

## 2. DERECHO PROCESAL PENAL

### **Propuesta de modificación del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**

Uno de los problemas jurídicos que nos han surgido durante el pasado año, pero que se arrastra desde hace tiempo porque la redacción del artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se ha mantenido intacta desde el inicio a pesar de las sucesivas reformas experimentadas, es el tratamiento que, tanto desde el punto de vista del derecho sustantivo como procesal, debe darse a quienes reuniendo las condiciones exigidas por la imputabilidad al tiempo de cometer el hecho delictivo, les sobreviene una enfermedad o anomalía psíquica que les impide afrontar el juicio con plenas garantías. En estos casos nos encontramos con una inimputabilidad *subsequens* a los que la ley da una respuesta arcaica, incompatible con los principios constitucionales y, en consecuencia, inaplicable.

En términos de la STS 971/2004, de 23 de julio, la solución que proporciona a estos supuestos el artículo 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal «no resulta en la actualidad aplicable en ningún supuesto, ya que entraña una respuesta no acorde con las previsiones del Código Penal vigente, al suponer, en la práctica, una imposición de medida de seguridad ajena al pronunciamiento contenido en la correspondiente Sentencia y, por ende, contraria a lo dispuesto en el articulado de dicho Cuerpo legal, cuando en su artículo 3.º1, consagrando el alcance del principio de legalidad en esta materia, establece que: No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales».

Incluso, como menciona también esta sentencia, el problema, a la que la ley procesal tampoco da respuesta, se extendería a la posibilidad de enjuiciar a «quien ya desde el momento de la comisión del hecho planteaba problemas de capacidad psíquica para ser sometido a juicio».

Para abarcar ambos supuestos hemos de diferenciar la imputabilidad, como la capacidad de culpabilidad, de entender la ilicitud de un hecho y de adecuar la conducta a esa comprensión, de la capacidad procesal, refiriéndose ésta a la aptitud para intervenir consciente y eficazmente en la propia defensa como elemento fundamental del derecho a un proceso justo.

Partiendo de estas premisas y para abordar el tratamiento conjunto de ambas cuestiones podemos distinguir tres supuestos:

- a) La persona es inimputable al momento de comisión del hecho justiciable y durante el proceso no tiene capacidad procesal.
- b) La persona es inimputable en el tiempo del hecho enjuiciado, pero tiene capacidad procesal.
- c) La persona es imputable respecto del hecho realizado, pero, por una enfermedad o anomalía psíquica sobrevinida, no tiene capacidad de defenderse en el proceso.

El segundo supuesto no plantea problema alguno tanto desde el punto de vista sustantivo como procesal, pero no ocurre lo mismo con los otros dos supuestos en los que existe un vacío legal que regule adecuadamente el primero de ellos, y un precepto completamente inaplicable respecto del supuesto tercero.

Empezando por este último, recientemente el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de pronunciarse recogiendo dos posturas que vienen avaladas por diversas resoluciones del Alto Tribunal.

Como recoge la STS 844/2017, de 21 de diciembre, «el problema suscitado sugiere, pues, dos opciones interpretativas. La primera, el dictado por el Juez instructor de una resolución de archivo de la causa penal, con la consiguiente remisión de los antecedentes psiquiátricos del acusado al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción civil de incapacitación, con la eventual adopción de una medida jurisdiccional tuitiva de ingreso en un centro psiquiátrico. La segunda, la conclusión del sumario conforme a la regla general y la celebración de un juicio oral que tendría como desenlace una sentencia en la que se impusiera, después de un debate contradictorio, la medida de seguridad de internamiento prevista por el CP». Ambas, como afirma la sentencia, cuentan con el aval de una jurisprudencia consolidada, si bien, «adaptadas a las circunstancias que definían cada uno de los casos concretos que eran objeto de examen y enjuiciamiento».

