



Revista Brasileira de Direito Processual Penal

ISSN: 2359-3881

ISSN: 2525-510X

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

Martín-Ríos, Pilar

La necesidad de prever medidas cautelares ad hoc para los supuestos de discapacidad: un análisis crítico del Anteproyecto de LECrim 2020

Revista Brasileira de Direito Processual Penal, vol. 7, núm. 3, 2021, Septiembre-Diciembre, pp. 1751-1782

Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal

DOI: <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.616>

Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=673971150006>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en [redalyc.org](https://www.redalyc.org)

redalyc.org

Sistema de Información Científica Redalyc
Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal
Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto


La necesidad de prever medidas cautelares *ad hoc* para los supuestos de discapacidad: un análisis crítico del Anteproyecto de LECrim 2020

The need to provide ad hoc precautionary measures for cases of disability: a critical analysis of the Preliminary Draft of LECrim 2020

Pilar Martín-Ríos¹

Universidad de Sevilla, España

pilarmar@us.es

 <https://orcid.org/0000-0003-0324-3887>

RESUMEN: En el trabajo que se presenta se aborda una cuestión de indudable actualidad y relevancia: la aplicación de medidas cautelares penales a sujetos en quienes concurre una situación de discapacidad. El análisis de esta cuestión se enmarca en un contexto legislativo especialmente propicio para ello, pues la eventual aprobación del reciente Anteproyecto de LECrim podría suponer un cambio sustancial en esta materia. Pese a la general valoración favorable que dicha reforma pudiera merecer, en el presente estudio se subrayan diversos aspectos necesitados de revisión y se destacan distintos problemas que la regulación planteada puede propiciar. ¿Puede, en suma, concluirse que la norma proyectada colma suficientemente las expectativas depositadas a este respecto?

PALABRAS CLAVE: discapacidad; medidas cautelares; proceso penal; derechos fundamentales.

ABSTRACT: *In this paper we address a question of undoubted topicality and relevance: the application of criminal precautionary measures to subjects in*

¹ Profesora Titular de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla (España). Miembro de REDHITEC (Red de Iberoamericana de Investigadores sobre Administración de Justicia, Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos). Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla.

whom a situation of disability exists. The analysis of this issue is framed in a legislative context that is particularly conducive to this, since the recent Draft of LECrim could lead to a substantial change in this matter. Despite the general favorable assessment that this reform could deserve, this study highlights various aspects in need of review and different problems that the proposed regulation may lead to. In sum, can it be concluded that the projected norm sufficiently fulfills the expectations placed in this regard?

KEYWORDS: *disability; precautionary measures; criminal process; fundamental rights.*

CONTENIDO: Introducción; 1. Las medidas cautelares personales en el proceso penal; 1.1. Ideas previas; 1.2. Presupuestos para la adopción de medidas cautelares en el ámbito penal; 2. Adopción de medidas cautelares penales sobre personas con discapacidad; 2.1. La discapacidad del encausado en la LECrim de 1882; 2.2. La sustancial reforma prevista en el Anteproyecto de LECrim de 2020; a) La discapacidad en la LECrim: consecuencia del nuevo paradigma instaurado por la Ley 8/2021; b) Fundamento y alcance de la reforma; c) Adaptaciones del proceso penal; 3. Examen de las medidas cautelares para personas con discapacidad en el Anteproyecto de LECrim de 2020; 3.1. Ideas previas; 3.2. La detección de la situación de discapacidad y la adopción de medidas inmediatas y provisionales; 3.3. La detención preventiva; a) Condiciones para su adopción y para su práctica; b) ¿Es posible la detención incomunicada?; 3.4. La libertad provisional; 3.5. El internamiento cautelar en establecimiento especial: muchas luces y alguna sombra; 3.6. La prisión provisional de la persona en situación de discapacidad; 3.7. La medida cautelar de prisión atenuada; 3.8. La observación psiquiátrica para determinar las condiciones del encausado; Consideraciones finales; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Las necesidades de las personas con discapacidad que son víctimas de delitos son frecuente objeto de discusión científica. No sucede lo mismo con el examen de la situación en que se halla el victimario en quien concurre esa nota de discapacidad, cuestión que conformará el núcleo de nuestro estudio.

En España, la vigente norma procesal penal adolece de un defecto reseñable: la ausencia de previsión de medidas cautelares *ad hoc* para estos supuestos. El reciente Anteproyecto de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha venido, por fin, a abordar de forma decidida esta problemática². Sin embargo, ¿puede afirmarse que lo haya hecho de una manera plenamente satisfactoria?

1. LAS MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES EN EL PROCESO PENAL

1.1. IDEAS PREVIAS

A lo largo de la tramitación de un proceso penal -y, en ocasiones, incluso antes de que este comience- es frecuente que se adopten medidas cautelares. Sean de carácter personal o patrimonial, responden a una misma finalidad: garantizar la efectividad de la sentencia que se dicte.

Resulta lógico que la tutela cautelar no despierte tantos recelos -y, en consecuencia, suscite menor controversia- en el ámbito de la Justicia civil, dada la naturaleza de los intereses protegidos. En el marco del enjuiciamiento penal, en cambio, toda vez que las medidas cautelares personales que se pueden acordar constituyen una injerencia notable en los derechos de la persona afectada, es común encontrar posturas enfrentadas acerca de su justificación.

En el presente trabajo abordaremos el estudio de una específica clase de medida cautelar penal: las medidas personales. Estas, a diferencia de las reales o patrimoniales³, inciden -en mayor o menor medida- en la libertad ambulatoria de quien las soporta.

² Sí existe mayor previsión en cuanto a cuál ha de ser la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en estos casos. Al respecto, puede consultarse la Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual, publicada por el Ministerio del Interior español y accesible en:

<http://www.interior.gob.es/documents/642317/1201295/GuiaIntervencionC3%B3nPolicialPDiversi%C3%B3nweb.pdf/806b2414-8c6b-483a-a928-434daf3d5dc3>. Acceso en: 10 de septiembre de 2021.

³ Que recaen sobre el patrimonio de una persona.

1.2. PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN EL ÁMBITO PENAL

En la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante, LECrim) no se contempla ninguna norma general acerca de los presupuestos y requisitos que han de concurrir para establecer una medida cautelar penal. Se entienden exigibles, sin embargo, en virtud de la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC). Es al regular cada medida en concreto cuando la LECrim procede a determinar sus exigencias específicas.

Junto a aquellos requisitos particulares que puedan demandarse, habrán de concurrir, en todo caso, dos presupuestos: el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*⁴. Mientras que el primero de ellos se refiere a la existencia de una base racional que permita sostener -al menos, en una primera aproximación- que el delito en cuestión ha sido cometido por la persona a quien pretende imponerse la medida, el segundo representa el riesgo que la mora procesal (entendida como el lapso de tiempo que media desde el inicio hasta la finalización del proceso) puede comportar respecto a la eficacia de la resolución final que en él se dicte. En ese período temporal, “pueden realizarse acciones o acontecer hechos naturales que imposibiliten o dificulten la efectividad práctica de dicha resolución principal”⁵. Cada uno de estos presupuestos presenta perfiles particulares en las distintas medidas cautelares.

Al margen de lo anterior, es evidente que el respeto al derecho a la presunción de inocencia que caracteriza al proceso penal⁶ tiene como consecuencia que, en este ámbito, deba actuarse con especial prudencia. Es por ello que la adopción de cualquier medida cautelar tiene que venir presidida por la ponderación de dos principios: el de excepcionalidad⁷ y

⁴ Vid., sobre esta cuestión, PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madrid: Marcial Pons, 2008, pp. 110 y 111.

⁵ Vid. ORTELLS RAMOS, Manuel. Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, p. 475.

⁶ Vid. LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio. *Diario La Ley*, 8 de julio de 2013, p. 2 de la edición digital.

⁷ Vid. las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 26 de junio de 1991, “caso Letellier contra Francia” (nº. 12369/86) y de 27

el de proporcionalidad⁸. Por supuesto, la discapacidad no ha de justificar nunca una privación de libertad⁹.

Del mismo modo, se debe ser consciente de que la peligrosidad “personal”¹⁰ tampoco puede legitimar dicha privación de libertad, sino que será aquella “procesal” -vinculada a la existencia de riesgos relevantes para el proceso- la que lo justifique¹¹.

2. ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES PENALES SOBRE PERSONAS CON DISCAPACIDAD

2.1 LA DISCAPACIDAD DEL ENCAUSADO EN LA *LECRIM DE 1882*

La vigente *LECRim* -que data de 1882- no hace uso del término “persona con discapacidad” ni, tampoco, del de “inimputable”. Se limita

de agosto de 1992, “caso Tomasi contra Francia” n.º. 12850/87), accesibles en <https://hudoc.echr.coe.int/>. Acceso en: 10 de septiembre de 2021.

⁸ Vid. sentencias del Tribunal Constitucional (STC) 158/1996, de 15 de octubre, 56/1997, de 17 de marzo; 14/2000, de 17 de enero, y 169/2001, de 16 de julio, entre otras muchas.

⁹ Como insiste la Convención de Nueva York en su artículo 14.1 b). Cfr., igualmente, la *Circular 2/2017, de 6 de julio, de la Fiscalía General del Estado sobre el ingreso no voluntario urgente por razón de trastorno psíquico en centros residenciales para personas mayores*, así como QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia. Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad. Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability_sp.doc. Acceso en: 11 de septiembre de 2021. Vid., asimismo, MIKONWITZ, Tina. Why Mental Health Laws Contravene the CRPD – An Application of Article 14 with Implications for the Obligations of States Parties, 2011. Disponible en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1928600>. Acceso en: 11 de septiembre de 2021.

¹⁰ Que es en la que se basaba el Código Penal (en adelante, CP) de 1870 cuando contemplaba la reclusión en estos casos.

¹¹ Vid., en este sentido, LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos. Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal. In: *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial. I-2006, p. 106.

a referirse a situaciones de “demencia”¹², distinguiendo aquella que concurre en el momento de comisión del delito de aquella otra que surge de forma sobrevenida.

No es objeto de este trabajo el examen de cuáles han de ser las diferentes consecuencias procesales cuando el hecho se comete en uno u otro estado, aun siendo también una cuestión espinosa que ha sido objeto de reflexivos debates y discusiones tanto doctrinales como jurisprudenciales¹³.

Resulta indiscutible que no puede ejercitar con eficacia su derecho de defensa quien carece de la capacidad de “salvaguardar sus derechos procesales y de seguir el proceso en el que se concluyen actos dispositivos: afirmar o negar la imputación, guardar silencio consciente o conformarse con la pretensión punitiva a través del interrogatorio judicial”¹⁴. En estos supuestos ha de optarse, pues, por el archivo de la causa.

Más nos interesa, conforme al objeto de nuestro estudio, preguntarnos qué medidas cautelares pueden aplicarse con la vigente LECrim en estas hipótesis de discapacidad del sujeto pasivo. El examen de la cuestión nos lleva a concluir que, en estos casos, no se establece medida específica alguna. Ello nos obliga a acudir a la vía civil para proceder a la determinación de apoyos y, en su caso, al internamiento no voluntario.

El principal problema que surge a este respecto es que, al no preverse como medida cautelar ni el tratamiento ni el internamiento psiquiátrico, en la praxis se recurre a la adopción de la prisión preventiva¹⁵,

¹² El artículo 383 de la LECrim establece que, si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, una vez que se concluyera el sumario habría de archiversse la causa hasta que el procesado recobrara la salud.

¹³ GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Rosa. Exigencias del derecho de defensa de los investigados/acusados con problemas de salud mental en el proceso penal. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp. 288 y ss.

¹⁴ Consulta 1/1989, de 21 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre enajenación mental del imputado, sobrevenida tras el auto de apertura del juicio oral y antes de la celebración de éste: sus efectos sobre el proceso.

¹⁵ CUENCA GÓMEZ, Patricia. Discapacidad y privación de la libertad. *Derechos y Libertades*, n. 32, época II, enero 2015, pp. 194 y 195.

Vid., igualmente, LILLO ROLDÁN, Rafael. Procedencia de las medidas cautelares en caso de peligrosidad. Análisis psiquiátrico de la trascendencia de

figura que responde a un espíritu y a unos objetivos completamente alejados de los que han de presidir cualquier intervención ante sujetos que cuenten con esas necesidades especiales¹⁶.

Así pues, no resulta infrecuente que un encausado con anomalías o alteraciones de su psiquismo tenga que ingresar en prisión en tanto se tramita la causa y se adopta, en la correspondiente sentencia, una pena o una medida de seguridad¹⁷. Esta situación originaba un problema añadido: la imposibilidad de prorrogar una prisión provisional cuando el sujeto fue finalmente absuelto al apreciar su inimputabilidad¹⁸. En estos casos, hasta que la resolución no alcanzara firmeza y se pudiera ejecutar, solo quedaba recurrir a la vía del internamiento civil.

Tanto el Tribunal Supremo (TS)¹⁹ como el Tribunal Constitucional (TC) español han tenido ocasión de pronunciarse sobre esta llamativa

la detención, la prisión provisional y las medidas de alejamiento en casos de investigados con trastorno mental. Propuestas alternativas. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp. 212 y 213. Aunque finalmente no se incluyó tal previsión en el CP de 1995, el Anteproyecto de CP de 1991 contemplaba como medida cautelar sustitutiva de la prisión provisional, el internamiento o cualquier otra medida de seguridad. Entiende LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos (Medidas cautelares..., *cit.*, p. 106) que su exclusión final fue debida “al cierto olor que desprendía a media de seguridad predelictual ajena a los fines que constitucionalmente legitiman la privación cautelar de libertad cautelar de libertad en el proceso penal”.

¹⁶ Del mismo modo, se ha recurrido a la diligencia del artículo 381 LECrim (desarrollada en el artículo 184.1 del Reglamento Penitenciario) para lograr el ingreso cautelar del sujeto investigado, a pesar de tratarse de una diligencia que cuenta con una finalidad bien distinta. En este sentido, *vid.* ARNAÍZ SERRANO Amaya. Adecuación de las vigentes medidas cautelares a aplicar sobre investigados con trastorno mental. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017, pp. 238 y 239.

¹⁷ En función del grado de responsabilidad penal que se aprecie. Al respecto, *vid.* ROLDÁN, Horacio. ¿Adónde van los enfermos mentales que cometen delitos?. *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n. 5, 2019, pp. 1-19.

¹⁸ STC 217/2015, de 22 de octubre. *Vid.*, acerca de la misma, NISTAL BURÓN, Javier. El internamiento cautelar de personas que no siendo penalmente responsables están sujetas a proceso a efectos de la imposición eventual de una medida de seguridad privativa de libertad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5, mayo 2016, pp. 126 y 127.

¹⁹ Destaca, a este respecto, la STS 718/1993, de 31 de marzo (Fundamento Jurídico primero), ECLI:ES:TS:1993:10867.

carencia de nuestro sistema procesal penal. Este último, en las sentencias del TC 217/2015, de 22 de octubre, y 84/2018, de 16 de julio²⁰, ha denunciado la total ausencia de previsión de medidas cautelares específicas para los supuestos de inimputabilidad. Esta situación ha sido, por fortuna, sustancialmente modificada en el reciente Anteproyecto de LECrim de 2020 (en adelante, ALECrím), como a continuación se examinará.

2.2. LA SUSTANCIAL REFORMA PREVISTA EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM DE 2020

A) LA DISCAPACIDAD EN LA LECRIM: CONSECUENCIA DEL NUEVO PARADIGMA INSTAURADO POR LA LEY 8/2021

El examen de esta cuestión ha de venir de la mano, necesariamente, del estudio del novedoso marco en el que hoy nos movemos. La reciente Ley 8/2021²¹ ha incorporado un radical cambio de paradigma respecto de la capacidad jurídica y, en su virtud, no existirá ya en España²² la posibilidad de declarar la incapacidad de quien presente alguna discapacidad. Ese sistema ha sido sustituido, para los casos en que sea preciso, por una designación de apoyos²³.

En esa misma línea, el ALECrím de 2020 se refiere, ahora, a la “persona encausada con discapacidad”, huyendo del empleo del término “incapacitado” como, por el contrario, sí hace la vigente LECrim. Se sigue, de este modo, la senda iniciada por el Anteproyecto de LECrim de 2011²⁴. Como señala la Exposición de Motivos del reciente ALECrím, lo

²⁰ Y, antes de ello, en la STC 191/2004 consideró un “contrasentido” aplicar con carácter provisional una medida “cuya imposición con carácter definitivo está *a priori* descartada”.

²¹ Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

²² A partir de la entrada en vigor de la Ley, en septiembre de 2021.

