de 29 marzo 1995 y hasta el pronunciamiento de la Sentencia condenatoria de 19 octubre 1995, de la existencia del procedimiento penal entablado contra la persona mayor a quien debió asegurar la protección (...).

65. En definitiva, el Tribunal considera que, en un caso como el presente, sobre una acusación penal grave, la buena administración de la justicia habría exigido que las autoridades nacionales llevaran a cabo diligencias complementarias. De esta forma podían haber exigido que el demandante acudiera a la convocatoria para el examen psiquiátrico (apartado 14 supra) y que compareciera en la audiencia y, a falta de ello, asegurar su representación a través de su curador o su abogado. Esto hubiera permitido al demandante comprender el procedimiento en curso y estar informado con detalle de la naturaleza de la causa de la acusación formulada en su contra en el sentido del artículo 6.3 a) del Convenio, y al Tribunal correccional tomar su decisión con toda equidad. Sin embargo, no fue así.

66. En las circunstancias concretas del presente asunto, el Tribunal considera que hubo violación del artículo 6 del Convenio”.

De esta sentencia podemos destacar la afirmación de que no adoptar medida alguna viola los derechos reconocidos en la Convención a la persona, pero, al mismo tiempo que cabe llegar a celebrar el juicio adoptando esas medidas.

Esta posibilidad sólo la dejamos apuntada cómo opción sin poder profundizar en qué supuestos cabría acudir a unas medidas de complemento de la capacidad. Eso desde luego sin dejar de reconocer el carácter problemático de la misma pues la mayoría de los derechos indicados afectan directamente a la persona y sería precisa una regulación clara sobre los límites de esa intervención. Apuntar que esta opción es defendida con más detalle por Javier Hernández García (2004) al manifestar: “En

estos casos no se plantea, en puridad, un problema de titularidad, pues el imputado enfermo mental seguirá siendo plenamente titular de los derechos sino de extensión de la titularidad de tales derechos o, al menos, de algunos de ellos, a las personas que asuman o deban asumir la representación legal o la guarda de la persona sometida al proceso como imputada, que a los efectos civiles y penales contemplados en el artículo 26 CP debe ser reputada incapaz o presunto incapaz, al menos.”, engadindo posteriormente: “Apreciada o constatada la existencia de un supuesto de incapacidad, en los términos antes referidos del artículo 26 del CP, parece exigible, como instrumento al servicio de la efectividad de los derechos del incapaz/imputado, la suspensión de la comparecencia de imputación hasta que sea advertido y citado el representante legal, si lo tuviera, o, en su caso, el nombramiento de un defensor judicial que le represente de conformidad a lo previsto en el Código Civil o en la legislación autonómica aplicable. En efecto, sin perjuicio de que la titularidad de los derechos sigue ostentándola el imputado incapaz, lo cierto es que su efectivo ejercicio depende en gran medida de la comprensión real de su alcance y que algunos de los derechos transfieren facultades de opción que difícilmente pueden ser ejercidas por aquel que carece de capacidad para «gobernar su persona» —piénsese, por ejemplo, en el derecho a nombrar abogado de propia elección—. En sentido contrario se manifiesta sin embargo María Poza Cisneros al considerar que los actos propios del proceso penal tendrían la característica de actos personalísimos: “Es evidente que la solución habitual en otros ámbitos, esto es, las fórmulas de representación, no son, en principio, adecuadas, en cuanto la comparecencia y participación en el proceso penal del imputado, en sus distintas etapas, suele entenderse una actividad personalísima, similar a los actos relativos a los derechos de la personalidad, en los que se excluye la representación de los padres (art. 162 CC, STS Sala 1.ª, de 29.4.09, con cita de la STC 154/2002). Otros sistemas, sin embargo, admiten o imponen fórmulas mixtas de “asistencia/representación”.

CONCLUSIÓN.

El análisis del estatuto de la persona con problemas de capacidad procesal en el proceso penal debe deslindarse de los requisitos para la aplicación de medidas de seguridad, pues es un problema previo a la declaración de la procedencia de esas medidas y que tiene relación con la posibilidad misma de celebración de juicio.

La previsión de medidas de seguridad para supuestos en los que se cometan los hechos en situaciones que pueden, al mismo tiempo, determinar esa situación de incapacidad procesal, no es un argumento contrario a lo afirmado. Siguen existiendo supuestos en los que concurrirá un problema de capacidad procesal y no de imputabilidad, bien por aparecer con posterioridad a los hechos, bien por no tener relación los problemas de capacidad con los determinantes de los hechos. Siguen, igualmente, existiendo supuestos en los que procederá apreciar causas de inimputabilidad (y aplicar medidas de seguridad) en los que esas circunstancias no determinarán una situación de incapacidad.

Determinada la situación de incapacidad, lo que se ponen en tela de juicio es si es posible continuar el juicio para proclamar a esa persona autora de unos hechos. Someter a juicio a una persona en esas condiciones impide el desarrollo de un proceso respetuoso tanto de sus derechos fundamentales como, precisamente por eso, de un verdadero proceso con contradicción.

No compartimos que sea posible justificar la celebración de juicio en la necesidad de aplicar medidas de seguridad penales. No está acreditada la autoría, por lo que no se puede afirmar que las medidas sean ineludibles. Un proceso sin garantías no permitirá tampoco una declaración de hechos probados legitimada y de calidad en la forma de obtención de la propia declaración de hechos probados. La tutela de la persona no precisa de un proceso penal cuando existen remedios civiles para esa finalidad. El interés social en aplicar medidas de contención ni tiene cómo única respuesta el proceso penal ni justifica aceptar un proceso que limite de esta forma derechos fundamentales.

Acreditada la situación de incapacidad para seguir el proceso, entendemos que la única solución posible con respeto de los derechos fundamentales de la persona acusada y de los principios del proceso penal democrático es decidir el archivo de las actuaciones (*Ortega manifestara en el incluso sentido relacionando también la causa de suspensión prevista en el artículo 746.5 LECrim abogando por la suspensión del juicio una vez verificada esa circunstancia en el mismo.*), remitiendo la información precisa al Ministerio Fiscal para que actúe en la vía civil para la adopción de las medidas procedentes.

