



Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal

Análisis sobre la intervención de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo en el proceso penal y el cumplimiento de condenas y medidas de privación de libertad derivadas de éste

Torcuato Recover e Inés de Araoz
(Coordinadores)
Red de Juristas FEAPS

Colección Feaps



Las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo ante el proceso penal

Análisis sobre la intervención de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo en el proceso penal y el cumplimiento de condenas y medidas de privación de libertad derivadas de éste

Torcuato Recover e Inés de Araoz (Coordinadores)
Red de Juristas FEAPS

Anexo I: Posicionamiento ante la propuesta de Reforma del Código Penal desde la protección de los derechos de personas con discapacidad intelectual
Torcuato Recover

Anexo II: Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065 a la luz de los estándares previstos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
Carlos Ríos Espinosa



Edita: FEAPS
Avda. General Perón, 32 - 28020 Madrid
Tel.: 91 556 74 13 - Fax: 91 597 41 05
feaps@feaps.org - www.feaps.org
Depósito Legal: M- 7330-2014
Imprime: IPACSA

ÍNDICE

	<i>Págs.</i>
Prólogo de D. Carlos Carnicer Díez	9
Presentación de D. Juan Manuel Fernández Martínez	13
1. Introducción	17
2. Inicio del Procedimiento	25
3. Actos de investigación y comprobación judicial	33
4. Medidas cautelares	41
4.1. Medidas cautelares personales	41
4.2. Medidas cautelares reales	53
5. La persona con discapacidad intelectual ante el procedimiento criminal: procedimiento y enjuiciamiento	55
5.1. Juicio de faltas	55
5.2. Enjuiciamiento rápido de determinados delitos	57
5.3. Juicio ante el juzgado de lo penal o audiencia provincial	63
5.3.1. Fase de calificación del delito	63
5.3.2. Fase de juicio oral	67

6. La sentencia. El cumplimiento de penas. La personas con discapacidad en el medio penitenciario	73
6.1. Declaración de inimputabilidad y medidas de seguridad	73
6.2. Declaración de imputabilidad	77
6.2.1. Si la discapacidad ha sido detectada con anterioridad a la sentencia	77
6.2.2. Si la discapacidad ha sido detectada con posterioridad a la sentencia	83
6.3. Perfil de las personas con discapacidad intelectual condenadas por sentencia judicial	89
7. La persona con discapacidad intelectual en el proceso como víctima o testigo. El derecho de acceso a la justicia y a la información adecuada	91
8. Conclusiones y propuestas	97

Anexos 109

Anexo I. Posicionamiento ante la Reforma del Código Penal: Consideración del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal y su incidencia en los derechos de las personas con discapacidad intelectual 111

Anexo II. Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065, a la luz de los estándares previstos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 123

PRÓLOGO

Pocos momentos hay más gozosos para un abogado que aquellos en los que es capaz de defender con éxito a un cliente que se muestra especialmente vulnerable ante la acción de una injusticia. Es en esos instantes cuando un letrado se siente más próximo a la razón íntima que subyace tras una vida plena de estudios y esfuerzos: defender los derechos y libertades de los demás, ser una parte esencial del gran engranaje destinado a garantizar la tutela judicial efectiva. La defensa del más frágil es una reacción tan natural como el propio concepto de justicia, uno que entronca con las nociones de un estado democrático y de derecho.

Este detallado y profundo estudio que tengo el honor de prologar se centra en uno de los colectivos sociales más vulnerables, el de quienes presentan algún tipo de discapacidad intelectual o del desarrollo, cuyo tratamiento diferenciado en procesos penales puede, de hecho, servir de indicador de la calidad de un sistema judicial y dar medida de su grandeza.

Ahí radica el valor del elocuente estudio que espero disfruten tanto como yo lo he hecho: presentar una realidad, a menudo invisible a los ojos de muchos. Una persona con una alteración cognitiva, independientemente de su rol como participante en un delito, como víctima, o testigo, debería ser reconocida por el sistema como tal; sin embargo, este estudio de FEAPS analiza la situación actual de este colectivo en un contexto penal que evidencia que el sistema

no siempre funciona correctamente, presentando al mismo tiempo distintas consideraciones y necesidades que, de tenerse en cuenta, aportarían mayores dosis de igualdad al sistema judicial.

Este mal funcionamiento hace que se agraven las posibles consecuencias no deseables de un procedimiento criminal para un grupo social que habitualmente ya vive una situación de desventaja. El generoso estudio de FEAPS, que evita inteligentemente un lenguaje excesivamente jurídico o técnico, centra su interés en identificar esas situaciones en las que es necesario que el sistema proporcione una respuesta automática a personas con discapacidad, poniendo en marcha mecanismos que garanticen sus derechos a lo largo de cualquier etapa del proceso.

Identificar la existencia de estas circunstancias personales es una responsabilidad común compartida por todos los operadores jurídicos, ya sean miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, funcionarios de la administración de justicia, o letrados; es también necesario que todos se adapten a estas circunstancias de modo que se pueda alcanzar una mayor igualdad en el sistema.

Pero de lo que no hay duda es que el papel del abogado ha sido y es fundamental en estos casos. Su intervención cobra una importancia enorme a la hora de evitar la merma de derechos que muchas de estas personas hayan podido sufrir de manera involuntaria, en la mayoría de los casos debido al desconocimiento de su discapacidad o a una excesiva formalidad en las rutinas procesales. Nuestro compromiso como abogados es continuo y reconocido socialmente, pero cualquier actuación con relevancia procesal que implique a una persona con alteración cognitiva nos exige un esfuerzo adicional: son necesarios apoyos adicionales para que no se vulneren sus derechos, y el sistema funcione de manera óptima y esencialmente justa.

Hay que agradecer enormemente la activa labor que viene desarrollando FEAPS, un movimiento asociativo cuya razón de ser es el logro de la plena ciudadanía de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, facilitándoles la inclusión en la sociedad y permitiéndoles desarrollar su propio proyecto de vida. Su comprometido trabajo no sólo es admirable, sino que su positiva beligerancia supone una constante llamada de atención a todos los que luchamos por una sociedad más justa y armónica.

El evidente sentido práctico de este estudio realizado por FEAPS aparece claramente reflejado en sus propuestas de actuación y buenas prácticas, extendidas a lo largo del texto y de las distintas fases del procedimiento criminal. Se trata de consejos de una gran sensatez y altas dosis de realismo que permitirían una mayor seguridad en la defensa de los derechos de las personas con discapacidad, y por ende, en el concepto constitucional de la tutela judicial efectiva.

Pocos elementos nutren a un estado de derecho de mayor fortaleza que la garantía de los derechos y libertades de aquellos colectivos más vulnerables, que requieren una atención más personalizada por parte de los operadores jurídicos. No se trata estrictamente de mostrar una sensibilidad especial, sino de cumplir con rigor y responsabilidad la profesión de cada uno. Los abogados somos plenamente conscientes de la complejidad de la tarea, pero no por ello dejaremos de estar vigilantes y hacer lo que mejor sabemos: defender con ahínco y sin descanso los derechos de todos.

D. CARLOS CARNICER DÍEZ
PRESIDENTE DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA
Y DE LA FUNDACIÓN ABOGACÍA ESPAÑOLA

PRESENTACIÓN

El trato digno en los procedimientos judiciales de todas las personas sea cual sea su posicionamiento procesal, es un principio que debe regir la actuación de nuestros tribunales y, en general, de todos los operadores jurídicos.

Cuando el sujeto inmerso en un procedimiento, particularmente un procedimiento penal, tiene alguna discapacidad, sea física, psíquica o sensorial, ha de ser tratada y considerada como persona de especial sensibilidad y cuestiones que pueden parecer inofensivas, y que nos pasan inadvertidas -como el lenguaje excesivamente técnico que se utiliza en los juzgados, la rigurosidad de las vistas-, posicionan a las personas con discapacidad en una situación de fragilidad frente al sistema.

En ocasiones, es mi deber reconocerlo, los jueces y magistrados y otros colaboradores con la Administración de Justicia, pasamos por alto, precisamente, esa deseable sensibilidad que se espera de nosotros, y nos ceñimos estrictamente a los conceptos técnico jurídicos, como interpretadores y aplicadores de la ley, pero es nuestra obligación que esa interpretación y aplicación de la ley sea realizada desde una perspectiva de derechos humanos que, en ocasiones, no tenemos presente y que nos exigen los tratados y convenios internacionales en esta materia ratificados por España; pues las consecuencias de no abordar adecuadamente la discapacidad en los procedimientos judiciales, pueden ser nefastas y colocar a personas especialmente vulnerables en una situación de aún mayor desprotección pudiendo incurrir, por nuestra parte, en violaciones de los derechos humanos.

En esta publicación se analizan cuestiones de gran importancia, sobre todo desde el punto de vista procesal y de la ejecución penal, como el tratamiento de la discapacidad en las distintas fases procesales, desde el inicio de la investigación policial, pasando por la instrucción penal, el juicio oral, peculiaridades en el juicio de faltas etc...; las consecuencias de la falta de adaptación de un sistema de cumplimiento de penas -sean o no privativas de libertad- para personas con discapacidad, fundamentalmente psíquica; disfunciones detectadas en el sistema penitenciario, la declaración de la inimputabilidad e imposición de medidas de seguridad.

Por lo anterior, obras como la publicación que el lector tiene en sus manos, permiten difundir buenas prácticas tendentes a la sensibilización de todos los operadores jurídicos, incluidos, cómo no, los jueces y magistrados.

Desde el Foro de Justicia y Discapacidad que tengo el honor de presidir, se han llevado a cabo, desde hace ya una década, importantes acciones tendentes a la formación de los integrantes de la Carrera Judicial, con la finalidad de que conozcan los instrumentos nacionales y, principalmente, los internacionales, que nos exigen el cumplimiento de determinadas garantías y compromisos por parte de los Poderes Públicos bajo la observancia de la Sociedad Civil y, como he señalado, ya en el particular ámbito del Poder Judicial, ejercer nuestras funciones jurisdiccionales desde una perspectiva de protección y garantía de los derechos humanos. Este ha sido un compromiso del Foro Justicia y Discapacidad, y con la colaboración de las Instituciones parte y de los expertos asesores, se han analizado diversas cuestiones abordando las posibles problemáticas técnicas, tanto jurídicas, como forenses, de manera integral y con miras a la realización de propuestas de mejora de la respuesta judicial visibilizando la discapacidad, como precisamente se hace en este

libro, en el que se proponen sugerencias de gran interés e incluso se hacen reflexiones sobre el Proyecto de Ley Orgánica por el que se modifica la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, del Código Penal, en fase de tramitación parlamentaria a la fecha de la presente publicación.

Aún queda por hacer en el ámbito judicial para que el acceso a la justicia para las personas con discapacidad en condiciones de igualdad, sea una realidad. En esto ponemos nuestros esfuerzos y por ello quiero felicitar a la Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual o del Desarrollo (FEAPS), al haber tenido la iniciativa de impulsar esta publicación que resultará de gran utilidad en el quehacer diario de nuestras labores profesionales y con la confianza de que las personas discapacitadas y su entorno, conozcan mejor los derechos y el modo de acceso al sistema de justicia penal de manera más comprensible.

También quisiera reconocer a FEAPS, por su compromiso en colaborar con la Administración de Justicia, aportando medios desde su ámbito de actuación para paliar las consecuencias negativas que el sistema judicial pudiera proyectar sobre las personas con discapacidad intelectual en los procedimientos penales y en el sistema penitenciario incidiendo en la formación especializada y sensibilización de todos los profesionales involucrados.

D. JUAN MANUEL FERNANDEZ MARTÍNEZ
PRESIDENTE DEL FORO DE JUSTICIA Y DISCAPACIDAD

1. INTRODUCCIÓN Y JUSTIFICACIÓN

Los datos sobre personas con discapacidad intelectual que cumplen penas privativas de libertad en centros penitenciarios españoles, son graves y elocuentes¹. Demuestran el fracaso de un sistema que a lo largo del proceso penal no ha llegado a identificar la existencia de una alteración cognitiva, o que, determinada aquella, no ha encontrado mejor respuesta para la persona, que desde esa condición ha participado en la comisión de un delito, que la imposición de penas o medidas de seguridad privativas de libertad.

Un sistema garantista como el nuestro falla cuando del análisis de la población penitenciaria y la experiencia profesional de FEAPS (que lleva años colaborando con administraciones e instituciones penitenciarias, gestionando un Programa de Atención a reclusos y ex reclusos, y por tanto, cuenta con datos y experiencia probada en la materia) se desprende que los operadores policiales y jurídicos intervinientes en el proceso (cuerpos y fuerzas de seguridad, abogados, fiscales, médicos forenses y jueces) no han apreciado o detectado la existencia de alteraciones cognitivas que, posiblemente en buena medida han propiciado o favorecido la intervención de la persona en la comisión del hecho delictivo.

Ello determina la imposición de una pena o medida privativa de libertad que si para la población sin discapacidad intelectual supone

¹ Según los ficheros de datos del proyecto REHABILITARE X¹ el 69,57% de las personas registradas, que cumplen penas privativas de libertad, no tienen señalada en su sentencia la condición de discapacidad.

una carga importante y a menudo condiciona toda la vida posterior, cuando afecta a personas con discapacidad intelectual, contribuye, además, a incrementar notablemente la situación de exclusión social y la discriminación previa, cuando no genera consecuencias aún peores.

Pero además, cuando el sistema funciona correctamente y se detecta la presencia de una discapacidad que actúa como circunstancia modificativa (eximente total o atenuada), es preciso que se articulen sistemas adecuados para el cumplimiento de las medidas que el órgano judicial establezca y, sobre todo, que se pueda disponer de otras alternativas al ingreso en un centro penitenciario.

Este documento es resultado del compromiso del movimiento asociativo en favor de las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo, FEAPS, para intentar dar respuesta a lo que podríamos identificar como una grave anomalía en el funcionamiento del sistema judicial. La actual realidad genera unas consecuencias personales aún más graves para un colectivo social que, ya de por sí, se encuentra en una situación de discriminación y desventaja.

Se trata por tanto de identificar las disfunciones, de precisar dónde es necesario establecer apoyos, ya sean puntuales, relevantes o significativos, permanentes o intensos, y de hacer un llamamiento tanto a los operadores jurídicos que intervienen en el proceso penal, a las administraciones públicas competentes, como, directamente, al compromiso de la organizaciones que integran el movimiento asociativo a favor de las personas con discapacidad, para que ofrezcan asesoramiento y ayuda a quienes, formando parte de este específico grupo de población, se ven inmersos en un proceso penal.

El objetivo es que se facilite y sea operativa la identificación de la existencia de tales discapacidades y, por tanto, el enjuiciamiento

o intervención de la persona en cuestión sea realizado teniendo en cuenta todas las circunstancias subjetivas o personales que le afectan.

Se busca el compromiso de todos a la hora de colaborar con los cuerpos y fuerzas de seguridad, órganos judiciales y profesionales del derecho, tanto en la fase de instrucción y procedimiento judicial, como en la de hipotético cumplimiento de penas, de manera que estas respondan, efectivamente, al principio constitucional de rehabilitación social efectiva. Es preciso tener en cuenta, como señalábamos anteriormente, que el paso de una persona con discapacidad intelectual por prisión no solo no contribuye a su reinserción, sino que la dificulta notablemente, cuando no le vincula aún más a un medio que le va a adherir por más tiempo a un ambiente delictivo en el que, a menudo, es manipulado y utilizado para fines ilícitos.

Los datos procedentes del trabajo realizado en el programa de atención a reclusos y ex reclusos FEAPS resultan muy satisfactorios. Se ha ayudado a numerosas personas con discapacidad que han ingresado en centros penitenciarios o a los que los tribunales han aplicado medidas de seguridad al reconocer la existencia de tal discapacidad. Desde el programa también se trabaja desarrollando acciones preventivas. Se trata de prevenir y evitar que una persona con discapacidad intelectual ingrese en un centro penitenciario debido a que la presencia de una discapacidad le haya determinado, o condicionado, su participación en la comisión de un hecho delictivo, a lo que se unirá que aquella circunstancia no haya sido adecuadamente valorada en el subsiguiente proceso penal.

Las organizaciones del movimiento asociativo de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, FEAPS, deben auxiliar a la persona con discapacidad intelectual que se encuentra inmersa en un proceso penal, desde el momento inicial del propio proceso y, en

coherencia con la misión del movimiento asociativo FEAPS, ofrecerle los apoyos individualizados que precisa, defender y asegurar sus derechos de manera personal, individualizada, y desde principios y criterios éticos.

Al mismo tiempo, es preciso tener en cuenta que la persona con discapacidad intelectual no sólo puede llegar al proceso penal por su participación en hechos delictivos, sino que también puede, como cualquier otro ciudadano, desempeñar los roles de víctima o testigo del hecho delictivo.

En este análisis no sería justo, ni exhaustivo, ignorar que, en muchas ocasiones es la propia labilidad de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo, la que le sitúa como víctima fácil en determinados delitos (es elocuente, en este sentido, que determinados tipos penales identifican precisamente esa circunstancia).

En estos casos al daño que supone la agresión o la experiencia padecida se suman las dificultades derivadas de la necesidad de comparecer, declarar y realizar trámites que se caracterizan por un lenguaje difícilmente comprensible, y en un medio en el que la terminología, el procedimiento y los modelos habituales de actuación incrementan las dificultades de comprensión de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, generando así nuevas situaciones que tienen como resultado una doble victimización, y que entendemos deben ser rigurosamente cuidados si pretendemos hacer cierto y real el derecho a la tutela judicial efectiva, que, también para los ciudadanos con discapacidad intelectual, proclama el artículo 24 de nuestra Constitución.

A esta obligación fundamental, cuyo primoroso respeto debemos exigir en el contexto que consideramos en este documento,

de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo en el procedimiento penal, hemos de unir, necesariamente, la sustancial proclamación que realiza el artículo 13 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad Intelectual, aprobada por Naciones Unidas en 2006, exigiendo para estas el acceso a la justicia, en igualdad de condiciones con las demás personas, *“incluso mediante ajustes de procedimiento, 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”*².

Ambos textos constituyen, pues, criterio sustancial para abordar la materia propia de este documento, y habrán de ser considerados, como generadores de principios hermenéuticos básicos para considerar todas las cuestiones, y todos los extremos y momentos procesales en que exista contacto entre la persona con discapacidad y el procedimiento criminal, cualquiera que sea el rol que aquella juegue en el mismo.

Posicionamiento

El presente documento pretende, pues, analizar y establecer posicionamiento respecto de la situación, consideración y necesidades de la persona con discapacidad y del desarrollo, en tal contexto, utilizando como hilo conductor el propio procedimiento penal, sin por ello pretender realizar un estudio meramente procesal, ni un análisis académico, y deteniéndonos sobre todo en aquellos aspectos en los que la presencia de una persona con discapacidad intelectual o del desarrollo debería implicar, de forma automática, la puesta en marcha

² Artículo 13.1 de la CIDPCD

de una serie de mecanismos dirigidos a garantizar en todo momento sus derechos.

Hemos ido detectando así cuales deben ser las situaciones que requieren de apoyos más precisos en cada instante; hemos tratado de identificar los momentos en los que es más crucial para la persona e incluso para la validez del proceso, detectar y hacer relevante la discapacidad; señalar los puntos negros, en los que la ignorancia o la insuficiente consideración de esa circunstancia condiciona un porvenir procesal inadecuado e injusto, e incluso criticar e identificar las malas praxis que generan ciertas rutinas.

Pero también hemos tratado de identificar aquellas actuaciones que, por el contrario, suponen evidencias de cuidado, de cumplimiento respetuoso de la ley, de los derechos de quienes tienen discapacidad, y las hemos identificado como buenas prácticas que es necesario reconocer, y cuya extensión mejorará la bondad del propio sistema.

Deliberadamente hemos procurado, huir del uso de un lenguaje, o un acercamiento al tema excesivamente rigorista o académico, o estrictamente jurídico, que entendemos habría constituido una dificultad para quien pretenda acercarse a este análisis desde una posición que no sea exclusivamente la de un operador jurídico y reducir, por tanto, la utilidad de este documento.

Confiamos en que, con este análisis queden suficientemente identificados todos aquellos momentos o hitos del proceso en que es más necesaria la intervención, el apoyo, el especial cuidado. Quizás, si los aplicamos ayudaremos a que en el futuro haya menos personas con discapacidad cumpliendo penas privativas de libertad en centros penitenciarios, y que el paso de estas por el proceso penal, ya sea en cualquiera de los grados de autoría, pero también como víctima o

testigos, no constituya una experiencia degradante o no suponga un trauma más que se suma al que ya genera la propia vivencia del hecho delictivo.

2. INICIO DEL PROCEDIMIENTO

Ante la noticia de la comisión de unos hechos aparentemente delictivos pero respecto de los que aún no puede determinarse si son o no constitutivos de un delito, existen tres formas diferentes de iniciar el proceso:

- Puede iniciarse “*de oficio*” cuando los hechos llegan a conocimiento del juez, directamente, lo que, en la mayoría de los casos se produce por la comunicación del hecho delictivo, al órgano judicial, que realiza cualquiera de los fuerzas y cuerpos de seguridad.
- A través de la “*denuncia*” lo que supone que, simplemente una persona, que haya conocido los hechos -cualquiera que sea el papel que haya desempeñado en los mismos, aunque sea de mero y casual testigo presencial, o como víctima de aquellos- ponga en conocimiento del Juzgado, o Ministerio Fiscal, unos hechos presuntamente delictivos.
- A través de la interposición de una “*querrela*”. Se comunican los hechos presuntamente delictivos al juez, y al mismo tiempo se ejercita una acción penal. Esta última requiere de mayores formalidades y, por ello, de la intervención profesional de abogado.