²³ El reemplazo de las situaciones de representación por las asistenciales obedece al objetivo de la citada Ley 8/2021 de lograr el autogobierno de la persona con discapacidad.

²⁴ También el CP ha adaptado su terminología en este mismo sentido. Su artículo 25 define -como consecuencia de la importante reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo- qué ha de entenderse por “persona

que entonces era una novedad significativa se ha convertido, diez años más tarde, en una necesidad perentoria.

Lejos de haber quedado en una modificación parcial de la cuestión, el ALECrim se atreve a afrontar con valentía una reforma normativa integral, hasta el punto de afirmar que nos encontramos con un verdadero “estatuto jurídico de la persona encausada con discapacidad”. Su efectiva consecución, en lo que se refiere a la tutela cautelar, será objeto de análisis crítico en las páginas que siguen.

B) FUNDAMENTO Y ALCANCE DE LA REFORMA

En esta materia, resulta obligada la referencia a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad²⁵ y a la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013 sobre garantías procesales para personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales. En ambas disposiciones internacionales -y en doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos- halla su fundamento la reforma propuesta en el ALECrim, que a continuación desglosamos.

En el Anteproyecto se hace alusión²⁶ a la necesidad de configurar un régimen jurídico procesal de la discapacidad. Como manifestación concreta de esa necesidad, se refiere a la importancia de que se prevean medidas cautelares *ad hoc* para los “casos de inimputabilidad”. Como es sabido, esta requiere la concurrencia de ciertas circunstancias²⁷ en el momento de comisión del delito de que se trate, y de su intensidad

con discapacidad necesitada de especial protección”. BLÁZQUEZ MARTÍN, Raquel (El tratamiento de la discapacidad en la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, n. 9327, 2018, p. 2), subraya el cambio que ha experimentado “el lenguaje de la discapacidad” en los últimos tiempos, también, en las resoluciones judiciales.

²⁵ Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006, que entró en vigor en España el 3 de mayo de 2008.

²⁶ Desde la misma Exposición de Motivos (apartado número XVII).

²⁷ Detalladas en el artículo 20 CP.

dependerá que se pueda hablar de exención plena de responsabilidad penal, de imputabilidad o de mera semiimputabilidad²⁸.

c) ADAPTACIONES DEL PROCESO PENAL

El artículo 61 ALECrim expone una determinada noción de discapacidad (que no incapacidad, recordemos) a los efectos de la LECrim. Esta situación se caracteriza por la presentación de algún género de limitación (física, mental o sensorial) que impida o dificulte su comprensión acerca del significado y las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o bien le limite o imposibilite para valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales. En ocasiones supondrá, por lo tanto, que no se goce de la plenitud de la capacidad procesal. A veces, ello se traducirá en que no podrá tomar por sí solo ciertas decisiones que afecten al devenir del proceso pero, en otros casos, implicará que no pueda ser enjuiciado y haya de sobreseerse el procedimiento (provisional o definitivamente, según el caso). La regla general de la que debe partirse, sin embargo, es la de que -siempre que sea posible- la persona con discapacidad, en virtud de su derecho a la autonomía, ha de poder tomar sus propias decisiones en el proceso y poder participar, eficazmente, en él. Habrá de respetarse, igualmente, lo que disponga la sentencia que establezca apoyos. El correcto ejercicio de este derecho exigirá que, para que la persona en cuestión conozca adecuadamente el significado de los actos procesales que le

²⁸ La anomalía o alteración psíquica debe padecerse por el sujeto en el momento en el que se cometa el hecho delictivo, debiendo existir una relación de causalidad entre aquella y este. Cuando esas circunstancias se aprecian en un momento posterior, se ha dado en llamar inimputabilidad *subsequens* (*Consulta 1/1989, de 21 de abril, de la Fiscalía General del Estado, sobre enajenación mental del imputado, sobrevenida tras el auto de apertura del juicio oral y antes de la celebración de éste: sus efectos sobre el proceso*). Vid., sobre la repercusión jurídica de las mismas, BEIZAMA BERGARA, Yenay; GARCÍA LUENGO, Iune; ALMENARA CÓRDOVA, Mercedes Elinor; LARRAÑAGA TOSAT, Leyre; ROMERO BÁEZ, Anabel; HORCAJO GIL, Pedro José. El delincuente con discapacidad intelectual: reflexiones psicojurídicas sobre su responsabilidad criminal y las medidas de seguridad. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, vol.16, 2016, pp. 103, 106 y 111.

afecten y de las decisiones que deba adoptar en relación con ellos, se adopten las medidas de ayuda a la comunicación que resulten pertinentes.

Pudiera suceder que la persona en situación de discapacidad no contara con medida de apoyo designada judicialmente (sea en la jurisdicción voluntaria, sea en un procedimiento civil de la jurisdicción ordinaria), por lo que habría de ser designada, a los efectos vistos, por el juez penal. Es una hipótesis que contempla también el ALECrim. Podría recurrirse, incluso, a la designación de una institución de apoyo.

Se parte de la base, asimismo, de que aquel encausado que tenga algún tipo de discapacidad debe ver garantizado su derecho de defensa en las mismas condiciones que cualquier otra persona. Por ello, y en cumplimiento de lo establecido en la Convención de Nueva York, será esencial realizar cuantas adaptaciones y flexibilizaciones del proceso sean necesarias²⁹.

En conclusión, como se expone en el ALECrim, la nueva regulación se asienta sobre el reconocimiento de tres derechos esenciales que deben asistir a todo encausado con diversidad funcional: derecho a defenderse en idénticas condiciones que cualquier otra persona (lo que implicará la obligación de adaptación ya aludida), derecho a gozar de autonomía o plenitud de facultades decisorias (lo que precisa de una detallada regulación del complemento -que no sustitución- procesal de la capacidad) y derecho a participar eficazmente en el procedimiento.

Al hilo de esta última afirmación, interesa destacar cómo, a lo largo de la tramitación del proceso, la capacidad procesal deberá seguir estando presente, como presupuesto del mismo que es. Aun cuando se escinda de la idea de discapacidad -que no ha de suponer, por sí, la falta de capacidad procesal-, deberá estarse a cada caso para ver si el sujeto pasivo se encuentra o no en condiciones de actuar válidamente en el proceso penal o si, por el contrario, ha de suspenderse este en tanto se recuperan (si se hace) las facultades intelectivas y volitivas precisas para ello.

²⁹ Llama la atención GÓMEZ-CARRILLO DE CASTRO, Marta (Derechos de la persona con discapacidad y la detención. In: ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana (coord.). *Los llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica*. Madrid: Reus, 2020, p. 46) acerca de la conveniencia de que se extendiera a la persona de apoyo la protección del secreto profesional que sí reconoce la ley a otros intervinientes.

En el Anteproyecto se aborda, como no podía ser de otro modo, esta cuestión. En concreto, la sección quinta introduce “*especialidades del proceso*” en caso de absoluta falta de capacidad procesal. Aparte de que se diga expresamente que, en tales hipótesis, habrá de terminarse el procedimiento de investigación, se incorporan novedades muy significativas que se sintetizan en los siguientes puntos: en primer término, se diferencia entre dos supuestos distintos. Conforme al primero, si se concluye (“en atención a las circunstancias y características del hecho punible”, se dice) que el único objeto del procedimiento habría de ser la imposición de una pena, el Ministerio Fiscal archivará las actuaciones hasta que, en su caso, el investigado recobre la capacidad necesaria para ser sometido a juicio. Por supuesto, si esta llegara a recobrase, se reabría el procedimiento.

De acuerdo con el segundo supuesto, si se estima que procede imponer una medida de seguridad, se decidirá la continuación del proceso, una vez terminada la fase de investigación. Esta opción comportaría una serie de especialidades adicionales, pues la acción penal -como consecuencia de la naturaleza preventivo-asistencial que el proceso penal asumiría en tal hipótesis- solo podría ser ejercitada por el Ministerio Fiscal³⁰ y, en el juicio oral que se celebrara para la imposición de la medida de seguridad habría que tener en cuenta ciertas peculiaridades. No será necesaria, por ejemplo, la presencia del acusado en el juicio oral, aunque sí lo será la de la persona que integre la institución de apoyo.

