

La conformidad del acusado con discapacidad intelectual

Sumario

-
Este artículo analiza las vicisitudes y antinomias de la conformidad prestada por un acusado con discapacidad intelectual: así, en primer lugar, se argumenta y defiende que la discapacidad no es una razón suficiente para privar a nadie de su capacidad para prestar su conformidad válidamente, máxime a raíz de la reforma operada por la Ley 8/2021. En segundo lugar, se explora en detalle las especialidades que debe presentar la conformidad, prestando especial atención al consentimiento libre e informado y al contenido del control judicial del mismo. Por último, se estudia el tratamiento procesal de oficio y a instancia de parte que debe darse a las conformidades prestadas sin conocimiento jurídico de las consecuencias del acto o sin reunir la libertad material exigida por la naturaleza del acto procesal.

Abstract

-
This article analyses the vicissitudes and antinomies of the consent given by a defendant with intellectual disability during plea bargaining: thus, firstly, it argues and defends that disability is not a sufficient reason to deprive anyone of their ability to give their consent validly, especially as a result of the reform operated by Law 8/2021. Secondly, it explores in detail the special features of consent, paying special attention to free and informed consent and the content of its judicial control. Finally, we study the procedural treatment, ex officio and at the request of a party, that must be given to consents given without knowledge of the legal consequences of the act or without meeting the material freedom required by the nature of the procedural act.

Zusammenfassung

-
In diesem Artikel werden die Wechselfälle und Antinomien der Verständigung eines Angeklagten mit einer geistigen Behinderung analysiert: Zunächst wird argumentiert und verteidigt, dass eine Behinderung kein ausreichender Grund ist, um jemandem die Fähigkeit zu nehmen, eine gültige Verständigung zu erteilen, insbesondere nach der durch das Gesetz 8/2021 eingeführten Reform. Zweitens werden die besonderen Merkmale, die eine solche Verständigung aufweisen muss, eingehend untersucht, wobei der freien und informierten Einwilligung und dem Inhalt ihrer gerichtlichen Kontrolle besondere Aufmerksamkeit gewidmet wird. Schließlich wird die verfahrensrechtliche Behandlung untersucht, die von Amts wegen und auf Antrag der Partei bei einer Verständigung erfolgen muss, die ohne rechtliche Kenntnis der Folgen der Handlung oder ohne die nach der Art der Verfahrenshandlung erforderliche materielle Freiheit erteilt wird.

Title: *Guilty plea given by defendants with intellectual disability.*

Titel: *Die Verständigung des Angeklagten mit einer geistigen Behinderung*

-
Palabras clave: Conformidad, discapacidad intelectual, autonomía de la voluntad material, capacidad jurídica, conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto.

Keywords: *Guilty pleas and plea bargaining, intellectual disability, material autonomy of the will, legal capacity, knowledge of the legal consequences of the act.*

Stichwörter: *Verständigung, Absprachen im Strafprozess, geistige Behinderung, Autonomie des materiellen Willens, Geschäftsfähigkeit, Kenntnis der Rechtsfolgen einer Handlung.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i1.06

-

Recepción
12/07/2022

-

Aceptación
15/09/2022

-

Índice

-

1. La generalización de la condena sin juicio y sus riesgos

2. La capacidad del acusado con DI para conformarse

2.1. Los términos del problema

a. ¿Son las personas con DI inimputables?

b. La plena capacidad jurídica y procesal de las personas con DI

2.2. Los acusados con DI no pueden ser privados de la facultad de conformarse en igualdad de condiciones

a. ¿Pueden conformarse los inimputables?

b. La demencia sobrevenida (artículo 383 LECrim)

3. Especialidades de la conformidad de las personas con DI

3.1. Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la conformidad

a. La renuncia al ejercicio de derechos fundamentales de los acusados especialmente vulnerables

b. El conocimiento de las alternativas razonables por el acusado con DI

c. Los vicios de debilidad producto de la concreta discapacidad padecida y el riesgo de «influencias indebidas»

d. El objeto de la conformidad y el problema del conocimiento reforzado

e. Otras consideraciones de interés sobre las conformidades de personas con DI

3.2. El control judicial de la autonomía de la voluntad material de las conformidades prestadas por acusados con DI

a. Planteamiento del problema

b. El paradigma del juicio notarial de capacidad de las personas: ¿un modelo a seguir?

c. Propuesta de un modelo de control

4. Tratamiento procesal de la conformidad prestada sin conocimiento o sin libertad reforzada

4.1. Tratamiento procesal antes del dictado de la sentencia de conformidad

a. De oficio

b. A instancia de parte

4.2. Tratamiento procesal a instancia de parte tras el dictado de la sentencia

a. Impugnación de la sentencia de conformidad no firme

b. Impugnación de la sentencia firme

5. Conclusiones: las tres paradojas de la conformidad del acusado con DI

6. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. La generalización de la condena sin juicio y sus riesgos*

El paradigma ilustrado y garantista del proceso penal está viviendo un ocaso crítico en nuestro país. Dos de sus axiomas más preciados se encuentran, de facto, aunque todavía de forma parcial, derogados en nuestro sistema por la vigencia del instituto de la conformidad. No se puede predicar que rijan las fórmulas del *nulla poena et nulla culpa sine iudicio* y *nullum iudicium sine probatione* cuando, por ejemplo, el 64% de las sentencias condenatorias dictadas por los Juzgados de lo Penal en 2020 lo fueron por conformidad del acusado y, en el caso de las sentencias condenatorias dictadas por Audiencias Provinciales, el 55%¹. El legislador parece decidido en su apuesta por extender y ampliar el número de condenas penales sin juicio bajo la bandera de la eficiencia procesal y la descarga de la presión y sobrecarga de trabajo de nuestros Jueces y Tribunales. En el Proyecto de Ley de medidas de eficiencia procesal del servicio público de Justicia, actualmente en tramitación parlamentaria², se prevé la reforma del régimen de la conformidad, contemplando la posibilidad de que cualquier pena, independientemente de su naturaleza, gravedad o extensión, sea susceptible de conformidad en los procedimientos ordinario y abreviado³. En este sentido, el instituto de la conformidad vuelve a estar en el epicentro de los debates sobre la Justicia penal y, por ello, no podemos dejar de advertir que esta tendencia legislativa puede traer consigo una completa desnaturalización de nuestro proceso penal, centrado en el juicio oral y la práctica de la prueba ante el órgano sentenciador con inmediación y contradicción. Lo que debería ser un régimen excepcional, la condena sin prueba, puede pasar a constituir la inmensa mayoría de los casos. A través de su generalización, se agravará significativamente el riesgo de que inocentes⁴ acaben siendo condenados por un mero ejercicio de cálculo de riesgos, beneficios y costes. La Justicia penal podría transformarse en una fría administración de sentencias condenatorias ágiles, alejadas de las solemnidades del juicio y de los graves incordios que suponen las reglas de la carga de la prueba y el derecho a la presunción de inocencia para las acusaciones.

* Pablo Muyo Bussac (pmuyo@ucm.es). Este artículo se incardina dentro del proyecto de investigación con referencia PID2021-122647NB-I00 y se ha podido realizar gracias a disfrutar de un contrato predoctoral FPU otorgado por el Ministerio de Universidades (convocatoria 2020).

¹ Datos extraídos de la *Memoria Anual de la Fiscalía General del Estado* del año 2020. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Datos-penales--civiles-y-laborales/Delitos-y-condenas/Actividad-del-Ministerio-Fiscal/> (última consulta el 05/07/2022). Si tomásemos como referencia el total de sentencias dictadas (absolutorias y condenatorias), la proporción arrojada sería la siguiente: en el caso de los Juzgados de lo Penal un 51% y en el caso de las Audiencias Provinciales el 47%. Es decir, se puede afirmar que, aproximadamente, la mitad de los asuntos penales calificados por las acusaciones nunca llegan a juzgarse.

² Se puede consultar el texto del Proyecto de Ley en este enlace: https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-97-1.PDF (última consulta el 05/07/2022). Es importante que los juristas nos hagamos las siguientes preguntas: ¿para qué son eficientes las sentencias de conformidad? ¿Realmente hay algo positivo en obtener condenas sin juicio? ¿Se satisfacen así mejor las exigencias del ejercicio del *ius puniendi* en un Estado de Derecho? Para un análisis completo del proyecto de reforma véase BANACLOCHE PALAO, «El proyecto de ley de eficiencia procesal y el proceso penal: una reflexión crítica sobre las innovaciones propuestas», *Diario La Ley*, (10103), 2022, pp. 1 ss.

³ El proyecto no pretende reformar el artículo 50 de la Ley Orgánica de Tribunal de Jurado, por lo que la pena concreta máxima conformable seguirá siendo de seis años.

⁴ GASCÓN INCHAUSTI y LASCURÁIN ofrecen la siguiente tipología del «inocente»: en primer lugar estaría el «inocente fáctico», aquel que no ha realizado el hecho imputado; en segundo lugar, el «inocente jurídico», aquel que ha cometido un hecho pero que no es subsumible bajo la norma penal; en tercer lugar, el «inocente objetivo», aquel que efectivamente no ha cometido un hecho típico, antijurídico y culpable; en cuarto, el «inocente subjetivo», aquel que se cree inocente; por último, el «inocente procesal», es decir aquel del que no se pudo demostrar su culpabilidad en el proceso («¿Por qué se conforman los inocentes», *InDret*, (3), 2018, p. 12).