Cualquier persona que presencie un hecho presuntamente

delictivo está obligada a denunciar³. Se trata de una obligación que afecta, por igual, tanto las personas que tengan conocimiento del mismo en virtud de su cargo, profesión u oficio como a cualquier persona que tenga conocimiento de la existencia de un delito. Se trata, pues, no solo de una obligación legal, sino de una básica obligación cívica.

La legislación establece que están exentas de esta obligación los impúberes y aquellas personas que “*no gozaren del pleno uso de razón*”⁴.

En este contexto reviste especial importancia el atestado policial, por cuanto este constituye el acercamiento básico y mayoritario al hecho, o de este al órgano judicial; la primera constancia documental de lo ocurrido y determinación de las personas y datos más relevantes en relación con aquel. Su realización corresponde a la Policía o Guardia Civil, o a aquellos cuerpos de seguridad que tengan atribuidas estas competencias en determinados territorios (Mossos d'Esquadra, Miñones, Ertzaintza) y no está sujeta a ningún tipo de formalismo legal, aunque las normativas y, sobre todo, los protocolos de actuación de cada cuerpo de seguridad suelen dejar establecida la forma o requerimientos formales que han de cumplirse en la redacción de este atestado. Además, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr, en adelante) establece que los atestados y manifestaciones de la policía judicial se considerarán denuncias a los efectos legales.

No obstante, también existen ocasiones en las que la presencia de los Cuerpos de Policía o Cuerpos de Seguridad debe responder a

³ Artículo 259 LECr.

⁴ Artículo 260 LECr.

otra finalidad: la de ayuda y auxilio a los ciudadanos.⁵La legislación establece que en sus relaciones con la Comunidad deberán procurar auxiliar y proteger a los ciudadanos siempre que las circunstancias lo aconsejen y fueren requeridas para ello. En todas sus actuaciones proporcionarán información cumplida y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidades de las mismas. Es esta una función sustancial, en buena parte no conocida (lo más relevante es siempre la función represiva que, por su incidencia e impacto mediático, eclipsa totalmente a la de auxilio y protección de los ciudadanos) que debe ser tenida en cuenta especialmente en relación con las personas que estén en situaciones de mayor vulnerabilidad, y, en nuestro caso, las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, y de la que deben obtenerse las mejores y más cumplidas consecuencias.

No cabe duda de que existirán situaciones en las que personas con discapacidad intelectual se encuentren implicadas en hechos aparentemente delictivos. Por esta razón, las Fuerzas de Seguridad deberán estar debidamente capacitadas para diferenciar e intervenir en una situación en la cual la persona demande una actuación protectora o de auxilio, y también para identificar la discapacidad intelectual de una persona cuando interviene en un hecho delictivo.

Para ello hay que garantizar que el personal perteneciente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado disponga de los conocimientos y habilidades precisas para detectar la presencia de una discapacidad intelectual o del desarrollo, y para proceder de un

⁵ Ley Orgánica 2/1986 de 13 de Marzo. Funciones de las Fuerzas de Seguridad. El texto distingue claramente dos tipos de funciones:

a) Las relativas a la seguridad de las personas en relación con la prevención y persecución de conductas delictivas.

b) Las de ayuda y auxilio a los ciudadanos que puedan encontrarse en situación de riesgo o de necesidad debido a una catástrofe, inclemencia meteorológica, enfermedad, etc....

modo adecuado que garantice que no se vulneren los derechos de la persona y que esta cuente, desde este primer acercamiento, con los apoyos precisos.

En esta línea de actuación, desde hace varios años, FEAPS, a través del Programa de Reclusos, colabora con diferentes operadores jurídicos impartiendo cursos de formación, sensibilización y capacitación, con el fin de facilitar herramientas para la detección y el apoyo de personas con discapacidad intelectual o del desarrollo bien en calidad de víctimas, testigos o autores.

Sin embargo, aunque entendemos que esta formación constituye una colaboración positiva y deseable, somos conscientes de su debilidad, por lo que abogamos por una formación estructurada incluida dentro del proceso de formación de todos los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

En muchas ocasiones, el primer contacto de la persona con discapacidad intelectual implicada en un incidente con apariencia de delito, cualquiera que sea su rol en el mismo, será con las Fuerzas de Seguridad, y si sus agentes no advierten la presencia de la discapacidad tampoco estarán en condiciones de respetar sus derechos a través de la realización de los ajustes precisos. Ni reflejarán esta circunstancia en el acta o atestado, lo cual tampoco ayudará en un eventual procedimiento posterior en el que el conocimiento de esta circunstancia hubiera sido relevante. Una buena actuación en este sentido podría evitar que la presencia de la discapacidad pase inadvertida, lo que, desde el primer momento, viciará toda la actuación posterior al no significar un dato relevante que, como decimos, debe facilitar una posición de ajuste y apoyo en función de la necesidad de la persona.

Es, precisamente, la ausencia de tal rigor, el no advertir y constatar tal dato, o comprobar el mismo ante la sospecha de la existencia de una discapacidad intelectual, que puede producirse por una actuación excesivamente superficial, o, simplemente, la ignorancia de la constancia de esta situación, tanto en una persona que puede haber intervenido en un hecho delictivo, como en quien lo padece como víctima o testigo, lo que puede acabar viciando toda la actuación judicial posterior o generando las consecuencias que venimos denunciando.

Formación

Es por esto que, desde este primer momento, abogamos por una mayor y adecuada formación de los integrantes de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y, obviamente, sus equivalentes en las Comunidades Autónomas con competencias en la materia. Aprender, desde el primer momento, la sospecha, o la constancia, de una discapacidad intelectual como circunstancia subjetiva en cualquiera de las personas que intervienen en un hecho delictivo -reiteramos, cualquiera que sea el rol que en el mismo desempeña-, es algo fundamental porque permitirá adoptar los apoyos que la persona precise y determinará el itinerario procesal posterior.

En el mismo sentido, incluir en ese momento inicial de la investigación la constatación de una sospecha, o una alegación de discapacidad, dirigiéndose al organismo autonómico al que compete la valoración de la discapacidad, o solicitando una valoración atinada al efecto, supone evidenciar no tanto una especial sensibilidad sino, sobre todo, un rigor profesional exigible en quienes cumplen tal función, que los ciudadanos hemos de esperar de los miembros de estos cuerpos.

Además, esta necesidad de formación tiene su propio fundamento legislativo en el apartado segundo del artículo 13⁶ de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CNUDPD, en adelante), -que también citaremos para el resto de los operadores que interviene en el proceso-, que regula el acceso a la justicia y establece que los Estados Miembros -obligación, por tanto, que incumbe, como tal mandato, por imperativo legal, a nuestro país- deben promover la adecuada capacitación de aquellos que trabajan en la Administración de Justicia, incluido el personal policial y penitenciario. Lo contrario puede suponer, claramente, la vulneración del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad.

Este mismo artículo establece que el acceso debe realizarse en condiciones de igualdad con las demás personas mediante ajustes en el procedimiento, lo que, por tanto, debe llevar a evitar una aplicación meramente formalista de los formularios de redacción de los atestados, y de la propia actuación policial, para garantizar, mediante ese preciso y equitativo ajuste de procedimiento, que permita identificar y acreditar tales circunstancias subjetivas.

Por tanto, la importancia de esta fase previa, policial o pre-procesal, nos lleva a reclamar la necesidad de asegurar la mayor formación posible de los miembros de Cuerpos de Seguridad, y para

⁶ CNUDPD Artículo 13. Acceso a la justicia:

1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes en el 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 preliminares.

2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario.

ello, desde el movimiento FEAPS, a fomentar el establecimiento de sistemas de colaboración conjunta.

3. ACTOS DE INVESTIGACIÓN Y COMPROBACIÓN JUDICIAL

Una vez que se conoce la existencia de unos hechos susceptibles de ser delictivos, se inicia la *fase de instrucción* por parte del órgano judicial, el juzgado de instrucción, al que corresponda el conocimiento de los hechos, destinada a esclarecer o determinar si existen indicios racionales de criminalidad, que apunten la responsabilidad penal contra determinada persona, o cuya identidad haya de averiguarse, lo que, en caso afirmativo, dará lugar al procesamiento del inculcado.

El Juzgado instructor recibirá, por tanto, el atestado policial, o la denuncia interpuesta por un particular y, si estima que, en una primera aproximación valorativa, puede existir un delito, determinará las primeras y urgentes diligencias de investigación precisas.

Algunos de estos actos de averiguación o instrucción previa, contemplados como en la ley procesal, son:

- inspección ocular,
- reconstrucción de los hechos,
- identificación y custodia del cuerpo del delito,
- identificación del delincuente y de sus circunstancias personales,
- reconocimiento en rueda,
- declaración de los acusados, sospechosos o meros inculcados,
- declaración de testigos,
- careo entre testigos e imputados,
- informe pericial y

- aquellos otros medios de prueba que el instructor estime necesarios.

De la misma forma que lo considerábamos cuando se ha tratado el tema de las diligencias policiales iniciales y, por tanto, de la intervención de los cuerpos de seguridad a la hora de realizar el *atestado*, cualquier profesional que intervenga (funcionarios de la Administración de Justicia, personal policial, abogados, etc.) deberá identificar o comprobar la concurrencia de una discapacidad intelectual o del desarrollo (DI o DD, en adelante) en cualquiera de las personas implicadas, ya sea como víctima, testigo, o como presunto responsable en cualquiera de sus grados.

Por ejemplo, es fundamental que se refleje este dato, al hacer constar sus circunstancias personales (sirve como justificante de una exigencia en tal sentido lo que establece al respecto el art. 493 LECr)⁷. La existencia de esta circunstancia es obvio que puede condicionar la realización de cualquiera de los medios de investigación propios de esta fase y, desde luego, las consecuencias posteriores. Es claro, por ejemplo, este condicionamiento, en la realización de una rueda de reconocimiento, tanto si la persona respecto de la que se realiza la investigación tiene una discapacidad intelectual, y es sometido a tal diligencia, como si interviene en esta para identificar a un agresor o delincuente.

El momento, pues, y las diligencias realizadas para la identificación del delincuente (lo que nos vuelve a situar en la importancia de determinar si concurre alguna discapacidad en la

⁷ “La autoridad o agente de policía judicial tomará nota del nombre, apellido, domicilio y demás circunstancias bastantes para la averiguación e identificación de la persona o procesado o del delincuente (...)”

persona del sospechoso, pero también en las de la víctima o del testigo que realizan el reconocimiento) constituye elemento de la mayor importancia. La identificación podrá efectuarse personalmente, mediante la exhibición de fotografías o fichas policiales, o en rueda de reconocimiento, y, en todos los casos, el hecho de que la persona en cuestión (a la que afecta el reconocimiento, o la que realiza este) tenga una discapacidad, supone un elemento sustancial. En el primer caso, porque puede determinar o sesgar la identificación, y en el segundo, porque también obviamente puede condicionar este⁸.

Pero igualmente habrá de tenerse en cuenta el modo en que condicionará tal circunstancia personal a la hora de prestar declaración, o de intervenir en un careo. En tales casos quienes intervienen en la diligencia de investigación, especialmente el juzgador que la dirige, los letrados que asisten, o funcionarios que intervienen, deberían resaltar esta situación e interesar que se presten los apoyos precisos al realizar la diligencia, y singularmente, cuando se trata de prestar declaración, se deberá garantizar la determinación de apoyos necesarios para la realización de esta, y evitar preguntas que puedan provocar una indefensión motivada por razón de discapacidad. De la aplicación efectiva de “ajustes de procedimiento” habla, incluso,

⁸ Hay abundante jurisprudencia sobre la importancia crucial de esta diligencia probatoria, y establece las circunstancias idóneas en las que debe realizarse, y la forma en que su práctica condiciona el resultado. Por todas, la Sentencia del TS de 28 de Septiembre de 2012, que indica las limitaciones del reconocimiento en rueda: el índice de calidad de la información obtenida por este medio será fruto de un tipo de apreciación que discurre en el orden epistémico o de la adquisición de conocimiento y depende de criterios de valoración que no son jurídicos. Y de datos empíricos que tampoco pertenecen a este campo. Así, los relativos a las circunstancias ambientales, de luz sobre todo; los atinentes a la dinámica de la acción; y, en fin, otros que tienen que ver con la aptitud de la víctima-testigo para la observación y con su capacidad de retentiva. Además, contará también de manera importante -en virtud de aportaciones de la psicología del testimonio que hoy están en el dominio público- la distancia temporal entre el momento de los hechos y el de la práctica de la diligencia de que aquí se trata.

como hemos visto, el precepto citado de la CNUDDP.

Lo explicitado con anterioridad es igualmente predicable a la hora de abordar una declaración en la que las personas con DI o DD sean testigos⁹.

Es esta una cuestión podríamos decir que transversal, sustancial, que afecta a la validez e idoneidad, de todas las diligencias, tanto judiciales como previas, en las que interviene una persona con discapacidad intelectual o del desarrollo. Es imprescindible garantizar que el derecho al acceso a la información y, por ende, que sus declaraciones sean prestadas desde el pleno ejercicio de ese derecho, de manera que pueda conocer y, sobre todo, comprender, todo el contenido de lo que se le solicita, de lo que se imputa, de lo que se reclama de él en el procedimiento; y también, que pueda hacerse comprensible para el tribunal o el instructor, lo que él conoce o manifiesta.

Lo veremos de manera pormenorizada más tarde, pero en este punto no se puede dejar de resaltar la necesidad de que la comunicación sea adecuada como extracto, e imprescindible cumplimiento de lo dispuestos en el citado art.13 de CNUDDP, e incluso como garantía de validez de las propias actuaciones procesales.

⁹ Existen, descritas y experimentadas, buenas prácticas que son generalizables para este tipo de actuación. Así, por ejemplo, la Fundación Carmen Pardo-Valcarce realiza experiencias de enorme interés, de colaboración con los Cuerpos de Seguridad, ofreciendo apoyos a las personas con discapacidad intelectual, especialmente cuando son víctimas de hechos delictivos, con la intervención de profesionales que actúan de apoyo y facilitan así el traslado de la información requerida a aquella, en términos que le resulten asequibles, así como a los agentes, la que esta proporcione. En la legislación comparada existen igualmente experiencias positivas y dignas de traslado, en la que el papel de “facilitador”, es sustancial para actuar como apoyo personal de la persona que resta declaración, con el condicionante de su discapacidad, ya sea como víctima –rol en el que es más reconocido-, pero también como inculpa

Sería también recomendable, como una buena práctica en esta materia, la grabación de la declaración audiovisual prestada por una persona con discapacidad, realizada, obviamente, con todas las garantías y apoyos precisos, singularmente cuando lo hace como víctima de hechos delictivos, y más aún cuando se trata de delitos contra su integridad personal o libertad sexual, para evitar su peregrinar por los Juzgados más allá de lo imprescindible o la existencia de modificaciones o influencias que luego pueden afectar al valorar la credibilidad de su testimonio, tal y como empieza hacerse en muchos órganos judiciales, en la mejor praxis judicial, en el caso de menores. La realización de estas diligencias como una prueba preconstituida, con todas las garantías precisas, constituye un elemento necesario y ya asumido por la Jurisprudencia, y reconocido por las Directivas europeas de aplicación. Se trata de mantener una postura exigente, adoptando cuantas medidas sean adecuadas para mejor garantizar sus derechos, e incluso para que la investigación judicial se beneficie de un traslado veraz y adecuado de cuanta información pueda suministrar la persona con discapacidad, incluso aunque sume a sus dificultades cognitivas las de comunicación.

Singularmente activa y cuidadosa ha de ser la actitud de protección de los derechos también cuando la persona con discapacidad se enfrenta a la actuación judicial como sospechosa o como posible responsable, de hechos criminales, cualquiera que haya sido su grado de intervención o responsabilidad en los hechos.

Recordemos que el *artículo 14* de la CNUDPD reconoce el derecho de las personas con discapacidad a la libertad y seguridad entendiendo que *no pueden verse privadas de libertad ilegal o arbitrariamente, y que cualquier privación deberá ser de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad en ningún caso puede justificar una privación de libertad*. La correcta aplicación de

esta mandato no supone sólo garantizar la obvedad de que cualquier limitación de la libertad se adecúe a lo que establece la ley, lo que parece una exigencia implícita y elemental en un estado de derecho, sino que, en el caso de las personas con discapacidad, habrá que evitar, de manera cuidadosa, que esta propia condición personal condicione o influya en este resultado. Este aspecto debe conducir a una actuación de defensa especialmente activa, en situaciones en que sospechemos que la discapacidad o sus efectos (problemas de comunicación; dificultad para comprender los requerimientos de la Autoridad, patologías mentales, etc.), condicionan o justifican una detención o su prolongación.

Por esto mismo, la realización incorrecta de los actos de comprobación que puede tener como consecuencia la privación de libertad de una persona, supone una lesión de un derecho fundamental. Por tanto, dicha privación sería no conforme a derecho, de modo que una actuación superficial, que no considere adecuadamente la condición personal que supone la discapacidad, se constituye en una infracción del derecho a la igualdad de oportunidades, e incluso en el del derecho a la tutela judicial efectiva. Esto haría que tanto este, como los subsiguientes trámites procesales, se sustenten en un acto discriminatorio o, en definitiva, infrinjan este derecho a la tutela judicial efectiva, puesto que en la mayor parte de las ocasiones, la discapacidad intelectual condicionará la actuación de la propia persona en el procedimiento y exigirá una actitud activa, beligerante, en la defensa y observancia de sus derechos, por parte de cuantos operadores intervienen en el proceso¹⁰.

¹⁰ La reciente Encuesta realizada entre profesionales que trabajan en el Juzgado de guardia de Córdoba, sobre personas con discapacidad intelectual o trastorno mental que son puestas a disposición judicial en calidad de detenidos, elaborada por la Fiscalía Provincial de Córdoba, Sección de Protección de personas con discapacidad,

Son estas, pues, cuestiones sobre las que se ha de estar especialmente vigilante, por cuanto pueden generar lesiones de derechos, y, su observancia debe ser especialmente vigilada, de forma que la ausencia de esta debiera ser alegada como posible causa de nulidad de actuaciones procesales.

y coordinada por Fernando Santos Urbaneja, en Diciembre de 2013, ofrece resultados indicativos, de los que es relevante, comprobar que, aproximadamente un 15% de las personas que son conducidas ante el Juzgado de Guardia, en calidad detenidos, padecen o pueden padecer, situaciones de discapacidad intelectual o trastorno mental.

http://www.asociacionsolcom.org/files/documentos/urbaneja/encuesta_sobre_personas_con_discapacidad_intelectual_o_trastorno_mental_que_son_puestas_a_disposicion_judicial_en_calidad_de_detenidos.pdf

4. MEDIDAS CAUTELARES

Al inicio del procedimiento de instrucción puede el juzgador adoptar Medidas Cautelares que, en general, pueden ser definidas como el conjunto de actuaciones dirigidas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte.

Constituyen presupuestos básicos para su adopción que exista un juicio de probabilidad consistente en atribuir razonadamente un hecho punible a una persona determinada (*fumusboni iuris*) y que exista riesgo o peligro de que el inculpado se sustraiga al proceso o a la ejecución de la condena (*periculum in mora*).

4.1. Medidas cautelares personales

Tienen por objeto asegurar la presencia del inculpado en el juicio y el cumplimiento de las penas que llevan aparejada privación de libertad.

Tienen una naturaleza preventiva durante la sustanciación del proceso, pudiendo reformarse de oficio en cualquier momento de la causa, y revocarse en los casos en que se admita el pertinente recurso.

Las medidas cautelares personales son:

- citación,
- detención,
- prisión provisional (comunicada o incommunicada),
- prisión atenuada (más conocida como arresto domiciliario),
- libertad provisional (con fianza o sin ella).

Como hemos visto, la CNUDPD establece en su artículo 13, relativo al acceso a la justicia, que esta debe realizarse en igualdad de condiciones mediante ajustes de procedimiento. La aplicación de este precepto vuelve a requerir que se consideren de manera cuidadosa el contenido y, sobre todo, se garantice el acceso, la comprensión de cuantas diligencias afecten a personas con discapacidad intelectual o del desarrollo, por lo que se debe entender como un ajuste necesario del procedimiento el que una citación dirigida a una persona con discapacidad intelectual o del desarrollo resulte comprensible para su destinatario. A día de hoy, esto no es así ya que las citaciones son escritos-tipo que también el ciudadano medio tiene dificultades para comprender.

También resultaría de aplicación el ya mencionado artículo 14 de la CNUDPD, que regula la libertad y seguridad de la persona,¹¹ ya que cualquier acto encaminado a privar de libertad a una persona deberá realizarse con todas las garantías.

Cualquier intervención que se realice deberá estar impregnada de los principios de la Convención que adquieren especial importancia en este ámbito: el respeto a la dignidad inherente de las personas, la no discriminación y la igualdad de oportunidades.

Abundando en este básico, y previo, derecho a la comprensión y comunicación, en relación a la *detención*, la Ley de Enjuiciamiento Criminal establece que cualquier persona detenida deberá ser informada, **de modo que le sea comprensible** y de forma inmediata

¹¹ Artículo 14. Libertad y seguridad de la persona

2. Los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad¹². Por tanto, el derecho que de forma específica es reconocido en el tan citado artículo 13 de la Convención, ya aparece implícito en la propia legislación ordinaria, de manera que la correcta aplicación de esta básica disposición legal ha de obligar a que la información que en relación con el proceso, citaciones, requerimientos, comparecencia, etc. deba ser comprensible para la persona, obviamente de acuerdo a sus características personales, sin que, desde una aplicación adecuada del propio texto legal quepa admitir razones que permitan no aplicar ese precepto o realizar una interpretación laxa de esa obligación.