Al margen de la consagración, en el texto proyectado, de los tres derechos *retro* referidos, corresponde destacar cómo ello tiene un reflejo, directo, en el plano procesal. A los efectos que aquí nos ocupan -y con independencia de la importancia que también reviste la celebración del incidente que evalúe las circunstancias de la discapacidad y la repercusión que haya de tener en ese proceso en concreto-, se incluye un régimen especial de medidas cautelares aplicables a los casos de discapacidad, del que nos ocuparemos a continuación.

³⁰ De hecho, de existir acusadores particulares personados, solo podrían continuar actuando como actores civiles.

3. EXAMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES PARA PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL ANTEPROYECTO DE LECRIM DE 2020

3.1. IDEAS PREVIAS

Resulta fundamental la lectura detenida de la sección cuarta del Capítulo II del Título II del ALECrím. En ella, además de realizarse un pormenorizado examen de cómo habrá de practicarse cada una de las medidas cautelares penales de naturaleza personal en la hipótesis de estudio que nos ocupa, se incorporan unas reglas de procedimiento que merecen una atención especial.

Así, en el artículo 78 se advierte de que la adopción de medidas cautelares en este ámbito exige de la satisfacción de los siguientes requisitos: 1. Emisión de informe por parte de un especialista acerca de la adecuación de la medida de que se trate, partiendo de las circunstancias y necesidades de la persona afectada. De manera particular, habrá de pronunciarse sobre la repercusión que su adopción pueda tener en el tratamiento seguido. 2. Dar previa audiencia a la persona que integre la institución de apoyo. A ella, además, se le notificarán las resoluciones que se refieran a las medidas cautelares. Se tratará, asimismo, de que esté presente en las actuaciones que tengan que realizarse personalmente con el afectado. 3. Dar audiencia, igualmente, al encausado, siempre que su situación lo permita. 4. Resolver, en todo caso, conforme al interés superior de la persona con discapacidad sobre la que se adopta la medida cautelar.

Ciertamente, la exigencia de que la medida cautelar deba resultar proporcionada y adecuada y de que, en su práctica, se hayan de respetar los derechos de quien la soporta no es exclusiva de los casos en que el sujeto pasivo de la misma esté incurso en situación de discapacidad³¹. Sí

³¹ Baste reparar, a este respecto, en lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y el artículo 5.3 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Resultan muy interesantes, a este respecto, el Código Europeo de Ética Policial (Recomendación (2001) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 19 de septiembre de 2001) y las directrices contenidas en la *Instrucción 3/2009, de 23 de diciembre, de la FGE, sobre el control de la forma en que ha de practicarse la detención*. Del mismo modo, el TEDH se ha pronunciado sobre la importancia de que la detención no atente contra la dignidad humana en los casos “Wieser contra

constituye una novedad -merecedora de una valoración favorable- que, expresamente, se exija la emisión de informes de especialistas, así como el papel que se reconoce a quien integre la institución de apoyo. Por otra parte, se alude, como criterio rector en la adopción de estas medidas, al “interés superior de la persona con discapacidad”³².

Una vez sentadas las bases de por dónde debe discurrir la adopción de esta clase de medidas, el Anteproyecto desciende a regular con detalle cómo ha de actuarse respecto de cada una de ellas en particular.

3.1. LA DETECCIÓN DE LA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD Y LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS INMEDIATAS Y PROVISIONALES

Atendiendo a la particular situación en que pudiera encontrarse una persona con discapacidad en el seno del proceso, en el ALECrím se fomenta que dicha discapacidad sea advertida desde temprano momento por el fiscal o por la policía. Se pretende, en suma, que las actuaciones que sean necesarias -que reciben la denominación de “medidas inmediatas”- sean acordadas con prontitud. De esta manera, se da satisfacción a la regla cuarta de la Recomendación de la Comisión Europea de 27 de noviembre de 2013, que insiste en la necesidad de que la identificación de las personas con discapacidad se realice con especial diligencia.

Una vez que se ha verificado que el investigado en cuestión padece alguna discapacidad que pueda afectar a su participación eficaz en el proceso, la policía o el fiscal habrá de informarle de sus derechos procesales de un modo comprensible y realizar las averiguaciones que sean oportunas para determinar si tiene designada institución de apoyo. Si no existiera una persona nombrada, se garantizará la presencia de un familiar o alguien de su entorno que resulte idóneo a estos fines y con el que no tenga conflicto de intereses. Se le atenderá médica y psicológicamente, de ser preciso, garantizando el respeto a sus derechos, y se acordará que se valore por profesionales el

Austria” (22 de febrero de 2007, nº. 2293/03) y “Novak contra Croacia” (14 de junio de 2007, nº. 8883/04), accesibles en <https://hudoc.echr.coe.int/>. Acceso en: 9 de septiembre de 2021.

³² Vid., empleando este concepto, la STS 124/2018, de 7 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:732).

alcance e implicaciones de su discapacidad. Además, se exige que cualquier interrogatorio que se practique con esta persona sea videograbado³³.

Junto a las medidas inmediatas, que se contienen en el artículo 70 ALECrIm, en el artículo 71 se recoge la posible adopción de medidas de apoyo que denomina “*provisionales*”. Como en la Exposición de Motivos se afirma, se trata de verdaderas medidas cautelares que tratan de atender las necesidades derivadas de la discapacidad hasta que puedan adoptarse otras más estables. En todo caso, habrán de ser adoptadas judicialmente.

La norma se refiere a supuestos en que la autoridad judicial conozca que un encausado precisa medidas de apoyo debido a su discapacidad. De ser así, deberá adoptar de oficio cualquiera que resulte necesaria para salvaguardar su derecho de defensa. Además, informará al respecto al Ministerio Fiscal -que, igualmente, podrá (en las mismas circunstancias) solicitar la adopción judicial de dichas medidas-, con idea de que promueva el incidente para la adopción de medidas que contempla el artículo 72 ALECrIm.

Ha de tenerse presente, igualmente, que estas medidas podrán adoptarse, de oficio o a instancia de parte, en cualquier estado del procedimiento. Al igual que sucede en la adopción de medidas prevista en la Ley 8/2021, será preciso dar audiencia a los afectados, salvo que la urgencia de la situación lo impida.

3.3. LA DETENCIÓN PREVENTIVA

A) CONDICIONES PARA SU ADOPCIÓN Y PARA SU PRÁCTICA

Por lo que respecta a la detención³⁴, el artículo 73 ALECrIm determina, en primer lugar, que solo estará justificado proceder a la

³³ Lo que RAMÍREZ ORTIZ, José Luis; RUEDA SORIANO, Yolanda (El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI (La propuesta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020). *Diario La Ley*, n. 9815, Sección Tribuna, 22 de marzo de 2021, p. 8) entienden que obedece a la finalidad de evitar que el interrogador pueda aprovecharse de los déficits cognitivos del interrogado para obtener una confesión. De esta manera, además, se desincentiva el uso de métodos coactivos y se garantiza la sujeción a las reglas del artículo 319.3 ALECrIm.

³⁴ Aunque el Anteproyecto la llama “preventiva”, nos agrada más el término “cautelar”, que evita cualquier confusión con la “custodia de seguridad”

detención de la persona con discapacidad cuando esta medida sea la *ultima ratio*, es decir, cuando no sea posible obtener su presencia a través de otros medios menos gravosos. El aseguramiento de tal presencia es, pues, la finalidad a que ha de atender esta medida³⁵.

Como actuación limitativa de derechos fundamentales que es, en todo caso -y no solo cuando se hablara de sujetos con discapacidad- habría de actuarse con medida y cautela. Ante la comisión de un delito de detención ilegal, cabría instar un procedimiento de *habeas corpus*. Aunque la Ley Orgánica que lo regula³⁶ incluyó como sujetos legitimados para ello a los representantes legales de los incapacitados, hoy -abandonado el empleo de tal terminología- debería entenderse que esa legitimación correspondería a la persona designada como apoyo de la persona con discapacidad.

Si concurriera alguna de las circunstancias que fundamentan la práctica de una detención³⁷ -pues los motivos que justifican la detención de personas sin discapacidad permiten, asimismo, su práctica en el caso de personas en quienes sí concurre tal circunstancia-, el desarrollo de esta deberá tener en cuenta las especiales condiciones del detenido. Por tal causa, se dispone que habrán de adoptarse aquellas medidas de adecuación que resulten precisas. A pesar de que no se diga expresamente, creemos que en esta situación ha de extremarse el celo en que la persona afectada entienda convenientemente qué está sucediendo. Para ello, la información que se le brinde en este momento acerca de los motivos de la detención y de las consecuencias procesales de la misma ha de proporcionarse en términos que le resulten comprensibles³⁸.