Son muchos los problemas que no podemos abordar en este artículo. Así, los mismos argumentos que entendemos que aconsejan no celebrar el juicio aconsejarían no dirigir la instrucción contra esa persona, sin embargo, se debe reconocer la necesidad de algunas medidas como las dirigidas a la salvaguarda de fuentes de prueba o incautación de efectos del delito; por otra parte las consecuencias de este archivo no son idénticas a las de un archivo libre. Igualmente, habría que determinar la naturaleza de las pruebas diagnósticas y la forma de producirse las mismas. También cabe discutir qué medidas cautelares son aplicables a estas personas. Estas entre otras muchas cuestiones. En todo caso, aunque equivoquemos la respuesta, sí parece que es hora de afrontar con mayor sistematicidad y sensibilidad la posición en el proceso penal de personas en situación de clara vulnerabilidad. Esperemos que la tan anunciada y pospuesta reforma de la Ley procesal afronte estas exigencias.



HACIA LA OPTIMIZACIÓN PROCESAL DE LA EJECUCIÓN PENAL: RESULTADOS DEL PROYECTO DE SESIONES INCIDENTALES DE EJECUCIÓN DE LOS JUZGADOS DE LO PENAL DE CARTAGENA. Fernando de la Fuente Honrubia, magistrado Juzgado Penal 3 de Cartagena.

1.- INICIO Y GÉNESIS DEL PROYECTO

1.1.- El Proyecto de las “Sesiones de Ejecución Penal” de los Juzgados de lo Penal de Cartagena se inició el 28 de octubre de 2011 y fue aprobado como proyecto piloto en sesión celebrada el día 15 de noviembre de 2011 por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia en el ámbito del Expediente Gubernativo 360/2011 con una duración de seis meses.

1.2.- El objeto del proyecto era reducir y minimizar la pendencia y duración de la tramitación de las ejecutorias de los Juzgados de lo Penal. Los Juzgados de lo Penal de Cartagena sufren una importante sobrecarga de trabajo como consecuencia de ser los encargados de la ejecución no sólo de sus propias sentencias, sino también de las sentencias de conformidad dictadas por los Juzgados de Instrucción de Cartagena y San Javier. El número de asuntos cada vez es mayor en atención al número de juzgados de instrucción existentes y a la elevada población del partido judicial. A ello hay que unir que los Juzgados de lo Penal tienen dos funcionarios menos que los Juzgados de Primera Instancia y un funcionario menos que los Juzgados de Instrucción.

1.3.- La finalidad del proyecto era evitar una tramitación excesiva de las ejecutorias como consecuencia de una sucesión de trámites que sin embargo podían solventarse en una unidad de acto. Por este motivo la actuación se centró fundamentalmente en la ejecución de penas privativas de libertad inferiores a dos años de duración, que son las susceptibles, en principio, de no cumplirse por la obtención de beneficios tendentes a la reinserción y resocialización del penado (suspensión de la ejecución de la pena o sustitución por penas que no impliquen ingreso en prisión). Estas causas son las causantes de una importante pendencia en los Juzgados de lo Penal, y, sobre todo, originan una situación no deseada al producirse durante su tramitación el inconveniente de no comenzar su cumplimiento mientras se decide la concesión o no de dichos beneficios, con la consiguiente incertidumbre para el penado y dificultades para el Juzgado en hacer cumplir de forma efectiva la sentencia.

2.- DESARROLLO DEL PROYECTO

2.1.- En la memoria que se unía a la petición de puesta en marcha del proyecto efectuada ante la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia se exponía la configuración inicial del desarrollo de las sesiones. En ellas se establecía una primera parte destinada a la celebración de audiencias para la decisión sobre los referidos beneficios de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad o su sustitución por multa, trabajos en beneficio de la comunidad (o localización permanente). Una

segunda parte para la realización de trámites de ejecución en Sala. Y una tercera parte para la realización de trámites o audiencias varios relacionados con la ejecución.

2.2.- Con el formato inicial se llevaron a cabo las sesiones de ejecución hasta el 6 de febrero de 2012, fecha en la cual se acordó con Fiscalía suprimir la realización de trámites escritos sin audiencia en Sala. El motivo de tal acuerdo fue que no resultaba operativo para el Ministerio Fiscal bajar un funcionario a las sesiones exclusivamente para registrar los informes que el Fiscal emitía, solicitando la Fiscalía que esos trámites siguieran despachándose en forma ordinaria mediante traslado a la sede de Fiscalía. De otra parte, a los Juzgados esa variación no les suponía un menoscabo en la eficacia pretendida dado que, aunque el Fiscal informase en Sala, sin embargo, la resolución debía ser realizada por el correspondiente funcionario en el propio Juzgado ese día o en los días sucesivos.

2.3.- En el nuevo acuerdo con Fiscalía, en atención a la experiencia acumulada durante los primeros meses de desarrollo del Proyecto, las sesiones de ejecución quedaron abiertas a la realización de trámites en los que fuera aconsejable una decisión en unidad de acto con presencia del penado.

2.4.- Las audiencias se señalan cada 15 minutos, por lo que en un horario normal de señalamiento (4 horas) pueden llegar a señalarse 16 sesiones incidentales.

2.5.- Esta nueva configuración de las sesiones ha resultado mucho más efectiva puesto que ha permitido a los Juzgados de lo Penal destinar cada tres semanas (coincidiendo con su semana de juicios rápidos) una franja horaria importante para la celebración de estas audiencias incidentales, pudiendo señalarse días específicos de audiencias con más frecuencia en atención al estado del Juzgado, o incluso, si existen problemas para habilitar días distintos de los previstos para señalamientos ordinarios, puede arbitrarse la posibilidad de dejar abierta la última o primera hora de los días de señalamientos para la celebración de estas audiencias.

2.6.- En el mes de mayo de 2012 se elevó informe final del periodo semestral inicial del Proyecto a la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia quien aprobó la memoria presentada y accedió a dejar establecido el proyecto como protocolo de buenas prácticas y de eficiencia procesal en el ámbito de los Juzgados de lo Penal, así como su remisión a la Comisión de Modernización del Consejo General del Poder Judicial para su conocimiento y efectos.

3.- CRITERIOS Y PAUTAS EN EL DESARROLLO DE LAS AUDIENCIAS INCIDENTALES:

Los protocolos y criterios con base en los cuales se desarrollan las audiencias son los siguientes:

Audiencia integral para valoración de todas las alternativas al cumplimiento de penas privativas de libertad en Centro Penitenciario: En las audiencias se convoca para la valoración de la concesión no sólo del beneficio de la suspensión de la ejecución de la pena, sino también del beneficio de la sustitución de la pena privativa de libertad o el inicio de los trámites para la valoración de la concesión de la suspensión extraordinaria por haber cometido el delito por causa de dependencia a las sustancias previstas en el art. 20.2º Código Penal.