En este contexto, acompañado por la práctica cada vez más extendida de las conformidades encubiertas y las conformidades parciales⁵, creemos interesante explorar las costuras de este instituto y las posibles antinomias o efectos indeseados que arroja, a través del estudio de las conformidades que pueda prestar un acusado especialmente vulnerable, como es aquel que padece de una discapacidad intelectual (en adelante DI) o una enfermedad mental grave. Nuestras prisiones cuentan con más presos con DI de lo que uno pudiera imaginarse y muchas de esas condenas son fruto de una conformidad⁶. De acuerdo con el Observatorio estatal de la Discapacidad, la proporción de población reclusa con discapacidad (al menos identificada) ha aumentado significativamente desde el año 2002. Mientras que en ese año sólo el 1,5% de la población reclusa presentaba algún tipo de discapacidad, en el año 2018 esta cifra aumentó hasta el 9,9%, o sea, 4997 presos⁷. De esos casi cinco mil presos, 344 tenían una DI, 1736 una discapacidad psíquica (enfermedad mental) y 1446 una discapacidad mixta⁸. Este dato debiera impresionar a quien lo lee e invita automáticamente a hacerse la siguiente batería de preguntas: ¿cuántas personas con una capacidad intelectual y comunicativa disminuida por una discapacidad o un trastorno mental han sido condenadas en nuestro país a través de conformidades? ¿Se verificó en cada caso la capacidad concreta para prestar su conformidad de forma libre y con conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto? ¿Se condenó a una pena a quien era merecedor, a lo sumo, de una medida de seguridad? ¿El letrado de la defensa asesoró correctamente a su cliente y logró establecer un auténtico canal de comunicación fiable y seguro adecuado a su condición? Sin duda, hay diseños procedimentales que elevan el riesgo de que, de forma indeseada, sean condenadas personas con DI que, siendo inocentes, fueron arrastradas o manipuladas para prestar su conformidad, o que, siendo las responsables del hecho típico y antijurídico, debieran haber sido consideradas inimputables o semiimputables, y que, no obstante, terminaron por conformarse con una pena. Pensamos evidentemente en las conformidades celebradas ante el Juzgado de guardia en el transcurso de unas diligencias urgentes: el peligro de que pase desapercibida la DI es mayor debido al carácter «expeditivo» que presenta este procedimiento y al escaso conocimiento del letrado de su cliente. Sin perjuicio de lo anterior, lo que queda en entredicho aquí es el instituto de la conformidad en sí mismo: es un factor de riesgo importante para que sujetos especialmente vulnerables reciban una respuesta inadecuada o manifiestamente injusta por parte de los poderes públicos en el ejercicio de su *ius puniendi*. Ahora bien, este trabajo no pretende ser una crítica destructiva, sino que propondrá una interpretación de la legalidad vigente que permita abordar la conformidad desde un paradigma lo más garantista posible. Creemos que existe la posibilidad, limitada sin duda, de alejar la conformidad de una forma fría y burocratizada de poner fin al proceso penal y buscar formas de aminorar el riesgo de que sujetos con DI presten su conformidad bajo coerción, influencias indebidas o sin conocimiento del objeto y las consecuencias jurídicas de sus actos. Esto pasa inevitablemente por el control judicial de la prestación de la conformidad.

En este sentido, este estudio abordará las siguientes cuestiones:

⁵ Para una revisión crítica de estas prácticas, véase, AGUILERA MORALES, «La deriva del “principio” del consenso», *Revista ítalo-española de Derecho Procesal*, (2), 2019, pp. 37 ss.

⁶ DEFENSOR DEL PUEBLO, *La persona con discapacidad intelectual en prisión. Estudio. Separata del volumen II del Informe anual 2019*, 2019, p. 15.

⁷ OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD, *La situación de la población reclusa con discapacidad en España*, 2018, p. 31.

⁸ OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD, *La situación de la población reclusa con discapacidad en España*, 2018, p. 33.

— ¿Pueden prestar su conformidad con la pretensión punitiva de las acusaciones las personas con DI? Para resolver este interrogante, habrá que partir del estudio del cambio de paradigma operado por la Ley 8/2021, así como deconstruir el falso lugar común de que las personas con DI son inimputables de forma sistemática.

— Demostrado el hecho de que las personas con DI no pueden ser privadas de su facultad de conformarse, habrá que adentrarse en el estudio de sus especialidades. Nos limitaremos a las conformidades legalmente previstas -dejando de lado las llamadas conformidades encubiertas- y nos centraremos única y exclusivamente en el requisito de que la conformidad se preste con una libertad reforzada y con un conocimiento informado de las consecuencias jurídicas del acto. De este análisis se extraerán conclusiones y propuestas interpretativas que no se restringen a las personas con DI, sino también a la conformidad de cualquier acusado.

— Por último, se analizará el tratamiento procesal de las conformidades prestadas sin un consentimiento libre e informado, poniendo de manifiesto las lagunas y antinomias legales al respecto, producto de una regulación que contempla de forma insuficiente la posibilidad de que las conformidades puedan ser prestadas sin reunir los requisitos necesarios para ello.

2. La capacidad del acusado con DI para conformarse

2.1. Los términos del problema

¿Puede un acusado con DI conformarse con la pretensión punitiva más grave de las formuladas por las acusaciones que ejerzan la acción penal? La respuesta a esta pregunta es compleja puesto que no acepta una solución unívoca, del mismo modo que el concepto de DI no reúne una realidad fáctica homogénea o unidimensional. Si bien la condición de discapacitado no puede ser el fundamento para privar de una facultad que otorga el ordenamiento jurídico-procesal al acusado adulto de la población general, puesto que sería una privación discriminatoria, lo cierto es que, en función del grado de afectación de las capacidades intelectivas, volitivas y comunicativas del sujeto con discapacidad, éste podría no reunir las circunstancias necesarias para poder prestar válidamente su conformidad en el caso concreto. Para que el acto procesal de la conformidad pueda surtir válidamente efectos jurídicos, la voluntad de quien la presta debe revestir una serie de condiciones, a saber, que se preste de forma libre y con conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto. Ahora bien, el acusado con DI debe tener la consideración de un acusado especialmente vulnerable⁹, en tanto en cuanto su discapacidad establece barreras y merma sus

⁹ Frente a las últimas reformas legislativas del proceso penal como la Ley Orgánica 8/2021, centrada en la protección de las víctimas especialmente vulnerables, creemos pertinente recuperar el concepto de «investigado especialmente vulnerable» formulado por la Comisión Europea en su plan de medidas E para la armonización del proceso penal en Europa. Todo investigado es vulnerable frente al *ius puniendi* estatal y, por ello, se prevén una serie de garantías a fin de limitar los posibles espacios de agresión del Estado contra él. No obstante, hay una serie de sujetos a los que se les añade otros factores de vulnerabilidad debido a circunstancias que afectan a sus capacidades intelectivas, comunicativas y volitivas: las personas con discapacidad intelectual o mental, las personas con enfermedades o trastornos mentales y los drogodependientes. No es infrecuente que estas vulnerabilidades se superpongan unas con otras dificultando la identificación de sus especificidades. Como sujetos acreedores de dignidad, pero expuestos a padecer más intromisiones ilegítimas e incapaces de hacerlas frente por sí mismos, deben ser tenidos en cuenta en nuestro diseño del proceso penal, a fin de que éste no pase por sus vidas como una máquina apisonadora frente a la que se sientan impotentes e indefensos. Este es el planteamiento efectuado por la Comisión Europea (sin incluir a los drogodependientes) en su *Recomendación de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales (2013/C 378/02)*. En esta recomendación se insiste en que la vulnerabilidad debe ser reconocida por las autoridades de forma célere, que las personas vulnerables pueden ser objeto de discriminación, que se debe

capacidades concretas para tomar decisiones con plena autonomía. Su vulnerabilidad radica justamente en el hecho de que no dispone por sí mismo de los medios para vencer esas barreras y que tendrá, por tanto, que requerir del apoyo de terceros para realizarlo. Pero, a su vez, puede ser vulnerable ante esos terceros en la medida en que sus mecanismos conscientes de autoprotección frente a su influencia suelen ser más débiles. En suma, si normativamente la discapacidad intelectual no puede erigirse en un muro que prevenga que quienes la padezcan puedan conformarse a la pretensión punitiva, ¿pueden ser las manifestaciones concretas de la discapacidad un obstáculo para ello?

Antes de continuar en el análisis de la cuestión, debemos exponer y argumentar las dos premisas desde las que se parte:

— Existe una confusión conceptual entre DI e inimputabilidad que no encuentra acomodo en la heterogeneidad de manifestaciones del fenómeno de la discapacidad. Esta confusión puede llevar a concluir precipitadamente que las personas con DI no pueden conformarse. No todo discapacitado es inimputable¹⁰.

— El giro copernicano operado en el régimen y tratamiento jurídico de la discapacidad en nuestro país por la Ley 8/2021 obliga a repensar el impacto de la desaparición de la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar (y su subsiguiente reflejo en la esfera procesal con la introducción del artículo 7 bis LEC) en instituciones jurídicas como la que nos ocupa. En efecto, las personas con DI son sujetos *sui iuris* a los que no se les puede privar de su autonomía de la voluntad ni de la posibilidad de responsabilizarse de los actos y negocios jurídicos que celebren, sin perjuicio de que, en ocasiones, puedan tener que recurrir al uso de apoyos o, incluso, en situaciones de mayor gravedad, ser representados sustitutivamente por su curador. El cambio de paradigma supone tener que atender siempre a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con DI en la esfera de las manifestaciones de su voluntad, así como tener que habilitarle y promocionarle en el proceso, es decir, proveer las condiciones materiales para el ejercicio de su libertad a través de las adaptaciones y ajustes de procedimiento necesarios para garantizar su participación en el proceso y su acceso a la justicia en condiciones de igualdad¹¹.

prever una presunción de vulnerabilidad y que éstas deben de ser informadas adecuadamente de sus derechos procesales, entre otros aspectos.

¹⁰ DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado. Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual reclusas y ex-reclusas en España*, 2020, p. 76.