La primera de las opciones que recoge la sentencia parte de un principio insoslayable y es que el ejercicio de *ius puniendi* del Estado tiene que estar configurado en el proceso penal garantizando eficazmente el derecho de defensa. «El acusado que carece de las facultades mentales precisas para tomar conciencia, por ejemplo, del alcance jurídico de sus respuestas al interrogatorio de la acusación o, con carácter general, del valor constitucional de los derechos a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia, es un acusado inerme frente al poder sancionador del Estado», y, con cita de la STS 1033/2010, de 24 de noviembre, añade que «... acordar la celebración del juicio contra quien no es capaz de entender lo que en el ocurre, también resulta inconstitucional por lesionar el adecuado ejer-

cicio del derecho de defensa ( art. 24 de la CE ) y el derecho a un proceso justo. La celebración de un juicio contra quien no entiende ni puede defenderse supone el quebranto de los derechos más elementales que conforman un juicio justo, sin obviar que la imposición de la medida de seguridad necesitará un previo pronunciamiento sobre el hecho y su antijuricidad. (...) El respeto de las garantías constitucionales aconseja la imposibilidad de celebrar un juicio sin garantizar el derecho de defensa y audiencia, que se enmarcan en los derechos más elementales de un proceso justo, tal y como se consagra en el Convenio Europeo de Derechos Humanos ( art. 6 ) y en el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos y la medida de seguridad que acarrea el sobreseimiento del proceso no puede ser impuestas sino es en una sentencia tras la celebración del juicio oral». Por estas razones concluye, con cita a su vez de la STS 65/2003 y 207/2002, «procede acordar la suspensión provisional y archivo de la causa, bien entendido que el Tribunal deberá supervisar con la periodicidad necesaria el estado de salud del procesado y en caso de que pudiera restablecerse en condiciones para afrontar el juicio oral, esto es si desaparecen las causas que han motivado la anulación y suspensión del juicio oral, deberá éste ser celebrado... Caso contrario, si se acredita que la demencia o incapacidad mental del procesado es de carácter permanente e irreversible en sus efectos, sin posibilidad de episodios lúcidos, deberá cesar toda intervención penal sobre el mismo, dándose traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que inste en el orden jurisdiccional civil las medidas pertinentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado... para evitar un nuevo comportamiento criminal y remediar esa inexistente capacidad de autodeterminación».

Frente a esta línea jurisprudencial recoge la sentencia una segunda opción derivada de la exigencia del Código Penal de 1995 de que las medidas de seguridad sean impuestas en sentencia. En este sentido, descartando la cita que realiza aquella sentencia a la número 669/2006, porque la solución a la que se llega difiere de lo resuelto en la STS número 971/2004 de la que recoge alguno de sus párrafos, en ésta, se hace referencia a la polémica suscitada entre la posición mayoritaria que mantiene la STS 2265/93, de 2 de abril, y el voto particular que contiene y del que se dice «consagra el que ha de ser considerado como recto criterio desde los planteamientos de la legalidad vigente». Se trataba de un supuesto en que el procesado padecía antes de los hechos una esquizofrenia paranoide agravada posteriormente por otro brote psicótico y declarado incapaz antes de la vista penal. El criterio plasmado en el voto particular rezaba literalmente así: «La discrepan-

cia con el punto de vista de la mayoría se refiere a la interpretación del art. 383 del Código Penal. La Sentencia ha entendido esta disposición sin tomar en consideración las garantías constitucionales que se refieren a la libertad y al debido proceso, disponiendo en el fallo su aplicación según el sentido literal del texto. Sin embargo, es evidente que entendido de esa manera el art. 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal vulnera claramente la Constitución, dado que permitiría –como lo hace la Sentencia– la aplicación de las medidas de seguridad previstas en el Código Penal para inimputables o incapaces de culpabilidad sin proceso previo. Por el contrario, en tanto las medidas de seguridad previstas en el art. 8.1.<sup>a</sup> del Código Penal constituyen consecuencias jurídicas del Derecho Penal sólo se deben aplicar luego de que en un juicio con todas las garantías se haya demostrado que el acusado es el autor de una acción típica y antijurídica y que presenta la peligrosidad que justifica la medida. No existe ninguna razón para privar de estas garantías a una persona simplemente porque no se puede defender por sí misma. Por el contrario: Resulta totalmente infundado que la imposibilidad del acusado de autodefenderse determine sin más que las consecuencias jurídicas del delito previstas para tales casos se puedan aplicar sin juicio previo y sin las garantías que éste implica. De esta manera, en lugar de proteger al acusado que no se puede defender, se lo priva de toda posibilidad de ser juzgado ante un Tribunal imparcial y, consecuentemente, no se lo trata como una persona sino como un objeto carente de los derechos procesales fundamentales para la protección de una libertad que también está garantizada por el art. 17.1 de la Constitución Española a los enfermos mentales. La necesidad del juicio, por otra parte, proviene del hecho que el art. 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en su expresión literal permite la aplicación de lo que dispone el Código Penal para los que ejecutan el hecho en estado de demencia. Es claro que lo dispuesto por el Código Penal es una medida de seguridad y que éstas no se pueden aplicar sin constatar previamente la comisión de un hecho típico y antijurídico. En el orden jurídico de España la existencia de este hecho típico y antijurídico depende de que se lo haya establecido en una Sentencia judicial que, como es obvio, sólo es válida como consecuencia de un juicio con todas las garantías, dado que no existe razón alguna que permita excluir que el enfermo mental sea absuelto. Privarle de esta posibilidad vulnera claramente su derecho a un juicio justo en el sentido del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que establece claramente que todos tienen derecho a que su causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial. En consecuencia, el art. 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que auto-