En el auto de incoación de la ejecutoria se convoca a las partes y al penado para comparecer a la audiencia, con la advertencia de que de no comparecer, se decidirá sobre los beneficios que puedan concederse sobre las base de las alegaciones y pruebas presentadas por su representación letrada. En el acto de la vista se da audiencia al penado, quien expone las circunstancias personales, familiares o laborales por las cuales solicita la concesión del beneficio.

En este sentido, las audiencias son abiertas y se valoran todas las alternativas. Así, al auto de incoación se une la hoja histórico penal actualizada y se valora al comienzo de la sesión junto con el Ministerio Fiscal el beneficio que pretende interesar la defensa. En ocasiones, el Ministerio Fiscal adelanta su negativa a la concesión del beneficio de la suspensión y su disponibilidad a informar favorablemente la sustitución de la pena, facilitando así a la defensa la decisión de qué beneficio solicitar sin oposición. En esos supuestos, donde el Juez no ve obstáculo para la concesión del beneficio, la Audiencia se desarrolla de forma muy normalizada, similar a un juicio de conformidad, lo que permite dictar resolución *in voce* que posteriormente se documenta en auto, declarando su firmeza y dejando requerido al penado de cumplimiento de las condiciones del beneficio concedido.

Particularidades de las audiencias sobre la concesión del beneficio de la suspensión ordinaria de la ejecución de penas privativas de libertad: Si no se ha satisfecho la responsabilidad civil, se valora la posibilidad de condicionar la concesión de la suspensión al pago de la responsabilidad civil como obligación específica que se incardina en el art. 83.1.6º del Código Penal, a cuyo efecto el penado debe dar su expresa conformidad a que se le condicione en este sentido el beneficio, integrado todo ello en los fines de reinserción y resocialización de aquel que tiene capacidad de pago para abonar la responsabilidad civil en forma fraccionada, pero no con carácter previo a la concesión del beneficio. En estos casos también se da audiencia al perjudicado al objeto de que manifieste su conformidad a un eventual fraccionamiento de pago de la responsabilidad civil.

Particularidades en las audiencias relativas a la concesión del beneficio de la sustitución de penas privativas de libertad: En

la concesión del beneficio de la sustitución la audiencia se desarrolla de distinta forma si el beneficio a conceder es trabajos en beneficio de la comunidad, multa, o localización permanente, o si se concede el beneficio en un asunto derivado de una condena de violencia de género:

1.- *Sustitución por la pena de multa:* Cuando se concede el beneficio y se declara firme, tiene la ventaja que concede la intermediación de evaluar la capacidad económica del penado para establecer la cuota de la multa y un eventual fraccionamiento de pago, que de concederse, queda establecido en la propia audiencia quedando requerido de pago el penado. Cuando el penado ha sido condenado al pago de responsabilidad civil, surge el problema derivado de la imputación de pagos prevista en el art. 126 del Código Penal. Si solo se evalúa el pago y en su caso fraccionamiento de la multa sustitutiva, y no se advierte que primero debe abonar la responsabilidad civil, en la práctica si la responsabilidad civil es elevada, se avoca al penado al incumplimiento y por tanto a una eventual revocación del beneficio. Por eso, en dichas audiencias es conveniente valorar la posibilidad de unificar las cantidades a abonar en concepto de multa y responsabilidad civil y fraccionar la cantidad resultante, con una doble advertencia en caso de impago, que el mismo dará lugar de una parte a la revocación del beneficio por incumplimiento de la pena de multa, y, de otra parte, a continuar con la vía de apremio hasta hacer efectiva la responsabilidad civil. Así mismo, en esos casos se advierte al penado que las primeras cuotas que abone serán imputadas al pago de responsabilidad civil, y una vez satisfecha, el resto, al pago de la pena de multa sustitutiva. Al fraccionarse la responsabilidad civil debe recabarse la conformidad del perjudicado.

2.- *Sustitución por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad:* La ventaja de evaluar la concesión de este beneficio en las audiencias incidentales supone en primer lugar la posibilidad de que el penado manifieste su conformidad con la realización de la pena como trámite previo como requisito para poder siquiera entrar a evaluar la concesión del beneficio. Cuando la tramitación de este tipo de sustitución se efectúa por trámite escrito, habitualmente no se recaba con carácter previo la conformidad del penado para la realización de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad. Sobre este tipo de sustitución, la Audiencia Provincial de Murcia ha referido que no puede revocarse la misma por incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad si no se ha advertido al penado de las reglas de conducta que debe desplegar, y sobre esa base viene exigiendo comparecencia previa a decidir sobre una eventual revocación. Por este motivo, en las audiencias se le advierte al penado que: “Si se le emplaza por los Servicios Sociales Penitenciarios para establecer una cita para fijar el correspondiente plan de trabajos y no comparece a la cita, o si comparece, se le fija el plan de trabajos y no comienza su cumplimiento, o si comienza el cumplimiento de la pena y no lo culmina, podrá reputarse incumplida la pena sustitutiva y procederse a la revocación del beneficio”.

3.- *Sustitución por la pena de localización permanente:* La

ventaja fundamental de tramitar este tipo de sustitución en una audiencia incidental es la posibilidad de dejar fijado con el penado en el propio acto y sin solución de continuidad el plan de cumplimiento con establecimiento de los días y lugar donde se va a cumplir la pena, y declarándose la firmeza de la resolución, permite la inmediata comunicación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para el control del cumplimiento de la pena.

4.- *Sustitución de penas privativas de libertad impuestas a penados relacionados con la violencia de género*: Cuando se trata de sustitución de penas privativas de libertad impuestas a penados por delitos relacionados con la violencia de género, según lo dispuesto en el art. 88 CP sólo puede sustituirse la pena de prisión por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, además de la sujeción a programas específicos de reeducación y tratamiento psicológico, y la observancia de las obligaciones o deberes previstos en las reglas 1.ª y 2.ª, del apartado 1 del artículo 83 del Código Penal. En estos casos las audiencias son especialmente útiles pues permite dar audiencia a la perjudicada si no estuviese personada como acusación particular, y, de otra parte, que la sustitución tenga plena operatividad desde su concesión al poder quedar requerido el penado para el cumplimiento de la pena sustitutiva y sobre todo de las obligaciones de alejamiento y prohibición de comunicar.