¹¹ El paradigma inaugurado por la Ley 8/2021 en la esfera procesal puede ser calificado como un paradigma «tuitivo-promocional» frente al paradigma tradicional «tuitivo-proteccionista». No se trata de sobreproteger al vulnerable, sino de dotarle de las herramientas adecuadas para vencer esos factores de debilidad que comparativamente le situaban en una peor posición respecto del resto de justiciables. Al respecto véase MUYO BUSSAC, «Sobre el impacto del artículo 7 bis LEC en la práctica de la prueba testifical de las personas con discapacidad intelectual en el proceso penal», en MORENO FLÓREZ (dir.) *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, 2022, pp. 71 ss. Una de esas herramientas en el proceso (y la privilegiada) es la figura del facilitador. De esta figura se ha realizado un estudio de sus funciones y su naturaleza y régimen jurídicos en MUYO BUSSAC, «El rol del facilitador en los procesos civiles en los que intervengan personas con discapacidad intelectual», en HERRERO PEREZAGUA/LÓPEZ SÁNCHEZ (dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, 2022, pp. 365 ss. A pesar de la aplicación supletoria en el proceso penal del artículo 7 bis de la LEC introducido por esta ley, queda la tarea pendiente del legislador procesal penal de positivizar en la LECrim este mismo cambio de paradigma. Esto es lo que se propone el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020 que busca garantizar los derechos de defensa en condiciones de igualdad con el adulto de la población general, el derecho de autonomía decisoria y el derecho a la participación eficaz del encausado con DI. Al respecto véase, ALCOCEBA GIL, «Consideraciones generales sobre el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal» en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, pp. 40 ss.; FLORES PRADA, «Discapacidad procesal del encausado por razón de trastorno mental en el ALECRIM de 2020. Especial referencia al problema del

a. ¿Son las personas con DI inimputables?

Padecer una DI no supone ser inimputable al amparo del artículo 20.1º CP, ni tan siquiera que sea de aplicación una eximente incompleta de la responsabilidad criminal conforme al artículo 21.1ª CP o una circunstancia atenuante por analogía (21.7º CP). El sujeto con DI puede ser «culpable» en el sentido de poseer el desarrollo suficiente de sus facultades psíquicas para conocer «el carácter prohibido de lo que ha hecho, le sea exigible un comportamiento distinto y, por tanto, pueda motivarse por las normas jurídicas»¹².

¿Qué entendemos por DI a los efectos de este estudio? Sin perjuicio de las definiciones que se ofrecerán a continuación (de origen normativo y científico), entendemos por DI aquella condición de naturaleza permanente que, independientemente de la naturaleza de su origen (biomédico, social, educativo, etc.) y del momento en el que se origine (en el nacimiento o un momento posterior), merma las capacidades intelectivas, cognoscitivas, comunicativas y volitivas del sujeto hasta el punto de erigirse en barrera, más o menos intensa, para desenvolverse de forma adaptada o normal en el conjunto de las relaciones que entable y para el ejercicio pleno de su capacidad jurídica. Es decir, bajo el concepto de DI propuesto aquí tienen cabida situaciones heterogéneas como, por ejemplo, personas con síndrome de Down, personas con demencia senil avanzada o sujetos que padecen secuelas más o menos irreversibles derivadas de un ictus.

Los instrumentos jurídicos que definen normativamente el concepto de DI en nuestro ordenamiento vigente lo han hecho siguiendo el artículo 1 de la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 (en adelante CDPD), según el cual las personas con discapacidad son «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»¹³.

Desde el campo de las ciencias empíricas, y desde una perspectiva multidisciplinar, se ha acogido la siguiente definición de la DI: «una discapacidad caracterizada por limitaciones significativas en el funcionamiento intelectual y en la conducta adaptativa que se manifiesta en habilidades adaptativas, sociales y prácticas»¹⁴. De este modo sería

«una condición de la persona, que se caracteriza por ser multidimensional (intervienen aspectos fisiológicos, psicológicos, médicos, educativos y sociales), multicausal (la DI se puede deber a patologías genéticas, a daños neurológicos, a factores ambientales, educacionales o sociales), y por

enjuiciamiento» en EL MISMO (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, pp. 211 ss.

¹² MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte general*, 10ª ed., 2019, p. 41.

¹³ Esta misma definición ha sido acogida por nuestro RDL 1/2013 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social en su artículo 2 y por el Código Penal en su artículo 25 que, a su vez, añade el concepto de persona con discapacidad necesitada de especial protección, definida como aquella «que requiera de asistencia o apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y para la toma de decisiones respecto de su persona, de sus derechos o intereses a causa de sus deficiencias intelectuales o mentales de carácter permanente».

¹⁴ MANZANERO PUEBLA/RECIO ZAPATA/ALEMANY CARRASCO/CENDRA, *Atención a Víctimas como Discapacidad Intelectual*, 2013, p. 12.

su enorme heterogeneidad (las diferencias entre las personas con DI son aún mayores, si cabe, que las diferencias entre las personas de la población general)»¹⁵.

Si bien siguen empleándose valoraciones basadas en parámetros cuantitativos como el coeficiente intelectual, esta aproximación al fenómeno de la discapacidad intelectual ha ido perdiendo fuerza. Hasta el año 1992, la discapacidad intelectual era abordada desde una perspectiva exclusivamente centrada en el individuo, dando origen a los modelos teóricos de la «subnormalidad» o «el retraso mental», bajo esquemas puramente biomédicos. En cambio, actualmente el concepto de discapacidad intelectual engloba cinco dimensiones: (i) las capacidades intelectuales del sujeto, (ii) la conducta adaptativa, es decir, el conjunto de competencias y habilidades para funcionar en la cotidianidad de sus vidas, (iii) la participación en sociedad, (iv) la salud y (v) el contexto, sociofamiliar y socioeconómico¹⁶.

En el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía pueden encontrarse los criterios establecidos para el reconocimiento de los grados de discapacidad en el que vendrían a converger una aproximación normativa y otra científica de este fenómeno¹⁷. Sin embargo, la identificación de la discapacidad en el proceso penal es independiente de su reconocimiento y calificación en sede administrativa. El órgano jurisdiccional no se encuentra constreñido por el grado de discapacidad reconocido (ni tan siquiera de si es, o no, reconocido administrativamente), sin perjuicio de que éste pueda servir como un poderoso indicio acerca del nivel de afectación en la esfera de la autonomía y la comprensión del entorno del sujeto con DI.

Hechas estas aclaraciones, ¿qué es un inimputable de acuerdo con el artículo 20.1º del Código Penal? En aras a exponer el concepto más operativo en la práctica, se acudirá al propuesto por la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª de nuestro Tribunal Supremo, obviando las discusiones dogmáticas al respecto¹⁸.

— La existencia de una enfermedad mental o una DI es una condición necesaria pero no suficiente para apreciar la inimputabilidad. Es decir, no existe una relación genérica entre la anulación o afectación grave de la capacidad para comprender la ilicitud del hecho o ser motivado por la norma y la discapacidad, sino que deberá demostrarse el nexo de causalidad entre la

¹⁵ ALEMANY CARRASCO/QUINTA TOUZA/RECIO ZAPATA/SILVA NOZAL/MANZANERO PUEBLA/MARTORELL CAFRANGA/GÓNZALEZ ÁLVAREZ, *Guía de intervención policial con personas con discapacidad intelectual*, 2012, p. 19.

¹⁶ MANZANERO PUEBLA/RECIO ZAPATA/ALEMANY CARRASCO/CENDRA, *Atención a Víctimas como Discapacidad Intelectual*, 2013, pp. 12-16.

¹⁷ Son especialmente importantes para el objeto de nuestro estudio los capítulos 14 (Lenguaje), 15 (Retraso mental), 16 (enfermedad mental) del Anexo 1 A (BOE-A-2000-1546).

¹⁸ Para un recopilación exhaustiva y crítica de las distintas concepciones dogmáticas de las categorías de culpabilidad, imputabilidad y semiimputabilidad, véase URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 156 ss.; MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, 2005, p. 365. El primero de ellos define la imputabilidad como «la capacidad de comprender la ilicitud del hecho y de actuar conforme a dicha comprensión» (*Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, p. 156), mientras que la segunda como la «exigibilidad de conducta adecuada a derecho por no encontrarse alterada de manera relevante la estructura de los procesos psíquicos -cognitivos y afectivos- de la decisión de voluntad que dio lugar a la realización del delito» (*La imputabilidad penal*, 2005, p. 365). No es este el lugar para entrar en la importante discusión doctrinal en torno a la relación entre libre albedrío y culpabilidad. Si el imputable es aquel que llevó a cabo la conducta típica y antijurídica cuando podía haberla evitado, o si el imputable es aquel que es capaz de ser motivado por la norma, es algo que a los efectos de este estudio puede dejarse de lado. Se puede leer una interesante exposición de esta discusión en LUZÓN PEÑA, «Culpabilidad y libertad», *Revista jurídica de la Universidad de León*, (6), 2019, pp. 1 ss.; LUZÓN PEÑA, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret*, (3), 2012, pp. 1 ss.

comisión del hecho típico y antijurídico concreto y la condición personal del sujeto caso por caso¹⁹. En este sentido, «es necesario que al desorden psíquico se sume un determinado efecto, consistente en la privación de las capacidades de comprender el alcance ilícito de los actos y de determinarse consecuentemente, o su privación relevante»²⁰. Existe, por tanto, una doble exigencia proveniente de lo que se ha calificado como un sistema mixto: la apreciación de una causa biopatológica (psicosis, enfermedad mental, DI u otras formas de trastorno) y un efecto psicológico proyectado en su comportamiento²¹. Este efecto psicológico debe proyectarse en una dimensión intelectual de comprensión de la antijuridicidad y en una dimensión volitiva de capacidad para determinar su comportamiento conforme a esa comprensión²². Por lo tanto, en el juicio de inimputabilidad existe, por una parte, un juicio fáctico de acreditación del sustrato biomédico de la DI, la enfermedad o trastorno mental, que deberá ser acreditado mediante prueba pericial psiquiátrica, y un juicio valorativo de inimputabilidad que sólo puede efectuar el órgano jurisdiccional, con base en una serie de máximas de la experiencia provistas por la psicología y la psiquiatría²³.

— Así pues, la jurisprudencia ha «positivizado» una serie de máximas de la experiencia en los casos de oligofrenia que, aunque no sea vinculante ni pueda aplicarse de forma automática, pues el nexo de causalidad narrado anteriormente debe verificarse caso a caso, prevé lo siguiente:

a.- En casos de oligofrenia profunda (CI inferior al 25% de normalidad), se apreciará la eximente completa.

b.- En el caso de una oligofrenia media (CI entre 25% y 50%), se apreciará una eximente incompleta.

c.- Si la oligofrenia es calificada como ligera (CI entre 50% y 70%), podrá aplicarse una atenuante por analogía²⁴.