Si la información no resulta comprensible para la persona, en términos estrictos, esa detención o sus consecuencias pueden resultar ilegales. La inadecuada aplicación de este sustancial derecho, es decir, el juego del art. 520.2 de la LECr, y el art. 13 de la Convención, pueden permitir tachar de nulidad actuaciones en las que no se haya cuidado el garantizar el conocimiento adecuado y, sobre todo, comprensible, de los motivos de la detención y de las actuaciones procesales derivadas de la misma, como de las actuaciones posteriores. De forma que declaraciones, o pruebas así obtenidas podrían quedar viciadas de nulidad, y, por ende, de advertir que no se identificó de manera adecuada la discapacidad intelectual desde el primer momento, y, como consecuencia, no se adoptaron los medios y apoyos precisos para asegurar aquel derecho, puede -y hasta debe- ser usado, para tachar la nulidad de lo actuado con estos vicios. El incumplimiento flagrante de tal obligación puede justificar la exigencia de puesta en libertad, puesto que estas primeras diligencias, especialmente la detención, y privación de libertad, constituyen eje sustancial del procedimiento penal, donde están en juego (así lo viene reiterando el Tribunal Constitucional)

¹² Artículo 520.2 LECr.

derechos fundamentales básicos. Por analogía podríamos recordar el procedimiento de habeas corpus, conforme al cual se puede exigir la puesta en libertad tras una detención que no se atenga *a derecho*.

Estas afirmaciones aparecen reforzadas por dos Directivas Europeas: la Directiva 2010/64/UE de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales y la Directiva 2012/13/UE del 22 de mayo relativa al derecho a la información en los procesos penales.

El derecho a la información se regula en el artículo 3 de la Directiva 2012/13/UE. La Directiva es aplicable a todo el proceso desde que se pone en conocimiento de la persona que es sospechosa, o a la que se acusa de haber cometido una infracción penal, hasta la conclusión del proceso, incluida, cuando proceda, la imposición de la condena o la resolución de cualquier recurso. El artículo 3.2 reconoce explícitamente que se garantizará que toda la información acerca de sus derechos procesales¹³ se proporcione verbalmente o por escrito, en un lenguaje sencillo y accesible, teniendo en cuenta las necesidades particulares de las personas sospechosas o acusadas que sean vulnerables.

Se establece que si el acusado no entiende o no habla la lengua del proceso deberá beneficiarse sin demora de interpretación de los actos

¹³ Artículo 3. Derecho a la información sobre los derechos

1. Los estados miembros garantizarán que las personas sospechosas o acusadas reciban con prontitud información acerca, como mínimo, de los siguientes derechos procesales según se apliquen con arreglo a la legislación nacional, a fin de permitir su ejercicio efectivo:

- a) el derecho a tener acceso a un abogado;
- b) el eventual derecho a recibir asistencia letrada gratuita y las condiciones para obtenerla;
- c) el derecho a ser informado de la acusación, de conformidad con el artículo 6;
- d) el derecho a interpretación y traducción;
- e) el derecho a permanecer en silencio.

del proceso. También se garantizará un servicio de interpretación para las comunicaciones entre abogado y cliente. Además, esta directiva permite reclamar si no se provee del mismo o si la calidad de la interpretación no es suficiente, ya que se comprometería la equidad del procedimiento: *«La interpretación facilitada con arreglo al presente artículo tendrá una calidad suficiente para salvaguardar la equidad del proceso, garantizando en particular que el sospechoso o acusado en un proceso penal tenga conocimiento de los cargos que se le imputan y esté en condiciones de ejercer el derecho a la defensa».*

Esta Directiva además se extiende al derecho a que los documentos esenciales del proceso estén traducidos (en nuestro caso deberían encontrarse redactados en lectura fácil) de forma que se garantice que se puede ejercer el de defensa y que el proceso responde a criterios de equidad¹⁴.

A la fecha de redacción de este documento el Gobierno Español ha aprobado, inicialmente en Consejo de Ministros, y sin que, por tanto, aún haya iniciado su tramitación parlamentaria, un Anteproyecto de Ley Orgánica identificado como “Estatuto de las Víctimas de delito”, mediante el cual se da cumplimiento a diversas Directivas Europeas, entre ellas las citadas.¹⁵ El texto que en este momento conocemos del citado Anteproyecto establece, efectivamente, la necesidad de

¹⁴ Artículo 3 Directiva 2010/64/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de octubre de 2010 relativa al derecho a interpretación y a traducción en los procesos penales.

¹⁵ No conocemos aún el texto del borrador de aquel anteproyecto, sino sólo las referencias de su contenido realizadas por el Ministerio de Justicia. En estas se hace incidencia explícita a la necesidad de garantizar el derecho a que se suministre información, sobre el procedimiento judicial, en un lenguaje comprensible; se indica que se considera especialmente la situación de las víctimas especialmente vulnerables haciendo referencia entre estas a las personas con discapacidad. En cualquier caso, habrá que estar especialmente atento para comprobar que la variable específica de discapacidad sea considerada de forma adecuada en el texto del Anteproyecto.

que las comunicaciones se realicen en un lenguaje claro, sencillo y accesible¹⁶.

Esta obligación de informar de forma comprensible que, como vemos, es sustancial en las primeras fases del procedimiento, (y en todas las actuaciones posteriores) únicamente se podrá hacer conforme a derecho si, de forma previa, se ha detectado la existencia de una discapacidad. Ya se ha señalado la necesidad, incluso obligatoriedad, de que las Fuerzas de Seguridad cuenten con la formación precisa para detectar y aplicar los ajustes necesarios ante la sospecha o indicación de una discapacidad. Pero como medida añadida, y de mayor eficacia para asegurar que en el procedimiento conste la concurrencia de tal circunstancia personal, resultaría una buena práctica deseable establecer, en los protocolos de detención e inicio del procedimiento, que se pueda facilitar el acceso inmediato, tanto de las propias fuerzas de seguridad, como del propio Juzgado, a la base de datos de la Comunidad Autónoma correspondiente en la que figure el reconocimiento y grado de discapacidad (antes minusvalía) de las personas sobre las que pueda concurrir sospecha, referencia directa o indirecta, o indicación, de la existencia de una discapacidad, de forma que se facilite la detección de una circunstancia de tal tipo.

De esta forma, en caso de sospecha inicial, bien en la misma Comisaría o cuerpo policial correspondiente, Puesto de la Guardia Civil o Juzgado, se podría obtener este dato esencial para orientar tanto la declaración como el resto de actuaciones penales subsiguientes¹⁷.

¹⁶ No obstante, entendemos que el texto del anteproyecto presentado es mejorable, especialmente en lo que se refiere a la protección de los derechos de las personas con discapacidad intelectual víctimas de delitos, y así lo hemos trasladado, reivindicando, entre otras cosas, la necesidad del uso habitual de los sistemas de lectura fácil.

¹⁷ Una sugerencia similar realiza Fernando Santos Urbaneja, Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba, en su trabajo "El tratamiento penal de la discapacidad intelectual. Las trampas del Sistema", 2007 en el sentido de que las propias familias o

Se trataría, pues, de una diligencia inicial de investigación cursada en cualquier momento del procedimiento, pero preferiblemente en los primeros momentos del mismo, que podría entenderse básica, y ser considerada como protocolo preciso de la actuación investigadora o instructora, ante la sospecha o referencia de una situación de discapacidad por parte de alguna de las personas intervinientes en los hechos que se investigan. Ya fuese como posible responsable de los mismos, ya como víctima o testigo de ellos, puesto que una comunicación rápida, documentada vía fax, por ejemplo, puede permitir acceder a datos administrativos sólidos de los que resultará, en su caso, una calificación administrativa de discapacidad, que, como es obvio, aportará información valiosa al respecto, si bien esta es efectuada sobre la base de los parámetros establecidos en la regulación específica de este trámite administrativo¹⁸, que, aunque no tiene por qué coincidir con la valoración necesaria para considerar capacidad cognitiva en relación con unos hechos delictivos, parece claro que aporta información importante.

Obviamente, esta información, aunque valiosa, no alcanza a todas las personas con discapacidad, pues la experiencia nos indica que, en muchas ocasiones, la persona que padece una discapacidad intelectual y que, a menudo, condicionada por esta, interviene en un hecho delictivo, no ha pasado nunca por un centro de valoración y, en consecuencia, no se ha detectado nunca, con el expresado carácter administrativo, la discapacidad existente.

En este caso, habrá de estarse a la profesionalidad de quienes intervienen en el procedimiento y, muy especialmente a la del Letrado

asociaciones informen a las fuerzas de seguridad para que esta sepan a qué atenerse en caso de intervención.

¹⁸ En la actualidad regulado por el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, que establece los baremos de aplicación, con precisas modificaciones posteriores.

que le asista, puesto que un interrogatorio o una entrevista adecuada puede arrojar datos que permitan deducir, o sospechar, en su caso, la existencia de una discapacidad intelectual.

Esa necesaria adaptación resulta, además, obligada por aplicación de lo dispuesto en la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad Intelectual, cuyo artículo 4. 1 b) exige a los Estados la adopción de medidas legislativas necesarias para modificar o derogar leyes, reglamentos y prácticas que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad. Por otro lado, el artículo 13 de dicha Convención, que citaremos a menudo en este documento, recoge que los Estados asegurarán que las personas con discapacidad tienen que tener acceso a la justicia en igualdad de condiciones, incluso mediante ajustes de procedimientos adecuados a su edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas en todos los procedimientos judiciales.

Al amparo de esos dos artículos y teniendo en cuenta, además, lo dispuesto en el artículo 520. 2 y 3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede reivindicarse tanto como práctica habitual, como buena práctica en la actividad de investigación inicial, como incluso como marco normativo de la misma, que efectivamente se deje establecido, protocolizado que, a la hora informar de sus derechos a una persona que presente una discapacidad deberían de ser redactados mediante el uso de un lenguaje accesible, claro y sencillo, lejano del argot y de la práctica judicial, que garantice la comprensión por parte de la persona con discapacidad que, en ese momento, es sujeto del proceso¹⁹.

¹⁹ Todo cuando se acaba de indicar, guarda relación con la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de mayo de 2012, relativa al Derecho a la información en los procesos penales. El plazo de transposición al derecho nacional

En el supuesto de que la persona detenida resulte ser una persona cuya capacidad de obrar haya resultado modificada en virtud de sentencia judicial, determinándose, conforme a los vigentes términos el Código Civil y de la ley procesal civil, una incapacidad total o parcial, será preciso notificar la detención a quienes ejerzan la patria potestad prorrogada, la tutela o curatela del mismo o, si no fueran halladas, al Ministerio Fiscal²⁰. Menor seguridad hay en la procedencia de comunicación respecto de quien desempeñase la Guarda de hecho. La propia naturaleza de esta institución, que supone la mera existencia de una situación fáctica de cuidado, atención o responsabilidad desempeñada por otra persona²¹, conlleva actualmente la ausencia de referencia documental de esta situación, de manera que, ante la mayoría de edad de la persona investigada, el procedimiento solo incluirá la comunicación de detención a un familiar²², usada como derecho del propio detenido, lo cual, obviamente, no garantiza que, ante una situación de guarda de hecho, quien desempeña esta pueda tener conocimiento de la detención e incluso arbitrar las actuaciones precisas para ayudar al detenido con discapacidad, lo que permitiría acceder a datos y evidencias que, una vez más, permitiesen identificar la existencia de una discapacidad intelectual.

Buenas prácticas

Es preciso insistir en la importancia, transversal a lo largo de todo el procedimiento, desde el primer momento, incluso hasta el de cumplimiento de penas o medidas, la obligación de facilitar el conocimiento y acceso a la información de la persona con discapacidad, en ambas direcciones, de manera que él pueda comprender aquello

finaliza el 2 de junio de 2014.

²⁰ Artículo 520.3 LECr.

²¹ Su regulación es mínima y está contenida en los artículos 303 a 306 del Código Civil.

²² Artículo 520.2 apartado d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal

de que se le acusa, lo que se notifica o expresa, y, el tribunal pueda entender la información que la persona suministre²³.

Nos consta, además de la buena práctica con la Academia de Policía de Ávila, la existencia de lazos de colaboración que entidades del sector han establecido con la Guardia Civil²⁴, hasta llegar a que ésta desarrolle protocolos de actuación que son singularmente dirigidos a la actuación de estos cuerpos de seguridad cuando lo investigado es un delito en el que la víctima tienen algún tipo de discapacidad.

Otra buena práctica son los convenios alcanzados o suscritos por entidades de nuestro sector con Comisarias Provinciales de Policía, para ofrecer ayuda, formación, datos, o medios para actuar en casos en que en la investigación de un hecho delictivo se constate, o sospeche, la concurrencia de discapacidad intelectual en cualquiera de las personas que en él participe. Por ejemplo, en Córdoba o Huelva, donde asociaciones del ámbito FEAPS suscribieron convenios en tal sentido que, sin perjuicio del resultado y alcance real que ello haya proporcionado, al menos abren puertas de una colaboración imprescindible que, además, puede ser muy fructífera.

Como tal buena práctica entendemos que es recomendable que estos sistemas de colaboración se exploren desde otros territorios y, en la

²³ Como señalamos en este documento identificándolas como buena práctica en nuestro país, la actuación puntual y colaboración, especialmente con la Guardia Civil en ese sentido, es preciso reclamar que existan plena garantía para la intervención de la figura del “Agente facilitador”, en los términos que aprobó la Regla 65 de las aprobadas en Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad aprobadas en marzo de 2008 en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana. En esa Regla se estableció que durante los actos judiciales una persona que sea referente emocional podrá acompañar a quien padezca una discapacidad. Dicha persona será distinta del profesional que le ofrece la asistencia técnico jurídico. Artículo 520.2 apartado d) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²⁴ Es de gran utilidad la Guía de Intervención Policial con Personas con Discapacidad, elaborada en 2012 por la Fundación Carmen Pardo-Valcarce y la Guardia Civil, que contiene referencias de actuación de gran valor a los efectos aquí considerados.

medida de lo posible, se generalicen.

Con respecto a la *prisión provisional* es preciso señalar que no existe ninguna previsión normativa que contemple que, cuando el detenido presente necesidades especiales o, en definitiva, una discapacidad intelectual o del desarrollo, pudiese determinarse que el internamiento cautelar sea realizado en un establecimiento adecuado a las expresadas necesidades de la persona o las derivadas de su indicada condición (o del cualquier otro tipo específico). El instructor carece, pues, de una regulación legal específica para poder adoptar una decisión que en justicia debería adaptarse a las condiciones propias de la persona a la que se refiere, sobre todo para tratar de garantizar la propia seguridad e identidad del detenido, de manera que la correcta atención de esta medida queda, en definitiva, a expensas del personal penitenciario, e incluso de las posibilidades materiales que a este le ofrezca el propio centro de detención.

Por el contrario, existen referentes en el Derecho Comparado y, en concreto, en experiencia de países de nuestro entorno como Alemania e Italia, que permitirían reivindicar la constancia de una previsión legal expresa que permita internar cautelarmente a una persona que presente una discapacidad en un centro de internamiento adecuado a esta, evitando así la situación actual, en la que es ingresada en centros penitenciarios ordinarios. En este sentido es de resaltar cómo otras necesidades sociales, como las derivadas de la situación de drogodependencia, han facilitado una mayor flexibilidad o adaptación, tanto del legislador como de la práctica judicial, que parece obvia y razonable en quien se entiende puede haber participado en un hecho delictivo con una evidente limitación cognitiva que, en estos casos, era temporal y generada por determinados consumos. Así, y usando la vía iniciada por esas experiencias, debería contemplarse una posibilidad similar a la que contiene el art. 508.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, para las personas que padecen una

drogodependencia, que permite su internamiento cautelar en centros de desintoxicación, cuando se encuentran sometidos a un tratamiento, y su ingreso en prisión con carácter provisional, supone una interrupción de ese tratamiento.

Resaltamos, por ello, una vez más, la importancia de que sea detectada la situación de discapacidad, y se haga constar en el procedimiento de forma expresa, lo que permitirá realizar -y requerir-, cuando proceda, los ajustes razonables y, en el presente caso, el instructor que adopta tal decisión, consciente de la concurrencia de aquellas condiciones, debiera, cuando menos, expresarlas en la orden correspondiente, para que esto pueda surtir efecto en la tramitación propia del centro de detención.

En cualquier caso, para evitar que la situación quede a la discrecionalidad y sensibilidad del instructor y de la administración penitenciaria, y en aras a garantizar sus derechos, reivindicamos, en este punto, una reforma que regule este supuesto en la Ley procesal penal, ya que, cuando se decreta la prisión provisional, en el caso de una persona con discapacidad intelectual o del desarrollo, esta ingresa en un centro penitenciario ordinario con las consecuencias -a veces trágicas, o cuando menos no deseables- que ello puede acarrear. Si para el cumplimiento de una condena cabe la previsión legal de optar por recursos penitenciarios adecuados, también debiera existir este cauce cuando, en este estadio inicial, se haya de decidir la aplicación de una prisión provisional o preventiva.

4.2. Medidas cautelares reales

Su finalidad es asegurar los efectos económicos del proceso; garantizar las responsabilidades civiles (económicas) y las costas del proceso. El órgano judicial realizará una investigación somera de los posibles

bienes del encausado, mediante los que pueda responder de eventuales responsabilidades, formando al efecto una Pieza separada de Responsabilidad Civil.

Es aconsejable evitar que por esta vía se intervengan o embarguen pensiones o prestaciones que, por su concepto o cuantía, sean inembargables y, a tal fin, los operadores jurídicos (juez instructor, secretario judicial, letrado, fiscal..) que intervienen en esta tramitación deberán cuidar de que se respetan las limitaciones establecidas, fundamentalmente en el art. 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil²⁵, conforme a la cual el embargo de salarios o pensiones ha de respetar al menos la cuantía establecida para el salario mínimo interprofesional, evitando que se disponga de los ingresos procedentes de pensiones o prestaciones habitualmente inferiores a ese límite.

²⁵ Aplicable en virtud de la remisión que a la misma hace el art. 598 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

5. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL ANTE EL PROCEDIMIENTO CRIMINAL: PROCEDIMIENTO Y ENJUICIAMIENTO

Dependiendo de la gravedad de los hechos, y, por tanto de la pena que correspondería aplicar, el procedimiento y su enjuiciamiento posterior podrían seguir tres cauces procesales distintos:

5.1. Juicio de Faltas²⁶

Si en la valoración de los hechos el instructor considera que aquellos no alcanzan naturaleza de delito, pero que pueden generar responsabilidad penal y ser valorados como Faltas, dictará la pertinente resolución reputando el hecho como posible Falta y procediendo a su enjuiciamiento a tenor de lo establecido para estas. El supuesto será aplicable en los casos en que la conducta valorada pueda estar comprendida en lo dispuesto en los artículos 617 y siguientes del Código Penal.

El enjuiciamiento de las faltas está sometido a una menor formalidad, realizándose en una sola sesión de juicio, en estructura similar a la del juicio verbal, y tiene la peculiaridad de que, de un lado, no es obligada la intervención de abogado, y, de otro, la prueba

²⁶ Cuando redactamos este documento el Parlamento tramita un Proyecto de ley Orgánica, de Modificación del Código Penal, que supone la derogación completa del Libro II del Código Penal, aunque parte de sus actuales contenidos pasan a ser considerados en la nueva categoría de Delitos leves.

no es, salvo la que conste en el atestado policial y en las fases más iniciales, aportada por el órgano judicial, sino que ha de ser traída al propio acto del juicio por la persona denunciada. El denunciado, pues, debe acudir al juicio con las pruebas que estime necesarias (cuestión de especial importancia cuando se trata de una persona que presente una discapacidad intelectual o del desarrollo). En este caso el enjuiciamiento se realiza por el propio Juez instructor.

La menor actividad probatoria por parte del juzgado, e incluso la ausencia de apoyo profesional en el ejercicio de la defensa, cuando la persona denunciada tiene una discapacidad intelectual, constituyen, a nuestro juicio, factores que incrementan la situación de debilidad de quien se enfrenta a un procedimiento judicial (aunque tenga menor relevancia penal) careciendo de habilidades y conocimientos básicos para poder desempeñar adecuadamente su defensa, conocer y comprender tanto el contenido de la denuncia, como los propios contenidos del juicio, y desempeñar de forma adecuada el papel activo que la ley le impone, aportando elementos de prueba y defendiendo su posición.

Nuevamente llamamos la atención sobre la necesidad de cuidar que la persona con discapacidad puede conocer con claridad aquello que se le imputa. Asegurarse que comprenda el alcance de las actuaciones judiciales, y garantizar que pueda comunicar al juzgado lo que estime en su defensa, constituyen elementos básicos, derechos incuestionables, que deben ser especialmente cuidados por quienes tienen la responsabilidad legal de velar por el respeto de los derechos de cada ciudadano.