riza a que el Juez de Instrucción aplique sin juicio previo las medidas de seguridad que el Código Penal prevé para los inimputables o incapaces de culpabilidad, debe ser entendido conforme a la Constitución. En este sentido el Juez de Instrucción sólo deberá adoptar una medida provisoria de seguridad, pero deberá remitir la causa a la Audiencia para que ésta juzgue de acuerdo a la ley al procesado que ha caído en estado de inimputabilidad».

Sin embargo, en este supuesto y en el que fue objeto de enjuiciamiento en la STS 844/2017, de 21 de diciembre, la demencia sobrevenida del acusado no afectaba a su capacidad procesal, y, así, en el primero de ellos se afirmaba que «los Jueces *a quibus* contaron con la opinión favorable de los médicos forenses que examinaron a Eusebio, previamente a la celebración del Juicio oral, en el sentido de que disponía, en ese momento, de las facultades psíquicas esenciales para comprender los sucesos que le afectaban y, en la misma línea, el propio Tribunal llega a afirmar, en el Fundamento Jurídico Segundo de su Sentencia que «...pudo apreciar que el acusado entendía perfectamente las preguntas y las respondía con un lenguaje claro y preciso». Y en la segunda, también se recogía que el cuadro clínico que presentaba el acusado «era compatible con el daño neurológico y físico secundario a un accidente cerebrovascular. Pero que ese daño no afectaba, o si lo hacía era de manera leve, a las funciones cognitivas implicadas en la capacidad procesal. Así pues, tras la entrevista pericial y revisión de los documentos unidos a la causa, los peritos concluyeron que las funciones cognitivas, tales como la comprensión verbal, atención, lenguaje y memoria se hallan conservadas o afectadas con una intensidad clínica leve. De ahí que, desde el punto de vista médico, el deterioro evidenciado no afecta a la capacidad procesal del acusado».

En consecuencia, esta segunda opción no resuelve adecuadamente aquellos supuestos en los que la enfermedad o anomalía psíquica afecta a la capacidad procesal en los términos referidos, y no solo en los supuestos en que la enfermedad se produce con posterioridad a los hechos, sino que cabría plantearse si, en principio, la misma solución sería aplicable a aquellos otros en los que la enfermedad inicial perdura y es de tal entidad que impide a la persona comprender y entender lo que ocurre en el juicio, y, en definitiva, ejercitar en toda su plenitud el derecho de defensa, incluyendo también el derecho a la última palabra.

Como antes adelantaba, a la solución contraria llega la STS 669/2006, de 14 de julio, antes referida, que anulaba la sentencia de instancia acogiendo el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal con apoyo en el informe médico forense que afirmaban la ausencia de capacidad del acusado para intervenir en el acto del juicio oral. En