Ahora bien, habrá de estarse al tipo delictivo concreto y las exigencias cognitivas que requiera para comprender su ilicitud. Resulta más fácil comprender la antijuridicidad de un asesinato, un robo con violencia o una agresión sexual que la de una prevaricación administrativa o de un delito de favorecimiento de la inmigración ilegal. A este respecto, es pertinente citar la siguiente consideración de nuestro Tribunal Supremo:

«Ahora bien aun cuando todas las oligofrenias tienen el carácter de permanentes y como hemos expuesto no todos los supuestos incluidos en el término sociológico tienen la misma intensidad y

¹⁹ STS 351/2021, Penal, de 28 de abril (ECLI:ES:TS:2021:1732).

²⁰ STS 478/2019, Penal, de 14 de octubre (ECLI: ES:TS:2019:3397).

²¹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dir.), *Código penal con jurisprudencia sistematizada*, 7ª ed., 2021, p. 112.

²² LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dir.), *Código penal con jurisprudencia sistematizada*, 7ª ed., 2021, p. 113. Véase la STS 587/2008, Penal, de 25 de septiembre (ECLI: ES:TS:2008:5462). Para un análisis técnico-jurídico dogmático de la categoría de anomalía o alteración mental, véase URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, pp. 207 ss.

²³ GASCÓN INCHAUSTI, *La valoración de la prueba pericial sobre la imputabilidad*, 2008, p. 11.

²⁴ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dir.), *Código penal con jurisprudencia sistematizada*, 7ª ed., 2021, p. 120. No podemos dejar de poner de manifiesto que esta doctrina jurisprudencial sigue partiendo de una conceptualización de la discapacidad intelectual que está en proceso de verse superada por las nuevas concepciones dominantes. La psicometría, el coeficiente intelectual y la «edad mental» resultan útiles en la práctica puesto que arrojan cantidades objetivas fácilmente graduables. No obstante, ese esquema está siendo abandonado y la jurisdicción deberá reformular en los años venideros su mirada al respecto.

consiguientemente la misma trascendencia penal para la que ha de tomarse en cuenta, genéricamente considerado, el grado o profundidad del déficit intelectual, -conviene no olvidar que el juicio de culpabilidad debe ser individual- las circunstancias del caso, ya que no es lo mismo la actuación del sujeto en una situación compleja y frente a un hecho cuya definición delictiva requiere conocimientos o valoraciones que requieren una reflexión y esfuerzo intelectual inexigible a quien tiene mermada su inteligencia, de la que de quien conculca preceptos elementales, pertenecientes al inconsciente colectivo o impuestos por la experiencia y el saber cotidiano y cuya fundamentalidad para la convivencia social hace que se imbuyan con el mero hecho de vivir en colectividad, incluso en forma subliminal o inconsciente, como son las normas del respeto a la vida humana o a la propiedad ajena o libertad e indemnidad sexuales»²⁵.

Es relevante precisar que los delitos contra el patrimonio constituyen un gran y muy importante porcentaje de los delitos cometidos por las personas con DI²⁶, por lo que su perfil criminal parece concentrarse en aquellas esferas en las que sí tienen mayor facilidad de verse motivados por la norma penal y, por tanto, no pueden ser considerados inimputables. Ahora, el hecho de que no sean inimputables no significa que no se les pueda aplicar una eximente incompleta o una atenuante analógica, siempre y cuando queden demostrados los hechos que fundamentan esas circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

En todo caso, no se debe confundir DI e inimputabilidad: este último concepto es más restrictivo (sin perjuicio de que acoja otras realidades distintas a la DI) y exige que quede probada la influencia directa de la condición discapacitante en la comisión del hecho concreto. Tampoco podemos dejar de señalar un dato que habrá de guardarse en mente: existe un grave problema de infraidentificación en el transcurso del proceso penal de situaciones de DI. En efecto, desde «Plena Inclusión», federación de asociaciones de apoyo y visibilización de la DI, se ha realizado un estudio sobre la población penitenciaria que padece una DI, analizando una muestra de 367 presos o expresos. En él se han estudiado los 743 procesos penales abiertos contra estas personas y se ha detectado que sólo en el 31.5% de los casos se había identificado y tenido en cuenta que el encausado padecía de una DI²⁷. Esta infraidentificación puede haber desembocado, en palabras del informe, en una vulneración de «los derechos de la persona debido a la falta de comprensión y/o comunicación o de la imposibilidad de ejercer adecuadamente el derecho de defensa» lo que se traduce en que resultaría «incongruentemente alto el porcentaje de casos en los que se considera que la discapacidad intelectual no ha influido en la comprensión de la ilicitud del hecho o la capacidad de actuación de acuerdo a este conocimiento»²⁸.

²⁵ STS 582/2010, Penal, de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3333). A este respecto, merece la pena citar las consideraciones efectuadas por URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, 2004, p. 338, hace ya casi dos décadas: «Lo habitual será que el sujeto que adolece de un retraso mental leve, moderado o incluso grave (no así en los casos profundos) sea capaz de captar –a poco que haya sido socializado e instruido– el valor de la mayor parte de los bienes jurídicamente protegidos y lo ilícito de toda actuación dirigida a privar a un tercero de los mismos, pero resulte totalmente inhábil para determinar lo improcedente de la comisión de un delito contra el honor, por poner un ejemplo (...). Esta labor de conexión del hecho con el tipo de retraso mental padecido queda en manos del juez, a quien corresponde la adecuada ponderación de la totalidad de los factores concurrentes».

²⁶ DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado*, 2020, p. 68. La cifra alcanza el 51,3% de los supuestos analizados en el estudio.

²⁷ DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado*, 2020, p. 65.

²⁸ DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado*, 2020, p. 65. Sólo podemos valorar positivamente los artículos 70, 71 y 72 del Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020, que establecen obligaciones claras a la policía, al Ministerio Fiscal y a los órganos judiciales desde el momento en que nazca la sospecha de que el encausado padece una discapacidad, destinadas a garantizar su comprensión del proceso y determinar el alcance de su discapacidad, para adoptar, posteriormente, las medidas de apoyo y las adaptaciones procesales pertinentes, incluyendo la posibilidad de «excluir la celebración del juicio en ausencia, la conformidad o la utilización del procedimiento de enjuiciamiento rápido o inmediato».

Por tanto, si bien es cierto que no toda persona con una DI es inimputable, también lo es que la no identificación de esas circunstancias personales por parte de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, los órganos jurisdiccionales y los restantes operadores jurídicos es un riesgo muy grave que puede desembocar en el ingreso en prisión de sujetos que no deberían padecer una pena de esta naturaleza. La estancia en un centro penitenciario puede ser un factor de agravamiento de la vulnerabilidad social de quien la sufre. No es por tanto baladí que el artículo 13.2 de la CDPD imponga a los Estados la obligación positiva de promover «la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario» como garantía ineludible del derecho de acceso efectivo a la justicia de las personas con discapacidad. Sin perjuicio de lo anterior, las exigencias de la CDPD no pueden extenderse a una apreciación de oficio de una causa de inimputabilidad. La inimputabilidad es presumida por nuestro ordenamiento jurídico-penal, de forma que las causas de inimputabilidad deben valorarse como un hecho impeditivo, recayendo sobre la defensa la carga de alegarla y probarla²⁹. Ahora bien, si el órgano instructor apreciase indicios de una discapacidad intelectual, deberá ordenar su examen por el médico forense conforme a lo previsto en el artículo 381 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

b. La plena capacidad jurídica y procesal de las personas con DI

La Ley 8/2021 ha consolidado un importante cambio de paradigma en el régimen jurídico y en el tratamiento de la discapacidad en nuestro país. La eliminación de la clásica distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar ha supuesto la redefinición completa de las posibilidades materiales de responsabilizarse de las personas con discapacidad. Abandonando una perspectiva tuitivo-proteccionista, esta ley reconoce, en opinión de LECIÑENA IBARRA, que:

«todas las personas con discapacidad pueden tomar las decisiones que les incumben a su persona o a sus bienes con pleno respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Y ello con independencia de que en el proceso de formación de su voluntad puedan conducirse solas o por el contrario precisen de la asistencia de una persona que les preste el apoyo para culminar dicho proceso»³⁰.

De esta forma, la primera consecuencia de esta redefinición de la capacidad jurídica pasa por la necesidad de un examen concreto y caso por caso de la capacidad de la persona con discapacidad para producir efectos jurídicos en los actos y negocios jurídicos que sean manifestaciones de la autonomía de su voluntad³¹. Al ser acreedores de la misma capacidad jurídica que el resto de los sujetos, la persona con DI no puede ser privada *a priori* y en términos genéricos de los derechos y facultades que el ordenamiento jurídico le otorga. En caso contrario, se estaría ante una situación discriminatoria por razón de la discapacidad incompatible con los mandatos impuestos a los Estados-Parte por la CDPD. De esta forma, el concepto de capacidad jurídica debe interpretarse como el reconocimiento del sujeto con discapacidad como «actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin»³². Es decir, la capacidad jurídica ya no es la mera titularidad de derechos y obligaciones, sino también la posibilidad de ejercerlos. Por ello, habrá que atender a las condiciones de validez previstas en la

²⁹ GASCÓN INCHAUSTI, *La valoración de la prueba pericial sobre la inimputabilidad*, 2008, p. 23.

³⁰ LECIÑENA IBARRA, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 262.

³¹ ÁLVAREZ LATA/SEOANE, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho privado y Constitución*, (24), 2010, p. 34.

³² CRPD, *Observación general núm. 1 (2014) – Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, 2014, §12.

norma para cada acto o negocio jurídico y examinar si, en el caso concreto, quien pretenda llevarlo a cabo cumple con esas condiciones. Sólo en ese caso estaría justificado no anudar la consecuencia jurídica prevista al acto o negocio realizado por la persona con discapacidad. En palabras del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD):

«Los Estados pueden limitar la capacidad jurídica de una persona en determinadas circunstancias, como la quiebra o la condena penal. Sin embargo, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley y a no sufrir discriminación exige que cuando el Estado niegue la capacidad jurídica, lo haga aplicando los mismos motivos a todas las personas. La negación de la capacidad jurídica no debe basarse en un rasgo personal como el género, la raza o la discapacidad, ni tener el propósito o el efecto de tratar a esas personas de manera diferente»³³.