Particularidades relativas a la concesión del beneficio de la suspensión extraordinaria de la pena por haber actuado el penado a causa de su adicción a las sustancias del art. 20.2º Código Penal: El art. 87 Código Penal establece la necesidad de dar audiencia a las partes para la concesión del beneficio. En la práctica el beneficio se solicita por escrito por la representación procesal del penado, o en Sala tras el dictado de una sentencia de conformidad, pero no se da audiencia efectiva al penado para que explique al Tribunal su situación de dependencia, su evolución, Centros donde ha sido atendido y si está deshabitado o en proceso de deshabitación. Añadidamente tampoco es frecuente dar traslado a la defensa para que presente alegaciones tras cumplimentarse todos los trámites del art. 87 Código Penal antes de dictar resolución, contándose en esos casos muy habitualmente sólo con el informe del Ministerio Fiscal. Por estos motivos, las audiencias cobran interés para que las partes (Ministerio Fiscal y defensa) y el propio penado puedan informar sobre la concesión del beneficio una vez obre en la causa toda la documentación e informes que se hayan solicitado, y el preceptivo informe del médico forense), y el penado pueda explicar al Tribunal en ese momento su situación de tratamiento o deshabitación y demás circunstancias personales para con todo ello evaluar la conveniencia de conceder o denegar el beneficio. Si se decide la propia audiencia, tiene además la ventaja adicional que, si se deniega, el penado puede quedar requerido de cumplimiento de la pena de prisión en ese momento, y se concede, puede quedar requerido de cumplimiento de las obligaciones y condiciones prevenidas en el art. 87 Código Penal

Audiencias para la suspensión de la ejecución de

responsabilidad personal subsidiaria por impago de la pena de multa o valoración de cumplimiento a través de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad/localización permanente.

La práctica habitual de los Juzgados suele conllevar el dictado del correspondiente auto de fijación de la responsabilidad personal subsidiaria una vez ha finalizado el plazo de pago voluntario y la correspondiente vía de apremio. Dictado el auto hay que citar al penado para requerirle de cumplimiento o en su caso darle la opción de solicitar el cumplimiento de la responsabilidad personal subsidiaria mediante la pena de trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente en el caso de faltas. En las audiencias incidentales sin embargo esta sucesión de trámites puede realizarse en una unidad de acto, convocando a la audiencia en el propio auto de fijación de la responsabilidad personal subsidiaria.

Audiencias para valoración de revocación de los beneficios de la suspensión/sustitución de las penas por incumplimiento de obligaciones o deberes: Según la previsión del art. 84 CP si el penado al que se le ha concedido el beneficio de la suspensión de la pena no cumple alguno de los deberes y obligaciones que hayan podido fijarse conforme a lo dispuesto en el art. 83 del Código Penal, el Juez o Tribunal podrá, previa audiencia de las partes, según los casos: a) Sustituir la regla de conducta impuesta por otra distinta. b) Prorrogar el plazo de suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de cinco años. c) Revocar la suspensión de la ejecución de la pena, si el incumplimiento fuera reiterado. Cobran especial interés estas audiencias cuando en las suspensiones concedidas el penado ha cumplido el requisito de no delinquir durante el plazo prefijado pero, sin embargo, no ha cumplido con la obligación de pago de la responsabilidad civil si la misma se fijó como condición adicional. Conforme al tenor literal del precepto no cabe revocar el beneficio automáticamente sino que hay que conferir audiencia a las partes. Para evitar sucesivos traslados y una prolongación innecesaria en el tiempo, cobra especial relevancia valorar las alternativas que establece el citado precepto en una audiencia incidental, donde tras dar audiencia al penado y escuchar las razones y motivos que han motivado el impago y el grado de compromiso de abono de la cantidad, puede decidirse (previa conformidad del perjudicado) desde prolongar el plazo de suspensión con fijación de nuevos plazos de pago de la responsabilidad civil, o valorar la revocación si hubiese requerimientos previos o ya se hubiese producido esa ampliación en una ocasión anterior.

Cuando se trata de la revocación de la suspensión extraordinaria del art. 87 Código Penal, la única posibilidad de no revocar el beneficio por no cumplir las condiciones o deberes impuestos, está prevista en el último párrafo del núm. 5, y se reserva a supuestos donde transcurrido el plazo de suspensión, no se acredite la deshabitación o la continuidad del tratamiento del reo. En este caso cabe, oídos los informes correspondientes, ordenar la continuación del tratamiento pudiendo conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años. En estos casos, las audiencias cobran igualmente una especial trascendencia



para que el Juez o Tribunal pueda dar audiencia al penado al objeto de que explique las causas o motivos por los cuales no ha culminado el proceso de deshabitación, y con ello, los informes médicos o de seguimiento de los Centros, y los informes del Ministerio Fiscal y las partes, en unidad de acto, decidir si es procedente dicha prórroga para la resocialización y no criminalización secundaria del penado.

Audiencias sobre sustitución de penas privativas de libertad por expulsión del territorio nacional: Sobre este particular las audiencias se fijan en atención a una doble alternativa:

-Sustitución por expulsión que en sentencia se acuerda que se valore en auto posterior motivado: El art. 89.1 CP exige "la previa audiencia del penado". En esos supuestos es especialmente interesante en el dictado de sentencias de conformidad donde la defensa solicite plazo para preparar convenientemente la prueba y alegatos defensivos para enervar la sustitución por expulsión interesada por la acusación, dejar ya convocada en el acto de juicio la audiencia en un plazo razonable para que el penado pueda articular su defensa.

-Sustitución por expulsión solicitada por la acusación o por el propio penado en fase de ejecución de sentencia por situación irregular sobrevenida (art. 89.1 segundo párrafo Código Penal): Por los mismos motivos expuestos, la audiencia cobra especial relevancia para analizar las nuevas circunstancias y sobre todo valorar en qué medida se quiebra el principio de justicia material cuando se solicita expulsión en supuestos donde el penado ha cumplido en parte la pena impuesta.

4.- RESULTADOS DEL PROYECTO

En el primer año de desarrollo, se han obtenido los siguientes resultados generales:

- De media, se ha conseguido que no aumente la pendencia de ejecutorias vivas en cada Juzgado de lo Penal, sino que se ha conseguido en algunos casos rebajar la pendencia hasta en un 20%.
- El efecto principal y fundamental de estas sesiones incidentales es que ha permitido en un periodo muy corto de tiempo regularizar aquellas ejecutorias con pena privativa de prisión inferior a dos años de prisión que estén incoadas pero sin tramitar al objeto de determinar si el penado debe cumplir la pena de prisión impuesta o alternativas de cumplimiento. De otra parte, al convocarse a audiencia en el auto de incoación de la ejecutoria, se evita generar pendencia en dichas causas, permitiendo regularizar la situación penal del condenado en un plazo muy breve de tiempo.

-Como ejemplo, en el Juzgado de lo Penal nº3 Cartagena en la actualidad y como consecuencia del desarrollo del proyecto, no existen penados con pena privativa de libertad inferior a dos años que no se encuentren con auto de incoación dictado y convocados a audiencia, con beneficio concedido tras audiencia, o cumpliendo o requisitorizados por denegación del beneficio.

