

A persoa incapaz ante o proceso penal

XERMÁN VARELA CASTEJÓN

Maxistrado

1. Supostos de feito

Existen unha serie de circunstancias que poden determinar que a persoa contra a que se dirixe un proceso penal careza da aptitude necesaria para comprender o propio proceso penal e actuar materialmente os seus dereitos no desenvolvemento do mesmo. Aínda recoñecendo a imprecisión da fórmula denominaremos a esa situación incapacidade procesual.

As situacións fácticas poden ser moi diversas. A orixe pode ser tanto física como psíquica (por exemplo, persoa en estado de coma ou persoa con trastorno mental grave), pode tratarse dunha situación permanente ou episódica, pode tratarse dunha situación que aparece no mesmo proceso e con posterioridade aos feitos ou que xa concorría no momento en que sucederon os feitos dos que esa persoa é acusada. Neste último caso, os mesmos elementos que determinan a valoración desa capacidade procesual poden determinar a valoración de imputabilidade da persoa e a procedencia, ou non, de estimar concorrente unha causa de exención de responsabilidade penal.

Neste artigo non podemos entrar na definición precisa dos supostos problemáticos. A definición de qué entendamos por **incapacidade procesual** non é doada, pero, aos efectos das posteriores reflexións, pode chegar con indicar que entendemos por capacidade procesual a capacidade de comprender o devir do proceso nos seus pasos fundamentais, o significado da acusación e das consecuencias posibles dese proceso. Seguimos, en parte, a Gómez Colomer que afirmou que a capacidade procesual consiste en: «la participación consciente (del imputado) en el juicio, es decir, en que el imputado sea capaz de comprender la acusación, seguir los actos procesales y ejercer su derecho de autodefensa». Grima Lizandra, pola súa banda, achega unha posíbel definición centrando o problema de capacidade procesual na posibilidade de exercicio da autodefensa de xeito máis descritivo: «Faltarán 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 as moi diferentes posibilidades na práctica,

partimos do suposto de ter por acreditada unha situación que impide completamente o exercicio desas facultades¹.

En realidade, haberá que acudir ao caso concreto para determinar qué afección e en qué grado se produce. En todo caso, non podemos deixar de mencionar, como nos recorda Ortega Lorente, que a declaración de incapacidade é unha decisión que afecta directamente á dignidade da persoa e, por iso, debe ser observada con cautela e partindo do presunción de capacidade que debe ser vencida. Recorda este autor a Sentenza do Tribunal Constitucional 7/2011 de 14 de febreiro: «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». Se ben apuntamos que se é certo que a declaración de capacidade precisa de decisión xurisdiccional en sentenza, sen embargo, pese a esa norma xeral, tamén o é que o ordenamento esixe que se constata a situación de feito que pode determinar incapacidade e que esta pode producir indefensión en quen a padece reclama a adopción de medidas protectoras, así o artigo 762 LAC, ou, a nivel internacional, como recorda o propio Ortega Lorente a Convención Internacional sobre os Dereitos das Persoas con Discapacidade, aprobada pola Asemblea Xeneral de Nacións Unidas en decembro de 2006, ratificada por España mediante instrumento de ratificación publicado en el BOE de 21 de abril de 2008 e que entrou en vigor o 3 de maio de 2008, prevé, no seu art. 13 que «Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso 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». Agora ben, hai que partir dun criterio de prudencia na cualificación dunha persoa como incapaz, e requirir que só nos casos de evidente imposibilidade acudamos aos remedios que agora queremos analizar.

Antes de examinar a regulación legal, debemos definir o **ámbito do problema** ao que nos enfrontamos. Podemos diferenciar tres supostos:

- a) Que a persoa no momento de suceder os feitos non sexa imputable, e no momento de desenvolverse o proceso penal (ou algunha fase do mesmo) se atope baixo circunstancias que determinan a súa incapacidade procesual;

1. As definicións do contido de capacidade procesual son complexas. Grima Lizandra remite á lexislación americana recordando as diferenzas que aparecen na mesma: «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 las razones y los hechos del 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”».

- b) Que a persoa no momento de suceder os feitos sexa imputable pero sufra unha situación de incapacidade procesual no momento de desenvolverse o proceso; e
- c) Que no momento dos feitos non sexa imputable, e no momento do proceso teñan desaparecido esas circunstancias e non teña problemas de capacidade.

Agora analizamos o estatuto no proceso penal da persoa incapaz, co que o suposto c) indicado, non provoca problemas deste tipo, sen prexuízo da valoración sobre a influencia concreta na responsabilidade penal desas circunstancias.

Antes de continuar, hai dúas diferenzas que entendemos importantes: coa declaración de incapacidade e co xuízo de imputabilidade.

A. INCAPAZ PROCESUAL NON É IGUAL A PERSOA DECLARADA INCAPAZ

Debemos partir de advertir da **diferenza entre persoa declarada xudicialmente incapaz e persoa incapaz aos efectos xurídicos penais que agora nos interesan.**

O artigo 25 do Código Penal define a incapacidade a efectos penais ao establecer: «A los efectos de este Código se considera incapaz a toda persona, haya sido o no declarada su incapacitación, que padezca una enfermedad de carácter persistente que le impida gobernar su persona o bienes por sí misma».

O artigo 200 Código Civil refire como causas de incapacidades «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma», sen referencia expresa ao goberno dos bens.

O artigo 25 CP establece polo tanto que a presenza desa situación determina a consideración de incapaz da persoa sen que se requira unha expresa declaración de incapacidade².

Partimos, en consecuencia, dun concepto de persoa incapaz diferente do de persoa *declarada xudicialmente* incapaz, se ben normalmente a persoa declarada incapaz atopase na situación que agora referimos e as reflexións sobre as consecuencias desa situación que desenvolvemos serán aplicábeis á mesma.

É evidente, que poden concorrer circunstancias que determinen a imposibilidade dunha persoa de gobernarse por si mesma sen que se teña chegado á declaración xudicial de incapacidade. Pero tamén o é que **non todo problema de capacidade afecta no mesmo grao nin determina necesariamente a imposibilidade de exercer dereitos procesuais.** A capacidade da persoa é algo ontoloxicamente graduable, sen que podamos sequera refuxiarnos (fóra dos casos extremos) en criterios absolutamente obxectivos derivados de concretos diagnósticos.

2. De feito o Código Civil tamén contempla a diferenza entre unha persoa incapaz (podemos dicir *de feito*) e unha persoa xudicialmente declarada incapaz. Así o artigo 299 bis establece a procedencia do nomeamento de defensor xudicial en caso de «una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento», polo tanto é posíbel interpretar que sen que exista declaración xudicial de incapacidade. E o artigo 303 refire o suposto do que denomina «presunto incapaz». A mesma Lei de Axuízamento Civil (art. 762) contempla a posibilidade de adoptar medidas cautelares cando conste «posible causa de incapacitación en una persona», dando traslado ao Ministerio Fiscal para que inste a incapacitación xudicial, polo tanto aínda non producida.