«Por una parte, significa que no se otorgará a las personas con discapacidad ni más ni menos derechos o prestaciones que a la población general»³⁴.

No obstante, reconociendo la vulnerabilidad propia de las personas con discapacidad, en ocasiones será necesaria la provisión de apoyos y llevar a cabo ajustes razonables o, en el ámbito procesal, adaptaciones y ajustes del procedimiento³⁵ que generen las condiciones materiales para garantizar la validez del acto o negocio jurídico.

Por una parte, los apoyos son un conjunto heterogéneo de «arreglos oficiales y oficiosos»³⁶, de distinta intensidad, destinados a garantizar que la voluntad, los deseos y las preferencias de la persona que precisa de ellos puedan producir los efectos jurídicos deseados. Los apoyos responden a las siguientes necesidades de las personas con discapacidad en el ejercicio de la autonomía de su voluntad³⁷:

— Cuando el sujeto con DI presente dificultades expresivas o comunicativas, que dificulten la comprensión de su voluntad de celebrar un acto o negocio jurídico, el apoyo puede servir de mediación entre los sujetos intervinientes proveyendo el soporte técnico necesario para facilitar la comunicación. En la esfera procesal, el derecho a entender y ser entendido reconocido en el artículo 7 bis de la LEC pretende ser garantizado con la introducción del facilitador como tercero neutral destinado a diseñar las adaptaciones y ajustes procesales necesarios para establecer un canal comunicativo seguro y fiable entre el interviniente con discapacidad intelectual y el órgano jurisdiccional y demás operadores jurídicos.

— Cuando el sujeto con DI presenta dificultades en la construcción de un curso autodeliberativo más o menos racional dirigido a conformar el contenido de su voluntad, el apoyo se erige en acompañante y asesor de la persona con DI para asistirle a la hora de dirimir cuáles son su voluntad, sus deseos y sus preferencias, y poder tomar decisiones de las que responsabilizarse plenamente, al haber sido tomadas con libertad y conocimiento. Por ejemplo, este es el rol, entre

³³ CRPD, *Observación general núm. 1*, 2014, §32.

³⁴ CRPD, *Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación*, 2018, §18.

³⁵ Es fundamental entender que, mientras que la obligación de proveer ajustes razonables en la esfera material del ejercicio de derechos y obligaciones para evitar situaciones discriminatorias encuentra como límite la carga desproporcionada o indebida para la parte que deba atenderla, las adaptaciones o ajustes del procedimiento no se encuentran limitados por ese principio. Véase, CRPD, *Observación general núm. 6*, 2018, §25.

³⁶ CRPD, *Observación general núm. 1*, 2014, §17.

³⁷ En este punto, hacemos una reelaboración de la tipología de apoyos efectuada por LECIÑENA IBARRA, *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 263.

otros, que debe cumplir hoy en día el notario. De igual modo, y en lo que respecta a este estudio, el principal apoyo de una persona con discapacidad en la decisión de conformarse está llamado a ser su defensa letrada.

— Si la persona con DI es incapaz de formar una voluntad de forma libre y con conocimiento debido a la intensidad de la afectación de su capacidades intelectivas, volitivas o comunicativas, el apoyo podrá erigirse, como *ultima ratio*, en representante de la persona con discapacidad y expresar y comunicar la voluntad de su representado o ejecutarla. La representación no podrá prescindir en ningún caso de una reconstrucción de la voluntad y las preferencias de la persona con DI, criterios que sirven de brújula ineludible para quien asume ese apoyo representativo. Es decir, no podrá actuar guiado por su idea personal de lo que crea que responde a un interés superior objetivo de la persona con DI⁵⁸.

Por otra parte, las adaptaciones y ajustes de procedimiento previstos en el artículo 7 bis LEC -de aplicación supletoria al proceso penal- constituyen modificaciones *ad hoc* del tiempo, lugar o forma en los que se practica un acto procesal. La finalidad de la adaptación es lograr que el acto siga siguiendo instrumentalmente eficaz respecto del fin perseguido cuando intervenga en él un sujeto con discapacidad y que éste pueda desempeñar efectivamente las funciones que se le exige en el mismo, entendiendo y siendo entendido. Los ajustes de procedimiento forman parte del derecho de acceso a la justicia de las personas con discapacidad (artículo 13 CDPD) y no se encuentran limitados por un criterio de desproporcionalidad, debiendo realizarse todos aquellos que sean necesarios para garantizar la participación efectiva de la persona con discapacidad en el proceso, por lo que, al no ser considerado un derecho de aplicación progresiva, de no proveerse se produciría una situación discriminatoria⁵⁹. Estas adaptaciones son potencialmente ilimitadas, pueden adoptarse de oficio y suponen la introducción de un principio de flexibilidad procedimental en el caso de que intervenga un sujeto con discapacidad en el proceso. Mediante estas adaptaciones se garantiza que no se prive de capacidad procesal a las personas con discapacidad, habilitándoles para que puedan participar en condiciones de igualdad.

De esta forma, podemos afirmar que no existe ningún acto jurídico, material o procesal, que una persona con DI no pueda ejercer con plena responsabilidad, sin perjuicio de que pueda requerir de apoyos o de adaptaciones procedimentales (debiéndose matizar esta afirmación en los supuestos de DI muy grave que requiera de una curatela representativa).

2.2. Los acusados con DI no pueden ser privados de la facultad de conformarse en igualdad de condiciones

Si ser un acusado con DI no significa necesariamente ser un sujeto inimputable y su capacidad jurídica y procesal es igual a la de cualquier otro sujeto, a pesar de que pueda precisar de apoyos para el ejercicio pleno de la autonomía de su voluntad o sean necesarios ciertos ajustes del procedimiento para garantizar el acceso a la justicia en condiciones de igualdad, entonces sólo podemos llegar a la conclusión de que las personas con DI pueden prestar su conformidad con la pretensión punitiva de las acusaciones. Como indicábamos, el juicio sobre la capacidad para prestar la conformidad del sujeto con discapacidad es un juicio *hic et nunc* y valorará si el sujeto

⁵⁸ CRPD, *Observación General núm. 1*, 2014, §21.

⁵⁹ ACNUDH, *Right to access justice under article 13 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, 2018. Obtenido de <https://undocs.org/A/HRC/37/25>. §12 y §25; CRPD, *Munir Al Adam c. Arabia Saudita*, §11.5.

reúne los presupuestos y los requisitos para prestar válidamente la conformidad del mismo modo que lo haría con cualquier otro acusado⁴⁰.

Ahora bien, sentada esta regla general, sí que deben señalarse dos supuestos en los que un DI no podrá prestar conformidad de forma genérica y *a priori*: si la persona con discapacidad intelectual es inimputable y cuando la persona con DI pueda ser subsumida bajo la categoría de «demente sobrevenida» previsto en el artículo 383 LECrim. El fundamento de esta privación no reside, a pesar de todo, en la discapacidad del acusado, sino en que el ordenamiento jurídico no prevé la posibilidad de conformarse con la solicitud de una medida de seguridad en el primer caso y, a que, en el segundo, se trata de garantizar los derechos de defensa del sujeto con una discapacidad severa sobrevenida después de la comisión de los hechos por los que se le acusa. Como veremos, la configuración actual de la conformidad presenta importantes disfunciones dejando abiertos intersticios en los que, a pesar de todo, esta clase de encausado podría acabar prestando su conformidad.

a. ¿Pueden conformarse los inimputables?

Huelga recordar que nuestro sistema de reacción frente al delito es dualista, de forma que las consecuencias jurídicas anudadas a la comisión de un hecho típico y antijurídico variarán en función de la apreciación de la concurrencia de determinados requisitos vinculados a otras categorías de la teoría general del delito como la culpabilidad. Nuestro sistema penal se encuentra presidido por los binomios culpabilidad-peligrosidad y pena-medida de seguridad.

En este sentido, ni la LECrim ni la LOTJ han previsto la posibilidad de conformarse con la pretensión de adopción de una medida de seguridad que pueda formular la acusación, sino únicamente con determinadas penas⁴¹. Prueba de ello es que, en el ámbito del procedimiento ordinario, el artículo 655 LECrim sólo prevé la conformidad para penas de carácter correccional (pena de prisión de hasta 3 años de prisión y penas privativas de derecho varias⁴²), en el ámbito del procedimiento abreviado el artículo 787 LECrim sólo permite la conformidad con el escrito que contenga la «pena» de mayor gravedad, si ésta no excede de seis años de prisión y, en su apartado quinto, prevé expresamente que «no vinculan al Juez o Tribunal las conformidades sobre la adopción de medidas protectoras en los casos de limitación de la responsabilidad penal». En el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos, el artículo 801 LECrim se remite al régimen del artículo 787 y, en materia de conformidades ante el Juzgado de guardia, tampoco prevé la conformidad con medidas de seguridad. Por su parte, el artículo 50 LOTJ es más explícito en la imposibilidad de que los inimputables puedan prestar su conformidad con la pretensión punitiva. No sólo no prevé la conformidad con medidas de seguridad, sino

⁴⁰ Esta situación no cambiaría con el régimen previsto en el ALECRIM 2020, a pesar de prever expresamente la prohibición de conformidad en supuestos de incapacidad procesal absoluta o para la adopción de medidas de seguridad. A este respecto, en opinión de HERNÁNDEZ MOURA, «Enfermedad o trastorno mental, capacidad procesal y justicia penal negociada en la regulación actual y en el ALECRIM de 2020», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal*, 2022, p. 349, «de entrar en vigor el ALECRIM 2020, la interpretación conjunta de los arts. 72.3 y 165 ALECRIM 2020 avalaría desde nuestro punto de vista la posibilidad de prestar conformidad en supuestos de capacidad procesal limitada con los ajustes que resulten necesarios, ello supeditado a la valoración pericial de la capacidad procesal que se realice por los especialistas en el seno del incidente para la adopción de medidas, valoración que deviene clave en el estudio de viabilidad para prestar consentimiento».