este caso, como se recoge en el primero de los fundamentos de derecho, el acusado al tiempo de los hechos delictivos tenía su capacidad solo parcialmente mermada, de forma que, siguiendo lo acreditado por la pericial médica, las acusaciones interesaban la aplicación de una eximente incompleta, pero en el intervalo entre los hechos y el enjuiciamiento y con carácter anterior a este, se produjo un progresivo deterioro de la capacidad del acusado que motivó su declaración de incapacidad en la jurisdicción civil, el nombramiento de un tutor y hasta el internamiento administrativo. Por el propio Centro donde se encontraba acogido se puso de relieve la imposibilidad del enfermo de afrontar y comprender los actos del juicio oral y el sentido de su propia intervención en él, razón por la cual el Fiscal interesó el examen e informe de los médicos forenses quienes afirmaron sin matiz alguno la absoluta imposibilidad del acusado para la celebración del juicio, criterio que sin fisuras ni contradicción reiteraron al inicio del juicio oral. Esta sentencia, tras mencionar las diferencias existentes con el supuesto contemplado en la número 971/2004 respecto a la capacidad procesal, recupera y hace propio el voto mayoritario de la STS 2265/93, de 2 de abril, que literalmente decía «el equilibrio necesario entre las partes que intervienen en el proceso penal exige de manera imperiosa el pleno ejercicio del derecho de defensa que se vertebra en diversas opciones. El derecho de asistencia letrada y el derecho a la autodefensa constituyen los pilares básicos sobre los que se asienta un proceso con la debida adecuación a las exigencias constitucionales. Las facilidades para dotar a una persona de la debida asistencia técnica de Letrados aparecen recogidas en nuestro ordenamiento a través de varias disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y han sido debidamente satisfechas en este proceso. Pero el complemento ineludible de esta garantía viene constituido por la posibilidad efectiva de ejercitar con eficacia el derecho a la autodefensa siguiendo con la debida atención todas las vicisitudes del proceso y haciendo a su abogado y al Tribunal aquellas observaciones que fuesen pertinentes sobre el desarrollo de las pruebas o sobre cualquier otra incidencia o circunstancia que pueda surgir en el desarrollo del juicio. No existió una verdadera igualdad de armas procesales. El recurrente no se encontraba con las facultades mentales necesarias para afrontar un juicio de gran trascendencia para sus intereses en cuanto que se solicitaba y se impuso la pena máxima prevista por nuestro ordenamiento penal, lo que hacía necesario que hubiese gozado de todos los medios necesarios para defenderse y especialmente, para afrontar su interrogatorio desde el principio del juicio y para poder ponerse de acuerdo eficazmente con su Abogado». Y tras argumentar, entre otros aspectos

sobre el derecho de defensa que el derecho «comprende, en este aspecto, no solo la asistencia de letrado libremente elegido o nombrado de oficio, en otro caso, sino también a defenderse personalmente (arts. 6.3 c) y 14.3 d) y del Convenio Europeo de Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reseñados), en la medida en que lo regulen las leyes procesales de cada país reguladoras del Derecho...». Con arreglo a este entendimiento o interpretación del art. 24.2 CE, relación con el art. 6.3 c) CEDH, el derecho a defenderse por sí mismo no se agota, aun comprendiéndolo en determinados supuestos, en su dimensión de derecho alternativo al derecho a la asistencia técnica, sino que posee siempre un contenido propio, relativamente autónomo, en cuanto expresión del carácter, en cierto modo, dual de la defensa penal, integrada normalmente por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su abogado defensor, con independencia del desigual protagonismo de ambos», concluye acordando «la nulidad del juicio oral y sentencia subsiguiente, y asimismo la suspensión provisional y archivo de la causa, bien entendido que el Tribunal deberá supervisar con la periodicidad necesaria el estado de salud del procesado y en caso de que pudiera restablecerse en condiciones de poder afrontar el juicio oral, esto es si desaparecen las causas que han motivado la anulación y suspensión del juicio oral, deberá ser éste celebrado por un Tribunal distinto del que ha conocido de la resolución recurrida. Caso contrario si se acredita que la demencia o incapacidad mental del procesado es de carácter permanente e irreversible en sus efectos, sin posibilidad de episodios lúcidos, deberá cesar toda intervención penal sobre el mismo, dándose traslado de las actuaciones al Ministerio Fiscal para que éste inste en el orden jurisdiccional civil las medidas pertinentes en materia de incapacitación o internamiento del afectado –lo que en el caso presente ya se ha producido con la declaración judicial de incapacitación, internamiento administrativo y sumisión a tutela– para evitar un nuevo comportamiento criminal y remediar esa inexistente capacidad de autodeterminación».