B. INCAPAZ PROCESUAL NON É IGUAL A INIMPUTABLE

Non podemos entrar nestes momentos nas diferentes teorías sobre a imputabilidade, chegándonos con por de manifesto que o xuízo sobre a mesma refírese á situación da persoa que cometeu un feito no momento de cometelo e en relación co mesmo. Se acudimos ao texto legal, o artigo 20 do Código Penal afirma que quedarán exenta de responsabilidade penal a persoa que «no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión», debido, no que máis claramente tería relación co que nos ocupa, «a cualquier anomalía o alteración psíquica». Igualmente, os supostos de feito que prevén os puntos 2º e 3º poden determinar circunstancias que afecten á capacidade procesual da persoa nos termos indicados.

Trátase dun concepto psicolóxico normativo, no que a exclusión de responsabilidade penal deriva dunha determinada base de enfermidade ou anomalía sempre que teña relación coa comprensión do feito ou da súa ilicitude.

Non é, en consecuencia, un concepto equiparábel ao de incapacidade procesual de obrar que agora analizamos. Non coinciden no momento de análise, pois a imputabilidade é xulgada en referencia ao momento de sucesión dos feitos, mentres a incapacidade procesual de obrar ten relación co momento de desenvolverse o proceso e vai referida á capacidade de exercicio dos dereitos procesuais. Pero tampouco no seu ámbito pois unha se refire á comprensión do feito e a outra á comprensión do proceso ao que unha persoa é sometida.

Certamente as causas que determinan a inimputabilidade nun caso concreto en moitas ocasións será igualmente determinantes da imposibilidade de comprender o proceso penal. Sen embargo, non sempre será así e, en todo caso, os problemas que derivan dunha e outra análise son diferentes³.

2. Lei de axuízamento criminal

As previsións legais sobre o tratamento da persoa incapaz son claramente insuficientes e, como veremos, deixan sen resposta problemas de transcendencia fundamental e provocan problemas de difícil resolución.

Na **Lei de Axuízamento Criminal** unha vez máis topamos cos problemas que derivan dunha lei do século XIX e produto de sucesivas reformas que nos deixan un texto asistemático e, en ocasións, contraditorio. En principio podemos apreciar unha diferente regulación no Procedemento Sumario e no Procedemento Abreviado.

No ámbito do **Procedemento Sumario** existen dúas referencias fundamentais:

- a) Artigos 380 a 383, que se sitúan dentro do Libro II («Del Sumario»), no Título V («De la comprobación del delito y averiguación del delincuente»), no seu Capítulo III («De la identidad del delincuente y de sus circunstancias personales»).
- b) Artigo 637, no mesmo Libro pero no Título XI («De la conclusión del Sumario y del Sobreseimiento»).

Os tres primeiros preceptos mencionados fan referencia ao diagnóstico, de acordo precisamente co título do capítulo no que se insertan. Fóra do artigo 380 referido a meno-

3. Con máis detalle María POZA CISNEROS na obra mencionada en Bibliografía.

res de idade e claramente superado pola regulación específica na materia, os outros dous preceptos, introducen tanto a necesidade de exame por peritos como a posibilidade do internamento con finalidade diagnóstica. No referido ao diagnóstico, o artigo 381 indica que o obxecto do mesmo é verificar os indicios de «enajenación mental». Os artigos 381 e 382 refírense as medidas dirixidas a esa constancia da situación no momento de dirixir o proceso contra ela, sen diferenciar se a situación foi tamén coetánea aos feitos imputados ou posterior a eles, ou mellor expresado sen atender a se determinan unha valoración sobre imputabilidade en relación cos feitos ou non.

Unha vez producido o diagnóstico, é cando aparentemente atopamos dúas respostas diversas no proceso sumario se a incapacidade é posterior aos feitos ou se a incapacidade xa concorria no momento dos feitos.

O artigo 383 refírese ao suposto de: «Si la demencia sobreviniera después de cometido el delito». É dicir, neste caso, non estaríamos ante un problema de inimputabilidade, pois no momento de (supostamente deberíamos dicir) ter cometido o feito a persoa non tería un problema de capacidade.

Nese caso o artigo dá tres regras:

1. O sumario debe continuar ata á súa conclusión, polo que o Tribunal competente para as decisións que indica sería a Audiencia Provincial,
2. Ese Tribunal debe arquivar a causa ata que se recobre a saúde polo «procesado», e
3. Aplicar á persoa procesada (que non condenada) as medidas de seguridade establecidas no Código Penal para os supostos de eximentes.

Non respondería este precepto ao suposto de que a denominada *demencia* estivera presente xa no momento de suceder os feitos. Neste suposto parece que o aplicábel sería o punto terceiro do artigo 637, é dicir acordar o sobresemento libre cando: «aparezcan exentos de responsabilidad criminal los procesados como autores, cómplices o encubridores».

Pese a que nalgunha resolución que despois analizaremos se conclúe dese precepto que de darse as circunstancias procede o arquivo en todo caso, tal afirmación non se corresponde co texto legal, e máis ben parece que a conclusión é a contraria, é dicir, que procede como regra xeral a continuación ata xuízo. Así o artigo 640 advirte que tal decisión de arquivo procesual só procede respecto a quen «aparezcan indudablemente exentos de responsabilidad criminal», polo que resulta necesario continuar o xuízo noutro caso e determinar finalmente se procede ou non a aplicación da eximente que corresponda. Pero, ademais, se atendemos ao artigo 645 atopamos que se a acusación particular ou o Ministerio Fiscal pretenden soste a acusación o tribunal só pode denegala no caso do punto 2º do artigo 647 (que o feito non sexa constitutivo de delito) e non podería denegar a apertura por entender concorrente o suposto do punto 3º.

Dentro do Procedemento Abreviado hai que mencionar igualmente o artigo 746.5 LA-Crim que regula as causas de suspensión da vista, referindo como tal que algún dos procesados «enfermare repentinamente hasta el punto de que no pueda continuar tomando parte en el juicio» (por remisión ao punto anterior do mesmo artigo). Ortega Lorente entende que este artigo é fundamento para acordar a suspensión do proceso tamén unha vez aberto o xuízo oral nos mesmos termos que o artigo 383. Afirmando que, chegado 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».

No denominado **Procedemento Abreviado** atopamos o artigo 782, dentro do Capítulo IV (*De la preparación del Juicio Oral*) do Título II referido a este tipo procedimental.