⁴¹ De aprobarse el actual texto de Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, la situación no se modificaría a este respecto, pues cuando el juicio oral se celebre para adoptar una posible medida de seguridad, el artículo 80.5ª prevé expresamente que no se admitirá la conformidad.

⁴² AGUILERA MORALES, *El “principio de consenso”: la conformidad en el proceso penal español*, 1998, p. 95.

también que, «si el Magistrado-Presidente entendiera que los hechos aceptados por las partes pudieran no ser constitutivos de delito, o que pueda resultar la concurrencia de una causa de exención de preceptiva atenuación, no disolverá el Jurado, y, previa audiencia de las partes, someterá a aquél por escrito el objeto de veredicto». Esto es así ya que la conformidad ante jurado también puede prestarse una vez iniciada la práctica de la prueba.

Si al inimputable no se le puede imponer una pena, sino, a lo sumo, una medida de seguridad, entonces podemos afirmar que éste no tiene la capacidad suficiente para conformarse. Es habitual argumentar que el fundamento de esa incapacidad es la imposibilidad de prestar un consentimiento libre e informado del inimputable⁴³. No obstante, si bien en su manifestación fenomenológica es evidente que, si un sujeto no es capaz de comprender la ilicitud del hecho delictivo, es altamente probable que no pueda prestar su consentimiento libre e informado a un acto de la naturaleza de la conformidad, entendemos que, conforme a las premisas expuestas anteriormente, el fundamento no es la imposibilidad genérica de prestar su conformidad -que deberá ser evaluada caso a caso-, sino únicamente que el ordenamiento jurídico no prevé la posibilidad de conformarse con peticiones de aplicación de medidas de seguridad.

Pero, de la misma forma que el ordenamiento jurídico no prevé garantías frente a posibles conformidades de inocentes (con la excepción de la LOTJ), ¿podría un inimputable conformarse con la solicitud de una pena? ¿Qué sucede con los semiimputables a los que se les puede aplicar tanto una pena como una medida de seguridad conforme al artículo 104 del Código Penal?

En el primer supuesto, se debe precisar que la causa de inimputabilidad debe verificarse en el momento de la comisión del hecho. Es decir, el juicio de inimputabilidad se limita a valorar la capacidad para determinar la conducta conforme a la legalidad penal del acusado en el momento de comisión del hecho delictivo, no necesariamente sobre el resto de los comportamientos y actividades que despliegue en el conjunto de su vida. ¿Es imaginable un supuesto en el que un mismo sujeto pueda cometer, en un momento dado, un hecho típico y antijurídico, pero no culpable, pero que, en otro momento posterior, pueda mostrar una capacidad concreta suficiente para prestar válidamente su consentimiento libre e informado a la hora de conformarse con la pretensión punitiva más grave? Si bien es sumamente improbable, no es imposible ni imaginable. Sin duda, una mínima conciencia y comprensión del derecho penal sustantivo y procesal desde criterios racionalistas, ilustrados y garantistas, lleva al jurista a aborrecer un resultado de esta naturaleza, del mismo modo que detesta la condena de un inocente. No obstante, el ordenamiento no prevé ningún mecanismo ordinario para prevenir ni reparar tal supuesto (con la honrosa excepción del procedimiento del Tribunal de Jurado). Máxime cuando se da la siguiente situación paradójica: partiendo de la premisa de que en virtud del artículo 782.1 LECrim, al menos en el transcurso de unas diligencias previas, la concurrencia de una eximente no es motivo para dictar un auto de sobreseimiento libre⁴⁴, la causa fáctica que sostenga una inimputabilidad deberá ser siempre objeto de prueba en juicio. No obstante, la conformidad se debe prestar antes de la práctica de la prueba. Por lo que, si la acusación interpreta que, de las diligencias practicadas en instrucción, no hay motivos suficientes para solicitar una medida de seguridad, formularán su escrito de conclusiones o de acusación pidiendo la imposición de una pena. En ese caso, al acusado al que podría haberse apreciado una eximente tras la prueba practicada en juicio, tiene la posibilidad de conformarse si se cumplen el resto de los

⁴³ GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal penal. Materiales para el estudio*, 2021, p. 257.

⁴⁴ GASCÓN INCHAUSTI, *La valoración de la prueba pericial sobre la imputabilidad*, 2008, p. 16.

presupuestos y condiciones, sin que llegue nunca a practicarse la prueba que hubiese demostrado la concurrencia de una situación fáctica que legitimase el juicio de inimputabilidad.

¿Qué sucede en el caso de los semiimputables? Suponiendo que en quien concurra una causa de eximente incompleta tuviese la capacidad concreta requerida para conformarse, ¿podría el órgano jurisdiccional imponer una medida de seguridad en los términos de los artículos 104 CP y 99 CP? Por una parte, reiteramos que el ordenamiento jurídico no prevé la posibilidad de conformarse con una medida de seguridad, por lo que no cabría dictar una sentencia de conformidad en la que se impusiese, además de la pena conformada, una medida de seguridad consensuada. Por otra parte, al evitar la celebración del juicio oral, ¿puede realizar el órgano sentenciador el juicio de peligrosidad exigido para la imposición de una medida de seguridad por el artículo 95 CP? En nuestra opinión, no, puesto que esos particulares deben ser sometidos a contradicción y la defensa debe haber tenido la posibilidad de hacer las alegaciones y proponer la práctica de la prueba útil y pertinente al efecto de corroborar sus alegaciones a fin de que el juicio de peligrosidad sea justo. Ello es así porque en la regulación de la conformidad no se prevé, en ningún caso, la posibilidad de conformarse con el juicio de peligrosidad. La jurisprudencia de la Sala Segunda nos recuerda que «una medida de internamiento que no se basa en la peligrosidad demostrada procesalmente, no puede orientarse a la reinserción del sujeto y se convierte en pura segregación contradiciendo el mandato constitucional»⁴⁵ y que «La peligrosidad criminal no puede presumirse por el hecho de estar el sujeto en uno de los supuestos de peligrosidad (...) sino que debe ser establecida en el proceso y puede ser objeto de controversia, sin que la aplicación de la medida debe llevarse a cabo de manera automática»⁴⁶.

En conclusión, el diseño vigente de la conformidad nos puede conducir a una antinomia muy problemática. Si entre los fines del proceso penal se encuentra la tutela del derecho penal sustantivo y si la norma penal sustantiva prevé la posible imposición de medidas de seguridad a los inimputables y semiimputables por considerarlas más adecuadas para los fines resocializadores que persigue, entonces estamos ante una disfunción creada por la norma procesal: se genera una ventana de oportunidad que permite a determinados acusados conformarse con una pena e imposibilita la imposición de una medida de seguridad en sentencia, produciendo el resultado contrario al deseado por el legislador penal sustantivo.

¿Qué tratamiento procesal debe darse a este supuesto? Los medios ordinarios de impugnación de la sentencia de conformidad no están abiertos a un motivo de esta naturaleza, puesto que supone la pretensión de una revisión del juicio de culpabilidad. Cuestión distinta es que se ataque la voluntariedad de la conformidad, tema objeto de análisis en el epígrafe 4 de este estudio. Con lo cual, sólo queda abierta una posibilidad: la revisión de sentencias firmes en caso de que la discapacidad intelectual no fuese puesta de manifiesto en el proceso por causas no imputables al propio encausado (ya sea porque su discapacidad es tan intensa que no le sea exigible esa diligencia, o porque ni tan siquiera tenía conciencia de ello). Creemos que, si la discapacidad intelectual o mental fue puesta de manifiesto en la fase de instrucción y era conocida por el acusado, no puede alegarse la concurrencia del conocimiento sobrevenido de un hecho o prueba.

⁴⁵ STS 603/2009, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2009:3925), citada en COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA/ENCINAR DEL POZO/MARCHENA GÓMEZ/MORENO VERDEJO/TORRES-DULCE LIFANTE, *Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico.*, 2018, p. 493.

⁴⁶ STS 603/2009, Penal, de 11 de junio (ECLI:ES:TS:2009:3925).

En palabras de la STS 335/2016, Penal, de 21 de abril (ECLI:ES:TS:2016:1696), FJ 2⁴⁷:

«La revisión no es propiamente un recurso. Estamos ante un procedimiento autónomo dirigido a rescindir una sentencia condenatoria firme. Por tanto, no resulta directamente aplicable el art. 787.7 LECrim. Desde luego que no es absolutamente neutro el carácter consensuado de la sentencia. Supone que el acusado aceptó los hechos y mostró su anuencia con la pena. Pero las explicaciones ofrecidas por el solicitante en cuanto a su desconocimiento sobre el alcance del ilícito penal y la forma en que ha llegado a tomar conciencia de ello invitan a relativizar la rigidez que pudiera anudarse a ese extremo en otros supuestos. Como ha afirmado la jurisprudencia en pronunciamientos evocados por el recurrente, no pueden olvidarse las razones de prevalencia de justicia material que inspiran este medio de impugnación de una sentencia firme que constituye el recurso de revisión.»

Conforme a la actual redacción del artículo 954.1.d) de la LECrim, no es necesario que los hechos o elementos de prueba alegados en la revisión sean nuevos, sino que el conocimiento de estos sobrevenga posteriormente, es decir, que fuesen ignorados durante el procedimiento. Además, la jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha relativizado el tradicional requisito de que esos hechos o elementos de prueba demostrasen fehacientemente la inocencia o la causa de atenuación de la responsabilidad penal, adoptando una «nueva fórmula más respetuosa con la fuerza irradiante de la presunción de inocencia», bastando con que se introduzcan «dudas significativas sobre la culpabilidad»⁴⁸.