De forma que la duda sobre la comprensión de las actuaciones, debiera llevar al juzgado a instar la necesidad de designación de defensa jurídica profesional o, cuando menos, indicar al denunciado en

tales circunstancias la necesidad de que recabe los apoyos precisos. Lo contrario supone admitir una situación de total falta de equidad entre una acusación formal, debidamente instruida, preparada y conocedora de las leyes y formalidades procesales, ejercida, bien por el Ministerio Fiscal, bien por una acusación particular, en su caso, y un denunciado que no solo carezca de tales herramientas, sino que no alcance a disponer de herramientas y autonomía básicas para procurárselas.

Al Juez instructor también le resulta de aplicación la previsión del artículo 13.2 de la CNUDPD que establece que para asegurar un acceso efectivo de las personas con discapacidad a la justicia, se deberá promover la capacitación adecuada de aquellos que trabajen en la Administración de Justicia.

En este sentido, la constancia o sospecha de la presencia de una discapacidad intelectual en quien es citado como denunciante o denunciado en un Juicio de faltas, debiera llevar al órgano judicial a trasladar tal información al Ministerio Fiscal y asegurar la adecuada defensa de sus derechos.

5.2. Enjuiciamiento rápido de determinados delitos

Se trata de un procedimiento regulado en los artículos 795 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁷ y, hoy día, constituye el cauce procesal más utilizado; sobre todo en el ámbito de lo que podríamos llamar “delincuencia menor”. Es aplicable a los delitos castigados con penas privativas de libertad de hasta cinco años y por alguno de los siguientes delitos:

²⁷ Es introducido en la LECr mediante la Ley 38/2002, de 24 de Octubre de 2002, y la propia ley, en su exposición de motivos deja claro que se persigue “crear un proceso especial para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, que en ciertos casos permite el enjuiciamiento inmediato de los mismos”.

- lesiones, coacciones, amenazas o violencia física o psíquica habitual en ámbito de familia o pareja,
- hurto,
- robo,
- hurto y robo de uso de vehículos,
- contra la seguridad del tráfico,
- daños cuantificados hasta 400 €,
- drogas, cuando el juez considere que concurre “escasa entidad del hecho y circunstancias personales del culpable”,
- delitos flagrantes contra la propiedad intelectual e industrial.

Además para que se produzca un enjuiciamiento por este cauce será preciso:

- Que se trate de delitos **flagrantes**, es decir, que se haya sorprendido al delincuente cuando lo estuviese cometiendo o se acabase de cometer, o se le sorprenda con instrumentos o vestigios que permitan presumir su participación en los hechos.
- Cuando se pueda presumir que la **instrucción** del procedimiento sea “sencilla”.

Cuando concurren estas circunstancias, y se enjuicia un delito de los antes considerados, se inicia, desde la instrucción un procedimiento rápido, en el que la actuación de la Policía y Cuerpos de Seguridad, y del propio Juzgado, se combinan para lograr la celebración del juicio en un tiempo inmediato.

Este cauce procesal merece especial atención en el presente documento puesto que **es el cauce a través del cual llegarán a la presencia judicial buena parte de las personas con discapacidad intelectual o del desarrollo que se verán ante la justicia criminal.**

Estamos ante un segmento de población que, en su práctica totalidad ni son, ni han sido atendidos en centros o servicios de atención a personas con discapacidad; se trata, en muchos de los casos, de personas que han pasado la mayor parte de su vida en ambientes marginales, procedentes de familias desestructuradas que, o participan con amigos en hechos delictivos, o son utilizados por aquellos a tal fin, conocedores de su mayor vulnerabilidad o influenciabilidad y facilidad de manipulación.

Por tanto sigue siendo fundamental detectar, desde el primer momento, cualquier indicio que permita sospechar de la posible presencia de una DI o DD, y hacerla constar de forma expresa. En este sentido, tanto la Policía (o Cuerpos de Seguridad, en general) como el Letrado, desde las primeras intervenciones que realice en la declaración del denunciado que la presta, deben poner una especial atención a cualquier dato que permita presumir la existencia de una discapacidad o una dificultad cognitiva.

Trascendencia de la entrevista

En este sentido llamamos nuevamente la atención sobre la trascendencia de la entrevista que el Letrado que le asiste ha de sostener con el detenido, en las propias dependencias policiales. La realización de esta entrevista debe ser utilizada como fuente de información sustancial para recabar datos que permitan detectar la existencia de esta situación. Preguntar sobre el desarrollo escolar, sobre ocupaciones previas, atenciones sanitarias, modo de vida, etc. puede ser un cauce idóneo para la detección. Para obtener estos datos es recomendable, y, como tal lo señalamos como una buena práctica, realizar contacto con la familia de la persona detenida, y recabar de aquella toda la información sensible que pueda ser utilizada para ese fin. Y si se considera que existe, o al menos hay sospecha de la presencia discapacidad intelectual o trastorno que afecte al ámbito cognitivo, debe asegurarse el Letrado de que quede reflejado tal dato en el propio atestado policial desde el primer momento, y de no admitirlo la

Policía (la participación de los letrado en el atestado es muy constreñida), hacerlo constar de inmediato al juez para instar el estudio de la situación, valoración, petición de otros datos.

En relación con este aspecto, sería fundamental conocer si la persona dispone de un reconocimiento administrativo de discapacidad en los Centros de valoración. De advertir que existe tal situación, o hay alguna sospecha fundada, deben efectuarse las actuaciones precisas para acceder a tal dato administrativo a la mayor brevedad y, desde luego, recabar una valoración pericial (esta debe orientarse con la existencia de tales datos previos, si constan). En tal sentido, no debe admitirse que el informe pericial que de ello se derive sea exclusivamente emitido por el Médico Forense (art. 381 LECr), o cuando menos, debe procurarse que la valoración forense sea exhaustiva, y si esta no lo fuese, interesar informes psicológicos más precisos.

También cabría solicitar de los ambientes familiares de los que procede la persona con discapacidad que pasa por un procedimiento judicial, una colaboración activa al respecto de manera que, ante el conocimiento de una detención (o incluso la mera sospecha), se notifique la situación de discapacidad a los agentes policiales, órgano judicial o letrado que le asiste.

Estas actuaciones son paralelas a las realizadas en el Juzgado de Guardia y a menudo están teñidas por la misma urgencia con que estos actúan, lo que impide que puedan realizarse pruebas, test o entrevistas para determinar la existencia de una discapacidad salvo que esta sea evidente. Por tanto, lo aconsejable es ser exhaustivos y pedir la práctica de prueba pericial adecuada, efectuada por psicólogos o profesionales cualificados de los Institutos de Medicina Legal, o de las propias entidades de atención a personas con discapacidad, a las que puede pedirse colaboración al efecto, así como aportar cuantos antecedentes o datos conexos pueden ser

de interés a tal fin (historial médico, escolar, etc.), y todo ello, desde el momento en que concurra una sospecha que nos permita justificarlo.

En tales casos, lo procedente es destacar y hacer constar la circunstancia que supone la discapacidad ante el Juzgado, lo que puede permitir valorar su juego como circunstancia eximente o atenuante (arts. 20.1º o 3º y 21.1ª del Código Penal). Ello también puede ser motivo para excluir los hechos de un enjuiciamiento rápido, al sostener que su instrucción no será tan “sencilla” sino que requerirá de mayor complejidad (art. 795.1.3ª y 798.2.2º LECr).

Se ha de llamar la atención **sobre la acentuada tendencia tanto del propio procedimiento como de sus actores (funcionarios judiciales, fiscales, jueces, letrados, etc) a cerrar el juicio de inmediato con la conformidad del acusado** (art. 800.2 y 801 LECr) lo que permite que el propio juez de guardia dicte sentencia que aplique tal conformidad y, por tanto, que el iter procesal sea mucho más breve (no es razón menor el hecho de que, desde el punto de vista de trabajo judicial el asunto queda ya terminado y sólo pendiente de ejecución).

Para facilitar esta conformidad el Ministerio Fiscal suele proponer disminuciones en las condenas, valoradas como una mejora para el acusado si este asume la certeza de los hechos por los que se le acusa y se conforma con su calificación, ante la incertidumbre de un juicio en el que la pena que finalmente se imponga puede ser superior.

Esta decisión está especialmente viciada o, cuando menos condicionada, cuando existe la certeza o la duda de que concurran circunstancias modificativas de la responsabilidad debidas a la presencia de alteraciones psíquicas o discapacidad intelectual o del desarrollo. En tales casos, la **buena práctica** recomendable debe ser evitar la conformidad (salvo que la oferta sea sustancialmente mejor

que cualquier alternativa verosímil, circunstancia que ha de valorarse sobre la marcha) y forzar el paso a Diligencias Previa y a la celebración de un juicio en el que puedan realizarse cuantas diligencias de prueba sean necesarias para acreditar u ofrecer mayores datos al respecto al juzgador.

En este sentido **el papel de los Letrados es fundamental**. Ellos son la pieza más versátil del procedimiento y quienes pueden tener mayor incidencia en esta cuestión. Al efecto se ha de considerar que la mayor parte de los abogados que intervienen en estas diligencias de atención a los detenidos en este tipo de procedimientos, actúan de oficio, en el desempeño del derecho de asistencia al detenido. Por ello es fundamental y recomendable que el movimiento asociativo, con vistas a asegurar la mejor defensa de los derechos de las personas con discapacidad (y por ende, por cumplir adecuadamente lo dispuesto en los arts. 13 y 14 de la Convención), se plantee las siguientes líneas de actuación:

- Incidir en las actividades de formación de los Colegios de Abogados, especialmente los referidos a los servicios de asistencia al detenido.
- Ofrecer a los Colegios de Abogados la participación y colaboración de las asociaciones del movimiento asociativo FEAPS, y de sus letrados o los miembros de la Red de Juristas, tanto para las escuelas de práctica judicial, como para las actividades de formación que estas Corporaciones profesionales promueven.
- Establecer convenios (se han efectuado algunos en este sentido, especialmente punteros en España, por ejemplo Alicante) que permitan que, ante dudas acerca de la existencia de ua discapacidad intelectual, el letrado sea o no de oficio, disponga del teléfono de una asociación o entidad del sector que pueda proporcionar asistencia técnica para la realización de pruebas o informes. Ello,

obviamente, obliga a un compromiso de las entidades con los derechos de cada persona con discapacidad intelectual, incluso de aquellos que no vienen siendo atendidos en sus instalaciones, centros o servicios.

5.3. Juicio ante Juzgado de lo Penal o ante la Audiencia Provincial

5.3.1. Fase de calificación del delito

Si al delito, contemplado en abstracto (es decir, antes de considerar circunstancias modificativas y de calificar los hechos) le puede corresponder una pena superior a las antes indicadas, o no concurren las circunstancias que permiten la aplicación del procedimiento rápido anterior, su enjuiciamiento correspondería al Juzgado de lo Penal (penas de privación de libertad no superior a cinco años, o multa cualquiera que sea su cuantía; art. 14.3 LECr.) o ante la Audiencia provincial en el resto de los casos.

En ambos supuestos, el enjuiciamiento se produce previa la valoración y calificación de los hechos en los escritos formulados por el Ministerio Fiscal, la acusación particular (en su caso) y la defensa. Hemos de resaltar de nuevo la importancia de esta fase procesal, puesto que será en estos escritos donde se debe precisar si concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad, ya sea como eximentes o como atenuantes (art. 650.4ª LECr), y, en ellos las partes manifestarán las pruebas de que intenten valerse, aportando o solicitando la incorporación de documentos (puede ser este el momento, si no se ha hecho antes, de solicitar la acreditación del reconocimiento de discapacidad al organismo competente) que permitan acreditar, o al menos poner de relieve, los indicios de las expresadas circunstancias, así como solicitar prueba pericial y testifical, presentando en tal caso la lista de peritos y testigos que

hayan de declarar a su instancia.

La jurisprudencia es constante en el sentido de que la alegación de que concurren circunstancias modificativas, eximentes o, de no ser completas, atenuantes, ha de ir acompañada de su acreditación o prueba de su concurrencia. Por eso nuevamente, cuando se tenga alguna constancia de que la persona acusada o imputada tiene una discapacidad intelectual, y, por tanto, se alegue la existencia de alteraciones o circunstancias que modifiquen la responsabilidad, es fundamental que se ofrezcan cuantos elementos probatorios quepan al respecto, sin que una actitud pasiva sea en absoluto recomendable, ni profesionalmente admisible.

Téngase en cuenta que en muchos casos el principio de presunción de inocencia lleva a aconsejar a las defensas mantener una posición pasiva en la prueba para que sea la acusación la que realice todo el esfuerzo probatorio, pero esta legítima opción táctica quiebra cuando quien alega la concurrencia de las circunstancias es quien está obligado a acreditarlo.

De ahí que la diligencia adecuada, es decir, la buena praxis profesional, debe llevar a realizar un esfuerzo exhaustivo (todo lo que lo requiera la circunstancia; sin exageraciones o reiteraciones que pueden conducir a que el Juzgado desestime las pruebas; pero sin autolimitarse más allá de lo correcto y atinado) de aportación o petición de diligencias de pruebas que acrediten tal circunstancia, ya sea como pruebas directas o, de no ser posible, indiciarias (aunque ciertamente, lo recomendable es acreditar el extremo de la discapacidad de forma clara, mediante una prueba documental y pericial).

Como se ha señalado cuando nos hemos referido al enjuiciamiento rápido, aquí también debe mantenerse una posición

activa, beligerante, para ofrecer al juzgador elementos que acrediten, o cuando menos indiquen, la existencia de tales circunstancias. Revisar el historial personal (por ejemplo el escolar puede ser muy revelador: informes de adaptaciones curriculares, valoraciones de orientadores, maestros o psicólogos escolares indicando problemas de retraso escolar, etc; datos médicos, etc.), indagar si existe reconocimiento administrativo de la discapacidad..., e incluso, si la persona ha sido o está siendo atendida en algún centro de nuestro sector, son circunstancias que permiten refrendar con mayor solvencia la alegación de que concurren tales circunstancias que están llamadas a tener un papel sustancial en la determinación final de la condena. Una actuación en tal sentido constituye nuevamente, una buena práctica especialmente exigible porque es paralela a una adecuada defensa de los derechos cuestionados.

En este sentido apuntaríamos, resumiendo, como **buenas prácticas aconsejables, para este momento previo de la Calificación provisional** y formulación del escrito de defensa:

- Obtener información escolar, médica, o de cualquier tipo que permita fundamentar la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad.
- Asegurarse de si existe valoración administrativa de la discapacidad y, en tal caso, unirla.
- Comprobar si ha existido atención por alguna entidad de nuestro sector y, en tal caso, obtener información expresa.
- Practicar pruebas psicológicas para la determinación de tales circunstancias. Es preciso resaltar que no se trata de informar únicamente de que existe una discapacidad, sino de si la persona tiene limitaciones en general, y en el momento en que se produjeron los hechos delictivos en concreto, que afecten a su capacidad de “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme

a esa comprensión” (art. 20.1 CP).

- Recabar la colaboración de las entidades del sector. En este sentido, ya para el caso más que probable de que la persona carezca de medios para sufragar tales pruebas periciales, es recomendable, especialmente, que **se conciencie o motive a las entidades FEAPS de la zona para que faciliten la colaboración y asistencia de sus técnicos o profesionales, en cuanto que se trata de profesionales altamente cualificados, y con especial experiencia en el sector, para que realicen las pruebas precisas.**

En este sentido consideramos imprescindible y urgente, desde este documento, hacer un llamamiento a las entidades del sector que se pueden ver ante la opción de no ofrecer especial colaboración al respecto (se puede entender que contamos con medios siempre insuficientes o escasos, y que es preciso asegurar la adecuada atención de las personas ya atendidas en los centros y servicios) ya que la MISIÓN de FEAPS, que todos asumimos como vertebradora de nuestro movimiento asociativo, implica un compromiso especial con CADA PERSONA con discapacidad intelectual o del desarrollo, y, muy especialmente, con aquellas que tienen una especial labilidad y que soportan mayores riesgos (Cap. I y III del Cód. Ético de FEAPS), incluso respecto de aquellas personas que no están integradas entre las que atendemos en los centros o servicios que cada entidad gestiona. Nuestro compromiso con la discapacidad intelectual y del desarrollo es individualizado, personalizado, y no se puede constreñir a los “clientes” habituales, a aquellos que ya se benefician de los servicios generados para ellos, sino que han de procurar prestar atención también a aquellos que nunca se han acercado a los servicios de nuestros centros, con la única y lógica exigencia de que tengan una discapacidad intelectual, y, por ello, precisen de los apoyos que, como entidades especializadas, podamos

prestarles, de los servicios que justifican la existencia de nuestras entidades.

5.3.2. Fase de juicio oral

Si se ha alegado la concurrencia de estas circunstancias modificativas al realizar el escrito de Calificación o defensa, la prueba de su existencia habrá de realizarse en el propio juicio. La prueba dependerá de la índole del elemento probatorio.

Si se trata de documentos o informes, basta una remisión a su existencia en la vista. Si se trata de prueba pericial, entonces es precisa la comparecencia de los técnicos que los han elaborado, para su ratificación en el juicio.

Desde la óptica de la defensa, es aconsejable preparar esta prueba con los peritos de forma que puedan contestar con seguridad a las preguntas que respecto de su informe, técnicas o antecedentes considerados y, especialmente de sus conclusiones, les puedan plantear la acusación, la defensa o el propio tribunal.

También es recomendable como buena práctica la inclusión en el Informe pericial realizado para este trámite, de un apartado previo en el que se evidencie la experiencia profesional y formación específica con que cuente el perito, puesto que esta avalará su informe ya que cuando se trata de profesionales del sector, este es un dato altamente significativo, que contribuye a la confianza o fiabilidad de su criterio.

Si es preciso, puede plantearse que en el acto de ratificación del informe se aporten datos obtenidos en la evaluación: entrevistas grabadas, imágenes o datos elocuentes obtenidos de pruebas. Obviamente, el esfuerzo probatorio en este sentido será paralelo a

la trascendencia de la pena, pero debe llamarse la atención de los letrados sobre la **necesidad de no minusvalorar las consecuencias de cualquier pena, aunque pueda parecer de escasa entidad. El mero paso por la cárcel de una persona con discapacidad, aun en el caso de una estancia breve, puede marcar su vida posterior y, en cualquier caso, nunca será una experiencia intrascendente.**

En definitiva, y como conclusiones para esta fase procesal, que concluirá en la celebración del juicio:

- Es una **buena práctica** actuar de forma decidida, beligerante, activa y exigente a la hora de acreditar la existencia de circunstancias modificativas, para aportar y ofrecer al Tribunal cuanto pueda ayudar a la persona, sin perjuicio de que aquel finalmente realice las valoraciones que procedan.
- La intervención de los letrados en este aspecto es fundamental. De esta puede depender, finalmente, la experiencia por la que haya de pasar la persona inculpada. Ha de tenerse nuevamente en cuenta que, en muchos de los casos, el profesional actuará de oficio, lo cual en absoluto condiciona o puede condicionar, el rigor de su actuación profesional. Son muchos los letrados que, a diario, con enorme dignidad, sustentan la credibilidad de la Justicia, desempeñando en nuestros tribunales, por una retribución pública simbólica y pagada a destiempo, la defensa de personas que carecen de medios económicos para contratar a un letrado y abonar sus honorarios conforme los determina el mercado. De ahí, que se considere buena práctica el establecimiento de contactos, convenios y ofrecimientos de colaboración a los Colegios de Abogados de la zona, y por su medio, a los Consejo de Colegios autonómicos, para asegurar que en las actividades de formación reglada (cada vez son más relevantes en este sentido las escuelas de Práctica Jurídica, que constituyen paso obligado para acceder al ejercicio o, cuando menos a aquellos turnos) se incluya apartados relativos

a las necesidades y especialidades propias del enjuiciamiento de personas con discapacidad intelectual o trastornos que afecten a su capacidad volitiva.

De la petición de medidas sustitutivas en el propio procedimiento penal

Con el análisis anterior hemos concluido el procedimiento penal y cerrada la actuación a favor de la persona con discapacidad que ya, como cualquier acusado, una vez pronunciada la clásica fórmula de “visto para sentencia”, sólo puede quedar a la espera del pronunciamiento que, respecto de su absolución o condena, y en su caso de la duración y condiciones de esta, determine el Juzgado de lo Penal o el Tribunal.

El Código Penal en su artículo 88 permite la posibilidad de que en la propia sentencia se establezcan medidas sustitutivas de la privación de libertad. Por tanto, será conveniente en tal caso, incidir en esta cuestión de forma expresa, en la propia Vista o juicio oral, y dejarla solicitada para posibilitar que finalmente, el Tribunal se pueda pronunciar al respecto en la propia sentencia.

En este sentido resulta fundamental que se alegue y se haga hincapié en que el paso por un centro penitenciario puede ser especialmente dañino para una persona con discapacidad intelectual o del desarrollo, y que ello no beneficiaría a la finalidad última de la pena: la rehabilitación. Constituye, por tanto, una buena práctica más que aconsejable ofrecer al Tribunal, desde el propio momento del enjuiciamiento, opciones o alternativas al respecto, como por ejemplo la posibilidad de que cumpla la pena en un centro de atención a personas con discapacidad intelectual (siendo conscientes de que estos no son centros cerrados, sino, por naturaleza, abiertos a su entorno).

Si venimos alentando sobre la necesidad de evidenciar en el procedimiento la existencia de la discapacidad, también es preciso que, en su momento procesal, ofrezcamos al juzgador alternativas válidas para, en su caso, el cumplimiento de una hipotética condena de privación de libertad o de una medida de seguridad. Puede hacerse uso del propio escrito de calificación o de defensa, y hacer constar en el mismo tal alternativa; y/o puede expresarse y acreditarse, en el acto del juicio, en el turno que, para Informe, ha de corresponder al letrado, una vez concluidas las pruebas.