El problema de la demencia sobrevenida fue objeto también de especial pronunciamiento en la Consulta 1/989 de la Fiscalía General del Estado, *enajenación mental del imputado sobrevenida tras el auto de apertura del juicio oral y antes de la celebración de éste: sus efectos sobre el proceso*. En ella ya se hacía alusión al vacío normativo. «Una laguna, no integrada a pesar de las varias reformas experimentadas por la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el Código Penal, es la del tratamiento penal-procesal que deba darse a quienes, reuniendo las condiciones requeridas para la imputabilidad al tiempo de la ejecu-

ción delictiva, les sobreviene una enfermedad mental determinante de su irresponsabilidad una vez calificado el hecho y pendiente de la celebración del juicio oral». Incluso habría que realizar una precisión, pues la enfermedad mental sobrevinida no determina la «irresponsabilidad», pues ésta únicamente sería apreciable en los supuestos en los que la enfermedad o anomalía psíquica es coetánea a la comisión del hecho delictivo.

Lo que subyace en esta consulta es realmente el problema de la capacidad procesal de quien, siendo totalmente imputable en el momento de los hechos, una enfermedad o anomalía psíquica le impide afrontar la celebración del juicio, e, incluso, a trámites previos a éste, con plenitud de garantías para ejercitar adecuadamente su derecho a la defensa en sentido amplio y no solo a la defensa técnica. Como posteriormente precisa al referirse al tratamiento sustantivo de estos supuestos, «la remisión que hace el artículo 383 al Código Penal es de muy dudosa vigencia y no solo por la variación del contenido de la norma penal remitida, sino porque aquellas medidas están fundadas en la peligrosidad de quienes al tiempo del delito les faltaren las condiciones de imputabilidad, lo que no acontece en ninguno de los casos de enajenación sobrevinida, en los que se trata de sujetos con capacidad jurídico-penal en el momento de la acción y no de delinquentes mentalmente anormales, por lo que al no mediar relación entre la enfermedad mental y el hecho realizado aquellas medidas carecen de justificación». Lo contrario supondría resucitar las antiguas medidas de seguridad predelictuales de la derogada Ley 16/1970, de 4 de agosto, *sobre peligrosidad y rehabilitación social*. Como es notorio, el vigente Código Penal español de 1.995, acoge un modelo dualista de respuesta al delito, donde, junto a la pena, se incorporan medidas de seguridad. Estas se reservan para los hechos previstos en la ley como delito y realizados por inimputables o con imputabilidad disminuida, siempre «que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos» (art. 95.1.2.<sup>ª</sup> CP). Además, las medidas se rigen, como las penas, con los mismos criterios garantistas de legalidad y jurisdiccionalidad, si bien, y conjugando los preceptos sustantivos con los procesales, a diferencia de las penas, las menciones de los artículos 101 y siguientes a la fijación en sentencia tanto el hecho de la inimputabilidad como la medida y su duración, plantean el problema añadido de su adopción como medida cautelar.

La consulta hace referencia a la STS de 18 de mayo de 1927 que acogiendo un recurso del Ministerio Fiscal acordaba archivar la causa sin la celebración del correspondiente juicio. «El fundamento de esta

doctrina –dice la consulta– se halla en que la asistencia de los procesados a las sesiones del juicio oral es exigida por la LECrim. como necesaria para la máxima garantía del derecho de defensa y que tal asistencia no puede entenderse cumplida si la material presencia de los imputados no es consciente». Y haciendo referencia a los argumentos de la citada sentencia, afirma que es espíritu de la ley procesal conceder a las personas, que como responsables presuntos aparezcan en el proceso, la máxima garantía de defensa para que puedan en cada momento del juicio contrarrestar los argumentos de acusación que contra ellos se formulen y presentar los descargos que estimen justificativos de su pretendida inocencia, «no llegando a satisfacer el anhelo del legislador la material presencia en los banquillos de las Salas de Justicia de los reos aquejados de incapacidad mental que los impida darse cuenta de lo que allí pasa». Y de otro se sostiene que la asistencia de procesados a las sesiones de la vista en las condiciones detalladas «es evidente que no puede estimarse como el acto de consciente presencia que la ley previene, y por lo tanto que el indicado juicio se celebró sin que llenase el esencial requisito de la comparecencia del encartado, cuya ausencia intelectual y moral no puede negarse».

La consulta concluye que la enajenación mental, esencialmente irreversible, es, pues, «un obstáculo definitivo a la prosecución del proceso», y la solución debe ser el archivo, no de los artículos 637 ó 641, sino el equivalente a la declaración de rebeldía. Y en relación con los efectos materiales derivados de esta decisión, además de la reserva de acciones a los perjudicados por el delito, incoar el correspondiente proceso judicial de incapacidad, y, en su caso, instar el internamiento del enfermo cuando se cumplan los presupuestos y con las garantías del antiguo artículo 211 del Código Civil. Este es también el criterio de la citada STS 669/2006, de 14 de julio.