-Añadidamente estas audiencias han supuesto una rebaja notable de trabajo accesorio de la Oficina Judicial. Al ser muy frecuente que en la propia audiencia se dicte resolución con la que se aquietan las partes, el penado queda requerido, los plazos comienzan a computar desde ese día, pudiéndose en la mayoría de los casos acordar el archivo provisional de las actuaciones.

5.- CONCLUSIONES:

5.1.- La experiencia ha resultado muy positiva por cuanto ha permitido con una dinámica periódica en el control de ejecutorias de penas privativas de libertad. Al señalarse la audiencia para la decisión de los beneficios referidos de suspensión/sustitución en el auto de incoación la ejecutoria, normalmente en la siguiente sesión programada, el Juzgado se garantiza tener resuelto el cumplimiento de la pena privativa de libertad en un plazo muy corto de tiempo y en una unidad de acto. Esto repercute, como se ha expuesto, en reducir sustancialmente los plazos en la determinación de la forma concreta de cumplimiento de penas privativas de libertad inferiores a dos años, lo que conlleva, mayores niveles de certeza y seguridad jurídica, y, de otra parte, una reducción significativa de los trámites y resoluciones de los funcionarios del Juzgado, del Secretario Judicial y del Juez o Magistrado, así como una rebaja sustancial de los traslados al Ministerio Fiscal.

5.2.- Los casos en los que un penado, que no se encontraba requerido de cumplimiento o en trámite de concesión de alternativas al cumplimiento en Centro Penitenciario, ha cometido un nuevo delito, han supuesto un alto grado de alarma social. A estos efectos, este protocolo es muy útil para minimizar el riesgo de que se produzcan dichas situaciones.

5.3.- La conclusión más significativa a mi juicio es que con este tipo de audiencias se incrementan notablemente las garantías para el penado, pudiendo el Juez o Tribunal valorar directamente la situación personal y circunstancias propias del penado antes de tomar una decisión. Durante el tiempo de desarrollo del proyecto, es significativo el número importante de asuntos donde se alcanza la convicción de que la resolución y los informes del Ministerio Fiscal, de no haberse dado audiencia personal al penado y oportunidad a éste de justificar su petición, hubiesen sido probablemente distintos si sólo se hubiesen emitido con base en los informes escritos y la documentación obrante en autos.

PRUEBA PRACTICADA EN EL EXTRANJERO: ¿DEBE CONTROLARSE SU VALIDEZ?

Jose Manuel Sánchez Siscart. Magistrado de Audiencia Provincial de Tarragona

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reiterado en varias ocasiones desde un enfoque aparentemente simplista que no cabe convertir a los Tribunales españoles en custodios de la legalidad de las actuaciones efectuadas en otro país de la Unión Europea, ni someter dichas pruebas al contraste con la legislación española, con lo siguientes argumentos que transcribimos a continuación:

“No siendo ocioso recordar -como decíamos en la STS. 1281/2006 de 27.12- conforme la STS. 19/2003 de 10.1, que la pretensión de que los Tribunales españoles se conviertan en custodios de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea deviene inaceptable. Existe al respecto ya una consolidada doctrina de esta Sala que en general, y más en concreto, en relación a los países que integran la Unión Europea, tiene declarado que no procede tal facultad de "supervisión". Con la STS 1521/2002 de 25 de Septiembre podemos afirmar que "...En el marco de la Unión Europea, definido como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que la acción común entre los Estados miembros en el ámbito de la cooperación policial y judicial en materia penal es pieza esencial, según el art. 29 del Tratado de la Unión en la versión consolidada de Maastricht, no cabe efectuar controles sobre el valor de los realizados ante las autoridades judiciales de los diversos países de la Unión, ni menos de su adecuación a la legislación española cuando aquellos se hayan efectuado en el marco de una Comisión Rogatoria y por tanto de acuerdo con el art. 3 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en materia Penal de 20 de Abril de 1959 --BOE 17 de Septiembre de 1982 --. En tal sentido se pueden citar las Sentencias de esta Sala 13/95 de 19 de Enero en relación a Comisión Rogatoria cumplimentada por Alemania; Sentencia nº 974/96 de 9 de Diciembre donde expresamente se proclama que "...en el ámbito del espacio judicial europeo no cabe hacer distinciones sobre garantías de imparcialidad de unos u otros Jueces ni del respectivo valor de los actos ante ellos practicados en forma...", en relación a Comisión Rogatoria ante las autoridades suecas; la STS nº 340/2000 de 3 de Marzo que en sintonía con las anteriores confirma la doctrina de que la incorporación a causa penal tramitada en España de pruebas practicadas en el extranjero en el marco del Convenio Europeo de Asistencia Judicial citado

no implica que dichas pruebas deban ser sometidas al tamiz de su conformidad con las normas españolas; la STS nº 1450/99 de 18 de Noviembre en relación a Comisión Rogatoria cumplimentada por las autoridades francesas, y en fin, la Sentencia nº 947/2001 de 18 de Mayo para la que "...no le corresponde a la autoridad judicial española verificar la cadena de legalidad por los funcionarios de los países indicados, y en concreto el cumplimiento por las autoridades holandesas de la legalidad de aquel país ni menos sometidos al contraste de la legislación española...". En definitiva, podemos afirmar que existe al respecto un consolidado cuerpo jurisprudencial en relación a las consecuencias derivadas de la existencia de un espacio judicial europeo, en el marco de la Unión fruto de la comunión en unos mismos valores y garantías compartidos entre los países de la Unión, aunque su concreta positivación dependa de las tradiciones jurídicas de cada Estado, pero que en todo caso salvaguardan el contenido esencial de aquellos valores y garantías...". (STS de 22 de mayo de 2009, Recurso: 10084/2008, Ponente Sr. Verdugo Gómez de la Torre, que reitera lo que ya habían establecido entre otras las STS de 5 de mayo de 2003, 10 de enero de 2003, etc.)