La experiencia práctica demuestra que constituye una herramienta sustancial ofrecer a los Juzgados y Tribunales alternativas viables y que el Tribunal vea como efectivo y concreto incorporarlo al contenido de la sentencia, y no como un abstracto o una incertidumbre. El Sistema Penal ofrece al Tribunal seguridad: establecida una pena, el sistema actúa mecánicamente y se garantiza su cumplimiento. Por tanto, plantear salir de tal sistema habitual obliga a proporcionarle al juez seguridades alternativas.

Se puede utilizar un planteamiento similar al seguido en los casos de delitos cometidos por personas adictas en los que no es inhabitual que el Tribunal sustituya la pena por un tiempo en centros tratamiento o deshabitación, como el propio Código Penal prevé: ese mismo criterio debe aplicarse en nuestro caso en el juicio, hasta conseguir una sentencia que así lo establezca.²⁸

En este sentido es preciso ser consciente de que el Sistema Penitenciario dispone de escasos recursos en este sentido que sean alternativos al centro penitenciario, y es poco flexible a la hora de buscar medidas que se adecúen a las necesidades concretas de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo. A ello se ha

²⁸ Artículos 95 a 105 del CP.

de unir la escasa información de que disponen los Jueces y Fiscales sobre la existencia de otras posibilidades o recursos. De ahí que, nuevamente, la intervención del letrado, buscando la información precisa al respecto, resulte fundamental a la hora de ofrecer al tribunal las alternativas que eviten el ingreso en un centro penitenciario. Y también es preciso recordar la buena disposición que al efecto deben presentar las propias entidades del sector, y que se deriva de la propia Misión, ya aludida, del movimiento asociativo FEAPS que obliga y establece un compromiso personalizado, con cada persona con discapacidad, para ofrecerle los apoyos que precisa.

Como ejemplo de **buena práctica** en este sentido se puede resaltar el Convenio establecido entre la Dirección General de Instituciones Penitenciarias con la Comunidad Autónoma Andaluza y FEAPS Andalucía, que viene permitiendo la atención por profesionales de FEAPS en los propios centros penitenciarios, la detección de situaciones de discapacidad que puedan haber pasado inadvertidas, e incluso su valoración y calificación administrativa, así como el acceso a salidas del centro penitenciario, y el planteamiento de alternativas al cumplimiento en el mismo.

En cualquier caso, es preciso insistir, que, incluso desde un plano de aplicación de la ley vigente, el artículo 96 del Código Penal, contempla medidas privativas de libertad y también medidas no privativas de libertad. Y en relación con estas últimas, en art. 106, punto 1 letra j, establece la obligación de participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación sexual u otros similares, y en la letra k) se establece la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico.

Nuevamente es preciso recordar la aplicación directa de las previsiones legales establecidas por la Convención Internacional de

Derechos de las Personas con Discapacidad Intelectual de Naciones Unidas, cuyos artículos 19, 25 y 26, proclaman el derecho de esas personas a recibir asistencia domiciliaria, residencial y servicios de apoyo de la comunidad para lograr su rehabilitación, y evitar su aislamiento y su inclusión en la comunidad. Esa previsión en la práctica española choca con el uso y abuso que se hace de la medida de internamiento en régimen cerrado²⁹.

²⁹ Prueba de cuanto se acaba de exponer es el documento elaborado por el Ministerio de Sanidad y Consumo, publicado en el año 2007 y revisado en el año 2009: Estrategia en salud mental del sistema nacional de salud. En ese texto se reconoce que no está resuelta la forma de acceso a tratamientos y cuidados en la red normalizada de salud mental de pacientes psiquiátricos sometidos a medidas de seguridad. También se indica en ese documento que las personas recluidas en centros penitenciarios que tienen problemas de salud mental, no reciben los mismos cuidados ni la atención que tiene la población en general.

6. LA SENTENCIA. EL CUMPLIMIENTO DE PENAS. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD EN EL MEDIO PENITENCIARIO

6.1. Declaración de inimputabilidad y medidas de seguridad

El Código Penal prevé que una persona pueda ser declarada inimputable³⁰ cuando no pueda comprender la ilicitud del hecho cometido, no pueda actuar conforme esa comprensión, por alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, porque tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad, o esté en estado de intoxicación plena.

La persona con discapacidad que cumpla una o varias de estas premisas puede ser declarada inimputable y por lo tanto, el tribunal, si la considera autora de un hecho delictivo, podrá determinar la procedencia que de pase a cumplir una **medida de seguridad**³¹.

Las medidas de seguridad pueden ser privativas y no privativas de libertad y están reguladas en los artículos 96 y siguientes del Código Penal:

Medidas no privativas de libertad:

- la inhabilitación profesional,
- la expulsión del territorio nacional de extranjeros no

³⁰ Artículo 20 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

³¹ Artículo 101 de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

- residentes legalmente en España,
- la libertad vigilada,
 - la custodia familiar: la persona quedará sujeto al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia, quien la ejercerá en relación con el Juez de Vigilancia Penitenciaria y sin menoscabo de las actividades escolares o laborales del custodiado,
 - la privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores,
 - la privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

Medidas privativas de libertad:

- Internamiento en centro psiquiátrico.
- Internamiento en centro de deshabitación.
- Internamiento en centro educativo especial.

El internamiento en centro psiquiátrico constituye un cauce ya establecido y estandarizado, para cuyo fin se cuenta con los centros de Sevilla y Alicante.

Lo que tanto la Ley Orgánica General Penitenciaria como el Reglamento Penitenciario (Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero) enuncian pero no desarrollan es el recuso denominado “**centro educativo especial**” que obviamente, no puede pretender ofrecer sólo enseñanza, y menos en los niveles básicos (que corresponde a etapas cronológicas inferiores a la edad penal). Este podría constituir una alternativa válida al internamiento en un centro penitenciario pero no se encuentra suficientemente determinada en la legislación existente³².

³² Incluso el actual modelo existente, que sólo se aplica, como veremos en el C.P. de Segovia, como indica el Juez del Juzgado de Vigilancia Penitenciaria nº1 de Castilla y León: “La medida de internamiento en un centro educativo especial: un

La denominación “*centro educativo especial*” es un término que utiliza el Código Penal, pero que no responde a un recurso penitenciario específico sino a aquellos recursos públicos y privados especializados para las personas con discapacidad intelectual³³.

En las Sentencias es preceptivo que el Tribunal determine la duración concreta de la Medida de seguridad, como si de una pena se tratase. Es decir, no puede ser de duración indefinida, en aplicación de lo dispuesto en los artículos 6.2 y 101.2 del Código Penal, que a partir de la reforma operada en el año 95 establecen esta fundamental garantía. Se evita así la gravísima situación de que eran víctimas aquellas personas a quienes, conforme a la legislación anterior, les era aplicada una medida de tal tipo, sin limitación temporal, y quedaban ingresados en centros para el cumplimiento de la misma, incluso en régimen de privación de libertad, mucho más tiempo del que les habría correspondido de aplicar la pena sin circunstancias modificativas.

En cuanto al lugar de cumplimiento de la medida, algunas sentencias imponen medidas en recursos concretos pero ya hemos hecho referencia a la dificultad de proveer de recursos y a la limitación que padece el Sistema penitenciario.

Obviamente lo ideal es conseguir concienciar al juzgador de que la persona con discapacidad no haya de pasar por un centro

marco jurídico por definir”. Jornadas Las Personas con Discapacidad Intelectual y el Sistema Penal. FEAPS. Valladolid, 2011. http://www.feapsfyl.org/uploads/download_1309260902.

³³ En la práctica la referencia a esa singular denominación remite las personas a la Unidad Educativa Especial del Centro Penitenciario de Segovia, módulo establecido con tal singularidad, en el centro penitenciario de esta provincia, también identificado, textualmente como “Módulo de Discapacitados”. Ver DOCUMENTOS PENITENCIARIOS 8. Intervención penitenciaria con discapacitados intelectuales. Ministerio del Interior. 2009, así como la referencia anterior.

penitenciario. No parece que sea preciso enumerar los motivos de una reivindicación obvia.

Y a tal efecto, la mejor respuesta sería ofrecer la posibilidad de cumplimiento de las medidas en centros o servicios del propio movimiento asociativo o, en general, destinados a personas con discapacidad intelectual.

A través de un programa individual de rehabilitación se pueden determinar las acciones que se llevarán a cabo mediante las actividades que se realizan en los centros y servicios seleccionados³⁴. A este fin se puede contar con recursos de: servicio residencial, centro ocupacional y/o de integración laboral a través de programas formativos, centros especiales de empleo, programa de empleo o empleo ordinario; actividades socioculturales, deportivas y de ocio; intervención y apoyo del departamento de trabajo social; asesoramiento jurídico; y apoyo psicológico.

En los casos en los que en la sentencia no se especifica un “centro educativo especial” concreto, pero sí se hiciese constar -ya hemos visto que existe la previsión legal, aunque no vaya acompañada de recursos suficientes- la procedencia de ingreso en un centro de este tipo, la Administración Penitenciaria entiende como tal el módulo de personas con discapacidad del centro penitenciario de Segovia.

En estos casos se debe informar de la evolución del caso a los Servicios Sociales Penitenciarios con la periodicidad fijada en la propia sentencia para que sean ellos quienes informen a su vez

³⁴ Artículo 182 Reglamento Penitenciario 3. La Administración Penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal.

al tribunal sentenciador que impuso esta medida de seguridad. No obstante, éste también puede solicitar esta información directamente a la entidad en que se cumpla la Medida de seguridad.³⁵

Con respecto a las Medidas de seguridad, existen ciertas limitaciones y garantías en su aplicación:

- Sólo puede ser impuesta si se ha cometido un delito que tenía asignada una pena privativa de libertad.
- No podrá exceder del tiempo que hubiera durado la pena privativa de libertad de haber sido responsable.
- El Juez fijará el límite máximo en la Sentencia.
- Si concurre con una pena, se cumplirá antes que esta y se tendrá en cuenta para el cumplimiento de esta.
- No es preciso que se cumpla en centros penitenciarios.

El Tribunal sentenciador conserva la facultad de modificarlas a lo largo de su cumplimiento decretando su cese, en caso de desaparición de la peligrosidad, decidiendo su sustitución por otra más adecuada, o decretando su suspensión si se han obtenido resultados favorables.

6.2. Declaración de imputabilidad

6.2.1. Si la discapacidad ha sido detectada con anterioridad a la sentencia

Cuando se advierte la presencia de una discapacidad intelectual o del desarrollo, el objetivo final de la intervención debe ir encaminado a evitar que la persona ingrese en un centro penitenciario.

³⁵ Guía de intervención para personas con discapacidad intelectual afectas por el régimen penal penitenciario. Cuadernos de Buenas Prácticas FEAPS.

Las posibles alternativas al ingreso en prisión serán:

1. Suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad³⁶
2. Sustitución de la pena privativa de libertad³⁷ por:
 - Trabajos en beneficio de la comunidad: los jueces o tribunales podrán sustituir, previa audiencia de las partes, en la misma sentencia, o posteriormente en auto motivado, antes de dar inicio a su ejecución..., por multa o por trabajos en beneficio de la comunidad.
 - Localización permanente: Su cumplimiento obliga al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o posteriormente en auto motivado³⁸.

Pese a todo, como la propia administración penitenciaria ha reconocido, son muchas las personas con discapacidad, en muchos casos con notorio incumplimiento de principios tanto legales como éticos, que se ven compelidas a su ingreso en centros penitenciarios.³⁹

En tal situación, es fundamental sostener una posición activa en la defensa de los derechos de quienes, bien porque se haya valorado por el tribunal su discapacidad y esta no se haya estimado que

³⁶ Artículo 80 y ss. del CP.

³⁷ Artículo 88 y ss. del CP

³⁸ Artículo 37 CP

³⁹ Declaraciones de Dña. Mercedes Gallizo, Directora general de Instituciones Penitenciarias. Agencia Efe. 13.5.2012. “Tras un estudio inicial que mostró una realidad “muy impresionante” con un “alto porcentaje” de discapacitados intelectuales en los centros penitenciarios, se detectó que había que trabajar “en profundidad” en esta problemática.

Las instituciones penitenciarias tienen “la responsabilidad” de tratar a estas personas tras su ingreso en prisión así como de evitar que su estado se agrave dentro, algo para lo que Gallizo ha solicitado el apoyo de las administraciones públicas y de asociaciones de familiares.”

constituye una circunstancia modificativa de la responsabilidad con entidad suficiente para considerarlo como exento de responsabilidad criminal; bien porque no se haya considerado siquiera, ingresan en un centro penitenciario.

En este sentido, el mejor instrumento para ejercer esa posición de defensa de los derechos sigue siendo la propia legislación, cuyo marco sustancial viene configurado por las Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento. El Reglamento Penitenciario es un cauce útil para hacer uso de actuaciones en medidas de tratamiento, clasificación..., y sobre todo, para explorar y buscar las posibilidades de salidas del propio centro ⁴⁰.

Sería beneficioso promover la utilización de otras medidas (como ya se ha indicado cuando analizábamos el procedimiento) especialmente desarrolladas para internos con problemas de adicción a drogas en cuanto que constituyen un cauce de atención más normalizado, fuera de centros penitenciarios, mediante colaboración con entidades externas especializadas, la vía establecida en el art. 182 del Reglamento Penitenciario, que permite establecer convenios de colaboración con otras “administraciones o entidades colaboradoras” para facilitar el correcto tratamiento.⁴¹ El Reglamento penitenciario

⁴⁰ El artículo 86 del citado Reglamento regula estas, y la BUENA PRACTICA debe ser promover todas las posibles, siempre procurando ofrecer seguridad al centro penitenciario para su aplicación. Ha de tenerse muy en cuenta que fracasos o situaciones frustrantes en estas salidas constituye una rémora que dificulta tanto las posibilidades de nuevas salidas de la apersona afectada, como la experimentación con otras.

⁴¹ Artículo 182. Internamiento en centro de deshabitación y en centro educativo especial.

1. El Centro Directivo podrá autorizar la asistencia en instituciones extra-penitenciarias adecuadas, públicas o privadas, de penados clasificados en tercer grado que necesiten un tratamiento específico para deshabitación de drogodependencias y otras adicciones, dando cuenta al Juez de Vigilancia.

2. La autorización estará sometida a las siguientes condiciones, que deberán constarse en el protocolo del interno instruido al efecto:

a) Programa de deshabitación aprobado por la institución de acogida, que de-

no extiende este cauce a los demás supuestos por lo que es preciso instar su modificación.

En relación con la posibilidad de suspensión de las medidas, es preciso resaltar como la actividad práctica cotidiana refleja una inadecuada regulación legal, derivada de lo establecido al respecto en el actual artículo 98 del Código Penal, para revisar las medidas de seguridad privativas de libertad una vez impuestas, ya que en estos momentos deben intervenir dos tribunales: el juez de vigilancia penitenciaria y el tribunal sentenciador. El primero de ellos propone y finalmente el tribunal sentenciador decide sobre si se mantiene, si se sustituye o si se suprimen las medidas. Los trámites son lentos y generan respuestas dilatadas en el tiempo. En la práctica las medidas privativas de libertad de corta duración, se están cumpliendo en su integridad, ya que no hay tiempo material para realizar los trámites que exige el Código Penal y poder cambiar esas medidas privativas de libertad, por otras no privativas.

De todas formas, aunque no se corresponda exactamente con el cauce del artículo precedente, sí interesa resaltar como **buena práctica** la experiencia ya citada que aporta el Convenio suscrito entre la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, la Consejería de Bienestar Social (hoy Consejería de Salud y Bienestar Social) de la Junta de Andalucía, y FEAPS Andalucía, que permite sufragar los gastos de personal específico de FEAPS en cada una de las provincias, con acceso de profesional

berá contener el compromiso expresado de la institución de acoger al interno y de comunicar al Centro penitenciario las incidencias que surjan en el tratamiento.

b) Consentimiento y compromiso expresos del interno para observar el régimen de vida propio de la institución de acogida.

c) Programa de seguimiento del interno, aprobado conjuntamente por el Centro penitenciario y la institución de acogida, que deberá contener los controles oportunos establecidos por el Centro, cuya aceptación previa y expresa por el interno será requisito imprescindible para poder conceder la autorización.

3. La Administración Penitenciaria correspondiente celebrará los convenios necesarios con otras Administraciones Públicas o con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal.

cualificado a los centros penitenciarios, que detecta la existencia de situaciones de discapacidad, facilita las valoraciones administrativas y posibilidad de salidas terapéuticas y cumplimientos alternativos.

Ese soporte -incluso dotado económicamente para su efectividad- constituye una excelente experiencia que debería replicarse en todas las CC.AA. por lo que invitamos a las federaciones territoriales a reproducirlo en sus respectivos ámbitos interesando la necesaria colaboración de la administración autonómica correspondiente. A su vez este Convenio ha sido posible en el marco del Programa de atención a personas reclusas y ex-reclusas que FEAPS viene realizando, en colaboración con la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, hace años y que permitió detectar las situaciones descritas en este documento ofreciendo soluciones alternativas a muchas personas durante los años de su aplicación.

Así, en determinados supuestos es posible la realización de actividades de rehabilitación e integración dirigidas a personas internas en un centro penitenciario fuera del mismo, en los centros o servicios de una entidad.

Los internos clasificados en segundo grado de tratamiento que presenten un perfil de baja peligrosidad social y no ofrezcan riesgos de quebrantamiento de condena, podrán acudir regularmente a una institución exterior para la realización de un programa concreto de atención especializada, siempre que éste sea necesario para su tratamiento y reinserción social.⁴²

Esta medida requerirá haber sido planificada con el interno por la Junta de Tratamiento y estará condicionada a que aquél preste su

⁴² Artículo 117 del Reglamento Penitenciario.

consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución y las medidas de seguimiento y control que se establezcan en el programa, que no podrán consistir en control personal por miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado.

El Programa FEAPS establece entre sus requisitos el de que para poder incorporarse al mismo será preciso haber obtenido el certificado oficial de minusvalía (hoy de discapacidad) y que la persona disponga de un diagnóstico de discapacidad intelectual. Ello supone que todas esas personas internas en centro penitenciario que hayan pasado desapercibidas, no podrán disfrutar de este programa lo que nos debe empujar a redoblar nuestros esfuerzos para detectar cuando existe tal situación y a facilitar acceder al reconocimiento de discapacidad estableciendo sistemas de coordinación entre los centros penitenciarios y la entidad autonómica competente en materia de valoración de la discapacidad.

Además, la obtención del reconocimiento de discapacidad, puede conducir a la obtención de una pensión no contributiva o el acceso a las ayudas que procedan, derivadas del mismo. A este respecto, conviene mencionar que se han detectado casos en los que se ha reducido la cuantía de dicha pensión a algunos internos de centros penitenciarios, por considerarse que estas personas tienen cubiertas sus necesidades de alimentación y alojamiento. En este sentido es preciso mencionar la sentencia 8012/1999 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que falla en contra de esta práctica al especificar que *“el suministro forzoso de alojamiento y comida, no es una renta del capital, pero tampoco es configurable como renta del trabajo, pues no deriva del ejercicio de actividades por cuenta propia o ajena, y la misma negativa es predicable para su posible configuración como ingresos o prestaciones sustitutivos o supletorios de las rentas de trabajo. No se trata tampoco de una prestación reconocida por*

*cualquiera de los regímenes de previsión social, al no ostentar tal naturaleza el servicio público prestado por la administración penitenciaria*⁴³.

De igual forma, cuando no existe esta posibilidad de realizar las intervenciones fuera del centro penitenciario, las entidades también las realizan dentro del propio centro.

La labor, en definitiva, de los profesionales del movimiento asociativo FEAPS en los centros penitenciarios constituye un apoyo sustancial y de enorme importancia para las personas que, como veíamos en la introducción, han llegado al centro penitenciario sin que se haya detectado su discapacidad, y también para los que, estableciéndose está en su condena, esto no ha impedido que se determinase su privación de libertad.

En el primer caso, su intervención ha facilitado la determinación de la discapacidad, su recogimiento, y, tras ello, aportar, y acreditar, un dato esencial para el devenir penitenciario, que afectara a la situación del penado dentro del Centro. Y en los demás casos, facilitado igualmente su atención, colaborando con el equipo de profesionales del propio Centro, en beneficio del interno en tal situación.

6.2.2. Si la discapacidad ha sido detectada con posterioridad a la sentencia

Es posible que la discapacidad intelectual se aprecie en momento posterior al pronunciamiento de la sentencia, detectada a través del personal que realiza los trámites de ingreso en prisión o por los funcionarios penitenciarios, una vez ingresado en el Centro.

⁴³ Sentencia STS 8012/1999 de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.

Resulta, por tanto, una vez más, de especial importancia la adecuada formación de estos profesionales, ya que su intervención podría resultar vital a la hora de realizar la detección y, por tanto, el adecuado tratamiento posterior que de esta se derive.⁴⁴.

Los establecimientos penitenciarios disponen de departamentos de ingreso en los cuales se realiza una entrevista, tras el momento de incorporación del interno, en la que participan diversos perfiles profesionales: médico, trabajador social, psicólogo, educador, jurista, ONG.

Resulta de especial importancia la presencia de un jurista que dentro del ámbito de su competencia, informará sobre la aplicación de eximentes o medidas de seguridad en otras causas penales de la persona, así como otros datos de interés como la existencia de una

⁴⁴ Artículo 20. Reglamento Penitenciario.