En aras de buscar una solución de *lege ferenda* para completa nuestro ordenamiento jurídico en estos extremos en los que el vacío legal deja amplios márgenes interpretativos, haremos referencia a la respuesta que ofrecen otros ordenamientos como el italiano y alemán que, a diferencia del francés, mantienen un sistema dualista de respuesta al delito, penas y medidas de seguridad. En ellos se contempla también el problema existente en derecho español respecto de las medidas cautelares de carácter personal que procede adoptar en estos supuestos.

Los artículos 70 a 73 del *Codice di Procedura Penale* (CPP) regulan el problema de la capacidad procesal del imputado: siempre que existan razones para creer que debido a una enfermedad mental (existente en el momento del hecho o sobrevenida después), el imputado no está en condiciones de participar conscientemente en el proceso, se

ordena un dictamen pericial (art. 70), evacuado el cual, si se confirma aquella sospecha, se suspenderá el procedimiento, designando un curador especial (art. 71) y remitiendo al imputado, en caso necesario, a la autoridad competente para la adopción de las medidas previstas en la ley en relación al tratamiento sanitario de enfermos mentales (art.73). Por otra parte, el artículo 206 del *Codice Penale* admite, con carácter general, la adopción de las medidas de internamiento psiquiátrico y deshabitación en él previstas, en cuanto cautelares, durante la tramitación de la causa. Y en consonancia con ello, los artículos 286 del CPP establece, en su número 1, que si la persona a quien debe someterse a prisión provisional, se encuentra en un estado de enfermedad mental, que excluye o disminuye en gran medida la capacidad de entender o de querer, el juez, en lugar de la prisión provisional, puede disponer el internamiento hospitalario provisional en el establecimiento adecuado del servicio hospitalario psiquiátrico, adoptando las medidas necesarias para prevenir el peligro de fuga.

Disposiciones análogas se encuentran en el derecho alemán. Ya en el procedimiento preliminar se da ocasión al perito de proponer su dictamen si cabe contar con la imposición de la medida de internamiento del imputado en un hospital psiquiátrico, centro de deshabitación o custodia de seguridad (parágrafo 80.a, de la Ordenanza Procesal Penal, StPO), existiendo incluso la posibilidad de internar al imputado en un establecimiento psiquiátrico público, por un máximo de seis semanas, y con una serie de garantías adicionales: certeza del hecho cometido, proporcionalidad con la significación del hecho y la pena o medida esperable, audiencia al perito y a la defensa. Por otra parte, el artículo 71 del Código Penal Alemán prevé la imposición autónoma del internamiento en hospital psiquiátrico, o en centro de deshabitación, así como la retirada del permiso de conducir o la inhabilitación profesional, cuando el proceso penal no puede llevarse a cabo por la inimputabilidad o la falta de capacidad procesal del autor. Ello en consonancia con lo dispuesto en la norma procesal que, por una parte, prevé (parágrafo 205 de la StPO) un específico procedimiento de medidas dirigido a hacer efectiva esa posibilidad de imposición autónoma de aquellas mencionadas en el artículo 71 de la StGB. Finalmente, el derecho alemán contempla la posibilidad (126.a, StPO) de recurrir al internamiento provisional, siempre que la seguridad pública lo requiera, y existan razones fundadas para pensar que alguien ha cometido un hecho antijurídico en estado de inimputabilidad o de imputabilidad disminuida.

Recapitulando el análisis expuesto nos encontramos que en el ordenamiento español no existe regulación alguna en todo lo referente

a la capacidad procesal en los términos anteriormente expuestos. El artículo 383 deviene completamente inaplicable en lo que se refiere a la imposición de medidas de seguridad, y en la posibilidad de enjuiciar a aquellas personas a las que la enfermedad sobrevenida anule por completo su capacidad procesal. En estos casos lo procedente es, tal como se desprende de las sentencias citadas y de la consulta de la Fiscalía General del Estado, el archivo provisional del procedimiento y la intervención desde el orden jurisdiccional civil.