A regra que achega está directamente vencellada coa aplicación das medidas de seguridade nos supostos nos que proceda. Parte da aplicabilidade das causas de sobresemento dos artigos 641 e 637 da mesma Lei, e, polo tanto, do mencionado punto terceiro do artigo 637. Agora ben inmediatamente advirte que nos supostos que menciona (1, 2, 3, 5 e 6 do artigo 20 Código Penal) o xuízo debe continuar cunha determinada finalidade: «la imposición de medidas de seguridad y del enjuiciamiento de la acción civil», se ben só «en los supuestos previstos en el Código Penal».

Da regulación dese artigo 782 advertimos que: *a)* non regula os supostos de incapacidade sobrevida, nos que semella sería aplicábel o artigo 383; *b)* nos de incapacidade relacionada con causa de inimputabilidade prevé expresamente a continuación ata xuízo para a finalidade indicada.

En resumo, se atendemos só aos texto da LACrim atopamos que en caso de que as circunstancias aparezan con posterioridade ao feito resultaría aplicábel o artigo 383, é dicir: arquivo do procedemento e aplicación das medidas de seguridade previstas para supostos de inimputabilidade. En caso de que concorran cos feitos (e, engadimos, que determinen a valoración de imputabilidade) procedería, no caso do Sumario continuar salvo indudábel ausencia de responsabilidade penal, e, no caso do Abreviado, continuar ata xuízo para decidir a aplicabilidade de medidas de seguridade e dirimir o exercicio de accións civís.

Como observamos anteriormente, a regulación legal que contempla a Lei de Axuizamento Criminal parte de diferenciar o suposto de que a situación concorrera no momento no que se afirma producíronse os feitos dos que é acusada a persoa dos suposto no que aparece posteriormente.

O artigo 383 presenta dous problemas básicos, un por defecto e outro por exceso. Por defecto por considerar só a situación de quen no momento dos feitos fora capaz (letra *b* dos supostos referidos anteriormente), co que parece indicar que se xa concorría a situación (ou mellor tamén concorría) no momento de producirse os feitos debe celebrarse xuízo. Por exceso por prever a imposición de medidas de seguridade contempladas no Código Penal a unha persoa non declarada culpábel por tribunal penal algún, xa que a causa quedou arquivada, é dicir por contemplar medidas predelictuais de dubidosa constitucionalidade.

Pero, no caso de concorrencia no momento dos feitos, atopamos que as previsións legais (647 e 782 LACrim) contemplan a celebración de xuízo contra unha persoa que pode ser incapaz de comprender o mesmo, o que introduce igualmente dúbidas de constitucionalidade sobre a posibilidade real e efectiva de exercitar os dereitos de defensa e demais vinculados a un proceso xusto.

3. Tribunal Supremo

Como imos comprobar nas sucesivas respostas que ten dado o Tribunal Supremo ao problema que nos ocupa, estas teñen variado e aínda non podemos atopar unha resposta unívoca.

Ante unha situación na que a persoa acusada padece unha situación que lle impide comprender o desenvolvemento do proceso, o Tribunal Supremo cuestiónase se é posíbel a celebración da xuízo e, caso de non selo, se procede a aplicación de medidas de seguridade.

Podemos mencionar antigamente na Sentenza da Sala Segunda de 18 de maio de 1927 un suposto no que o Tribunal Supremo acordou a anulación dun xuízo por terse celebrado con persoa absolutamente incapaz de comprender o desenvolvemento do mesmo, se ben, naquel caso, acordou a aplicación de internamento do acusado⁴. É de destacar desa sentenza a sensibilidade con que afronta as esixencias do dereito 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».

Máis recentemente son cinco as resolucións de maior interese.

3.1. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE ABRIL DE 1993 (RELATOR: JOSÉ ANTONIO MARTÍN PALLÍN)

No caso tratábase da influencia de enfermidade *con posterioridade aos feitos* —personalidade paranóica con delirio sistematizado no momento da vista, se ben os forenses na data de xuízo afirmaron que non se atopaba en «estado de demencia»(sic)—. A sentenza contou cun voto particular.

A opinión maioritaria afirma, primeiro, que non procede celebrar xuízo nesas circunstancias. Argumenta que os principios básicos sobre centralidade do dereito de defensa, e a diferenza do mesmo co dereito de asistencia letrada, fan que un xuízo nesas circunstancias viole a igualdade de armas provocando efectiva indefensión, dando especial importancia á participación directa da persoa acusada no xuízo. A sentenza sen embargo, sen maior explicación na súa fundamentación, concluíu no Decido anulando a sentenza e as actuacións ata o inicio da vista, e ordenando que se acordaran as medidas do artigo 383 LACrim literalmente, é dicir: aplicación de medidas de seguridade sen celebración de xuízo (en concreto: casa e anula a sentenza «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 sentenza contou cun **voto particular** do maxistrado Enrique Bacigalupo Zapater no que defendía que procedía a celebración de xuízo como presuposto indispensábel para a aplicación de medidas de seguridade. O voto particular entende que a interpretación que fai a maioría do artigo 383 LACrim sería inconstitucional ao prever unha medida penal (esa natureza tiñan as previstas no artigo 8 CP vixente e teñen as actuais dos artigos 101 e ss) contra persoa non condenada en proceso xusto. Afirmo que o propio artigo 383 LACrim prescribe a aplicación de medidas aos que «ejecutan el hecho en estado de demencia». Pero poder afirmar que unha persoa executou un feito require da celebración de xuízo, e a aplicación de medidas require acreditar dúas circunstancias: «que el acusado es el autor de una acción típica y antijurídica y que presenta la peligrosidad que justifica la medida». Entende ese voto particular que o artigo 383 LACrim esixe a adopción de medi-

4. Mencionada en Grima Lizandra.

das durante a instrución pero só será constitucional se, despois delas, é **remitida a causa para celebración de xuízo no que se condene ou absolva ao procesado.**

3.2. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO 1513/97, DE 4 DE DECEMBRO (RELATOR: EDUARDO MÓNER MUÑOZ)

No suposto acusábase de *ter cometido o feito en estado de enaxenación mental, seguindo o acusado nesa situación*. A Audiencia Provincial, ante a imposibilidade física do acusado de acudir ás sesións de xuízo oral, acordou o arquivo das actuación e o alzamento de todas as medidas acordadas contra el remitindo ás vías civís de protección. O Ministerio Fiscal recorreu o auto. A Audiencia afirmara que o Ministerio Fiscal non presentara acusación, o que non era certo en canto si se presentara escrito de acusación pero previndo a aplicación de eximente de alteración mental e solicitando a absolución e aplicación de medida de seguridade.