1. Los detenidos y presos ocuparán una celda en el departamento de ingresos, donde deberán ser examinados por el Médico a la mayor brevedad posible.

Igualmente, serán entrevistados por el Trabajador Social y por el Educador, a fin de detectar las áreas carenciales y necesidades del interno, y, si el Médico no dispusiese otra cosa, pasarán al departamento que les corresponda.

Dichos profesionales emitirán informe sobre la propuesta de separación interior, conforme a lo dispuesto en el artículo 99, o de traslado a otro centro, así como acerca de la planificación educativa, sociocultural y deportiva y de actividades de desarrollo personal. Respetando el principio de presunción de inocencia, la Junta de Tratamiento de acuerdo con dicho informe, valorará aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional o medidas de ayuda, a fin de elaborar el modelo individualizado de intervención.

2. Los penados, tras ser reconocidos por el Médico si se trata de nuevos ingresos, permanecerán en el departamento de ingresos el tiempo suficiente para que por parte del Psicólogo, del Jurista, del Trabajador Social y del Educador se formule propuesta de inclusión en uno de los grupos de separación interior y se ordene por el Director el traslado al departamento que corresponda, previo informe médico. Por la Junta de Tratamiento, previo informe del Equipo Técnico, se contrastarán los datos del protocolo y se formulará un programa individualizado de tratamiento sobre aspectos tales como ocupación laboral, formación cultural y profesional, aplicación de medidas de ayuda, tratamiento y las que hubieran de tenerse en cuenta para el momento de la liberación.

sentencia de incapacitación o nombramiento de tutor o curador, etc.⁴⁵

Asimismo, también resulta especialmente relevante la existencia de ONGs a las que se pueden derivar estos casos. El artículo 62 del RP establece la posibilidad de que instituciones y asociaciones públicas y privadas realicen solicitudes de colaboración junto con los programas de intervención que deseen desarrollar. Y el ya mencionado artículo 182 RP regula que la Administración Penitenciaria celebrará convenios con entidades colaboradoras para la ejecución de las medidas de seguridad privativas de libertad previstas en el Código Penal.

En este estadio del proceso ya está agotada la posibilidad de que el Tribunal que enjuició el delito haya advertido y aplicado una circunstancia eximente o atenuante. Ahora ya no existe otra posibilidad que procurar adaptar de la mejor manera posible el tratamiento penitenciario.

No obstante la actual redacción del artículo 60 del Código Penal⁴⁶ permite una posibilidad de indudable interés aplicable precisamente en aquellos casos en que, la situación de discapacidad intelectual, o de enfermedad mental, se detecte durante el tiempo de cumplimiento de la pena.

⁴⁵ Cuadernos penitenciarios nº 5.

⁴⁶ Artículo 60.1. Cuando, después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el Juez de Vigilancia Penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad de las previstas en este Código que no podrá ser, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el Juez de Vigilancia Penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias.

Se trata de acreditar que concurre un “trastorno mental grave, que afecta específicamente no tanto a la conducta, ni a la valoración de los hechos que motivaron la condena, sino a su cumplimiento: que le impida conocer el sentido de la pena”.

No se trata aquí de una situación similar a la que valora el art. 20 del C.P. referida a la apreciación de la licitud del hecho, sino a un ámbito completamente distinto y posterior a los hechos delictivos, que puede tener especial e interesante aplicación en personas con discapacidad intelectual o con enfermedad mental para las que el sentido de rehabilitación propio de la condena constituye una finalidad que les es ajena e impropia.

Parece una vía que se utilizaría en el supuesto de personas con discapacidad intelectual que no tengan reconocimiento de discapacidad, o con una discapacidad límite o leve (ya que si es severa, y el sistema ha funcionado correctamente, sería fácilmente apreciable y habría operado como circunstancia modificativa durante el proceso).

La detección de esta situación debidamente trasladada, lo más fundadamente posible al Juzgado de Vigilancia Penitenciaria correspondiente, puede permitir que el Juez acuerde algunas de las medidas de seguridad e incluso la suspensión de la ejecución.

Enfatizamos las posibilidades que ofrece esta herramienta que forma parte de la legislación penal, no suficientemente aprovechada, por cuanto, en la mayor parte de los casos, cuando la persona ya es reo o interno, la defensa de sus derechos parece haber concluido, cuando lo cierto es que aún puede, y debe, hacerse uso de cuantas posibilidades ofrecen la legislación penal y penitenciaria para asegurar que el cumplimiento se realice en la forma más positiva posible.

Junto con otros autores con sensibilidad en la materia⁴⁷, entendemos que aunque se haya podido interpretar que lo regulado en este precepto es una suerte de enajenación sobrevenida, nacida durante el tiempo de internamiento, lo cierto es que la ley no lo establece así de forma expresa, ni se exige, por tanto, que haya de acreditarse que ha surgido ahora el proceso patológico de que se trate, sino, que simplemente, ahora se advierte, y por tanto, debe bastar con acreditar que concurre tal situación; eso sí, de la forma más sólida posible.

En cualquier caso, hemos de ser conscientes de que la actual redacción del citado artículo 60 no ofrece jurídica determinante para el juego pretendido. Parecería aconsejable que, para obtener el resultado que esa norma parece apuntar, tuviera en cuenta otras circunstancias tales como la capacidad del penado para plantear estrategias legales, sus habilidades para participar en un procedimiento penal, su capacidad para declarar de forma relevante o su capacidad para manifestar que circunstancias le favorecen y cuales le perjudican.

Hemos de denunciar que, en muchos casos, la asistencia letrada parece concluir con el momento de firmeza de la sentencia, lo que impide hacer uso de los beneficios que la legislación establece durante el periodo de cumplimiento de la resolución. En nuestro caso, permanecer activo en la defensa de los derechos del condenado, también en esta fase, puede permitir el acceso a medidas alternativas que posibiliten su integración y rehabilitación efectiva. Nuevamente es preciso incidir en la necesidad de la posición activa, beligerante, que corresponde al letrado, por tratarse de un actor en el escenario procesal, más versátil

⁴⁷ F. SANTOS URBANEJA. El tratamiento penal de la discapacidad intelectual. Las Trampas del Sistema Los derechos de las personas con discapacidad intelectual. Vol.1. CGPJ. 2007. *“pues, aunque siempre se ha dicho que tal precepto regula la “enajenación sobrevenida”, lo cierto es que en ningún momento se dice que la enajenación haya aparecido en un momento posterior, sino que haya sido “apreciada” después de pronunciada la sentencia firme.”*

que cualquier de los otros roles que intervienen en el mismo y, sobre todo, sustancialmente comprometido con los derechos de su defendido.

Requisitos de la revisión

Vemos ahora algunos de los requisitos de la revisión:

- La insta el condenado, o el interno, en términos penitenciarios, a quien debe asegurarse asistencia letrada a tal fin, y es resuelta por el Juez de Vigilancia por lo que es nuevamente importantísimo lograr una adecuada sensibilización y formación de ambos. Se trataría de plantear una medida de seguridad que sustituya a la pena de ingreso en prisión.
- Asimismo, sería necesario iniciar los trámites para la obtención del reconocimiento de discapacidad. En este aspecto existen problemas operativos debido a que el personal de los Centros de Valoración en ocasiones no contempla trasladarse al Centro Penitenciario, y este no facilita a menudo la salida de la persona del mismo para que pueda efectuarse tal valoración. Hay, no obstante, abundantes casos de buenas prácticas en las que, la colaboración del centro Penitenciario y la del Centro de valoración ha facilitado considerablemente la obtención de estos reconocimientos de discapacidad.

Con respecto a la existencia de personas que presenten una **discapacidad intelectual que no haya sido detectada y estén cumpliendo condena**. Según los ficheros de datos del proyecto REHABILITAREX⁴⁸ el 69,57% de las personas registradas no tienen señalada en su sentencia la condición de discapacidad. Un 29,31 %

⁴⁸ Protocolo informatizado promovido por FEAPS en coordinación con el Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales de la Universidad de Alicante.

procedían de un ambiente marginal y el 56,38% han sufrido desatención en sus necesidades de apoyo ⁴⁹. Esta falta de detección por un lado, incrementa el riesgo de que la persona sea objeto de situaciones de abuso o discriminación por parte de otros internos; y por otro, le impide el acceso a los apoyos.

Uno de los elementos determinantes para el pronóstico de las personas con discapacidad afectadas por el sistema penal-penitenciario, así como para la asignación de las medidas de custodia y reinserción a las que tendrán acceso, es el de la constatación de la situación de discapacidad durante el proceso penal. Del total de personas encuestadas, apenas un tercio de ellas reconocen que su situación de discapacidad obró como elemento a favor propio en su sentencia⁵⁰.

Por tanto, es preciso señalar nuevamente la importancia de obtener la acreditación del reconocimiento de discapacidad, e instar de las administraciones implicadas que no se ahorren esfuerzos en facilitar que esto sea posible (como decíamos nos consta que hay abundantes casos de tal cooperación, que redundan en evidente beneficio de los penados).

6.3. Perfil de las personas con discapacidad intelectual condenadas por Sentencia judicial

De los datos recogidos en el Programa de Reclusos y Exreclusos de FEAPS desde 1995, se desprende el siguiente perfil de las personas con discapacidad intelectual que han cometido un delito:

⁴⁹ Las personas con discapacidad en el medio penitenciario en España. Página 133.

⁵⁰ Las personas con discapacidad en el medio penitenciario en España. Página 102.

- La media de edad de las personas con discapacidad intelectual afectas por el régimen penal penitenciario está comprendida entre los 25 y 35 años, con sólo un 9% de mujeres atendidas.
- En cuanto a la situación familiar, un número elevado de casos procede de familias marginales y/o desestructuradas con graves problemas de relación entre sus miembros, y generalmente pertenecen a nivel económicos bajos, el 67% cobra una pensión no contributiva.
- Por grado de discapacidad, el 76% de los casos son personas con discapacidad leve o límite y, según el tipo de delito, los más frecuentes son los relacionados con los cometidos contra el patrimonio y el orden socioeconómico, el 49%.

7. LA PERSONA CON DISCAPACIDAD INTELECTUAL EN EL PROCESO COMO VÍCTIMA O TESTIGO. EL DERECHO DE ACCESO A LA JUSTICIA Y A LA INFORMACIÓN ADECUADA

Este trabajo no sería completo si no consideramos también la situación de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo que pasa por un proceso penal bien como víctima de un delito, bien como testigo de unos hechos enjuiciados.

Al considerar esta situación es preciso referirse, como ya se hizo cuando se consideraba el principio del procedimiento, al sustancial papel que corresponde a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ahora en la atención, tratamiento y consideración de las personas con discapacidad intelectual, especialmente cuando, como aquí se analiza, se trata de personas que han sido víctimas de un delito, o que han presenciado los hechos y, por ello, su testimonio puede ser importante para el enjuiciamiento de aquel.

Así, el artículo 5.2 de la *Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado* establece que constituye principio básico en las relaciones de estas con la comunidad:

a) Impedir, en el ejercicio de su actuación profesional, cualquier práctica abusiva, arbitraria o discriminatoria que entrañe violencia física o moral.

b) Observar en todo momento un trato correcto y esmerado en sus relaciones con los ciudadanos, a quienes procurarán auxiliar y proteger, siempre que las circunstancias lo aconsejen y fueren requeridos para ello.

En todas sus actuaciones proporcionarán información cumplida y tan amplia como sea posible, sobre las causas y finalidades de las mismas.

c) En el ejercicio de sus funciones deberán actuar con la decisión necesaria y sin demora cuando de ello dependa evitar daño grave, inmediato e irreparable; rigiéndose al hacerlo por los principios de congruencia, oportunidad y proporcionalidad en la utilización de los medios a su alcance.

Por tanto, deberá reclamarse que tanto los miembros de estas Fuerzas, como el personal de la Administración de Justicia (funcionarios, Jueces, Fiscales, etc.) presten una atención adecuada a la situación y necesidades de la persona con discapacidad intelectual o del desarrollo.

Convención y directivas internacionales

Ello nos lleva de nuevo a reiterar las exigencias, que constituyen derechos fundamentales, que establece la Convención Internacional y las Directivas ya citadas de la Unión Europea, de que las comunicaciones se realicen de manera que la información pueda ser comprendida por la persona con discapacidad, que se dirijan a ella en términos comprensibles, y que, a tal fin, se mantenga una posición exhaustiva y vigilante para garantizar el mayor nivel posible de comprensión, lo que nos llevará a valorar y reivindicar la intervención y determinación de los apoyos precisos, a que los artículos 13 y 14 de aquella se refieren: profesionales, familiares, personas del entorno..., que puedan actuar facilitando dicha comprensión.

A esto se puede unir la utilización de medios de grabación de voz e imagen que, de una parte, puedan evitar que sea preciso realizar nuevas declaraciones y, con ella, el daño o el estrés que se cause, impidiendo que estas hayan de ser reiterada ante varias instancias. Por otro lado, el uso de grabaciones, para formalizar, con todas las garantías, pruebas pre-constituidas a tal fin, permite la valoración atinada de lo manifestado, verbal o gestualmente, por la persona con discapacidad que colabora con la administración de justicia en este rol.

En este sentido, y como lo hemos hecho en el resto del documento, se destacan como buenas prácticas, las encaminadas a identificar los problemas de comunicación que pueda presentar la persona, para después encontrar el medio más adecuado de facilitar su comunicación; poner a su disposición cuantos apoyos sean precisos para conseguirlo; informar al órgano judicial respecto de la necesidad de tales apoyos y ofrecer soluciones al respecto; y, finalmente (sin ánimo de ser exhaustivos) reivindicar el uso de medios de grabación para las declaraciones.

Nuevamente reiteramos la procedencia, y el carácter efectivo y práctico de la realización de textos en lectura fácil. Como otro muchos casos y experiencias de adaptación, y de ajustes razonables, la realización de un esfuerzo que haga legible el complicado lenguaje judicial y forense, ayudará a toda la población y a muchos sectores de la misma que ya tropiezan con esta barrera de dificultad en su relación con la administración de Justicia, de manera que, efectivamente, como ha venido ocurriendo en todos los supuestos en que se adoptan medidas de eliminación de barras, una medida dirigida prioritariamente a las personas con discapacidad, beneficia también a otros muchos sectores de población.

Y, finalmente, en ambos casos, prestar a la persona ya sea testigo, y, especialmente, de ser víctima, el apoyo personal y psicológico preciso

para superar la situación traumática que ha vivido y facilitar que el paso por la administración de justicia no aumente esa posible percepción traumática. Debe ponerse especial énfasis, por tanto, en la atención, ayuda psicológica, y apoyo a la víctima⁵¹.

Superar los daños sufridos, evitar que el propio procedimiento judicial se convierta en una continuación del daño, en una ocasión para mantener abierta la herida padecida, y facilitar que sus declaraciones y comparecencias ante el órgano judicial se adecúen a las necesidades de la persona, debe constituir un objetivo sustancial.

No se trata sólo de asegurar que la víctima no mantenga contacto, en pasillos, juzgados o tribunales, con su agresor (que también), sino de prestarle apoyo en las declaraciones, de garantizar que comprenda y que sea comprendida; de prestarle la ayuda precisa para el reconocimiento en un hipotética rueda de reconocimiento, y en diligencias judiciales; asegurar que pueda asistirle, prestarle el apoyo preciso, una persona o profesional de su confianza, que, en muchos casos será imprescindible para que la persona con discapacidad comprenda la información que el juzgador o las partes le transmitan, como también para trasladar a aquellos sus respuestas, especialmente cuando la colaboración de la persona con discapacidad sea necesaria para el esclarecimiento de los hechos. Cuanto se haga para facilitar ese paso supondrá, además, dar cumplimiento a lo, prevenido por la propia Convención, y cualquier esfuerzo estará justificado, cuando se trata de víctimas, para ayudarle a superar el daño sufrido.

⁵¹ Recordemos la referencia ya realizada anteriormente al actual Anteproyecto de L.O. del Estatuto de las Víctimas de Delito que, aplica las directivas europeas en este sentido, y supone un importante avance en la protección de quienes sufren un hecho delictivo, especialmente cuando se trata de personas especialmente vulnerables, en cuyo supuesto entendemos deben incluirse, de forma expresa, las personas con discapacidad.

Todo lo expuesto resulta reforzado por el contenido de la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.*

Esta Directiva reconoce, entre otros, algunos derechos de especial aplicación en el supuesto de que la víctima presente una discapacidad intelectual. Por ejemplo, el artículo 3 establece el derecho a entender y a ser entendido en virtud del cual los Estados Miembros deberán adoptar medidas adecuadas para ayudar a que las víctimas entiendan y puedan ser entendidas desde el primer momento y durante todas las actuaciones. Esto exige, por tanto, que las comunicaciones se realicen, no sólo en idioma que pueda entender la persona, sino que habrá de cuidarse en la realización de estas de usar un lenguaje sencillo y accesible, oralmente y por escrito, teniendo en cuenta las características personales de la víctima, *incluida cualquier discapacidad que pueda afectar a su capacidad de entender y ser entendida.*

También se establece el derecho de acceso a los servicios de apoyo a las víctimas, que deben conformarse como servicios gratuitos y confidenciales, posibilitando que las organizaciones de apoyo puedan recurrir a entidades especializadas. Además, el acceso a los servicios de apoyo no deberá depender de que la víctima presente una denuncia formal.

Asimismo, se dispone que los Estados miembros deben garantizar a las víctimas el acceso a asistencia jurídica gratuita cuando tengan el estatuto de parte en el proceso penal.

Dedica un capítulo específico a la protección de las víctimas y el reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial. Se trata de un cauce legal de gran interés, pues se dirige a proteger

frente a la victimización secundaria o reiterada, la intermediación o las represalias, incluido el riesgo de daños emocionales o psicológicos, y a amparar la dignidad de las víctimas. Así, entre otras, se establece que al evaluar esta necesidad de protección se prestará especial atención a las víctimas con discapacidad, entre otras.

En este capítulo existen previsiones tan acertadas como el que la toma de declaración se realice sin dilaciones injustificadas, o que el número de declaraciones sea el menor posible, y la adopción de medidas para proteger la intimidad, incluidas las características personales. Además, la toma de declaración será realizada por profesionales con formación adecuada y si hay varias, siempre se realizará por las mismas personas.

Por último, de forma alineada con lo ya recogido en el presente documento, se dedica una disposición a la formación de los profesionales. Se exige aquí que los Estados garanticen que los funcionarios, agentes de policía y personal al servicio de la administración de justicia reciban formación, tanto general como especializada, a un nivel adecuado respecto del contacto que mantenga con las víctimas, a fin de mejorar su concienciación respecto a las necesidades de estas y de capacitarlos para el trato con ellas. Asimismo, se alude a la formación en el mismo sentido de jueces y fiscales, de abogados y de los servicios de apoyo.

8. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. La detección de la presencia de una discapacidad intelectual debe realizarse cuanto antes, para así poder valorar su incidencia en la comisión del delito o la falta y plantear, en consecuencia, la defensa de la persona. Esta detección también resulta imprescindible a la hora de garantizar que los derechos de la persona se hallen debidamente preservados.

Como buena práctica se recomienda solicitar información a la persona sobre el desarrollo escolar, sobre ocupaciones previas, atenciones sanitarias, etc. Esta información puede ser muy útil a la hora de la detección. También es de especial utilidad reflejar la existencia de la discapacidad intelectual, o la sospecha de la misma, al hacer constar sus circunstancias personales.

2. El personal perteneciente a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado -y, obviamente, los Cuerpos de seguridad correspondientes en las Comunidades que gestionan esta competencia- tiene un papel central a la hora de garantizar los derechos de las personas, y concretamente su acceso a la justicia en el sentido recogido en el artículo 13 de la Convención sobre derechos de las personas con discapacidad, lo cual no podrán hacer si no disponen de los conocimientos precisos para ello. Es necesario que se les asegure una formación que les posibilite la adquisición de los conocimientos y habilidades precisas para:

- Detectar, aunque sea prima facie, la presencia de una discapacidad intelectual.
- Proceder de un modo que garantice la no vulneración de los

derechos de la persona, tanto a la hora de prestarle auxilio como a la hora de realizar una detención y por ejemplo a la hora de leerle sus derechos sería necesario que lo hagan de tal forma que le resulte comprensible.

Como buena práctica se recomienda la generalización de la práctica de fomentar Convenios entre entidades FEAPS y comisarías provinciales para prestarse ayuda mutua, formación, haciendo uso del caudal especializado con que cuentan los profesionales de estas, datos o medios para actuar en casos en que se plantee la existencia de una discapacidad.

3. En cualquier actuación con relevancia procesal en que se encuentre implicada una persona con discapacidad intelectual deberá incorporar las adaptaciones y apoyos precisos. En caso contrario, resulta altamente probable que se vulneren sus derechos lo cual podría suponer la ilegalidad o la nulidad de las actuaciones.

La incorporación de las adaptaciones o ajustes precisos, la realización de los ajustes de procedimiento que el art. 13 de la Convención requiere, es **obligación y responsabilidad de todos y cada uno de los operadores jurídicos** que intervienen en el mismo, razón por la cual también deben contar con formación adecuada que les permita su realización. Para ello podrían resultar de utilidad las siguientes medidas:

- Incorporar medidas de redacción de los documentos en lectura fácil. Y asegurar la aplicación de apoyos para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.⁵²
- Introducir algún apartado referido a esta obligación en el Código Deontológico de la Abogacía Española (artículo 4) y similares códigos del resto de operadores. Incidir continuamente en

la formación y sensibilización de los operadores a través de convenios con los colegios o entidades que los aglutinen.