Pero el vacío legal existente respecto de los supuestos de inimputabilidad inicial y persistencia de incapacidad procesal requiere un tratamiento legal que dé respuesta tanto a la posibilidad de su enjuiciamiento en el orden penal (incluso, como en el derecho alemán a través de un procedimiento específico), o, como en el supuesto anterior desde la jurisdicción civil, y, en segundo lugar, a la posibilidad o no de adoptar medidas cautelares distintas a la prisión preventiva o provisional, cuando de los informes médicos que se practiquen el resultado vaya a ser la imposición de una medida de seguridad y no de una pena.

En este punto el Tribunal Constitucional ya afirmó en la STC 191/2004, de 2 de noviembre (FJ 7), que, «la misma atribución de la condición de preso, siquiera sea acompañada del adjetivo *provisional*, a quien se sabe desde un principio exento de responsabilidad penal por ausencia de imputabilidad, constituye un contrasentido, toda vez que supone la imposición con carácter provisional de una medida (la prisión) cuya posibilidad de imposición con carácter definitivo está a priori descartada». Doctrina a su vez confirmada por la posterior sentencia del Pleno 217/2015, de 22 de octubre, al declarar vulnerado el derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE) del recurrente por haberle sido impuesta la medida cautelar de prisión provisional prorrogada sin haber sido prevista específicamente para este supuesto de hecho por el Legislador: «de acuerdo con lo hasta ahora expuesto, sólo una interpretación analógica –y, por ello, incompatible con las exigencias de nuestra doctrina sobre la habilitación legal de la injerencia en la libertad– podría llevar a pensar que el precepto legal aplicado por la Audiencia Provincial cubre el supuesto de hecho que ahora se nos plantea. La norma utilizada para prorrogar la prisión provisional del actor no contiene ninguna referencia formal a dicho supuesto. Es más, su dicción literal es manifiestamente incompatible con éste, ya que, de acuerdo con el art. 504.2 in fine sólo puede prorrogarse la prisión preventiva cuando la Sentencia dictada y recurrida haya impuesto una pena de prisión. Como afirmamos en la STC 145/2014, de 22 de septiembre, FJ 7, «no estamos por lo tanto ante un defecto por insuficiencia de la ley, ante un juicio sobre la cali-

dad de la ley, sino que se debate el efecto asociado a una ausencia total y completa de ley».

Por las razones expuestas parece conveniente que, como ya se hizo con la regulación de las medidas de investigación tecnológicas, se traslade al actual texto de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la regulación que sobre estos extremos se contiene en el apartado Código Procesal Penal de 2013.

El texto regula en el artículo 44 la capacidad procesal en general y de forma específica para el encausado en el artículo 49: «Integración de la capacidad de personas físicas encausadas que hayan de ser enjuiciadas 1. Las personas físicas que sufran enfermedad, trastorno o alteración de la percepción que les impida entender el significado y consecuencias del proceso y los efectos de sus actos, cuando hayan de ser enjuiciadas por serles atribuida la comisión de un hecho sancionado con medida de seguridad, actuarán en el proceso con la representación o con la intervención de su representación legal, que integrará la capacidad procesal del encausado en la medida necesaria para suplir sus carencia cognitivas y sustituirá o complementará la voluntad del encausado con el alcance que el Tribunal de Garantías o el Tribunal de Juicio establezca. El Tribunal de Garantías o el Tribunal de Juicio designará al encausado un defensor judicial que le represente si carece de representación conforme a derecho o existe conflicto de intereses. 2. Para la adopción de la medida de integración de la capacidad prevista en el apartado anterior el Tribunal recabará informe médico forense y oír al Ministerio Fiscal».

También da solución en el artículo 50, en similares términos a los expuestos, a los casos de incapacidad sobrevenida: «Incapacidad procesal absoluta del encausado que no haya de ser enjuiciado 1. Cuando la enfermedad, trastorno o alteración de la percepción que impida al encausado comprender el significado y consecuencias del proceso haya sobrevenido con posterioridad a la comisión del hecho punible, la causa será archivada tras la finalización de las Diligencias de Investigación y hasta que el encausado recobre la capacidad necesaria para su enjuiciamiento, sin perjuicio de que el Fiscal promueva las acciones legales procedentes. 2. Cuando el encausado recobre la capacidad para ser enjuiciado se dará la oportunidad a su defensa de completar la investigación con las medidas que, por la situación del encausado, no hubieran podido ser solicitadas. 3.- En caso de archivo por incapacidad absoluta serán de aplicación los apartados 5 y 6 del artículo 53 de este Código».