En cambio, si la discapacidad intelectual del acusado fue algo que se puso de manifiesto durante el proceso, la única posibilidad de reparación de esta situación sería la aplicación del artículo 60 CP, por el que el Juez de Vigilancia Penitenciaria, en caso de apreciar una situación duradera de trastorno mental grave que impida al penado conocer el sentido de la pena, acuerde su sustitución por una medida de seguridad.

b. La demencia sobrevenida (artículo 383 LECrim)

La discapacidad es un atributo accidental de la persona que puede manifestarse en cualquier momento de su vida. No es infrecuente, por tanto, que la posible DI que pudiera padecer el encausado nazca o se manifieste con posterioridad a la comisión del hecho. Este sujeto no es inimputable ni su discapacidad puede servir de fundamento para atenuar su responsabilidad. No obstante, no parece razonable que una persona cuyas facultades intelectivas se hayan visto profundamente mermadas se someta a la celebración de un juicio oral mientras permanezca en ese estado. No será capaz de seguir el curso de las sesiones ni de participar activamente en su defensa. Es este el fundamento del artículo 383 de la LECrim, el cual prevé que, «si la demencia sobreviniera después de cometido el delito, concluso que sea el sumario se mandará archivar la causa por el Tribunal competente hasta que el procesado recobre la salud».

Es evidente, por tanto, que aquel que se encuentre en una situación subsumible bajo la categoría de demencia sobrevenida no será susceptible de prestar su conformidad a la acusación. En primer

⁴⁷ La jurisprudencia del Tribunal Supremo a este respecto es clara. Por ejemplo, la STS 521/2022, Penal, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2118) estima la revisión interpuesta contra una sentencia de conformidad por la que se condenaba a un delito contra la seguridad vial por conducción sin permiso, al aportarse un informe del Departamento de Seguridad Vial y Vehículos de motor del Estado de Florida. Supuesto muy similar al de las SSTS 557/2018, Penal, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3815) y 555/2018, Penal, de 15 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:3819).

⁴⁸ STS 518/2022, Penal, de 26 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2277).

lugar, por el momento en el que se debe prestar, que siempre será posterior al momento en el que se prevé el archivo de las actuaciones⁴⁹. En segundo lugar, porque aquel que se encuentre en una situación de demencia, entendida en los términos de este artículo, no estaría nunca en condiciones de prestar libremente y de forma informada ese consentimiento.

¿Qué hay que entender por demencia sobrevenida a los efectos de este precepto? El «demente sobrevenido» es aquel sujeto cuyas capacidades intelectivas, volitivas y comunicativas están afectadas de forma muy grave o absoluta, sin que sea posible subsanar las barreras que esa condición impone mediante la adopción de adaptaciones y ajustes del procedimiento conforme a lo previsto en el artículo 7 bis LEC destinadas a garantizar el derecho a entender y ser entendido del encausado con discapacidad intelectual en aras a garantizar su participación en condiciones de igualdad. En efecto, la STS 844/2017, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4667) recuerda que el fundamento del precepto es «la vigencia del derecho de defensa» y ser capaz, por ejemplo, de tomar conciencia «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». Quien no es capaz de entender el alcance del ejercicio del *ius puniendi* estatal frente a su persona, no disfruta de un proceso con todas las garantías ni, por tanto, de un juicio justo⁵⁰. Ahora bien, el artículo 7 bis LEC obliga a modular qué entendemos por demente a los efectos de este artículo: no será cualquier situación de DI (o trastorno mental) grave, sino sólo aquella que no pueda ser superada de forma que se garantice el derecho a entender y ser entendido a través de los ajustes de procedimiento que pudieran realizarse. Es evidente que, si la ley prevé como consecuencia jurídica el archivo, la conformidad no será posible.

⁴⁹ La interpretación de este precepto no es pacífica debido a su inciso final: éste precisa que habrá de disponerse respecto del encausado «lo que el Código Penal prescribe para los que ejecutan los hechos en estado de demencia». Es decir, parece que la LECrim contiene una norma de Derecho penal sustantivo por la cual se prevé un presupuesto para la imposición de una medida de seguridad. No obstante, conforme al actual artículo 3.1 del Código penal, «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». En este sentido la STS 844/2017, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4667) sintetiza las dos líneas jurisprudenciales sobre la aplicabilidad o no del archivo previsto en este artículo: «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». Nuestra posición es clara: procede el archivo ya que no hay base legal suficiente para la imposición de una medida de seguridad y, menos aún, privativa de libertad. El artículo 383 LECrim no es un precepto con rango de ley orgánica, por lo que debe entenderse derogado o inaplicable el segundo inciso del artículo y no el primero. De esta forma, lo procedente es el archivo provisional hasta que el sujeto recobre la salud, o el archivo definitivo en caso de no hacerlo, puesto que el sujeto en esa situación no está en condiciones de ejercer su derecho de defensa.

⁵⁰ Ahora bien, como advierte agudamente SÁNZ MORÁN, «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, 2018, p. 618, resulta difícil advertir por qué hay que efectuar un tratamiento diferenciado del demente sobrevenido respecto del inimputable, pues los dos pueden ver su capacidad de defensa igualmente afectada. MORENO CATENA, por su parte, entiende que si el sujeto, independientemente del momento de surgimiento de la enfermedad mental o la discapacidad intelectual, tiene su capacidad «afectada al punto de que no pueda comprender el sentido del proceso, las actuaciones no deben proseguir» («Enfermedad mental y capacidad en el proceso penal», en FLORES PRADA [dir.], *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, 2017, p. 78). Para un examen crítico y pormenorizado de este problema, derivado de la necesidad de un juicio contradictorio para la imposición de medidas de seguridad y de la falta de capacidad procesal absoluta de ciertos inimputables, véase FLORES PRADA, «Garantías constitucionales en el enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave», en EL MISMO (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal*, 2017, pp. 363 ss.

No obstante, nos enfrentamos nuevamente al riesgo de la infraidentificación de la discapacidad durante el proceso. ¿Cómo garantizar que el «demente sobrevenido» no se conforme con una pena por no haberse detectado esa situación? El control judicial de la conformidad se erige como la garantía más importante a este respecto.

3. Especialidades de la conformidad de las personas con DI

3.1. Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la conformidad

Si tanto la capacidad jurídica como la capacidad procesal de las personas con DI ya no pueden ser limitadas *a priori* y de forma genérica (por lo que hemos establecido que son sujetos susceptibles de prestar conformidades válidamente), no puede obviarse que son acusados especialmente vulnerables. Esto nos obliga a reflexionar acerca de las posibles especialidades del instituto de la conformidad en estos casos.

La conformidad es un acto procesal personalísimo por parte del acusado mediante el cual éste expresa la voluntad de aceptar la acusación más grave de cuantas se puedan dirigir contra él en el proceso, de forma a avenirse con las consecuencias jurídicas anudadas a la misma (imposición de una o varias penas y, en su caso, condena a la responsabilidad civil *ex delicto*). La conformidad se configura como:

- Una petición⁵¹ del propio acusado al órgano jurisdiccional para que se dicte una sentencia condenatoria, poniendo fin de forma anticipada al proceso, en los términos del escrito de conclusiones provisionales o de acusación y sin celebrar el juicio oral. Esa petición deberá ser estimada por el órgano jurisdiccional en caso de verificarse todos los requisitos y presupuestos previstos por la ley.
- Una renuncia al ejercicio de derechos fundamentales procesales, particularmente, el derecho de defensa y el derecho a la presunción de inocencia, condicionada a que su petición de condena sea atendida.

La conformidad prestada debe realizarse de forma libre y con un conocimiento informado de las consecuencias del acto. Para garantizar este extremo se ha previsto una «doble garantía»: tanto el letrado de la defensa deberá pronunciarse sobre la conformidad prestada por su cliente, como

⁵¹ Si tomamos en consideración los efectos jurídicos pretendidos por la parte que realiza el acto de la conformidad, éste puede calificarse como un acto complejo. Creemos conveniente rescatar la distinción dogmática efectuada por GOLDSCHMIDT, *Derecho, derecho penal y proceso. Tomo I*, 2016, p. 849, entre «actos de obtención» y «actos de causación». En el caso que nos ocupa, la conformidad presenta una naturaleza mixta: es un acto de obtención en la medida en que tiene por finalidad «impetrar una resolución de contenido determinado, mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el juez» y, en particular, una «petición». En efecto, el acusado presta su conformidad con el único fin de obtener una sentencia condenatoria de forma inmediata y anticipada en los términos incluidos en la más grave de las acusaciones. No obstante, ese acto sólo podrá surtir los efectos deseados si el juez considera atendible la petición conforme a los requisitos legalmente previstos para ello. Todo acto de obtención puede verse satisfecho o verse frustrado y, en este sentido, si un sujeto, por ejemplo, se conforma con una pena superior a la prevista por la ley, la pretensión del dictado de una sentencia condenatoria previa a la celebración del juicio oral no podrá ser atendida. A su vez, es un acto de causación en la medida en la que el acusado efectúa una manifestación de voluntad de renunciar al ejercicio de derechos fundamentales procesales. Ahora bien, la producción de efectos jurídicos de esa renuncia esté condicionada a la estimación de la petición de condena. Para un análisis sintético de la teoría de los actos procesales de GOLDSCHMIDT, véase ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)*, 1974, pp. 53 ss.

el órgano jurisdiccional deberá controlar el cumplimiento de los requisitos y presupuestos de validez del acto.

a. La renuncia al ejercicio de derechos fundamentales de los acusados especialmente vulnerables

El acto de la conformidad constituye una manifestación de voluntad de renunciar al ejercicio de derechos fundamentales procesales. Los derechos fundamentales a cuyo ejercicio se renuncia son:

— El derecho a la presunción de inocencia⁵² en tanto en cuanto la sentencia condenatoria no se fundará en la existencia de una mínima actividad probatoria, objetivamente incriminatoria, suficiente, lícita y cuya valoración sea motivada racionalmente y de forma lógica en sentencia. En efecto, quien se conforma pretende la asunción de la consecuencia jurídica punitiva sin que se practique prueba de ninguna clase⁵³. En ningún caso puede considerarse prueba la declaración de voluntad efectuada en la propia conformidad, puesto que ésta no reviste, al menos en nuestro ordenamiento, una de las garantías esenciales que debe revestir cualquier prueba para enervar la presunción de inocencia, la de contradicción⁵⁴. La conformidad no es una declaración de conocimiento que dé un material bruto que será valorado por el Juez o Tribunal.