Es evidente que el ordenamiento jurídico interno de cada país ahonda sus raíces en sus propias tradiciones jurídicas, y que pueden coexistir diferencias notables entre las diversas regulaciones nacionales respecto a las materias o los procedimientos de obtención de pruebas. Incluso determinadas diligencias inherentes en un país se reservan a la previa autorización judicial (pe. inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones, etc.), en otros países pueden llevarlas a cabo el Fiscal, Ministerio del Interior, o incluso la policía. Estas simples diferencias no suponen óbice para que se les reconozca el mismo valor que tendrían en la propia normativa nacional del Estado requerido, y tampoco pueden establecerse diferencias en relación con la autoridad que decreta la medida inherente pues el art. 24 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 1959) permite que toda parte contratante pueda declarar, conforma a su ordenamiento jurídico interno, qué autoridades nacionales deberán ser consideradas como autoridades judiciales a los efectos del Convenio (Se puede consultar la

lista de declaraciones efectuadas por los Estados contratantes sobre las autoridades nacionales que en cada Estado deben ser consideradas como autoridades judiciales a fin de prestar y solicitar auxilio judicial internacional en la siguiente dirección:

Ahora bien, el hecho de que los países del entorno europeo compartan los mismos valores y garantías, o el avance hacia un espacio judicial europeo en el marco de la Unión Europea, no excluye la comisión de posibles vulneraciones en la obtención de las pruebas practicadas en el extranjero, de la misma forma que éstas pueden producirse en el marco del proceso penal español, o en el marco de los procesos de cada uno de los Estados miembros, por lo que resulta desenfocado afirmar con tanta rotundidad que no corresponde a la autoridad judicial española la facultad de supervisión de la legalidad de actuaciones efectuadas en otro país la Unión Europea, ni verificar la cadena de legalidad de las actuaciones llevadas a cabo por los funcionarios de los países indicados.

Frente a dichos pronunciamientos que no toman en cuenta la debida dimensión de la problemática que plantea la valoración de la prueba practicada en el extranjero, figuran, no obstante, otras diversas resoluciones judiciales que examinan la adecuación de las pruebas obtenidas en virtud de comisión rogatoria, bien confrontándola con la normativa internacional reguladora de la asistencia judicial internacional, o bien haciendo referencia a la necesidad de comprobar la regularidad de la obtención de la prueba conforme a la legalidad vigente en el país requerido, lo que difiere con claridad del planteamiento jurisprudencial inicialmente expuesto.

En esta otra vertiente jurisprudencial, podemos destacar a continuación dos sentencias del Tribunal Supremo que, entre otras, analizan debidamente la validez de concretas diligencias de prueba practicadas en el extranjero a la luz de la normativa internacional reguladora de la concreta asistencia judicial prestada:

La STS de 21 de diciembre de 1999 (caso Roldán, Ponente Sr. Conde- Pumpido Touron) analiza las supuestas irregularidades alegadas por el condenado recurrente afectantes a la

tramitación de las comisiones rogatorias remitidas por las autoridades suizas, en concreto la Reserva que el Estado Suizo efectuó al art. 2.a del Convenio de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959 que le permitía denegar el auxilio judicial solicitado cuando se tratase de delitos de naturaleza fiscal. Idéntico argumento se analiza también en la STS de 30 de abril de 2001 (caso Urralburu, Ponente Sr. Martínez Arrieta). En ambas se entra en el fondo de la alegación recordando que precisamente el Primer Protocolo Adicional al Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal (Estrasburgo, 1978), suscrito por Suiza, fue aprobado para extender el auxilio judicial internacional en materia de infracciones fiscales, y en él se establece expresamente que las partes contratantes no ejercerán el derecho a denegar la asistencia judicial únicamente por el motivo de que la solicitud se refiera a una infracción que la parte requerida considere como una infracción fiscal, considerando por todo ello irrelevante que en la fase inicial de la investigación no se incluyese en la comisión rogatoria la calificación de los hechos como infracciones fiscales, aspecto que los recurrentes alegaban como motivo de denegación de la asistencia judicial prestada al amparo del art. 1 del Convenio 1959.

En la STS de 13 de diciembre de 2001 (caso Comando Araba, Ponente Sr. Saavedra Ruiz) se plantea el valor probatorio de los documentos enviados en el curso de una comisión rogatoria, ya que no se enviaron los originales unidos a los expedientes judiciales seguidos en Francia, sino una copia. El TS recuerda que dichos documentos fueron remitidos testimoniados (por fotocopias) por las autoridades judiciales francesas, afirmando el TS que si bien la valoración de las pruebas obtenidas en el extranjero debe hacerse conforme a la legislación española, no obstante la obtención de dichas pruebas se rige en cuanto a su legalidad por el derecho vigente en el país de que se trate, recordando además que el artículo 3º del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal de 20 de abril de 1959 establece en el apartado



3ª que el Estado requerido “podrá limitarse a enviar copias o fotocopias certificadas de los expedientes o documentos solicitados” y sólo “si la parte requirente pidiera expresamente el envío de los originales, se cumplimentará esta solicitud en la medida de lo posible” (STS de 18 de noviembre de 1999 y 3 de marzo de 2000), por lo que no aprecia que la remisión de la documentación mediante copia certificada suponga merma alguna de autenticidad.

También existen otros pronunciamientos jurisprudenciales que afirman la necesidad de comprobar la regularidad de la obtención de la prueba conforme a la legalidad vigente en el país requerido:

La STS de 3 de marzo de 2000 (Ponente Sr. Granados Pérez) establece que es misión del TS la supervisión de que la actividad probatoria tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador se ha practicado con todas las garantías, así como el cumplimiento de las normas en cuanto a la incorporación a la causa de pruebas practicadas en el extranjero por el cauce de una comisión rogatoria, sin que ello implique que las pruebas obtenidas en el extranjero deban pasar por el tamiz de las normas españolas, debiéndose estar a las normas y garantías que para la obtención de las pruebas rigen en el país en el que se han obtenido o practicado (STS de 6 de junio de 1994, 19 de enero de 1995 y 9 de diciembre de 1996, y artículo 3º del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal).

Avanzando en nuestro análisis a fin de clarificar la validez probatoria de las diligencias de prueba practicadas en el extranjero, clasificaremos las posibles cuestiones que se pueden plantear en tres grandes órdenes que analizaremos a continuación:

- posible vulneración a la normativa internacional reguladora de la prestación de la concreta asistencia judicial internacional.
- posibles infracciones a la legislación que rige la obtención o práctica de la prueba que se practica en el extranjero. (El Convenio sobre Asistencia Judicial en Materia Penal entre los Estados de la Unión Europea (Convenio 2000) actualmente permite que la asistencia judicial pueda ser también prestada conforme a la legislación del Estado requirente, siempre que ello no contraríe principios fundamentales del Estado requerido, para así facilitar que la asistencia prestada tenga virtualidad probatoria en el Estado requirente y no plantee problemas en su valoración. No obstante si ninguna formalidad especial se indica en la solicitud la asistencia se practicará conforme a legislación del Estado requerido.)