O Tribunal Supremo só analiza o suposto de comisión do feito en estado de enaxenación mental. Aprecia o Tribunal contradición entre o artigo 637.3º LACrim (que prevé o sobresemento da causa) e as anteriores redaccións do art. 8 CP (que prevé a imposición de medidas penais previo xuízo), advertindo que o art. 20.1º e 101 CP na actual regulación teñen similar regulación.

Entende que debe celebrarse xuízo e aplicar as medidas tras sentenza, salvo excepcionalmente («casos de insolita excepción» afirma) que non sexa posíbel: «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 feito, no caso, conclúe anulando o auto e ordenando á Audiencia que decida se é posíbel a celebración de xuízo ou, de non selo, adopte medidas de seguridade sen chegar a celebrar xuízo. Non aclara en que supostos entende que non se podería celebrar o xuízo.

3.3. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO DE 23 DE XULLO DE 2004 (STS 971/2004) (RELATOR: JOSÉ MANUEL MAZA MARTÍN)⁵

No suposto o condenado en instancia (neste caso pola Audiencia Nacional) padecía esquizofrenia paranoide con alucinacións e ideas delirantes *tanto no momento de cometer os feitos como ao longo do xuízo*, tendo sido con anterioridade ao xuízo declarado xudicialmente incapaz en proceso civil. Na instrución acordouse o internamento do acusado sen tomarlle declaración en ningún momento.

A defensa no recurso de casación alega, no que aquí interesa, que foran vulnerados os dereitos de defensa, a un proceso con todas as garantías, a ser oído (de feito non o fora durante a instrución) e a coñecer da acusación.

A sentenza rexeitou o recurso referindo expresamente o seu apoio ao voto particular da mencionada de 1993. Analiza primeiro a irregularidade de non terlle tomado declaración ao procesado na instrución rexeitando que sexa motivo de casación por non ter causado indefensión. Inmediatamente entra na alegación sobre a propia posibilidade de celebración de xuízo con quen non tería capacidade para participar no mesmo. O recorrente reclamaba a aplicación do artigo 383 LACrim.

5. Sentenza comentada por Javier HERNÁNDEZ GARCÍA no n.º 76 RPJ referida na bibliografía.

Recoñecendo a existencia dunha situación complexa e precisada de ponderación, a sentenza afirma que o **artigo 383 LACrim non se pode aplicar en ningún caso** pois a imposición de medida de seguridade require necesariamente sentenza (artigo 3.1 CP) que declare probados os requisitos para esas medidas e os tempos das mesmas (art. 95 e 101 CP). Lembrando igualmente a derogación pola Disposición Derrogatoria do Código de 1995 da Ley 16/1970, de 4 de Agosto, sobre Peligrosidad y Rehabilitación social, e con ela da posibilidade de aplicación de medidas predelituais.

A ese argumento engade un referido á mellor protección da persoa que padece a incapacidade, pois indica que é máis tutelador dos seus intereses o proceso penal e 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 a celebración de xuízo penal, reiterando inmediatamente que o carácter ineludible da aplicación da medida responde a dous intereses: o terapéutico e a defensa da sociedade: «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 no caso concreto afirma que non existía ese problema pois entende acreditado que o acusado estaba en disposición de celebrar o xuízo, segundo os informes forenses que constaban na causa.

No referido ao mesmo caso e durante a instrución a representación do finalmente condenado recorreu en amparo as decisións do instrutor de proceder ao seu internamento e ao seu procesamento. Ese recurso deu lugar a **Sentenza do Tribunal Constitucional 191/2004** de 2 de novembro. Alegouse que se producira indefensión ao non ter oído ao procesado sobre o que se decidía o internamento antes de decidir tanto aquel internamento como este procesamento. O Tribunal Constitucional rexeitou o amparo afirmando que a non audiencia constituía unha irregularidade pero nada tería aportado ter escoitado directamente ao procesado dada a súa situación. Igualmente considera improcedente o arquivo polo instrutor, afirmando que non procedía o sobreseimento en tanto non concluíra o sumario, entendendo que ese arquivo con fundamento no artigo 637.3 LACrim sería posteriormente inevitable⁶.

6. Sobre esta Sentenza manifesta 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 inculpaado 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 inculpaado carece de consecuencias materiales de indefensión, pues el proceso, atendidas las circunstancias personales del inculpaado, debía ir abocado a la crisis anticipada, sin necesidad, por tanto, de sometimiento al acto del juicio oral.

Para el Tribunal Constitucional, el hecho de que la crisis no se hubiera ordenado al momento de la interposición del recurso de amparo, dependía exclusivamente de la propia estructura del procedimiento seguido que impedía al órgano instructor ordenar el sobreseimiento previsto en el artículo 637.3 LECrim. El Alto Tribunal no sólo no se plantea la necesidad de juicio oral como condición procesal para la imposición de medidas de seguridad, sino que, además, en un exceso argumentativo evidente, considera aplicable, suponemos que por un criterio analógico *a certiori*, pues no precisa la razón aplicativa concurrente, lo previsto en el artículo 383 LECrim, que previene la crisis anticipada del proceso cuando la persona sometida al mismo deviene en estado de demencia una vez incoado aquel».

3.4. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO DE 14 DE XUÑO DE 2006 (RELATOR: JUAN RAMÓN BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE)⁷

Neste caso declarouse probado en instancia que, pese a padecer esquizofrenia paranoide, o acusado *cometeu os feitos sen afección por esa enfermidade*. Ao mesmo tempo, constaba na causa que o mesmo seguira padecendo esa enfermidade sendo declarado incapaz por sentenza posterior aos feitos e anterior ao xuízo oral. Os médicos forenses na data de xuízo manifestaron «la absoluta incapacidad del acusado para la celebración de juicio».

O Tribunal Supremo comeza por estimar o recurso incluíndo na declaración de feitos esa incapacidade no momento do xuízo.

Partindo desa situación afirma que non estamos ante o mesmo suposto que a recen mencionada sentenza de 23 de xullo de 2004 pois nesta última, como vimos, o acusado no momento do xuízo si tiña esa capacidade⁸.

Rexeitando, sen dicilo, a decisión de 2004, agora afirma que a tese correcta é a maioritaria da sentenza de 1993 xa analizada, non procede celebrar xuízo.

Concretamente, tras analizar anteriores resolucións, finalmente, no fundamento quinto analiza o suposto. Parte dunha 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 é obriga esencial dos tribunais evitar toda indefensión. Inmediatamente explica, con citas do Tribunal Europeo de Dereitos Humanos, como a asistencia letrada non substitúe ao dereito 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 no dereito á última palabra.