El precepto en cuestión, al margen de esa declaración genérica, acierta a detallar que -junto a cualquier otra medida que pudiera

o *preventive detention* que, en algunos sistemas, se adopta en la sentencia de condena.

³⁵ GIMENO SENDRA, Vicente; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La detención* Barcelona: Bosch, 1977, p. 95.

³⁶ Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo.

³⁷ Detalladas en el artículo 190 ALECrim.

³⁸ De lo contrario, cabría que se produjera la nulidad de las actuaciones practicadas. Vid. RECOVER, Torcuato; DE ARAOZ, Inés. *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo en el proceso penal*. Madrid: FEAPS, 2014, p. 43.

adoptarse- el detenido podrá hacerse acompañar de una persona de su confianza. Además, será necesario garantizar que la detención no va a suponer una interrupción del tratamiento que, en su caso, estuviera siguiéndose. A pesar de que no se trataría de una interrupción prolongada en el tiempo -habida cuenta de los límites temporales tan estrictos que rigen en cuanto a la duración de la detención-, habría que calibrar las consecuencias que comportaría para apreciar su conveniencia.

Aun cuando no se contemple en este mismo precepto -ni se haga referencia en él, como sería deseable-, el artículo 204 ALECrim contiene una mención específica que resulta igualmente aplicable a la detención de la persona con discapacidad: se dispone que si el facultativo detectase alguna discapacidad, signos de trastorno psíquico, intoxicación o cualquier otra circunstancia que pueda dificultar la comprensión y participación eficaz del detenido en el proceso penal, lo hará constar en el parte. En tal caso, se entregará copia en sobre cerrado y sellado a las personas que lo custodien, pues una de sus funciones será³⁹ la de promover que se adopten medidas eficaces que permitan que la persona detenida con discapacidad comprenda y participe activamente en el proceso.

De igual modo, el artículo 199 ALECrim introduce la figura del funcionario responsable de la custodia del detenido, entre cuyas funciones se incluye el que se asegure de que se adoptan las medidas legalmente previstas cuando se sospeche de que el detenido no puede comprender y participar eficazmente en el proceso debido a su discapacidad.

B) ¿ES POSIBLE LA DETENCIÓN INCOMUNICADA?

La lectura de la regulación propuesta puede hacer surgir la duda de si es posible aplicar la detención incomunicada a personas con discapacidad.

Como es sabido, se trata de un régimen de detención muy restrictivo⁴⁰ que, como tal, ha de aplicarse con tanta prudencia como

³⁹ Según expresa la Exposición de Motivos del Anteproyecto.

⁴⁰ El artículo 520 bis, apartado segundo, de la LECrim, prevé que se adopte la incomunicación de detenidos por su participación en delitos cometidos por bandas armadas o por individuos terroristas o rebeldes. Durante la incomunicación se restringen sustancialmente ciertos derechos del detenido: no

excepcionalidad. Llama la atención, en consecuencia, que en el Anteproyecto⁴¹ no solo no se incluya -en la línea de actuación que lo caracteriza- su expresa inaplicabilidad a estos supuestos, sino que se haya prescindido, incluso, de la prohibición de sujetar a este régimen a menores de dieciséis años⁴². Pese a ello, el imprescindible juicio de proporcionalidad que ha de acompañar a la adopción de una medida similar nos conduciría, inevitablemente, a rechazar su aplicación en estos supuestos.

3.4. LA LIBERTAD PROVISIONAL

La libertad provisional es una medida cautelar personal que, por la limitación de derechos que implica, se considera intermedia entre la prisión preventiva y la plena libertad⁴³. En la praxis, se trata de una medida a la que se recurre con bastante frecuencia, toda vez que no implica el ingreso en establecimiento alguno y supone, por tanto, un ahorro considerable de recursos.

cabrá contar con abogado de su elección (en todo caso, este será designado de oficio), no tendrá derecho a la comunicación a familiar o persona que se desee del hecho de la detención y del lugar de custodia en que se halle en cada momento, no podrá mantener comunicación con el exterior y no tendrá derecho a entrevista reservada con su abogado. Por supuesto, no se verán afectadas otras manifestaciones del derecho de defensa, como el derecho a ser informado de los hechos que se le imputan, el derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a ser asistido por intérprete y a ser reconocido por un médico. En todo caso, tratándose de una medida excepcional y limitativa de derechos, deberá justificarse su adopción en atención al principio de proporcionalidad.

⁴¹ Que regula la cuestión en los artículos 211 a 214.

⁴² Que fue una previsión introducida en el apartado cuarto del artículo 509 en virtud de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

⁴³ Vid., al respecto, MUÑOZ MUÑOZ, Sheila (Medidas alternativas a la prisión provisional: hacia una menor injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la libertad personal del individuo. In: *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 563-574) y RAMOS RUBIO, Carlos (Medidas alternativas a la prisión provisional en el proceso penal español: la libertad provisional. In: *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, n. 4, 2003, pp. 745-784). Vid., igualmente, la STC 85/1989, de 10 de mayo.

Según señala el artículo 216 ALECrim, se aplicará cuando existan indicios de participación en un delito y la medida sea necesaria para asegurar la disponibilidad del presunto responsable en el proceso. Del mismo modo, es también posible su adopción en atención a otros fines distintos: proteger los bienes jurídicos de la víctima o de terceros, evitar la continuidad delictiva o el aprovechamiento de sus efectos o asegurar otros fines legítimos.

En el artículo 74 ALECrim se examina la aplicación de esta figura a la persona con discapacidad. En su último apartado alude a una novedosa figura que se contempla -no solo para situaciones de discapacidad- en el artículo 228 ALECrim: la custodia⁴⁴. Su finalidad es muy amplia: se emplea para asegurar la presencia del encausado, proteger a terceros y evitar la reiteración delictiva.

Al igual que sucede con toda medida cautelar que implique una limitación de cualquier derecho personal del encausado, solo cabrá imponer la libertad provisional cuando no exista alguna otra medida que, siendo menos gravosa, contribuya al mismo resultado. Así será en todo caso, con independencia de que la persona sobre la que se imponga presente o no algún tipo de discapacidad.

La libertad provisional, como es sabido, suele comportar la imposición de obligaciones adicionales, contempladas en el ALECrim en el artículo 217. En síntesis, consiste en el necesario cumplimiento de ciertos deberes (prestar caución, comunicar cambios de residencia, estar localizable y presentarse periódicamente, entre otras) y en el respeto de ciertas prohibiciones (siendo las más habituales las de ausentarse de un lugar, de comunicarse a ciertas personas o aproximarse a ellas).

Para el caso específico de que se adopte la medida respecto de una persona que presente alguna discapacidad, el Anteproyecto, en la línea que le caracteriza, establece unas previsiones especiales.

De este modo, como resulta lógico -y al igual que, como vimos, sucedía respecto de la detención- se exige que se valoren las circunstancias del afectado y, en particular, la repercusión que la adopción de la libertad provisional pudiera tener en el tratamiento que estuviera siguiendo.

⁴⁴ De haberse acordado, quien la haya asumido tendrá que comunicar las incidencias que se produzcan.

Es significativo, asimismo, que en el artículo 74 ALECrIm se introduzca -junto a las ya referidas del artículo 217- una nueva obligación que, para estos casos, resultaría de enorme importancia: someterse a tratamiento médico o controles del mismo tipo. En la vigente LECrIm no se establece, incomprensiblemente, previsión similar, por lo que hemos de valorar favorablemente su inclusión en el texto prelegislativo.

3.5 EL INTERNAMIENTO CAUTELAR EN ESTABLECIMIENTO ESPECIAL: MUCHAS LUCES Y ALGUNA SOMBRA

El artículo 75 ALECrIm introduce una previsión del todo innovadora. Se plantea, por primera vez, una medida cautelar penal de internamiento⁴⁵ que tiene lugar no en un centro penitenciario, sino en otro de muy distinta naturaleza (psiquiátrico, de deshabitación o de educación especial). Es decir, se atiende a las especiales necesidades del sujeto pasivo para configurar, a su medida, esta nueva medida cautelar⁴⁶. De este modo, se trata de evitar que, ante la concurrencia de estas circunstancias, se acabe ingresando a la persona con discapacidad en prisión preventiva. Más aún, expresamente se prohíbe en dicho precepto que pueda acordarse prisión en esos casos.