- posibles vulneraciones que puedan afectar al orden público procesal que ha de examinar el Tribunal finalmente llamado a valorar la prueba obtenida en el extranjero.

A) Vulneración de la normativa internacional. La normativa internacional (Los diversos Convenios o Tratados internacionales dictados en el ámbito del Consejo de Europa, Unión Europea, Naciones Unidas, o los Convenios de alcance bilateral, que conforman a grandes rasgos el acervo de la cooperación judicial internacional, pueden ser consultados con detalle en la página web del Prontuario: <http://www.prontuario.org/>) que regula la prestación de las concretas formas de asistencia judicial somete su práctica al cumplimiento de diversos requisitos. A modo de mero ejemplo ilustrativo de una posible nulidad probatoria por vulneración de la normativa internacional reguladora de la prestación de asistencia judicial, exponemos un supuesto de fácil entendimiento, relativo a la intervención de telecomunicaciones en otro Estado cuando no es necesaria la asistencia técnica de éste (que viene regulada en el art. 20 del Convenio 2000). La práctica de este tipo de intervención exige la notificación de su práctica al Estado requerido, y éste en el plazo de 96 horas podría exigir que no se lleve a cabo, y además exigir que el material ya intervenido en ese periodo de tiempo no sea utilizado. Es evidente que de no respetarse esa específica disposición convencional, la información así obtenida adolecería de nulidad insalvable, que acarrearía también la nulidad de aquellas diligencias probatorias que de ella trajeran causa (art. 11 LOPJ). Por citar otros ejemplos, la práctica de declaración de imputados o acusados por videoconferencia requiere inexcusablemente el consentimiento de la persona afectada (art. 10.9 del Convenio 2000); también el traslado de personas detenidas en otros países a fin de practicar declaración testifical o careos en el país requirente puede condicionarse al consentimiento de la persona afectada (art. 11 del Convenio 1959, y algunos países como Alemania, Austria, etc., han formulado declaración en este sentido). De llevarse a cabo la asistencia solicitada aún a pesar de constar la negativa del afectado, nuevamente nos encontraríamos ante una vulneración de la normativa contenida en el Convenio aplicable, que provocaría igualmente la nulidad radical de la diligencia.

B) Vulneración de la legislación que rige la práctica de la diligencia. Un segundo grupo de análisis comprende las infracciones de la legislación que deba regir la práctica de la concreta asistencia judicial, bien sea ésta la del Estado requerido (Convenio 1959), o incluso la del Estado requirente (en base a la instauración del principio *forum regit actum*

contenido en el art. 4 del Convenio 2000, siempre que ello no contrarie principios fundamentales del Estado requerido).

Supongamos, a título de ejemplo, el supuesto de los equipos de investigación conjunta que operan a la vez en varios países (art. 13 Convenio 2000), cuya regulación específica establece que las investigaciones que se lleven a cabo en los diferentes territorios nacionales se regirán respectivamente por el Derecho aplicable en cada uno de los países en los que se lleven a cabo. Por ejemplo, una entrada y registro puede ser practicada en algunos países europeos por orden del Fiscal o incluso por la Policía, lo que no provoca la nulidad del resto de las investigaciones por el simple hecho de que en otros países se requiera autorización judicial. De la misma forma, una entrada y registro llevada a cabo por la policía en un país en el que la inviolabilidad del domicilio se halle garantizada mediante exigencia de autorización judicial, resultaría nula aunque en otros países resultase adecuada a su respectivo ordenamiento jurídico.

C) Vulneración de orden público procesal. Por último, un tercer grupo de infracciones puede producirse por vulneración del orden público procesal del Tribunal que haya de valorar la prueba, pues pudiera darse el supuesto que una concreta diligencia no infrinja la normativa internacional reguladora, ni la legislación interna del país requerido, pero vulnere garantías esenciales del proceso español, lo que provocaría igualmente su nulidad a pesar de la legalidad en su obtención. Como ejemplos podemos citar el sometimiento del imputado a juramento (piénsese que en Inglaterra el acusado no está obligado a declarar ante un juez, pero si lo hace debe someterse a juramento), o el supuesto de que una persona haya sido llamada a testificar en el extranjero y no se le reconozca la dispensa legal que se le reconocería ante el Tribunal del Estado requirente, en cuyo caso la declaración así obtenida vulneraría el orden público procesal español.

Con la anterior sistematización y ejemplificación de posibles vulneraciones que se pueden producir en la obtención y práctica de pruebas en el extranjero únicamente pretendemos aportar un enfoque de mayor amplitud o claridad del que pudiera deducirse de la jurisprudencia inicialmente citada. A estos efectos, si bien no presenta mayor dificultad la comprobación de la legalidad de una prueba practicada en el extranjero en cuanto se refiere a la comprobación de posibles vulneraciones de los textos internacionales que regulan la asistencia judicial en el extranjero, así como en lo relativo a la comprobación de los presupuestos que afectan al orden público procesal español, el plano restante, esto es, la comprobación de la adecuación a la normativa interna de cada Estado requerido, exigirá conocer los concretos trámites procesales internos de cada Estado, lo que viene enormemente facilitado por la herramienta web Fichas Belgas (http://www.ejn-crimjust.europa.eu/fiches_belges.aspx), que puede encontrarse en la página oficial de la Red Judicial Europea, en la que se contiene un resumen de la normativa reguladora de los diferentes actos de investigación en cada uno de los Estados miembros de la Unión Europea.

Como colofón, únicamente nos resta por manifestar que una vez validada la prueba obtenida en el extranjero conforme a los tres planos que hemos distinguido (vulneración de la propia normativa reguladora de la prestación de la asistencia judicial internacional, vulneración de la legislación que ha de regir la asistencia judicial solicitada, y vulneración del orden público procesal del Estado requirente), el último paso, esto es, la valoración de la concreta prueba practicada en el extranjero debe someterse como en cualquier otro caso a las restantes reglas sobre valoración de la prueba.



POSIBLES CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA JURISPRUDENCIA REITERADA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO QUE CONSIDERA QUE EL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 368 DEL CODIGO PENAL ES UN SUBTIPO ATENUADO PROPIAMENTE DICHO.

Jose Grau Gasso. Magistrado de Audiencia Provincial de Barcelona

Creo que podemos afirmar, sin temor a equivocarnos, que en la actualidad existe unanimidad en la Sala Segunda del Tribunal Supremo cuando considera que el segundo párrafo del art. 368 del Código Penal establece un subtipo atenuado propiamente dicho.