Y, finalmente, respecto de las medidas cautelares, los artículos 159 y 160 regulan la posibilidad de internamiento en centro psiquiátrico. Artículo 159: «Presupuestos 1. Cuando concurren en una persona

indicios fundados de la comisión de un delito, a causa de una grave anomalía o alteración psíquica, podrá acordarse por el Tribunal, a instancia de parte, su internamiento en un centro psiquiátrico, cuando de una valoración exhaustiva de su anomalía o alteración y de la acción que se le imputa, se concluya que existe un riesgo relevante de comisión de nuevos delitos como consecuencia de su patología. 2. Esta medida solamente podrá ser acordada cuando resulte proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquellos que se prevea que pudiera llegar a cometer, y la peligrosidad del sujeto no pudiera ser compensada de forma suficiente mediante la adopción de otra medida menos gravosa». Artículo 160: «Duración de la medida 1. El internamiento en centro psiquiátrico tendrá una duración máxima de seis meses. 2. La medida podrá ser prorrogada por seis meses más cuando se mantengan los requisitos legales que justifican el internamiento y se prevea la imposibilidad de celebración del acto del juicio oral con anterioridad a su vencimiento. 3.- En el supuesto de haberse dictado sentencia en la que hubiera sido impuesta una medida de internamiento en centro psiquiátrico, la medida podrá ser mantenida durante la resolución del recurso. En este caso, el Tribunal podrá, en cualquier momento, de oficio o a instancias de parte, verificar si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición. Si se hubieran superado los límites de duración de la medida que establecen los apartados anteriores, esta comprobación deberá llevarse a cabo con una periodicidad al menos trimestral».

### **Medidas de protección para los denunciantes de delitos relacionados con la corrupción**

Quienes no han participado en el delito de corrupción, pero han tenido conocimiento de su preparación o comisión por su proximidad al delincuente tampoco suelen denunciar en España. Por diferentes razones. El licitante preterido frente a un competidor que ha pagado el soborno para conseguir una determinada adjudicación pública raramente denuncia la situación de corrupción, bien por desconfianza en la justicia, bien porque pueda no interesarle de cara al futuro al confiar en una suerte de «rotación en el soborno», bien por evitar quedar de alguna manera estigmatizado al romper ciertos códigos de silencio que amparan estas conductas. En otras ocasiones, cuando el delito se ha cometido en el ámbito empresarial en el que trabaja el posible denunciante, la inexistencia de una regulación protectora específica

hace muy difícil confiar en una denuncia por parte de quien probablemente va a sufrir algún tipo de represalia por su conducta.

La Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción en su artículo 33 establece que cada Estado Parte «considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención.»

España no ha atendido esta recomendación que también hace Transparencia Internacional, organización que incluye entre los «Principios de transparencia y prevención de la corrupción para las empresas» la «implementación de canales de denuncias para la comunicación de posibles incumplimientos de las normas internas de la empresa y/o de las normas legales». En su documento, publicado el 3 de noviembre de 2014, esta ONG también incluye la protección del denunciante de la corrupción entre las 20 medidas «efectivas y urgentes» para poner freno a la corrupción. Por su parte, la Comisión Europea, en informe de 3 de febrero de 2014 recuerda que «España no dispone de normas específicas que protejan a los denunciantes y las reformas legislativas previstas no llegan aún a establecer mecanismos de protección eficaces.» No podemos estar más de acuerdo a la vista de la muy insuficiente L. O. 19/1994, de 23 de diciembre, *de protección de testigos y peritos en causas criminales*.

Igualmente, consciente de las deficiencias de la normativa española, la OCDE en su Informe de 8 de enero de 2013, *sobre cumplimiento en España del Convenio OCDE de corrupción de funcionarios públicos extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales*, recomienda el fomento de la figura del *whistleblower* o empleado que denuncia una actividad ilícita de la empresa en la que trabaja.

España no debería demorar más una regulación adecuada de protección del denunciante, aproximándonos a otros países como Gran Bretaña o EE.UU. país donde en materias relacionadas con la delincuencia económica o financiera, existe la oficina del *whistleblower* en la Securities and Exchange Commission (SEC) o en el Department of Justice (DOJ) que incluso paga una cantidad al ciudadano que denuncia y facilita información relevante, como también hace la Internal Revenue Service (IRS) a quien identifica a un defraudador de impuestos, manteniéndose en todo caso su anonimato.