El internamiento en esta clase de centros atiende al objetivo de que el encausado pueda recibir, mientras, un tratamiento acorde a sus necesidades. De hecho, la Exposición de Motivos del Anteproyecto afirma que esta modalidad específica de internamiento cautelar que introduce asegurará la provisión de la atención médica y especializada necesaria.

⁴⁵ Distinta, por supuesto, de una medida de seguridad de internamiento, que ha de ser prevista en sentencia.

⁴⁶ En atención a las reclamaciones que venían haciendo la Fiscalía General del Estado (Memorias de los años 2001 y 2004) y un gran sector doctrinal (*vid.*, por todos, SANTOS REQUENA, Agustín Alejandro (*La imposición de medidas de seguridad en el proceso penal*. Granada: Comares, 2001) y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás (Aspectos procesales de la imposición y aplicación de las medidas de Seguridad. In: *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*. 1997, II, p.185). Además, como destaca ARNÁIZ SERRANO, Amaya (Adecuación de las vigentes medidas..., *cit.*, p. 241), contemplar la imposición de un ingreso en centro psiquiátrico estaría en la línea de cuanto se prevé ya en países de nuestro entorno (Alemania, Italia, Francia o Portugal).

Pese a lo loable del novedoso enfoque, creemos que lo determinante para optar por ese internamiento no tendría que ser que el delito se hubiera cometido estando incurso en una causa de exención de responsabilidad del artículo 20 CP⁴⁷, sino la existencia de una discapacidad que afectara a las facultades de la persona como si de una inimputabilidad se tratara. Ello haría preciso que se le diera un trato acorde a sus especiales necesidades, con independencia de si esta situación se hubo verificado con posterioridad a dicha comisión. La letra de la norma, además, excluye que pueda aplicarse esta medida a semiimputables⁴⁸, aunque su grado de discapacidad lo hiciera conveniente⁴⁹. Esta, sin duda, es la principal sombra que se cierne sobre esta destacable previsión.

En otro orden de consideraciones, y como resulta lógico, este internamiento está sujeto también al cumplimiento de ciertas exigencias. Así, deberán concurrir tanto los requisitos como las finalidades que se exigen para la prisión provisional⁵⁰, y también los plazos, posibles prórrogas y abono del tiempo transcurrido en el internamiento se ajustarán a lo que la propia LECrim prevé para aquella.

La norma proyectada requiere, asimismo, que antes de acordar ese internamiento se celebre una comparecencia -lo que, por otra parte, se exige siempre que se formule una solicitud de adopción o de prórroga de una medida cautelar personal- a la que, necesariamente, deben acudir el Ministerio Fiscal y la persona respecto de la que se haya instado la medida, asistida de abogado. A pesar de que no se especifique, a esa

⁴⁷ El artículo 75 alude, expresamente, a que existan razones de que el encausado *cometió el hecho* concurriendo alguna de las eximentes previstas en los números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP.

⁴⁸ El artículo 75 no deja margen a la duda, pues se refiere a casos en que solo quepa aplicación de medida de seguridad, lo que implica una plena exención de responsabilidad penal. La observación psiquiátrica, en cambio, se prevé también para casos de semiimputabilidad (en los que solo cabría la imposición de una prisión provisional atenuada o la pura y simple prisión provisional).

⁴⁹ Para estos casos, cabría recurrir a la prisión atenuada, aunque el carácter tuitivo de una y otra figura no resulta equiparable. Nos remitimos, a este respecto, a la lectura de los artículos 76 y 255 del ALECrím.

⁵⁰ De acuerdo con los artículos 246 a 248 ALECrím.

comparecencia habrá de acudir también la persona o institución que tenga atribuidas las funciones de apoyo a la persona con discapacidad.

Es igualmente reseñable que, aparte de contemplarse en qué hipótesis y de qué manera puede aplicarse esta medida cautelar, se incluyan ciertas reglas enfocadas al control de su práctica. De este modo, el artículo 76 ALECrim dispone que habrá de revisarse periódicamente⁵¹, del mismo modo en que se hace con la prisión provisional y la orden de protección. Se añade, además, que en cada una de estas revisiones deberán aportarse los informes médicos pertinentes para la evaluación de su situación.

No satisfecho con esta exigencia, en el Anteproyecto se ha optado por especificar -quizás, hasta un punto más propio de un Reglamento de desarrollo que de una ley- cuál debería ser el contenido necesario de dichos informes⁵².

Incluso estando interno en un establecimiento de estas características, se permite que -bien de manera puntual, o bien de acuerdo con un plan trazado por el equipo de especialistas a cargo del afectado- se realicen salidas fuera del centro. Para que ello sea posible, habrá de oírse previamente al Ministerio Fiscal, al abogado del afectado y a quien ejerza su representación o asistencia.

El apartado 3 del artículo 77 ALECrim regula los casos en que, recurrida una sentencia que imponga una medida de seguridad privativa de libertad, se deba aplicar, mientras se resuelven los recursos, una medida cautelar. En estas hipótesis, es claro que procedería acordar el internamiento cautelar en centro especial, que podría alargarse hasta la mitad de la duración de la medida privativa de libertad que se hubiera impuesto en la sentencia en cuestión.

⁵¹ Cada tres meses, de acuerdo con el artículo 270 ALECrim. La ausencia de revisión implicaría una vulneración del artículo 5.4 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

⁵² Su contenido necesario habrá de ser: a) el diagnóstico y la evolución observada en el tratamiento; b) el juicio de pronóstico que se formula; c) la necesidad del mantenimiento, cese o sustitución del internamiento; d) la necesidad de separación o traslado a otro establecimiento o unidad psiquiátrica; e) el programa de rehabilitación; f) la aplicación de medidas especiales de ayuda o tratamiento, así como las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la salida del centro (artículo 76.2 ALECrim).

A pesar de que, como vimos, el prelegislador ha procedido a acotar los supuestos de aplicación de esta medida para evitar posibles problemas, hay algunas cuestiones que son susceptibles, aún, de generarlos. Pensemos, por ejemplo, en el caso de que, apreciada *a priori* una situación de inimputabilidad que, previsiblemente, vaya a dar como resultado la imposición de una medida de seguridad, se demuestre en el juicio oral la imputabilidad del sujeto en cuestión. Al margen de los problemas a que podría dar lugar el abono del tiempo transcurrido en ese internamiento especial a la pena impuesta en sentencia, nos encontraríamos⁵³ con que se ha estado imponiendo un tratamiento (psicológico, psiquiátrico, médico-farmacológico...) a quien estaba en el pleno uso de sus facultades intelectivas y volitivas. Sin duda, no se trata de un problema menor, y ha de ser debidamente valorado al abordar la tutela cautelar de estos supuestos.

3.6 LA PRISIÓN PROVISIONAL DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

Aunque no deseable, es posible que una persona con una discapacidad que pase inadvertida termine cumpliendo una medida cautelar de prisión preventiva.

No es extraño, de hecho, que esa situación se observe en la actualidad, estando aún vigente la LECrim de 1882 que -como hemos subrayado- no se caracteriza por su especial sensibilidad hacia los supuestos de discapacidad.

Precisamente por eso, constituye una acertada novedad que el Anteproyecto de 2020 incluya, por fin, el internamiento cautelar en centro especial. Aún más atinado es que se incorpore una vía que permita

⁵³ Como bien destaca PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo (Algunos problemas procesales derivados de la alteración mental del acusado antes, durante y después del procedimiento penal. *Diario La Ley*, n. 9699, pp. 7-8, 18 de septiembre de 2020). Propone, por ello, no dar comienzo al tratamiento hasta que recaiga una declaración firme de la inimputabilidad del sujeto que se verá sometido a él. En similar sentido, LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos (Medidas cautelares..., *cit.*, pp. 100 y 101) alerta de lo difícil que es afirmar con rotundidad que se está ante un inimputable en fase de instrucción.

sustituir una entrada en prisión preventiva que ya se hubiera producido por esta nueva medida de internamiento.

En concreto, el artículo 77 del Anteproyecto permite que, una vez acordado el ingreso en prisión preventiva, si se conociera que a esa persona le correspondería una exención completa de responsabilidad penal (números 1º, 2º y 3º del artículo 20 CP), habría de decidirse (tras la celebración de una comparecencia⁵⁴) entre dejarlo en libertad⁵⁵ o internarlo cautelarmente en uno de esos establecimientos especiales.