- Incidir en las actividades de formación de los Colegios de Abogados, especialmente los referidos a los servicios de asistencia al detenido.
- Ofrecer a los Colegios la participación de las Asociaciones del movimiento asociativo FEAPS, y de sus letrados o los miembros de la RED DE JURISTAS, tanto para las escuelas de práctica judicial, como para las actividades de formación que estas corporaciones profesionales promueven.

Las adaptaciones o apoyos han de ser variables y adecuados a las características personales, a cada situación, por ejemplo, además de adaptación de la información a formatos de fácil comprensión, apoyos a la hora de declarar, testificar o participar en un careo, grabación de las declaraciones o testificales, etc.

4. Los “juicios rápidos” por su propia naturaleza legal y práctica judicial cotidiana son susceptibles de resultar vulneradores de los derechos de las personas con discapacidad con mayor facilidad. Por tanto, tiene mayor importancia la detección y determinación de la incidencia de la discapacidad en la comisión del delito para,

⁵² Como ya se adelantaba en el texto anterior, el juego articulado de los artículos 4.1, y 13 de la Convención, en relación con el 520, 2 y 3 de la LECr, permite reivindicar adaptaciones procedimentales que observen y garanticen que las declaraciones, y trasmisión de información contengan los siguientes parámetros:

- Uso de un lenguaje sencillo y directo.
- Evitando conceptos abstractos.
- Utilizando palabras cortas de uso cotidiano.
- Usando ejemplos prácticos.
- Utilizando oraciones cortas.
- Utilizando una sola idea en cada oración.
- Utilizando un lenguaje positivo.
- Evitando el uso de abreviaturas o iniciales.

poder plantear otras alternativas que no vulneren los derechos de las personas con discapacidad intelectual. Para ello se deberá practicar toda la prueba que sea precisa.

Como buenas prácticas se recomiendan:

- Ante la presencia de una discapacidad intelectual se debe evitar la conformidad (salvo que la oferta sea sustancialmente favorable), forzar el paso a Diligencias Previa o a continuación de la tramitación procesal, y la celebración de un juicio en el que puedan verificarse las diligencias de prueba precisas para acreditar u ofrecer mayores datos al respecto al juzgador.
- Establecer convenios entre Colegios profesionales y entidades especializadas que permitan que, ante las dudas de la existencia de una discapacidad intelectual, el letrado que desempeña la dirección jurídica de un detenido o inculcado, aunque sea de oficio, disponga del teléfono, o forma de contacto ágil, de una asociación o entidad del sector que pueda proporcionar asistencia técnica para la realización de pruebas o informes. Ello, obviamente, obliga a un compromiso de las entidades con los derechos de cada persona con discapacidad intelectual, incluso de aquellos que no vienen siendo atendidos en sus instalaciones, centros o servicios.

5. En la fase de calificación del delito existen varias buenas prácticas que se recomiendan:

- Obtener información de trayectoria y biografía personal, escolar, médica o de cualquier tipo que permita refrendar que concurren circunstancias modificativas, cualquiera que sea su alcance.

- Asegurarse de si existe valoración administrativa de la discapacidad, y, en tal caso, asegurarse de su constancia en las actuaciones.
- Comprobar si ha existido atención por alguna entidad de nuestro sector, y, en tal caso, obtener información expresa.
- Practicar pruebas psicológicas para la determinación de tales circunstancias. Es preciso resaltar que no se trata de informar solo de si existe una discapacidad, sino de si la persona tenía limitaciones, en general, en el momento en que se produjeron los hechos delictivos, en concreto, que afecten a su capacidad de “comprender la ilicitud del hecho o actuar conforma a esa comprensión” (art. 20.1 CP).
- Recabar la colaboración de las entidades del sector. En este sentido, y para el caso más que probable, de que la persona carezca de medios para sufragar tales pruebas periciales, es recomendable, especialmente, que se conciencie o motive a las entidades FEAPS de la zona para que faciliten la colaboración y asistencia de sus técnicos o profesionales, en cuanto que se trata de profesionales altamente cualificados, y con especial experiencia en el sector, para que realicen las pruebas precisas.

6. Con respecto a la fase de juicio oral es preciso llamar la atención sobre la necesidad de no minusvalorar una pena que pueda considerarse de escasa entidad. El mero paso por la cárcel de una persona con discapacidad, aunque pueda ser una estancia breve, puede marcar su vida posterior, convertirlo en víctima fácil de situaciones propias del ámbito carcelario y, en cualquier caso, nunca es una experiencia intrascendente.

Como buenas prácticas se recomiendan:

- Actuar de forma decidida para acreditar la existencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad, de forma beligerante, activa, exigente. Aportar y ofrecer al tribunal cuanto pueda ayudar a la persona, sin perjuicio de que aquel finalmente realice las valoraciones que procedan.
- Esforzarse en acreditar cuantos datos puedan evidenciar la existencia de una circunstancia modificativa en el sentido expresado. Para ello, y para determinar su alcance, practicar prueba pericial. Cuando esta se realice, incluir, en el propio informe, un apartado previo en el que se evidencia la experiencia profesional y formación específica con que cuenta el perito, puesto que esta avalará su informe (cuando se trata de profesionales del sector, este es un dato altamente significativo, que contribuye a la confianza en su criterio).

7. Con respecto a la **petición de medidas de seguridad en el propio procedimiento** resulta fundamental que se alegue y fundamente en qué forma el paso por un centro penitenciario puede tener consecuencias especialmente dañinas para una persona con discapacidad intelectual, y que ello no beneficiaría a la finalidad última de rehabilitación que supone la pena.

Como buena práctica se recomienda:

- Ofrecer al tribunal salidas o alternativas al respecto, como la posibilidad de que cumpla la pena en un centro de atención a personas con discapacidad intelectual (siendo conscientes de que estos no son centros cerrados, sino, por naturaleza, abiertos a su entorno).

8. En relación a las personas con discapacidad intelectual que ya están cumpliendo penas privativas de libertad es preciso tener en cuenta que la discapacidad puede haber sido detectada previamente y aun así imponerse una pena privativa de libertad; o no haber sido detectada durante el procedimiento, y la persona encontrarse en situaciones de desprotección.

Entre las **buenas prácticas** que se recomiendan, se hace hincapié en:

- Fomentar la colaboración efectiva entre Instituciones Penitenciarias y las Asociaciones de FEAPS. La colaboración puede ser en dos sentidos bien porque la Asociación quiera atender a personas con Discapacidad Intelectual que se encuentren en centros penitenciarios de la zona, o bien porque la propia institución penitenciaria se ponga en contacto con la Asociación para facilitar respuestas a situaciones personales concretas. Por ello, resultaría una buena práctica que todas las asociaciones tengan conocimientos básicos sobre la normativa relacionada. A la finalización del presente trabajo, se deberían instar revisar convenios de colaboración para valorar la necesidad de inclusión de algún apartado.
- Generalización de la experiencia de aquellas Comunidades autónomas en las que existe colaboración por parte de la administración, y acuerdo con la DGIP, para garantizar la presencia de profesionales preparados, y asegurar así la mejor atención en el ámbito penitenciario (extendiendo experiencias positivas como la de Andalucía), que detecten situaciones de discapacidad, facilita las valoraciones administrativas, y la posibilidad de salidas terapéuticas y cumplimientos alternativos.

Las **propuestas de actuación** encaminadas a mejorar la situación de las personas con discapacidad insertas en el ámbito penitenciario podrían ser las siguientes:

- Arbitrar medidas encaminadas a mejorar los mecanismos de detección para que evitar que las personas con discapacidad intelectual no puedan acceder a los beneficios anteriormente expuestos, así como para impedir que se vean expuestas a situaciones de violencia o abuso por parte de otros internos, utilizando al efecto haciendo uso de cuantos mecanismos permite la legislación y normativa penitenciaria, en su beneficio.
- Estudiar el uso de la previsión establecida en el artículo 60 del Código Penal que derivaría en una mayor utilización de Medidas de Seguridad. Estudio sobre causas de su escasa aplicación y propuestas para lograr incrementar su utilización. Es importante la búsqueda y estudio de jurisprudencia existente en la que poder apoyar esta propuesta, y propiciar la realización de estudios académicos sobre esta materia.
- Establecer mecanismos que aseguren la valoración del grado de discapacidad, y, por tanto, la obtención del certificado o reconocimiento de discapacidad en todos los casos.
- Fortalecer los mecanismos de coordinación entre las asociaciones que atienden este tipo de situaciones, entre sí, para intercambiar experiencias y buenas prácticas, así como con los juristas penitenciarios y los jueces de Vigilancia Penitenciaria. Parte de este fortalecimiento podría ser la elaboración por parte de la Red de Juristas FEAPS de algún material en este sentido.
- Elaboración de materiales que fomenten la aplicación efectiva del artículo 117 del Reglamento Penitenciario que regula el acceso a

programas de atención especializada en el exterior.

- Propuesta de determinación o concreción del término “centro educativo especial” que se presente a Instituciones Penitenciarias, instando a que se arbitren mayores recursos que respondan a un modelo integrador en tal sentido. Identificación de “centro educativo especial” como un centro específico para personas con discapacidad de la administración pública. La labor de la búsqueda, y creación de recursos que permitan ofrecer este servicio, constituye una responsabilidad de la Administración penitenciaria.
 - Modificación, y conocimiento de la aplicación, de Medidas de Seguridad: depende del Tribunal cesarlas, modificarlas o suspenderlas. Vigilancia de las asociaciones de aquellos supuestos de personas en que pueda resultar conveniente alguna de estas medidas y solicitud en su caso.
 - Asesoramiento legal e intervención en supuestos de minoración de una pensión no contributiva a la persona con DI, o de disposición de la misma.
 - Establecer sistemas que permitan detectar y conocer situaciones de violación de derechos en el medio penitenciario a personas con discapacidad intelectual, así como mecanismos de actuación efectivos para impedirlos y sancionarlos.
- 9.** Con respecto a las personas con discapacidad cuando son víctimas o testigos es preciso garantizar que disponen de los medios y apoyos apropiados que garanticen su acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

Como buena práctica se recomienda:

- En todos los casos identificar los problemas de comunicación que pueda presentar la persona, y establecer los apoyos precisos, y más adecuados, para facilitar su comunicación. Es sustancial, y constituye un derecho humano básico, que la persona con discapacidad que se relaciona con la Administración de justicia en su condición de víctima de un delito, no pase por nuevos procesos que aumenten el trauma sufrido. Al efecto, tanto en ese rol, como si interviene como testigos, es preciso valorar la procedencia de los ajustes de procedimiento que la Convención establece, para garantizar la adecuación de la comunicación, y poner a su disposición cuantos apoyos sean precisos para conseguirlo, informar al órgano judicial respecto de la necesidad de tales apoyos y ofrecer soluciones al respecto; reivindicar el uso de medios de grabación para las declaraciones, con las garantías adecuadas para que puedan jugar como adecuada y válida prueba preconstituida.

10. Es necesario complementar lo anterior con lo establecido en la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo que viene a fundamentar más aún lo ya expuesto, reconoce el derecho a entender y a ser entendido, el derecho a la protección durante la investigación concretado en que la toma de declaración se realice sin dilaciones injustificadas, o que el número de declaraciones sea el menor posible, y la adopción de medidas para proteger la intimidad, incluidas las características personales. Además, la Directiva incide de forma expresa en la necesidad de formación del profesional de la administración de justicia, estableciendo que la toma de declaración será realizada por profesionales con formación adecuada y si hay

varias, siempre se realizará por las mismas personas.

Por esta vía, resulta exigible a los Estados que garanticen que los funcionarios, agentes de policía y personal al servicio de la administración de justicia, reciban formación tanto general como especializada a un nivel adecuado al contacto que mantenga con las víctimas, a fin de mejorar su concienciación respecto a las necesidades de estas y de capacitarlos para el trato con ellas. Asimismo, se alude a la formación en el mismo sentido de jueces y fiscales, de abogados y de los servicios de apoyo.

Anexo I

**Posicionamiento ante la Reforma del Código Penal:
Consideración del Proyecto de Ley Orgánica de reforma
del Código penal y su incidencia en los derechos de las
personas con discapacidad intelectual**

Anexo II

**Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065,
a la luz de los estándares previstos en la Convención
sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**

Posicionamiento ante la Reforma del Código Penal: Consideración del Proyecto de Ley Orgánica de reforma del Código penal y su incidencia en los derechos de las personas con discapacidad intelectual.

D. Torcuato Recover

1. Cuando cerramos la redacción de este documento ha iniciado su tramitación parlamentaria el nuevo Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal⁵³, aprobado y remitido por el Consejo de Ministros y, aunque somos conscientes de que en esta, el texto inicial, enviado por el Gobierno, puede experimentar importantes modificaciones, entendemos que no sería adecuado realizar un informe con la intención de este, que pretende considerar la situación de la persona con discapacidad intelectual y del desarrollo, ante el proceso penal, y ante las Medidas de privación de libertad derivadas de este, si ignorásemos las importantes modificaciones que el Proyecto presentado incluye, al menos en lo que este afecta de manera sustantiva a las personas con discapacidad intelectual y a la regulación que, para estas, o para su situación procesal o penal, preveía el Código Penal vigente.

No sería oportuno, y convertiría nuestro trabajo en superficial, y llamado necesariamente a quedar obsoleto, si ignorásemos que,

⁵³ Boletín Oficial de las Cortes generales, n.º. 66-1; de 4 de Octubre de 2013.
http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF#page=1

de mantenerse el texto propuesto por el Gobierno y, por tanto, si se modifica el Código Penal en determinados aspectos que, en lo que nosotros, y a la materia objeto de este trabajo se refiere, la situación de las personas con discapacidad que pasan por un proceso penal podrá ser más regresiva, sustancialmente peor que la que en este momento es regulada en el texto vigente y se consagraría lo que entendemos es una previsión de clara discriminación negativa contra las personas con discapacidad.

Por ese motivo, aun siendo conscientes de que con ello entramos en un ámbito de posicionamiento marcado por lo temporal, por lo coyuntural, puesto que hablamos de un texto que está llamado a experimentar modificaciones en el propio itinerario parlamentario y legislativo, hemos entendido preciso añadir una reflexión sobre materia al presente documento.

Por esto y porque, efectivamente, nos preocupa seriamente que se mantenga el texto tal y como aparece en el Anteproyecto remitido a los legisladores y, en este sentido, con claridad, entendemos preciso establecer posiciones y generar opinión por lo que este tiene de regresivo, de perjudicial para las personas que constituyen el objeto y fundamento de nuestro interés y preocupación.

El texto del Proyecto considerado aporta sustanciales modificaciones al vigente texto del Código Penal de 1995. Su Exposición de Motivos⁵⁴ reconoce que el texto que presenta pretende

⁵⁴ Exposición de Motivos, Apartado I. *“se lleva a cabo una profunda revisión del sistema de consecuencias penales que se articula a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada; y la revisión de la regulación del delito continuado. Junto con ello, se afrontan dos reformas que están orientadas a incrementar la eficacia de la justicia penal: de una parte, se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo sistema, caracterizado por la existencia de un*

efectuar una profunda revisión del “sistema de consecuencias penales”. Además introduce otros importantes cambios, pero estos no afectan de forma sustancial a este estudio.

Nos centramos, pues, en la apuesta que el gobierno, mediante esta iniciativa parlamentaria realiza, para que se modifique, de forma significativa la vigente regulación de las Medidas de Seguridad, que han sido objeto de consideración en este documento, para acabar –y esta decisión constituye, al parecer, uno de los motivos sustanciales de la reforma propuesta, a juzgar por la forma en que la justifica la propia Exposición de Motivos- con la expresa limitación temporal de las mismas que, hasta este momento, establecían los artículos 6 y 101.1 del vigente Código Penal.

La propuesta del Proyecto, modifica el texto del artículo 6 que quedaría redactado:

«2. Las medidas de seguridad no podrán exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.»

No podemos compartir la intención del anteproyecto, evidenciada ya en el apartado VI de su Exposición de Motivos, de acabar con la expresa limitación temporal de las medidas de seguridad que establece el texto vigente, de forma que la duración de esta no pudiese ser superior a la que correspondería al delito cometido. Tal limitación, actualmente establecida en los arts. 6.2 y 101.1 del Código Penal vigente (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), supone, a nuestro entender, la aplicación del principio de seguridad jurídica,

único régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas, que introduce mayor flexibilidad y eficacia. De otra parte, se suprimen las faltas que históricamente se regulaban en el libro III del Código Penal

de intervención mínima, y de proporcionalidad, y su extinción sitúa a las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, que puedan haber cometido hechos delictivos, en una posición de total inseguridad, que es claramente discriminatoria, puesto que, en definitiva, sería aquella situación de discapacidad la que generaría la aplicación de una circunstancia eximente, completa o incompleta, y, en consecuencia, la aplicación de determinadas medidas de seguridad por parte del tribunal, que, de mantenerse la reforma prevista, podrían tener, por tanto, en razón de aquella discapacidad causante, una duración superior a la que se hubiese aplicado si no concurriese tal circunstancia subjetiva.

Esta una cuestión básica para las organizaciones de defensa de derechos de las personas con discapacidad intelectual y del desarrollo, y por ello sostenemos que **la propuesta de reforma que en este aspecto se realiza es gravemente lesiva para los derechos de éstas.**

La actual limitación el texto del vigente artículo 6 del Código Pernal, establece para la duración de las medidas de seguridad, ha constituido una conquista sustancial para las personas con discapacidad intelectual que han cometido hechos delictivos y a los que se ha aplicado aquellas, al apreciar la concurrencia de circunstancias que las determinan, evitando así, que la falta de precisión de su duración generase situaciones que suponen restricciones de libertad casi permanentes o, cuando menos arbitrariamente prolongadas.

En la realidad, si la resolución judicial que establece la medida no preveía su duración o condiciones de control para su extinción, esta se prolongaba en el tiempo puesto que, ni existía precepto legal que lo limitase, ni el tribunal sentenciador lo había previsto. Como decimos, a esta situación de franco quebranto de derechos humanos

básicos, vino a poner límite el expreso texto de los artículos citados en el vigente Código Penal, que han venido actuando así como una garantía para las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental a las que se aplicaban estas medidas de restricción de su libertad, al reconocerse la concurrencia de una discapacidad como circunstancia eximente o atenuante cualificada.

La propuesta realizada atenta, pues, a nuestro juicio, contra el **principio de proporcionalidad** y genera una situación de **discriminación por razón de discapacidad**. La privación de la libertad de una persona en cualquier contexto, máxime cuando estamos hablando de entorno penitenciario, deberá realizarse con todas las garantías, en igualdad de condiciones respecto de la misma previsión cuando afecte a otros ciudadanos. Asimismo, la existencia de una discapacidad no debe en ningún caso justificar una privación de libertad, ni puede convertirse en un motivo de discriminación que está expresamente prohibida proal Convención Internacional que ha suscrito y ratificado nuestro país.

La modificación pretendida permitiría que una medida de seguridad, establecida al determinar el tribunal que concurre la circunstancia modificativa que la justifica, no tenga una duración tasada en el tiempo, y, por tanto, pueda extenderse por un periodo de tiempo incluso superior al que habría correspondido al penado de no haber concurrido la circunstancia modificativa; en definitiva, puede prolongarse un tiempo superior a la pena que correspondería al delito sin concurrir tales circunstancias.

Ahora el juzgador contaría con una disposición que le permite romper la precisa barrera que establecía el texto anterior del Código vigente, y extender la duración de la medida en tanto considera que la supuesta “peligrosidad” del penado lo justifica.

De esta forma, mantener el texto propuesto supone que la persona que presenta una discapacidad intelectual, y que es objeto de un procedimiento penal, es sometida ahora a una doble valoración: la del hecho cometido, y su consideración, en su caso como delito, con la concurrencia de determinadas circunstancias subjetivas; y una segunda valoración de juicio: la posibilidad de que la persona, o la propia naturaleza del hecho juzgado, pueda ser considerada o valorada como generadora de un concepto vago e impreciso como el de “peligrosidad”.

En este sentido, reiteramos, que esta es una cuestión básica que requiere de una modificación de lo previsto en el Proyecto, para evitar que, en la legítima búsqueda de soluciones para los problemas que ocasionarán las casuísticas que el proyecto denomina de “peligrosidad”, se perjudiquen notoriamente los derechos de personas que pueden haber participado en hecho delictivos, pero que presentan discapacidad intelectual, circunstancia subjetiva sustancial que no sólo debe ser valorada para determinar la pena, sino que, en un Derecho penal moderno y de garantías, debe ser tenida en cuenta para aplicar las circunstancias eximente o atenuante, que procedan. Y, en su caso, determinar una precisa duración de las medidas de seguridad que pueda determinar el tribunal sentenciador, en cuanto que, obviamente estas, como la propia prisión, constituyen expresas restricciones de libertad, por lo que es imprescindible que queden sometidas a determinación de su duración, así como a su revisión y adecuación por el Juzgado de vigilancia competente.

En definitiva, pues, propugnamos, en este sentido, mantener la actual redacción del apartado 2 del artículo 6, que el Proyecto modifica sustancialmente, y conservar el texto vigente:

2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más

gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

2. La regulación prevista para las medidas de seguridad rompe los propios principios de nuestro derecho penal, de manera que si, conforme a este, el límite de la gravedad de la pena viene determinado por la culpabilidad del hecho, para la medida de seguridad se conculca este principio, de forma que ahora, el límite de la medida de seguridad se vincula a un concepto jurídico indeterminado, y de imposible objetivación: la peligrosidad del autor.