Conclúe, polo tanto, que mentres permaneza esa situación o que procede é o arquivo da causa e o control polo tribunal da evolución, reanudando o xuízo só se varían esas circunstancias e, en caso contrario, abandonando toda actuación penal e deixando actuar ás medidas civís que, neste caso, xa foran acordadas no proceso desa xurisdición de incapacidade. Non aclara a sentenza qué medidas e durante qué tempo deberá adoptar o tribunal penal pero parece que deberían ser automáticas ao dispor, no caso concreto, de informes bastantes para esa decisión.

3.5. SENTENZA DO TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2010 (RELATOR: ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA)

No caso concreto no momento dos feitos non existía afección de capacidades pero esta alegábase como *aparecida posteriormente*. A defensa solicitara da Audiencia Provincial a

7. Sentenza comentada por Javier HERNÁNDEZ GARCÍA no n.º 86 RPJ mencionado na xurisprudencia.

8. Esquece que nesa sentenza as afirmacións non se refiren ao caso concreto, senón pola contra fanse con carácter xeral, e que os argumentos que afirma agora son radicalmente contrarios aos defendidos na de 2004.

aplicación do artigo 383 LACrim con arquivo da causa. A Audiencia rexeitou a petición afirmando que a petición foi extemporánea e que, de ser certa a base alegada sobre incapacidade, procedería a aplicación do artigo pero no caso non se daba ese requisito pois o acusado si tiña capacidade.

O Tribunal Supremo afirma na sentenza que discrepa da Audiencia na consideración de que a petición fora extemporánea (pois o 383 non determina prazo) pero confirma que non se daba o presuposto de feito e si concorría capacidade dabondo para a celebración do xuízo, como certificara categoricamente o informe forense. Pese a que esa afirmación xa faría innecesaria a continuación do argumento, a sentenza afirma que non comparte a aplicabilidade do artigo 383 que afirmara a Audiencia Provincial.

O Tribunal Supremo constata o dilema da confluencia de dúas afirmacións:

1. Non cabe a aplicación de medidas de seguridade sen sentenza tras xuízo (novamente remitindo aos artigos 1.2, 3.1, 21.1 e 101 CP), reproducindo a STS do ano 2004 mencionada; e
2. Non cabe xuízo contra quen non pode comprender o mesmo por afectar tanto ao dereito de defensa como ás garantías de un xuízo xusto: «acordar la celebración del juicio contra quien no es capaz de entender lo que en el 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», reproducindo argumento da de 2006 tamén analizada antes e aínda que non a menciona expresamente.

Entende o Tribunal que procede harmonizar esas dúas esixencias pero, pese a proclamar en dúas ocasións esa necesidade, non extrae consecuencia algunha nin no caso nin con carácter xeral.

RESUMO POSICIÓN

Se observamos as anteriores sentenzas atopamos que o Tribunal Supremo ten defendido ata o momento dúas respostas que parten de premisas distintas e chegan a solucións contraditorias. Esquemáticamente expostas serían:

Non é posíbel celebrar xuízo contra persoa que non teña capacidade procesual, procedendo ao arquivo do proceso.

Esta afirmación foi sostida pola opinión maioritaria na sentenza de 1993 mencionada e reiterada, con maior detalle nos argumentos, na de 2006. Do mesmo xeito se manifestou a sentenza de 1997 se ben resaltando o excepcional que debía ser a situación para chegar á conclusión da imposibilidade de celebración.

Dentro desta posición, sen embargo, déronse polo alto Tribunal dúas respostas diferentes unha vez acordado o sobeseamento. No ano 1993 optouse pola aplicación literal do artigo 383 LACrim, é dicir, aplicación de medidas de seguridade ao procesado. No ano 2006 advertiuse que non procedía aplicar medidas de seguridade sen sentenza, polo que, constatada a imposibilidade, remitiu á vía civil para a adopción de medidas.

Non é posíbel aplicar medidas de seguridade sen sentenza, polo que é precisa a celebración de xuízo.

Así se manifestou o Voto Particular do ano 1993 mencionado e é recollido de novo pola sentenza de 2004, partindo dunha afirmación complementaria: é precisa a aplicación de medidas de seguridade tanto para unha mellor defensa da sociedade ante quen demostrou ser perigoso como para a mellor protección da propia persoa e dos seus dereitos.

A sentenza do ano 2010 ven a contrastar esas dúas afirmacións, recoñecendo a necesidade de harmonizar o respecto polas cuestións que ambas presentan pero sen extraer conclusión algunha delas.

4. ¿Pode someterse a xuízo a quen carece de capacidade procesual?

A situación da persoa incapaz no proceso penal é dende logo unha situación problemática que ata o momento non atopa resposta satisfactoria na regulación legal.

Se extraemos do ata agora afirmado as argumentacións fundamentais das diversas posicións podemos afirmar que a posición que defende a procedencia de celebrar xuízo pese a concorrencia de causa de incapacidade argumenta con dous fundamentos: *a)* a imposibilidade de aplicar medida de seguridade algunha sen previa celebración de xuízo no que se acredite a autoría e procedencia das medidas, e *b)* a necesidade de adopción das medidas de seguridade.

Nada podemos obxectar no referido á primeira afirmación. **As medidas de seguridade como medidas penais esixen para a súa aplicación a previa celebración de xuízo** que conclúa con sentenza na que se determinen os feitos, a autoría dos mesmos, e a concorrencia dos requisitos para aplicación da medida correspondente. Os artigos xa mencionados do Código Penal (1.2, 3.2, 95 e 101 CP) non deixan dúbida sobre este extremo. Ademais da esixencia legal, sería máis prexudicial para a persoa ser sometida a esas medidas sen xuízo no que se determinara se efectivamente participou nos feitos, é responsábel e procede a aplicación das medidas previstas.

Afirmado que é necesaria sentenza (e polo tanto celebración de xuízo) para aplicar ás medidas penais de seguridade, afirmase que a aplicación desas medidas tamén é necesaria. Sen embargo, discrepamos de tal afirmación: **as medidas penais de seguridade non son de necesaria aplicación.**

En primeiro lugar, o problema débese situar no momento de apertura de xuízo oral, polo que, **nese momento, non se pode partir de que resultará necesario adoptar medidas pois o procesado (ou imputado) debe ser considerado a todos os efectos non autor dos feitos.** Polo tanto, non podemos compartir que se dea unha solución a ese momento partindo de que as medidas resultarán necesarias por terse posto de manifesto a perigosidade por ter cometido un feito delituoso, pois precisamente hai que decidir se procede apertura de xuízo para chegar a esa conclusión⁹.

9. No mesmo sentido GRIMA LIZANDRA analizando a sentenza 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 anti-jurídico, y si el acusado autor “necesita” (por su peligrosidad) la imposición de una medida de seguridad».

En segundo lugar, arguméntase que a situación posta de manifesto determina que se-
xan precisas medidas tanto para tutelar á persoa afectada como para defender o interese
social en control de quen ten cometido os feitos. Xa fóra de que tal afirmación implica xa
considerar á persoa autora dos feitos, discutimos esta segunda consideración.