En este sentido, la reciente STS nº 873/2012 vuelve a analizar dicha cuestión en los siguientes términos: *La doctrina establecida por esta Sala, entre otras, en sus sentencias 33/2011, de 26 de enero, 482/2011 de 31 de Mayo, 542/2011 de 14 de Junio, 646/2011, de 16 de junio, 1359/2011, de 15 de diciembre, 193/2012, de 22 de marzo, 397/2012, de 25 de mayo, 506/2012, de 11 de junio y 869/2012, de 31 de octubre, respecto del nuevo párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal, lo califica como un subtipo atenuado en el que la decisión sobre su aplicación tiene carácter reglado (el subrayado es mío), en la medida en que se asocia legalmente a dos presupuestos de hecho, uno de naturaleza objetiva, el otro de carácter subjetivo ("... la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable") cuya concurrencia puede y debe ser valorada racionalmente en la sentencia, y, en consecuencia, es susceptible de impugnación casacional.*

La jurisprudencia de esta Sala (STS 646/2011, de 16 de junio, entre otras), añade que la necesidad de que se valoren los dos elementos de los que depende la aplicación del subtipo (entidad del hecho y circunstancias personales del culpable) debe conjugarse con la exigencia de que se pondere la distinta intensidad y cualificación de cada uno.

Cuando la gravedad del injusto presenta una entidad tan nimia que lo acerca al límite de la tipicidad, la aplicación del subtipo atenuado no puede estar condicionada a la concurrencia expresa de circunstancias personales favorables del culpable, en tanto éstas han de operar en el marco de la culpabilidad por la gravedad del hecho cometido, bastando en estos supuestos con que no conste circunstancia alguna desfavorable (el subrayado es de la propia sentencia)".

La aplicación de dicha doctrina jurisprudencial tiene algunas consecuencias especialmente relevantes que no han trascendido a la práctica judicial, toda vez que, cuando el Tribunal Supremo dice que la aplicación del subtipo atenuado tiene carácter reglado, no solo se esta refiriendo al órgano judicial encargado del enjuiciamiento de la causa, sino también al Juez Instructor.

La primera consecuencia que se deriva de dicha doctrina jurisprudencial afecta a la determinación del órgano judicial

competente para el enjuiciamiento del delito.

Dado que la pena prevista para dicho subtipo atenuado, en el caso de sustancias que causen grave daño a la salud de las personas, es la pena de prisión de un año y seis meses a tres años menos un día de prisión, cuando el Juez de Instrucción considere que se dan todos los requisitos para su aplicación (escasa entidad del hecho sin que conste ninguna circunstancia personal desfavorable para el imputado), de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal estará obligado a dictar auto de apertura del juicio oral declarando la competencia del Juzgado de lo Penal para proceder al enjuiciamiento de la causa.

En segundo lugar, las causas seguidas por hechos susceptibles de ser calificados como un delito contra la salud pública del segundo párrafo del art. 368 del Código Penal, aun en el caso de que se trate de sustancias que causan grave daño a la salud de las personas, podrán tramitarse por el procedimiento de Diligencias Urgentes regulado en los arts. 795 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En este sentido, parece claro que muchos de los casos para los que se ha previsto la aplicación de dicho precepto (pases de papelinas esporádicos, etc.), entran de lleno en alguno o algunos de los supuestos previstos en el art. 795 de la Leocr., por tratarse de delitos flagrantes, por ser previsible una instrucción sencilla, etc.

En tercer lugar y es lo mas importante, dado que en estos delitos la pena privativa de libertad a imponer es inferior a los tres años de prisión, podrán ser objeto de la conformidad privilegiada prevista en el art. 801 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y ello tanto si el Juzgado de Instrucción ha incoado el procedimiento de Diligencias Urgentes, como si ha incoado un procedimiento de Diligencias Previas y el imputado reconoce los hechos, puesto que en este último supuesto sería de plena aplicación lo dispuesto en el art. 779.1.5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el que se dispone lo siguiente: si, en cualquier momento anterior, el imputado asistido de su abogado hubiere reconocido los hechos a presencia judicial, y éstos fueran constitutivos de delito castigado con pena incluida dentro de los límites previstos en el artículo 801, mandará convocar inmediatamente al Ministerio Fiscal y a las partes personadas a fin de que manifiesten si formulan escrito de acusación con la conformidad del acusado. En caso afirmativo, incoará diligencias urgentes y ordenará la continuación de las actuaciones por los trámites previstos en los artículos 800 y 801.

FIN DE TRAYECTO: CUSTODIA DE SEGURIDAD, LIBERTAD VIGILADA Y PRISIÓN PERMANENTE REVISABLE EN EL ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL.

José Luis Ramírez Ortiz y José Antonio Rodríguez Sáez, Magistrados Juzgados de lo Penal 27 y 21 de Barcelona

El día 11 de octubre de 2012, menos de dos años después de la entrada en vigor de la vigésimo octava reforma del Código Penal de 1995, el Consejo de Ministros aprobó el Anteproyecto de Ley Orgánica que nuevamente lo modifica. Si la LO 5/2010 afectó a más de la cuarta parte del articulado de un texto que, certeramente, ha sido calificado como de verdadera “Constitución en negativo”, el Anteproyecto, en la misma línea, alcanza a 171 artículos, 38 de los cuales ya habían sido modificados por la última reforma. Esta situación de permanente revisión, de perpetua indefinición, no sólo resulta incompatible con el principio de seguridad jurídica que reconoce el artículo 9.3 CE. Además, y dado que la experiencia demuestra que los cambios vienen precedidos de un debate político de baja calidad intelectual, evidencia el uso estrictamente instrumental y partidista de la política criminal, que se destina no tanto a abordar el fenómeno de la delincuencia como a manipular la percepción de la opinión pública sobre el mismo.

Los ponentes, tras un breve recorrido por el derecho de la peligrosidad y las medidas de seguridad, analizaron el tratamiento de la custodia de seguridad, la libertad vigilada y la prisión permanente revisable en el Anteproyecto. Destacaron el veloz proceso de colonización del Código por el modelo de la seguridad ciudadana, que agudiza el retroceso del modelo garantista, y los peligros de la instrumentalización del Derecho penal en el contexto actual, caracterizado por la acentuación de las violencias estructurales propias de la globalización de la economía de mercado.

El texto íntegro de la ponencia se publicará en el próximo número (marzo de 2013) de la revista “Información y Debate: Jueces para la Democracia”.

En el link <http://www.juecesdemocracia.es/revista/revista.htm> puede accederse gratuitamente a los 53 primeros números de esta prestigiosa revista cuatrimestral, que dirige el magistrado de la Sala II del Tribunal Supremo Perfecto Andrés Ibáñez.