Con la propuesta, el texto del proyecto se aparta deliberadamente de la consideración de la gravedad del hecho, criterio que venía estableciendo en el texto vigente, y es propio de nuestro derecho, para centrar la valoración en la “peligrosidad del infractor”. El primero era, en todo caso, un criterio objetivo, o sometido a ponderación con los criterios del propio Código, por el tribunal, pero el segundo es un concepto vago e impreciso que apunta más bien a consideraciones extralege y fácilmente discriminatorio.

La regulación propuesta es claramente contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos, especialmente si se considera que su regulación omite cualquier consideración terapéutica, convirtiéndose en puramente punitiva⁵⁵.

⁵⁵ Hay que recordar que el STEDH, en Sentencia de 17.12.2009, declaró de forma expresa, que la regulación alemana de la custodia de seguridad –cuyo modelo sigue nuestro proyecto- era contraria a los derechos a la libertad y a la legalidad penal, reconocidos en los arts. 5.1. y 7.1 del Convenio. En sentencia más reciente, de 18.9.2012, el Tribunal condenó al gobierno británico por permitir la imposición de “condenas indeterminadas para la protección de la ciudadanía”.

Lo buscado con la modificación propuesta no es sino obtener un aumento desproporcionado del tiempo de privación de libertad o de control penal, y ello por razones tan poco determinables con precisión como el ambiguo concepto de peligrosidad. Esto, en definitiva, puede llevar a un apartamiento de quienes se puedan considerar especialmente conflictivos, lo que, en nuestro caso puede convertir en personas socialmente sospechosas a quien hubiese participado en un hecho delictivo condicionados por dificultades cognitivas o por trastornos mentales, respecto de los cuales, cuando no se determinan medidas terapéuticas claras y precisas, se tiende, como en el texto previsto, a lograr el apoyo social, mediante un agravamiento final de la condena con el uso de conceptos jurídicos que parezca que no son considerados como tales, para, en el fondo tratar de evitar únicamente la alarma social.

En todo caso, si se considerase precisa una nueva valoración de la medida de seguridad, abogamos por una regulación específica, que considere la naturaleza terapéutica que la misma podría tener en los supuestos que analizamos, y se oriente desde los principios de individualización, motivación, diferenciación respecto de una intervención punitiva, protección y asistencia jurídica, y que considere la necesidad de su revisión periódica en plazos no superiores a seis meses.

En la forma en que está contemplada la medida de seguridad en el Proyecto se inclina por fundamentarse en una necesaria apreciación de peligrosidad para cuya valoración, en definitiva, carecemos hoy de criterios de determinación suficientemente válidos, lo que llevaría a que la aplicación de esta medida se realizaría con datos muy inseguros, lo cual es abiertamente opuesto al principio de seguridad que ordena nuestro Derecho Penal.

Esta situación podría llevar a una especial mediación o presión social que haga que el juzgador se incline por la aplicación de estas medidas ante hechos delictivos o supuestos que tengan especial relevancia mediática, que pueda entenderse que genera una cierta “alarma social” (concepto contingente y fácilmente manipulable) para evitar correr riesgos, lo que, finalmente, conduce a un endurecimiento de las medidas de restricción sin otra base que una presunción de peligrosidad que carece de fundamentación jurídica sólida, lo que es especialmente grave cuando puede ser aplicable a personas a las que se haya reconocido la concurrencia de circunstancias que limitan su responsabilidad penal, quienes, de esta forma, pueden pasar a ser considerados como meros “focos de peligro que ha de ser contenido, en lugar de personas dotadas de dignidad humana y titulares de derechos fundamentales”⁵⁶

En la misma línea, el art. 101 del Proyecto, en el fondo incluye un concepto que consideramos exterior al Derecho Penal, al regular que pueda existir “*base suficiente para concluir que, debido a su trastorno, es posible prever la comisión por aquel de nuevos delitos y que, por tanto, supone un peligro para la sociedad*”. Ese nuevo concepto de “peligro para la sociedad” es jurídicamente inadmisibles y contrario a los más caros principios de un ordenamiento jurídico garantista.

En todo caso, de ser precisa la aplicación de medidas en régimen cerrado (en definitiva con privación de libertad y, en consecuencia, con carácter nuevamente punitivo) habrá de estar justificada por la aplicación de sistemas terapéuticos y por las

⁵⁶ ACALE SANCHEZ y otros. Custodia de seguridad, en Estudio crítico sobre el anteproyecto de reforma penal de 2012. Congreso de profesores de derecho penal. Univ. Carlos III. Madrid, 2013.

circunstancias propias del tratamiento, y ello, en cualquier caso, siempre asegurando el total respeto a los derechos individuales del sujeto, con revisiones, como decíamos, periódicas, sin posibilidad de renovaciones continuas como las previstas en el texto propuesto, y, desde luego, con total respeto a los principios de contracción, defensa, y derecho de recursos contra las decisiones que se adopten en ese momento⁵⁷.

3. La aplicación de la reforma propuesta como discriminación directa respecto de personas inimputables, o semi-imputables, por presentar discapacidad intelectual o mental. Vulneración de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La eliminación de la limitación temporal por la que aboga la reforma propuesta, establece una discriminación directa para las personas con discapacidad intelectual, o enfermedad mental, puesto que, para el caso de que estas participasen en un hecho delictivo, y la existencia de tal circunstancia personal fuese valorada por el tribunal como eximente, ya fuese total o incompleta, podría llevar a la determinación de medidas que, obviamente, constituyen privación de libertad y, en consecuencia, restricciones de derechos fundamentales, cuya duración quedaría ahora en función de los criterios imprecisos ya denunciados. De esta forma, quienes estén en esta situación se podrían encontrar con que la duración de las medidas de restricción sean para ellos mayores que las penas que

⁵⁷ En esta línea ha abogado, por ejemplo, el Tribunal Constitucional, en sentencia relativa a la imposición de una medida a un menor (STC 36/1991), que recuerda la necesidad de que la decisión judicial, en cuanto que restrictiva de derechos fundamentales, ha de atenerse a criterios de proporcionalidad entre la gravedad del hecho y la medida impuesta, lo que centra nuevamente el criterio en la propia valoración del hecho cometido, no en la supuesta peligrosidad del sujeto.

se apliquen a quienes hubiesen realizado el mismo delito, pero no tuviesen tales circunstancias, es decir, no padeciesen de la discapacidad que en muchas ocasiones ha condicionado el delito o la actividad delictiva.

Es preciso recordar que el artículo 2 de la Convención entiende por “discriminación por motivos de discapacidad” cualquier **distinción, exclusión o restricción** por motivos de discapacidad que tenga el **propósito o el efecto** de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Estaríamos, pues, a nuestro juicio, de consolidarse la reforma propuesta, ante un caso de discriminación evidente que se genera como consecuencia de la discapacidad, lo que es abiertamente prohibido por la **Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad**, lo cual constituye “una vulneración de la dignidad y el valor inherentes del ser humano” (Preámbulo, apartado h,), y una evidente violación de los principios generales (artículo 3.b), y de las obligaciones que la citada Convención establece (artículo 4, 1, apartado a, b, c, d, e; artículo 5), y, muy especialmente, de la expresa prohibición que contiene el artículo 14.1, apartado b) de la misma:

“1. Los estados partes asegurarán que las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás:

b) No se ven privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente y que cualquier privación de libertad sea de conformidad con la ley, y que la existencia de una discapacidad no justifique, en ningún caso una privación de libertad”.

Por el contrario, la correcta aplicación de lo dispuesto en el

artículo 13 de la Convención debe llevar a asegurar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, “en igualdad de condiciones con los demás, incluso mediante ajustes de procedimiento”, debiendo entender que estos actúan como una discriminación positiva a favor de la persona con discapacidad, en los términos en los que esta es definida por la propia Convención, e incluso por el propio proyecto de reforma del Código Penal.

Expresamente, como hemos indicado, el artículo 14 de la Convención -que paradójicamente es citada en la Exposición de Motivos del Proyecto de Reforma del Código Penal como inspirador de la misma-, en su apartado 1 y 2 establece, frente a lo proyectado en la reforma considerada, la obligación del Estado Español, de que las privaciones de libertad (de cualquier clase, ya sea como cumplimiento de penas o como medidas de seguridad) **no estén motivadas o condicionadas por razón de la discapacidad, que es precisamente lo que ocurriría si se aplica lo previsto en la redacción propuesta para los artículos 6, 95 y siguientes que se proponen modificar.**

En consonancia con lo anteriormente expuesto, consideramos de interés añadir a este documento como Anexo II el informe de asesoramiento realizado por el experto del Comité sobre Derechos de las Personas con Discapacidad, Carlos Ríos, al CERMI Estatal en aplicación del Artículo 37.2 de la Convención. En este documento realiza observaciones a la propuesta de reforma al código penal español por lo que hace al régimen de medidas de seguridad, con el objeto de contrastarlas con los estándares previstos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) en materia de acceso a la justicia y de protección de la libertad personal.

Opinión sobre el proyecto de Ley Orgánica 121/000065, a la luz de los estándares previstos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ⁵⁸

D. Carlos Ríos Espinosa
Vicepresidente del Comité sobre los Derechos
de las Personas con Discapacidad

A continuación quisiera formular algunas observaciones a la propuesta de reforma al Código Penal español por lo que hace al régimen de medidas de seguridad, con el objeto de contrastarlas con los estándares previstos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD) en materia de acceso a la justicia y de protección de la libertad personal.

El primer planteamiento concierne al fundamento mismo que justifica, de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de reforma, la modificación al régimen de medidas de seguridad. De

⁵⁸ Documento preparado en aplicación del artículo 37.2 de la CDPD.

acuerdo con los ejes de justificación de la reforma se trataría de que defender que el “fundamento de las medidas de seguridad reside en la peligrosidad del autor” y no en la culpabilidad. Ello permite defender que las medidas de seguridad puedan ser incluso más graves, en términos de la duración de la determinación de privación de la libertad, que las penas propiamente tales.

Cabe señalar que el régimen ya en vigor para la aplicación de medidas de seguridad en España, ya de por sí requiere una profunda revisión a efecto de hacerlo consistente con los estándares de la CDPD, sin embargo, las propuestas de modificación que se pretenden incorporar agravan la incompatibilidad de este ordenamiento jurídico con el derecho internacional de los derechos humanos. El régimen de medidas de seguridad actualmente existente no cumple con los parámetros que permitirían calificarlo dentro del derecho penal propiamente tal, se trata, en todo caso, de un instrumento que se asemeja más a un régimen administrativo de defensa social. El presupuesto de la aplicación de la medida de seguridad no es tanto la comisión de un delito, sino la clasificación de la persona como socialmente peligrosa, por ser probable que cometa delitos en el futuro.

En la serie de exámenes periódicos que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha hecho a los diversos países, cuando ha llegado a pronunciarse sobre la implementación del artículo 14 de la CDPD, siempre ha sostenido que es inaceptable la privación de la libertad de personas con discapacidad si no se respetan los estándares del debido proceso que son aplicables a cualquiera cuando se trata de un procedimiento de naturaleza penal.⁵⁹

⁵⁹ Observaciones finales para Túnez (párrafos 24 y 25); España (párrafos 35 y 36); Perú (párrafos 28 y 29); China (párrafos 25 y 26); Argentina (párrafos 25 y 26); Austria (párrafos 29.30 y 31); Australia (párrafos 32 y 33); Suecia (párrafos 35 y 36).

Si bien es correcto que como presupuesto para la aplicación de la medida de seguridad, en la propuesta de reforma al código penal español, se prevé que la persona tuvo que haber cometido un delito, el carácter indeterminado de la medida, al prever la posibilidad de que sea revisable por períodos quinquenales, anula virtualmente el principio de legalidad y de reserva de ley y se enfoca más a las características individuales de los sujetos sometidos a medida, que a la realización del hecho.

En todo caso, el régimen actualmente existente y el contenido de la propuesta de reforma al Código Penal español son inconsistentes con los artículos 5.2; 8.1b); 12.2; 13.1 y 14.1b) y 2 de la CDPD.

1. Afectación a principio de igualdad y no discriminación (artículo 5.2 CDPD)

De acuerdo con el artículo 5.2 de la CDPD:

Los Estados Partes prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.

Por su parte, el artículo 2, párrafo cuarto, de la CDPD define a la discriminación por motivos de discapacidad como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables”.

El modelo propuesto para la aplicación de medidas de seguridad para personas inimputables constituye una forma de discriminación por motivos de discapacidad en contravención con el artículo 5.2 de la CDPD porque prevé un sistema de control penal diferenciado de acuerdo a la “competencia mental de la persona” que tiene el efecto de restringir el derecho al debido proceso que tienen las personas con discapacidad.

De acuerdo con el régimen de medidas de seguridad regulado en el código penal español, si una persona es declarada inimputable, total o parcialmente, para la imposición de la medida de seguridad se toma en cuenta como elemento fundamental el juicio de peligrosidad que sobre ella se realiza, en atención a la naturaleza del “trastorno mental” (artículo 98, apartado 1, del código penal). Lo anterior se traduce en la criminalización de la discapacidad, la cual en los hechos es tratada como una enfermedad y un trastorno que representa un riesgo para terceros, y al prever que su sola existencia es indicio de la comisión de delitos futuros y la aplicación de un régimen distinto al que se aplicaría a cualquier persona sin el “trastorno”. El derecho penal de estatus o de autor, por motivos de discapacidad, es contrario al artículo 5.2 de la CDPD.

2. Afectación al principio de no estigmatización y no generación de estereotipos (artículo 8.1 b de la CDPD)

Asimismo, el régimen actual de medidas de seguridad implica la afectación de las personas con discapacidad, y de su derecho a no ser estigmatizadas y estereotipadas, previsto en el artículo 8.1 b) de la CDPD, porque el régimen de medidas de seguridad, si bien también es aplicable a otras personas que no tienen discapacidades, por lo general está ideado para personas que son declaradas inimputables o que no tienen capacidad de responsabilidad penal, por motivo de alguna

discapacidad intelectual o psicosocial que, de acuerdo con la doctrina penal tradicional, “les impide conocer el carácter ilícito del hecho o de conducirse de acuerdo con esa comprensión” (artículo 20.1 del código penal español). El régimen de medidas de seguridad, inevitablemente trae como consecuencia la asociación de discapacidad intelectual y psicosocial, cuando las personas que tienen estas condiciones tienen contacto con el sistema de justicia penal, con el estereotipo del sujeto peligroso e incontrolable. Lo anterior genera un imaginario colectivo que visualiza a personas con cierto tipo de discapacidades como sujetos que deben ser excluidos y colocados al margen de las interacciones cotidianas.

3. Afectación al derecho a la capacidad jurídica y al acceso a la justicia

La regulación de las medidas de seguridad también tiene como consecuencia la afectación al artículo 12 en relación con el 13 de la CDPD, toda vez que las garantías del debido proceso se ven afectadas con la adopción de un régimen de individualización basado en la peligrosidad del autor y no en la culpabilidad por el acto.

La justificación tradicional para excluir a las personas con discapacidad del régimen de responsabilidad penal es que no se les puede castigar porque “carecen” de la competencia mental que permita justificar un juicio de reproche hacia su conducta y de prever una consecuencia sancionatoria.

En los hechos, ello se traduce en la aplicación de medidas que ciertamente afectan los derechos, pero que no están disciplinadas por las salvaguardas del debido proceso. Hasta ahora, la regulación prevista en el Título IV del código penal español, establecía por lo

menos algunos mínimos que no podrían ser rebasados y que en alguna medida paliaban las debilidades de este régimen, por ejemplo, el artículo 95, párrafo 2, indicaba que si el delito cometido no ameritaba pena privativa de la libertad, no podría establecerse alguna medida de seguridad que afectara la libertad personal. Ahora, la propuesta es sustituir dicha redacción para aludir a la “gravedad” del delito cometido y a la proporcionalidad que deberá observar el juez cuando individualiza la medida. Como puede apreciarse, la reforma no excluye la posibilidad de privar de la libertad a una persona declarada exenta de responsabilidad penal, para delitos en los que en no procedería una pena privativa de la libertad. Con ello se trastoca el principio de legalidad y de reserva de ley que tiene que prevalecer cuando se aplican sanciones penales. Excluir a las personas con discapacidad del régimen de responsabilidad penal, lejos de constituir una garantía, afecta a todas las salvaguardas sustantivas y procesales que tiene cualquier persona cuando se le imputa un hecho penalmente relevante y se les somete a una medida sancionadora, ya sea pena o medida de seguridad.

Otro aspecto que impacta negativamente el derecho al acceso a la justicia de las personas declaradas exentas de responsabilidad penal que, insisto, en la gran mayoría de los casos son personas con discapacidad psicosocial intelectual, es la propuesta de reformar el artículo 98.3 del código penal para permitir la prórroga sucesiva de la duración en la medida por períodos de cinco años.

Si la individualización de la medida es indeterminada, ello impacta negativamente en la consistencia del principio de legalidad o de reserva de ley que debe ser aplicado en la materia penal. El *nullum crimen sine lege* o principio de legalidad, para que realmente tenga efectividad, supone la construcción de un complejo y sistemático conjunto de garantías sustantivas y procesales que caracterizan al sistema de justicia penal como un modelo basado en el conocimiento

y no en el poder. Si el juicio de conocimiento del proceso penal, en su fase de individualización, no tiene por objeto la conducta, la cual es el único elemento empíricamente verificable y susceptible de control jurisdiccional, la consecuencia es que la labor del adjudicador de hechos, es decir del juez, se convierte en una simple tarea administrativa en la que se toman decisiones discrecionales basadas en estimaciones de prevención futura de posibles conductas delictivas o, incluso, de quebrantamiento de las medidas de seguridad impuestas (artículo 98.2 de la propuesta de reforma).

Lo anterior tiene como consecuencia que no existan realmente las condiciones de acceso a la justicia que permitan que cualquier sanción de naturaleza penal tenga un carácter cierto y determinado y que la persona pueda argumentar y defenderse en contra de su imposición. Si la materia de conocimiento consiste en determinar “la peligrosidad del sujeto”, los argumentos defensivos de la persona sujeta a medida de seguridad inevitablemente entrarán al terreno de lo opinable e inverificable desde un punto de vista epistemológico.

4. Afectación al derecho a la libertad de la seguridad personal (artículo 14.1b 2)

Por lo que toca al artículo 14 de la CDPD, su texto establece que:

- 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con ningún caso una privación de la libertad.*
- 2. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad que se vean privadas de su libertad en razón de un proceso tengan, en igualdad de condiciones con las demás, derecho a garantías de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y a ser tratadas de conformidad con los objetivos y principios de la*

presente Convención, incluida la realización de ajustes razonables.

Este importante artículo de la CDPD se ve afectado con la propuesta de reforma al Código Penal español en la medida en que en los hechos no se establecen las garantías y condiciones necesarias para que la privación de la libertad, cuando se aplica una medida de seguridad, no sea ilegal o arbitraria. En efecto, aunque las hipótesis de procedencia de las medidas de seguridad estén establecidas, lo están sobre la base de un marco muy amplio de procedencia que permite un enorme margen discrecional de su aplicación sobre la base de juicios sobre peligrosidad, lo cual impacta en que no estén claros los contornos de duración de la privación de la libertad y que, en consecuencia, se establezcan elementos de arbitrariedad incompatibles con el artículo 14.1b, 2 de la CDPD.

Al contrario del régimen de legalidad y de culpabilidad previsto para las personas imputables, la propuesta al régimen de medidas de seguridad del código penal español afecta al principio de retributividad, es decir, la idea de que la sanción penal ha de ser consecuencia del delito. Lo anterior es así en la medida en que se establece la posibilidad de hacer exámenes periódicos cada cinco años, Ya no para evaluar consecuencias sobre la base del delito efectivamente cometido, sino sobre las características del sujeto y su pretendido pronóstico de peligrosidad social, de comisión futura de nuevos delitos o de quebrantamiento de la medida de seguridad impuesta.

Las reglas procedimentales previstas en la propuesta de modificación del artículo 98 no se compadecen con lo que tradicionalmente se conceptualiza como el debido proceso, cuyas reglas están contenidas, entre otros instrumentos, en el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, es necesario también considerar el artículo 15 del citado instrumento internacional.

Juzgar a una persona por lo que es y no por lo que hace, afecta las garantías de estricta legalidad y de jurisdiccionalidad previstas en los artículos citados.

5. Recomendación

El régimen penal especial previsto para personas con discapacidad en la mayoría de los países del mundo, tiene que ser sometido a una profunda revisión a la luz de los estándares contenidos en la CDPD. Actualmente, el Comité de la CDPD ha emitido la observación general 1/2014 sobre el artículo 12 y, aunque en esta ocasión no se pronunció sobre el tema del régimen de imputabilidades que son comunes en la mayoría de los estados que hasta ahora han ratificado la CDPD, las observaciones finales diversas que han sido emitidas por el propio Comité aluden sistemáticamente a la necesidad de respetar las garantías del debido proceso para la aplicación de este régimen.

Con el objeto de que el Estado español pueda cumplir con sus obligaciones internacionales derivadas de la CDPD, me permito sugerir que, antes de aprobar la reforma, se convoque a un foro nacional en el que participen expertos y organizaciones de personas con discapacidad para evaluar las implicaciones del régimen de inimputabilidad actualmente existente a la luz de los compromisos internacionales del Estado español. Los presupuestos del positivismo criminológico en los que se basa el actual régimen de inimputabilidad, son incompatibles con los estándares previstos por la CDPD.