Existen medidas de carácter civil para a tutela desa persoa e, incluso, para acordar o
seu internamento. Medidas que se adoptan nun proceso respectuoso dos seus dereitos.
A Lei de Axuizamento civil no artigo 763 regula ese proceso tendo por fundamento a
tutela desa persoa sen esquecer o posíbel perigo que poda representar para os demais.
Sen necesidade de declarar á persoa autora de feitos delituosos, estamos ante un proceso
xudicial, con presenza de Ministerio Fiscal e garantías procesuais propias, permitindo á
persoa afectada contar con asistencia letrada (art. 763,3 LAC). Existindo esa posibilidade,
non compartimos que para a súa maior protección debamos someter a unha persoa a un
proceso penal no que non pode realmente participar.

O **interese social** en actuar ante quen poida resultar perigoso pode ser lexítimo, sen
embargo, na ponderación da posíbel reacción do Estado, **non xustifica o sacrificio dos
dereitos fundamentais vinculados ao proceso**. Primeiramente por que só tras un proceso
con todas as garantías (con singular importancia do dereito de defensa) poderá afirmarse
que o interese social reclama algunha actuación. Eses dereitos fundamentais son precisa-
mente os que dan lexitimidade á resposta do proceso penal. Segundo, remitindo ao antes
afirmado, o Estado conta con outras medidas (como o internamento involuntario previsto
no artigo 763 LAC) que lle permiten obter un resultado semellante sen ter que afirmar a
comisión de feitos delituosos nun proceso penal que se debe recoñecer, cando menos, de
dubidosa lexitimidade pola posición ocupada pola persoa acusada.

A pregunta, polo tanto, entendemos que queda cinguida a se a protección deses intere-
ses xustifican a restrición de dereitos fundamentais da persoa sometida ao proceso. Para
responder debemos cuestionarnos qué dereitos e en qué medida son restrinxidos nestas
situacións.

Dende esta perspectiva, o problema é idéntico tanto no caso de que as circunstancias
aparezan no momento en que se afirma executou os feitos, como no caso de que aparezan
posteriormente. O problema así observado é se a persoa pode ser sometida a proceso
penal, e, nesa análise, resulta indiferente se era ou non imputábel. Recorda GRIMA LI-
ZANDRA (2010) a resolución no caso do Dereito Italiano: «Así lo entendió la Corte Cons-
titucional 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
entrecomillado porque se debe aplicar también a los casos en que esa enfermedad no es
“sobrevvenida al hecho”».

INCAPACIDADE, PROCESO PENAL E DEREITOS FUNDAMENTAIS

Para dar resposta ao anterior debemos cuestionarnos se unha persoa afectada por
unha incapacidade como a que nos serve de presuposto ve afectados os seus dereitos
fundamentais, en qué medida e se son posíbeis fórmulas que eviten a eventual lesión dos
mesmos.

Dende unha concepción democrática do proceso penal, a **persoa sometida ao proceso**, en calquera das súas fases, debe ser considerada un actor do mesmo, un **suxeito activo** que ostenta o dereito de defensa no seu sentido máis pleno. Esta consideración da persoa acusada en calquera das fases do proceso como suxeito de dereitos, ten por consecuencia obrigada o recoñecemento do dereito de defensa en sentido amplo, que ten sido resumido tradicionalmente como dereito de alegar, propor proba e participar na practica da admitida.

Unha vez máis cumpre recordar que esa esixencia pivota sobre unha concepción do ser humano como ser digno en si mesmo, que non pode ser instrumentalizado tampouco en defensa doutros intereses, como son os propios do *ius puniendi* do Estado. E igualmente, que a conformación do proceso penal como un proceso contradictorio (que esixe de dúas partes activas) é **unha esixencia tamén epistemolóxica**, pois só nese contraste de pretensións podemos augurar un mínimo de calidade do material fáctico produto do proceso penal. De tal xeito que a doutrina ten advertido que a posibilidade de contradición é unha esixencia do propio concepto de proceso, sen a que poderemos falar de aplicación de penas pero non de proceso penal.

A Constitución española no artigo 24, tras proscribir calquera tipo de indefensión, consagra un conxunto de dereitos directamente vinculados con esa idea: «Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario 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 refire o que é contido habitual dos tratados internacionais, sendo posíbel destacar o contido do artigo 6 do Convenio Europeo de Dereitos Humanos que establece:

Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:

- a) 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;
- b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa;
- c) 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;
- d) 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;
- e) a ser asistido gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

Destacamos os anteriores preceptos porque neles queda definida claramente unha posición activa da persoa sometida a proceso penal que non se cingue nin a estar presente nin a que os demais suxeitos respecten unhas normas, senón que presupón que ela mesma é titular de dereitos e exercente principal dos mesmos.

Así, o dereito de defensa que menciona en primeiro lugar o precepto constitucional supón a **posibilidade de ser oído**, non como unha declaración que constituía medio de proba a disposición do tribunal ou das partes, senón fundamentalmente **como un medio**

de defensa¹⁰. Para que ese dereito poida existir, a persoa debe ter a **capacidade de comprensión básica dos feitos dos que é acusada, do sentido dos actos procesuais nos que participa e das posibles consecuencias dos mesmos**. Igualmente, ten que ter capacidade para **decidir autonomamente o sentido da súa declaración**, en relación co exercicio da súa defensa, comezando por decidir se declara ou non, non chegando con verificar que pode entender aparentemente o contido das preguntas e elaborar un discurso aparente. Así, o Convenio refire como dereito o de ter tempo para preparar a propia defensa, dereito, como veremos, diferente ao de asistencia letrada, e que ten por antecedente que teña capacidade de comprensión da transcendencia desa actuación defensiva. Como resume con acerto 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 carecería, en la práctica de todo contenido efectivo».

Tamén, en realidade como condición do resto, o exercicio do dereito de defensa require **coñecer a acusación que se dirixe contra esa persoa**. Expresamente o recolle o artigo 24 CE como a letra a do art. 6 do Convenio, que require que esa información se produza «en una lengua que comprenda y detalladamente». Unha persoa sen capacidade de comprensión dos feitos e de «la naturaleza y de la causa de la acusación» (o que vai máis aló que un relato fáctico), non se pode afirmar que vexa salvagardado ese dereito. A letra e) do mesmo artigo 6 do Convenio reforza a idea de que a presenza da persoa acusada, incluso, segundo veremos, asistida tecnicamente, non obvia a necesidade de que coñeza en todo momento o contido dos actos procesuais para o que se prevé o nomeamento de intérprete. Como recorda GRIMA LIZANDRA (2010), así o ten manifestado o propio Tribunal Europeo de Dereitos Humanos no caso Caso Pelissier y Sassi e a Sentenza do Tribunal Constitucional 19/2000, de 31 de xaneiro (FJ 4) con cita doutras anteriores: non se pode exercer unha defensa eficaz se non se sabe (o non se pode entender) de qué hai que defenderse.