Reiteramos, llegados a este punto, que creemos que lo idóneo hubiera sido que esta solución se aplicase no solo a quienes aparecieran exentos de responsabilidad penal por haber cometido el delito en esas condiciones que detalla el artículo 20 CP, sino también a cualquier persona con discapacidad, en el sentido en que lo entiende el propio Anteproyecto, esto es: persona con limitaciones físicas, mentales, intelectuales o sensoriales que le impidan o dificulten comprender el significado y las consecuencias del proceso que se sigue en su contra o que le limiten o imposibiliten para valerse por sí misma en el ejercicio de sus derechos o en el cumplimiento de sus obligaciones procesales (artículo 61 ALECrim).

El apartado primero del artículo 77 del Anteproyecto prevé la situación inversa a la expuesta *retro*: cumpliéndose una medida cautelar de internamiento en establecimiento especial, es impuesta una medida de prisión preventiva atenuada⁵⁶. La norma, en este punto, es excesivamente parca. Se limita a exponer que ese cambio tendrá lugar “si las circunstancias así lo requirieran”. A nuestro juicio, puesto que la medida de internamiento especial solo se prevé para casos de plena inimputabilidad, habría de tratarse de que, de alguna manera, quedara acreditado que aquella no concurre. Pudiera tratarse, por ejemplo, de un supuesto de semiimputabilidad, que no permite la adopción de esta medida especial pero sí aconseja el recurso a la prisión provisional atenuada.

⁵⁴ No se especifica quiénes debieran acudir a la misma.

⁵⁵ Con independencia de que pudieran adoptarse otras medidas cautelares.

⁵⁶ Medida que será examinada a continuación.

3.7. LA MEDIDA CAUTELAR DE PRISIÓN ATENUADA

La medida cautelar de prisión atenuada no es, en sí, una novedad del Anteproyecto. Sí lo es, en cambio, el tratamiento que en él se le da.

En la actual LECrim, (artículo 508) se permite que se acuerde “por razón de enfermedad”, cuando el internamiento en un régimen normal de prisión preventiva pudiera suponer un riesgo grave para su salud. En este caso, la medida se cumpliría en su propio domicilio. Asimismo, es posible su adopción cuando el afectado estuviera siguiendo un tratamiento de desintoxicación o deshabituación y ese ingreso pudiera malograrlo. Por tal causa, se prevé que se cumpla en otro centro donde pueda continuar con dicho tratamiento. Como se observará, en ningún momento se contempla que sea una situación de discapacidad la que pueda justificar esa distinta respuesta.

En el Anteproyecto de LECrim que venimos examinando, aun siendo su regulación mucho más prolija⁵⁷ en este punto -en ella, se lleva a cabo una regulación de supuestos ordinarios junto con otros especiales-, realmente no se especifica que este régimen atenuado de prisión provisional sea aplicable a los casos de discapacidad en el sentido en que la entiende el Anteproyecto⁵⁸. Sin embargo, creemos que podría recurrirse a esta vía en virtud de lo dispuesto en el artículo 255.1, que permite que la prisión provisional atenuada se cumpla, en interés de la salud de la persona, en centro médico, psiquiátrico, de deshabituación o educativo especial de carácter público o privado. Puesto que la medida cautelar de internamiento en centro especial se contempla únicamente -como decíamos- para los casos de exención plena de responsabilidad, esta otra medida podría revestir especial utilidad para los casos de semiimputabilidad.

3.8. LA OBSERVACIÓN PSIQUIÁTRICA PARA DETERMINAR LAS CONDICIONES DEL ENCAUSADO

Aunque no se establezca con claridad en el Anteproyecto cuál es su vínculo con la adopción de las medidas cautelares provisionales

⁵⁷ En la línea de cuanto ya contempló el Anteproyecto de LECrim de 2011.

⁵⁸ Como vimos, en su artículo 61.

que acabamos de examinar, lo cierto es que la observación psiquiátrica⁵⁹ que se contempla en el artículo 331 del Anteproyecto presenta una utilidad evidente para la determinación de las condiciones en que se encuentre el encausado y, en consecuencia, para la adecuación de tales medidas a dichas condiciones. También, por supuesto, podrá servir de fundamento para la adopción de cualquier medida cautelar personal de las recogidas en el Anteproyecto⁶⁰ (artículos 73 a 78). De hecho, en el artículo 333 se especifica que, como consecuencia del dictamen que se dicte a resultas de la práctica de la observación, podrán instarse las medidas cautelares que procedan.

A diferencia de cuanto vimos respecto de las medidas que el Anteproyecto denomina “inmediatas”, el recurso a esta diligencia no puede responder a la iniciativa policial. En aquel temprano momento, como vimos, la policía sí podía, *motu proprio*, acordar que se realizara un reconocimiento médico o psicológico por los facultativos de la clínica médico-forense, a fin de identificar la discapacidad, alcance y necesidades específicas de la persona de que se tratase (artículo 70.1 d) ALECrim). Sin embargo, la diligencia de observación psiquiátrica ha de ser solicitada por el fiscal o por el juez⁶¹. No estaría de más que existiera una mejor coordinación y armonización en el texto prelegislativo, que facilitara el entendimiento de en qué casos y bajo qué circunstancias sería procedente hacer uso de una u otra actuación.

Calificada en la Exposición de Motivos del mismo Anteproyecto como “diligencia de investigación”⁶², persigue una doble finalidad: “determinar la imputabilidad penal de la persona sometida a investigación

⁵⁹ Inspirada claramente en la Ordenanza procesal alemana.

⁶⁰ Con las adaptaciones pertinentes en caso de que la discapacidad lo requiera, como se verá. Mediante esta diligencia se evita que se recurra a la prisión para practicar la observación médico-forense como ya denunciaba FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús (Medidas privativas y restrictivas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal. *La Ley*, n. 4679, p. 5, 2001).

⁶¹ Siempre que se pueda realizar en régimen ambulatorio, podrá ser ordenada por el fiscal. Si su realización precisa de observación continuada y, por tanto, de internamiento (que no podría exceder de treinta días), será necesaria autorización judicial.

⁶² Al igual que se considera la prevista en el actual artículo 381 LECrim. Vid. LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos. Medidas cautelares..., *cit.*, p. 103.

y evaluar su capacidad de ser sometida al proceso”. Ya tuvimos oportunidad de exponer, en páginas precedentes, que el empleo del término “imputabilidad penal” a este respecto no nos parece el más adecuado, pues sería perfectamente posible que una persona con discapacidad precisara de la adopción de una medida cautelar acorde a sus especiales necesidades y, en cambio, su discapacidad no fuera determinante de su inimputabilidad. En definitiva, como se dijo, pueden convivir en una misma persona la condición de persona con discapacidad y la de responsable penal (total o parcialmente).

Ciñéndonos ahora a la figura de la observación psiquiátrica, creemos que su práctica debiera proceder siempre que se apreciara la concurrencia en el sujeto pasivo del proceso de circunstancias que afectaran a su capacidad de comprender lo que sucede en el mismo. Sería indiferente, pues, que esas circunstancias hubieran concurrido en el momento de la comisión del delito (que es lo que exige, literalmente, el precepto que regula esta diligencia⁶³) o que hubieran sobrevenido con posterioridad. Aunque la primera circunstancia sería determinante para apreciar la existencia de imputabilidad⁶⁴, no lo sería para determinar la concurrencia de capacidad procesal -que es otra de las finalidades que, expresamente, se aparejan a la práctica de la observación psiquiátrica- que, como presupuesto procesal, ha de persistir durante toda la tramitación del proceso.

CONSIDERACIONES FINALES

El Anteproyecto de LECrim de 2020 ha visto la luz en un contexto histórico en el que, de forma inusual, el legislador español ha mostrado especial sensibilidad hacia la figura de la persona con discapacidad.

Tras las recientes reformas llevadas a cabo en la legislación civil -sustantiva y adjetiva-, que han supuesto una auténtica revolución en la materia, hemos de congratularnos de que se haya abordado esta

⁶³ O, como vimos, lo que recoge el artículo 75, que regula el internamiento cautelar en establecimiento especial.

⁶⁴ Total o parcial, pues el artículo 331 alude también a la imposición previsible de pena en estos casos, lo que evidencia que se refiere a una exención de responsabilidad penal solo parcial.

cuestión, también, en el plano procesal penal. Dentro de ese marco, la tutela cautelar penal del incurso en situación de discapacidad requería, especialmente, de una regulación acorde a estos nuevos postulados. A lo largo del presente trabajo nos hemos planteado si la norma proyectada satisface de manera adecuada las expectativas depositadas a este respecto.