Pero non só existe o dereito a ser oído (nas diversas declaracións ou no exercicio do dereito á última palabra) e recibir información, senón tamén a que o proceso sexa contradictorio e con respecto ao dereito de defensa. Tal dereito ten espazos propios tanto na instrución como no propio xuízo oral e implica a posibilidade de **procurar fontes de proba, propor medios de proba e participar na súa práctica**. Ata o punto de que o Convenio fala de defenderse por si mesmo e tamén de interrogar ás testemuñas. Así na xa mencionada sentenza do Tribunal Constitucional 19/2000 lembraba a importancia da presenza do acusado en xuízo: «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

10. 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”».

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)»¹¹. María POZA CISNEROS lembra que a esixencia de presenza da persoa acusada debe relacionarse non só coa presenza física, senón coa posibilidade real de exercer dereitos: «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 resumo o dereito de defensa supón que a persoa adopta unha serie de decisións racionais, valorando as opcións para a súa defensa e atendendo aos consellos técnicos do letrado. Presupón como requisito unha mínima capacidade intelectual para comprender as decisións que debe adoptar e a transcendencia das mesmas¹².

A nosa mesma **Lei de Axuizamento Criminal** regula diversos supostos nos que se contempla a participación directa da persoa encausada. Así, podemos recoller as seguintes mencións da STS de 14 de xuño de 2006: «Así, por exemplo, 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 ten o exercicio do **dereito á última palabra**, precisamente como manifestación dun espazo de autodefensa que non se pode equiparar nin á declaración como contestación a un interrogatorio nin ás alegacións do asistente técnico. De xeito miúdo analiza María POZA CISNEROS a importancia deste dereito partindo da que teñen en xeral eses espazos

11. É certo que pese a esas consideracións é posíbel en determinadas circunstancias o xuízo en ausencia da persoa acusada o que ten levado a afirmar que o caso que analizamos (persoa incapaz) sería equiparábel a eses supostos. Sen embargo, entendemos que non se pode equiparar a resposta a unha decisión consciente de ausencia por parte de quen é acusado (pois os requisitos pretenden asegurar que esa é a orixe da ausencia), coa imposibilidade allea á vontade da persoa de comprender o propio proceso.

12. Novamente GRIMA LIZANDRA indica: «En este sentido se dice (Freedman) que la capacidad de autodefensa exige las 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 o parte de él; (iv) elegir entre diferentes opciones; (v) valorar las consecuencias, positivas y negativas, de las distintas opciones; (vi) poner en marcha el proceso elegido hacia la solución del 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, o se conocieran nuevos datos o si cambiara el contexto».

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 E AUTODEFENSA

Chegados a este punto, pode alegarse que chegaría con prover á persoa acusada de defensa técnica mediante letrado para salvagarda dos seus dereitos.

Non podemos aceptar esa posibilidade. En primeiro lugar, como xa dixemos, existen unha serie de **dereitos que se prevé sexan exercitados directamente pola propia persoa acusada**. Ela, e non o seu letrado, é a que debe recibir a información sobre a acusación, así como ela é a titular dos dereitos de participación activa aos que fixemos referencia. O letrado ten por función asesorar nesa defensa, non decidir autonomamente a mesma. En primeiro lugar por ser a persoa a titular dos dereitos, pero tamén por unha cuestión de eficacia, pois é esa persoa a que pode coñecer as fontes de proba para a preparación da súa defensa.

O artigo 24 CE diferencia ambos dereitos, mencionando de xeito separado e sucesivo os dereitos de defensa e de asistencia letrada, como tamén se pode deducir dos artigos 14.3.d) do Pacto Internacional de dereitos civís e políticos de Nova York e 6.3.c do Convenio de Roma.

O **Tribunal Constitucional** xa ten advertido que a previsión da defensa técnica non é contraria ao espazo autónomo do dereito de autodefensa, sen que aquela defensa técnica poda ser servir para negar a titularidade do dereito de defensa na propia persoa acusada. Podemos mencionar a STC 91/2000, de 30 de marzo, cando afirma, no fundamento 13:

Se pone así de manifesto 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.

A autodefensa, consistente tamén en dirixir a actuación técnica do letrado, non queda nin subsanada nin suplida pola concorrencia dun letrado. De feito, o artigo 6.3.c do Convenio de Roma contempla como un dereito da persoa acusada ter tempo para preparar, ela e non outra persoa, a súa defensa. Igualmente a defensa técnica presupón a posibilidade de que quen é asesorado polo letrado coopere con este. Así recorda GRIMA LIZANDRA a xurisprudencia do 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 a posibilidade de confundir a posíbel asistencia tuitiva da persoa incapaz (en sentido xurídico penal) coa asistencia técnica. Un dos primeiros contidos do dereito de defensa é o de designar letrado, e decidir se se require o nomeamento dun da quenda de oficio ou se designa un letrado de confianza. Só en supostos excepcionais, e aínda así con cautelas, queda permitida a imposición dun letrado de oficio.

¿Cómo pode o letrado protexer ao presunto incapaz, se unha das primeiras funcións de toda persoa acusada sería elixir letrado e controlar a actuación do mesmo? ¿Cómo pode o letrado exercer como tal, se a persoa non está en condicións de consentir nun contrato de arrendamento de servizos propio da asistencia técnica?. É dicir, se o dereito de defensa iníciase coa elección de letrado, e non se teñen condicións para a mesma, non se pode dicir que a asistencia de letrado designado de oficio salva ese dereito que xa non se puido exercer.

Rexeita igualmente HERNÁNDEZ GARCÍA (2004) esa suplencia polo letrado ao 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», se ben, como veremos inmediatamente avogaba nese caso pola chamada do representante legal do xa incapaz ou designación de defensor xudicial de non existir aquel.

OUTRAS FORMAS DE COMPLEMENTO DA CAPACIDADE

Aínda que inicialmente afirmamos o carácter casuístico das afeccións á capacidade da persoa, a efectos do presente artigo temos partido da situación de feito dunha incapacidade absoluta que impida o exercicio dos dereitos que vimos enumerando. Agora ben, non é menos certo que as diversidades do caso concreto poden determinar que a afección sexa só parcial ou aminore pero non elimine as facultades da persoa¹³. Nestes casos entende-

13. Así ORTEGA LORENTE reserva esta posibilidade para supostos nos que a situación non determine a imposibilidade de celebración de xuízo, e analiza a posibilidade de nomeamento de defensor advertindo da necesidade de harmonizar o exercicio eficaz do dereito de defensa co respecto da persoa acusada, que pode incluso, recorda, sentirse agraviado con esa medida. É interesante como advirte este autor que, caso de persoa xa declarada incapaz, a non comunicación ao titor da existencia do proceso penal pode determinar a nulidade do atuado.

mos que cabería estudar acudir a remedios de complemento de capacidade en que, en troques de substituír completamente a vontade da persoa, esta fora complementada por outra con figuras como o defensor xudicial ou o curador.

Nun sentido parecido pronunciouse o TEDH na Sentenza de 30 de xaneiro de 2001, *Caso Vaudelle contra Francia* na que afirmou:

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.

Desta sentenza podemos destacar a afirmación de que non adoptar medida algunha viola os dereitos recoñecidos na convención á persoa, pero, ao mesmo tempo que cabe chegar a celebrar o xuízo adoptando esas medidas.

Esta posibilidade só a deixamos apuntada como opción sen poder profundizar en qué supostos cabería acudir a unha medidas de complemento da capacidade. Iso dende logo sen deixar de recoñecer o carácter problemático da mesma pois a maioría dos dereitos indicados afectan directamente á persoa e sería precisa unha regulación clara sobre os límites desa intervención. Apuntar que esta opción é defendida con máis detalle por Javier HERNÁNDEZ GARCÍA (2004) ao 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 manifiéstase sen embargo María POZA CISNEROS ao considerar que os actos propios do proceso penal terían a característica de actos persoalísimos: «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 1ª, de 29.4.09, con cita de la STC 154/2002). Otros sistemas, sin embargo, admiten o imponen fórmulas mixtas de “asistencia/representación”».

5. Conclusión

A análise do estatuto da persoa con problemas de capacidade procesual no proceso penal debe deslindarse dos requisitos para a aplicación de medidas de seguridade, pois é un problema previo á declaración da procedencia desas medidas que ten relación coa posibilidade mesma de celebración de xuízo.

A previsión de medidas de seguridade para supostos nos que se cometan os feitos en situacións que poden, ao mesmo tempo, determinar esa situación de incapacidade procesual, non é un argumento contrario ao afirmado. Seguen existindo supostos nos que concorrerá un problema de capacidade procesual e non de imputabilidade, ben por aparecer con posterioridade aos feitos, ben por non ter relación os problemas de capacidade cos determinantes dos feitos. Seguen, igualmente, existindo supostos nos que procederá apreciar causas de inimputabilidade (e aplicar medidas de seguridade) nos que esas circunstancias non determinarán unha situación de incapacidade.

Determinada a situación de incapacidade, o que se pon en cuestión e se é posíbel continuar o xuízo para proclamar a esa persoa autora duns feitos. Someter a xuízo a unha persoa nesas condicións impide o desenvolvemento dun proceso respectuoso tanto dos seus dereitos fundamentais como, precisamente por iso, dun verdadeiro proceso con contradición.

Non compartimos que sexa posíbel xustificar a celebración de xuízo na necesidade de aplicar medidas de seguridade penais. Non está acreditada a autoría, polo que non se pode afirmar que as medidas sexan ineludíbeis. Un proceso sen garantías non permitirá tampouco unha declaración de feitos probados lexitimada e de calidade na forma de obtención da propia declaración de feitos probados. A tutela da persoa non precisa dun proceso penal cando existen remedios civís para esa finalidade. O interese social en aplicar

medidas de contención nin ten como única resposta o proceso penal nin xustifica aceptar un proceso que limite desta forma dereitos fundamentais.

Acreditada a situación de incapacidade para seguir o proceso, entendemos que a única solución posíbel con respecto dos dereitos fundamentais da persoa acusada e dos principios do proceso penal democrático é decidir o arquivo das actuacións¹⁴, remitindo a información precisa ao Ministerio Fiscal para que actúe na vía civil para a adopción das medidas procedentes.

Son moitos os problemas que non podemos acordar neste artigo. Así, os mesmos argumentos que entendemos aconsellan non celebrar o xuízo aconsellarían non dirixir a instrución contra esa persoa, sen embargo, débese recoñecer a necesidade dalgunhas medidas como as dirixidas á salvagarda de fontes de proba ou incautación de efectos do delito; por outra banda as consecuencias deste arquivo non son idénticas ás dun arquivo libre. Igualmente, habería que determinar a natureza das probas diagnósticas e a forma de producirse as mesmas. Tamén cabe discutir qué medidas cautelares son aplicábeis a estas persoas. Estas entre outras moitas cuestións. En todo caso, aínda que equivoquemos a resposta, si parece que é hora de afrontar con maior sistematicidade e sensibilidade a posición no proceso penal de persoas en situación de clara vulnerabilidade. Esperemos que a tan anunciada e posposta reforma da Lei procesual afronte estas esixencias. ❀

Bibliografía

- GRIMA LIZANDRA, Vicente: «El derecho de defensa del imputado con graves anomalías psíquicas», *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, n.º 34/2010 (páxs. 67 a 84).
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier (dir.) e outros: «99 cuestiones básicas sobre la prueba en el proceso penal», concretamente pregunta 1 elaborada por María Poza Cisneros, *Manuales de Formación Continuada*, n.º 51. CGPJ, 2010.
- BACH FABREGÓ, Roser (dir.) e outros: «84 cuestiones sobre la dirección y la publicidad del juicio oral», concretamente, preguntas 44 e 45 (páxs. 198 a 204) elaboradas por José Manuel Ortega Lorente, *Cuadernos Digitales de Formación*. CGPJ, 2011.
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: «Inculcado inimputable y derecho a conocer la acusación y a participar en el proceso: una decisión difícil, excesivamente deferente con un marco legal insostenible (sentencia de 23 de julio de 2004, ponente Sr. Maza Martín)», en «Crónica de Jurisprudencia Penal», *Revista del Poder Judicial*, n.º 76. CGPJ, 2004 (páxs. 431 a 440).
- HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier: «Un esperado, y necesario, giro jurisprudencial en el tratamiento del inculcado enfermo mental en el proceso», en «Crónica de Jurisprudencia Penal», *Revista del Poder Judicial*, n.º 83, CGPJ, 2006 (páxs. 461 a 467).
- CARBONELL MATEU, J. C.; GÓMEZ COLOMER, J. L. e MENGUAL I LLUL, J. B.: *Enfermedad mental y delito. Aspectos psiquiátricos, penales y procesales*, Civitas, 1987.

14. ORTEGA manifestase no mesmo sentido relacionando tamén a causa de suspensión prevista no artigo 746.5 LACrim avogando pola suspensión do xuízo una vez verificada esa circunstancia no mesmo.