En consonancia, ahora, con diversas disposiciones internacionales y con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, lo cierto es que el Anteproyecto trata de subsanar el principal problema que se detectaba en este ámbito: la ausencia de previsión como medida cautelar del tratamiento o el internamiento psiquiátricos. Como es sabido, esta situación daba lugar, en la praxis, a la indebida aplicación de prisión preventiva para estos casos.

Las consecuencias favorables que se derivan de la previsión de un estatuto integral de la persona con discapacidad en el orden jurisdiccional penal son numerosas: la exigencia de adaptaciones del procedimiento, el fomento de la pronta detección del problema y de la adopción inmediata de medidas, la introducción de la diligencia de observación psiquiátrica, la incorporación de un tratamiento de la prisión atenuada más adecuado o la exigencia de que se valoren las consecuencias de la interrupción del tratamiento que se siga para determinar la proporcionalidad de la adopción de la cautela. A pesar de lo expuesto, un estudio crítico de la norma proyectada obliga a destacar, igualmente, las limitaciones que presenta.

Discrepamos, especialmente, de la propia redacción de algunos de los preceptos que la integran. Lejos de lo que pudiera parecer, no se trata de una mera cuestión terminológica; las consecuencias prácticas son notables.

Así, mientras que en la Exposición de Motivos del Anteproyecto se afirma que se ha incorporado una regulación completa del régimen especial de las medidas cautelares en caso de discapacidad, lo cierto es que hay importantes previsiones que solo se contemplan para los supuestos en que esa discapacidad produce una situación de plena inimputabilidad. De este modo sucede, por ejemplo, respecto de la que, consideramos, es la medida más reseñable de todas las que incorpora: el internamiento cautelar en centro especial.

También la observación psiquiátrica se contempla en términos similares. A nuestro juicio, creemos que debe proceder cuando se aprecie la presencia en el sujeto pasivo del proceso de circunstancias que afecten a

su capacidad de comprender lo que sucede en el mismo, con independencia de que estas hubieran concurrido en el momento de la comisión del delito o hubieran surgido posteriormente. Ciertamente, de la primera circunstancia dependería que se apreciara la existencia de imputabilidad. Sin embargo, la segunda sería de utilidad para determinar la concurrencia de capacidad procesal.

Encontramos, en conclusión, una indeseable diferenciación entre dos niveles distintos de tutela cautelar de la persona con discapacidad: uno, en el que se encontrarían los inimputables, y otro, que correspondería a aquellos sujetos que -aun presentando una discapacidad acusada- no estén incurso en causa de exención de responsabilidad penal porque, por ejemplo, hubieran cometido el delito en plenitud de facultades y hubiera sido posteriormente cuando se hubiera incurrido en tal situación. Para estos casos, únicamente cabría la aplicación de la prisión provisional atenuada.

BIBLIOGRAFÍA

ARNÁIZ SERRANO, Amaya. Adecuación de las vigentes medidas cautelares a aplicar sobre investigados con trastorno mental. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

BEIZAMA BERGARA, Yenai; GARCÍA LUENGO, Iune; ALMENARA CÓRDOVA, Mercedes Elinor; LARRAÑAGA TOSAT, Leyre; ROMERO BÁEZ, Anabel; HORCAJO GIL, Pedro José. El delincuente con discapacidad intelectual: reflexiones psicojurídicas sobre su responsabilidad criminal y las medidas de seguridad. *Psicopatología Clínica, Legal y Forense*, v.16, 2016, pp. 97-113.

BLÁZQUEZ MARTÍN, R. El tratamiento de la discapacidad en la Jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo. *Diario La Ley*, n. 9327, 2018.

CUENCA GÓMEZ, Patricia. Discapacidad y privación de la libertad. *Derechos y Libertades*, n. 32, época II, enero 2015, pp. 163-203.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús. Medidas privativas y restrictivas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal. *La Ley*, n. 4679/2001, pp. 998-1026.

GIMENO SENDRA, Vicente; VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *La detención*. Barcelona: Bosch, 1977.

GÓMEZ-CARRILLO DE CASTRO, Marta. Derechos de la persona con discapacidad y la detención. In: ÁLVAREZ DE NEYRA KAPPLER, Susana (coord.). *Los*

llamados colectivos vulnerables en el proceso penal: de la teoría a la práctica. Madrid: Reus, 2020, pp. 31-52.

GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, Rosa. Exigencias del derecho de defensa de los investigados/acusados con problemas de salud mental en el proceso penal. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

LILLO ROLDÁN Rafael. Procedencia de las medidas cautelares en caso de peligrosidad. Análisis psiquiátrico de la trascendencia de la detención, la prisión provisional y las medidas de alejamiento en casos de investigados con trastorno mental. Propuestas alternativas. In: FLORES PRADA, Ignacio (dir.). *Trastornos mentales y justicia penal*. Cizur Menor: Aranzadi, 2017.

LLEDÓ GONZÁLEZ, Carlos. Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto del enfermo mental presunto autor de una infracción penal. In: *Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares. Cuadernos de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, I-2006.

LÓPEZ ORTEGA, Juan José; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ignacio. El proceso penal como sistema de garantías (IV). La presunción de inocencia como elemento estructurador del proceso penal acusatorio. *Diario La Ley*, 8 de julio de 2013.

MIKONWITZ, Tina. Why Mental Health Laws Contravene the CRPD - An Application of Article 14 with Implications for the Obligations of States Parties, 2011. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1928600>. Acceso en: 11 de septiembre de 2021.

MUÑOZ MUÑOZ, Sheila. Medidas alternativas a la prisión provisional: hacia una menor injerencia en el ámbito del derecho fundamental a la libertad personal del individuo. In: *Presente y futuro de la Constitución Española de 1978*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005, pp. 563-574.

NISTAL BURÓN, Javier. El internamiento cautelar de personas que no siendo penalmente responsables están sujetas a proceso a efectos de la imposición eventual de una medida de seguridad privativa de libertad. *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 5, mayo 2016, pp. 119-128.

ORTELLS RAMOS, Manuel. Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal. *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1978, pp. 439-489.

PUENTE RODRÍGUEZ, Leopoldo. "Algunos problemas procesales derivados de la alteración mental del acusado antes, durante y después del procedimiento penal". *Diario La Ley*, n. 9699, 18 de septiembre de 2020, pp- 1-15.

PUJADAS TORTOSA, Virginia. *Teoría general de medidas cautelares penales*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

QUINN, Gerard; DEGENER, Theresia. Derechos Humanos y Discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad, Documento Naciones Unidas HR/PUB/02/1, Nueva York y Ginebra, 2002. Disponible en: http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/Documents/Disability/disability_sp.doc. Acceso en: 11 de septiembre de 2021.

RAMÍREZ ORTIZ, José Luis; RUEDA SORIANO, Yolanda. El estatuto de la persona encausada con discapacidad en el proceso penal del Siglo XXI (La propuesta del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020). *Diario La Ley*, n. 9815, Sección Tribuna, 22 de marzo de 2021, pp. 1-21.

RAMOS RUBIO, Carlos. Medidas alternativas a la prisión provisional en el proceso penal español: la libertad provisional. *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, n. 4, 2003, pp. 745-784.

RECOVER, Torcuato; DE ARAOZ, Inés. *Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo en el proceso penal*. Madrid: FEAPS, 2014.

ROLDÁN, Horacio. ¿Adónde van los enfermos mentales que cometen delitos? *Revista Electrónica de Estudios Penales y de la Seguridad*, n. 5, 2019, pp. 1-19.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/about/editorialPolicies>)

- Submission: 15/07/2021
- Desk review and plagiarism check: 18/07/2021
- Review 1: 30/07/2021
- Review 2: 01/08/2021
- Review 3: 05/08/2021
- Preliminary editorial decision: 01/09/2021
- Correction round return: 14/09/2021
- Final editorial decision: 01/10/2021

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Associated-editor: 2 (BC, LG)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

MARTÍN-RÍOS, Pilar. La necesidad de prever medidas cautelares ad hoc para los supuestos de discapacidad: un análisis crítico del Anteproyecto de LECrim 2020. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n. 3, p. 1751-1782, set./dez. 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i3.616>



Esta obra está licenciada com uma Licença *Creative Commons Atribuição-NãoComercial 4.0 Internacional*.