— El derecho a un juicio público con todas las garantías, en la medida en que, sencillamente, se renuncia a la celebración del juicio oral, momento esencial de nuestro proceso penal, al menos desde 1882.

— El derecho de defensa, esto es, a la «posibilidad de participar en el proceso, alegar y proponer prueba en situación de igualdad procesal en defensa de sus intereses»⁵⁵, consustancial a la renuncia a un juicio público con todas las garantías. Si renuncia a la celebración del juicio oral, renuncia al ejercicio de todas las posibilidades defensivas que ahí se encuentran garantizadas.

— El derecho a la doble instancia en materia penal (art. 2 del Protocolo núm. 7 del CEDH). En efecto, la sentencia condenatoria de conformidad sólo podrá ser impugnada por dos motivos, y ninguno guarda relación con la declaración de culpabilidad, a saber, el dictado de una sentencia que se aparte de los términos de la conformidad y la ausencia de los requisitos esenciales de validez del acto o control judicial al respecto. El apartado segundo del art. 2 Protocolo núm. 7 al CEDH especifica que las excepciones al derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior son las siguientes: sentencias condenatorias

⁵² MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 8ª ed., 2017, p. 397.

⁵³ No podemos más que suscribir las palabras de DE LA OLIVA SANTOS/ARAGONESES MARTÍNEZ/HINOJOSA SEGOVIA/MUERZA ESPARZA/TOMÉ GARCÍA, *Derecho procesal penal*, 6ª ed., 2003, p. 37, sobre el encaje de la conformidad en los principios ideológicos que supuestamente inspiran nuestro proceso penal o que, al menos, deberían inspirarlos: «Como regla, dictar sentencia condenatoria porque el imputado o acusado se aviene a ello, prescindiendo de determinar su real participación y su responsabilidad respecto de una conducta penalmente tipificada, es algo en absoluto conforme a lo que suele admitirse como núcleo ideológico más esencial y básico del Derecho penal. Se trata, por el contrario, de algo que más bien repugna al conjunto de las ideas claves que configuran una respuesta racional a la criminalidad (y parece poco acorde, por lo demás, con la constitucional presunción de inocencia)».

⁵⁴ VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, 1992, p. 130.

⁵⁵ STC (Pleno) 155/2019, de 28 de noviembre (BOE núm. 5, de 6 de enero de 2020). Para un examen pormenorizado del contenido del derecho de defensa, sus garantías y su relación con acusados especialmente vulnerables por razón de una discapacidad o enfermedad mental, véase, GÓMEZ DE LIANO DIEGO, «Exigencias del derecho de defensa de los investigados/acusados con problemas de salud mental en el proceso penal», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal*, 2017, pp. 253 ss.

por infracciones penales de menor gravedad, cuando la condena de primera instancia haya sido dictada por el Tribunal Supremo o cuando la declaración de culpabilidad sea el producto de un recurso contra la absolución del acusado. La restricción del derecho a la doble instancia en el caso de las conformidades no se sitúa en ninguno de estos supuestos.

Dicho lo cual, se ha de examinar si, para resultar válida, la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales debe revestir una serie de condiciones necesarias que habrán de verificarse. En este sentido, SCHUMANN BARRAGÁN explica que estas renunciaciones, que no son más que «autolimitaciones» en el ejercicio de un derecho, y nunca la renuncia del derecho en sí, que es indisponible, deben ser el producto de una autonomía de la voluntad material y su validez dependerá, igualmente, del grado e intensidad de afectación de la dignidad del sujeto que se autolimita⁵⁶. Es decir, el acto o negocio jurídico de renuncia al ejercicio de un derecho fundamental deberá realizarse con una libertad y un conocimiento reforzado: se podrá presumir la concurrencia de una libertad material o reforzada cuando se verifique la existencia de dos o más alternativas razonables y se constate la ausencia de vicios de debilidad⁵⁷. Igualmente, el conocimiento reforzado «podrá presumirse cuando el consentimiento se manifieste de una forma que permita entender que las partes se han representado mentalmente el objeto del negocio y que han comprendido sus consecuencias jurídicas»⁵⁸. La renuncia al derecho fundamental deberá ser, además, proporcional y adecuada al beneficio que se pretende obtener a través de ella⁵⁹.

b. *El conocimiento de las alternativas razonables por el acusado con DI*

La existencia de alternativas razonables en el ámbito de la conformidad ha sido desarrollada con acierto por BACHMAIER WINTER. Más allá de la coerción directa a través de la intimidación o la violencia, que poco comentario o discusión merece, las conformidades pueden devenir coercitivas cuando éstas se enmarquen en sistemas de justicia en el que no existen expectativas razonables de obtener una sentencia absolutoria. Es decir, cuando no existe un proceso con las debidas garantías, cuando las absoluciones son prácticamente inexistentes, porque no se tenga a disposición una defensa letrada adecuada, porque las acusaciones oculten pruebas o indicios de descargo...⁶⁰: «Si la negativa frente a la misma implica alterar los términos del combate judicial -mediante *overcharging*, mediante costes excesivos, etc.-, el individuo se ve compelido a aceptar el acuerdo: la oferta es justa (no coercitiva), la renuncia al proceso no (por ser fruto de la coerción)»⁶¹. No hay duda de que en nuestro país éste no es un problema que desmerezca las conformidades en su núcleo esencial, pero en lo que nos ocupa debemos introducir una nueva dimensión del problema: el conocimiento reforzado debe recaer también sobre la representación de la existencia de esa alternativa razonable. Aquí es donde las conformidades comienzan a devenir problemáticas en el marco de los acusados especialmente vulnerables, notablemente las personas con DI. ¿Cómo asegurar que la persona con discapacidad es consciente de que existe una alternativa a la prestación de la conformidad? ¿Es consciente de lo que significa en toda su extensión un juicio público con todas las garantías? ¿Es consciente, aun de forma mínima, de las

⁵⁶ SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, 2022, pp. 122-123.

⁵⁷ SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, 2022, p. 130.

⁵⁸ SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, 2022, p. 130.

⁵⁹ SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, 2022, p. 139.

⁶⁰ BACHMAIER WINTER, «Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos», *Revista General de Derecho Procesal*, (48), 2018, pp. 26-27.

⁶¹ BACHMAIER WINTER, *Revista General de Derecho Procesal*, (48), 2018, p. 27.

implicaciones del derecho a la presunción de inocencia en su vertiente como regla de juicio? ¿Es consciente de los riesgos y beneficios de celebrar el juicio? En caso de no serlo, la alternativa razonable existe en su dimensión objetiva, pero no en su dimensión subjetiva, por lo que la voluntariedad de la decisión de conformarse parece, cuanto menos, resquebrajarse.

Proponemos, sin pretensión de exhaustividad ni de cerrar el debate, los siguientes indicios para valorar la falta de conocimiento de las alternativas razonables:

- El acusado no es capaz de distinguir entre la fase de instrucción y la fase de juicio oral. Es decir, el acusado piensa que la actividad probatoria inculpativa ya ha sido llevada a cabo o no es capaz de entender y explicar la finalidad del juicio oral.
- El acusado cree que se exige de él una asunción de la culpabilidad por el mero hecho de verse inmerso en un proceso penal o cree que la conformidad no es potestativa, sino que es obligatoria.
- El acusado cree que ya ha sido declarado culpable por encontrarse en prisión provisional o por haber confesado los hechos en fase de instrucción.
- El acusado no es consciente de que tras la celebración del juicio puede resultar absuelto o su responsabilidad verse atenuada.

En suma, cualquier situación fáctica que determine en la conciencia del investigado que el resultado del proceso no está abierto y le conduzca a contemplar la conformidad como una necesidad y no una facultad potestativa debe ser interpretada como un indicio de la falta de representación de las alternativas razonables. ¿Cómo puede sostenerse que actúa con libertad quien cree, erróneamente sin duda, que la opción elegida es la única disponible?

c. *Los vicios de debilidad producto de la concreta discapacidad padecida y el riesgo de «influencias indebidas»*

Los vicios de debilidad son circunstancias de sumisión económica, fáctica o jurídica de una parte respecto de la otra⁶², cuya existencia permiten presumir la falta de libertad material en la renuncia al ejercicio de un derecho fundamental, puesto que la decisión tiene como fundamento la asimetría de poder.

Todo acusado es un sujeto «débil» en el marco de un proceso penal como sujeto vulnerable y expuesto a los excesos del *ius puniendi*. No obstante, esa posición de debilidad constitutiva se encuentra compensada por un entramado de garantías destinadas a contener y limitar las interferencias desproporcionadas de los poderes públicos⁶³. Ahora bien, los acusados con DI adolecen de un vicio de debilidad fáctico añadido por razón de su condición. Las personas con DI son más susceptibles a la deseabilidad social por lo que pueden ser más aquiescentes a las propuestas que se le formulen o a la hora de contestar preguntas⁶⁴, tienen un deseo

⁶² SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad*, 2022, p. 131.

⁶³ Para una teoría desarrollada del garantismo penal (sustantivo y procesal) como «ley del más débil», véase FERRAJOLI, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., 2011; FERRAJOLI, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, 2018; IPPOLITO, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, 2018.

⁶⁴ RECIO ZAPATA/ALEMANY CARRASCO/MANZANERO PUEBLA, «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, (43-243), 2012, pp. 54-68.

anormalmente fuerte de agrandar a figuras de autoridad⁶⁵ y existe un mayor riesgo de que presten confesiones falsas, al ser personas más susceptibles de sentirse coaccionadas y de ser sugestionadas⁶⁶. El acusado con DI es fácilmente manipulable y dispone de menos herramientas para orientar su propia estrategia de defensa. De hecho, es interesante traer a colación los indicios identificados por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América para apreciar la falta de voluntariedad en la confesión prestada por un acusado: la edad del acusado, la discapacidad intelectual y la ausencia de asesoramiento sobre sus derechos fundamentales⁶⁷. En *Atkins v. Arizona*, identificó, además, tres causas que agravan el riesgo de que una persona con discapacidad intelectual sea condenada injustamente a pesar de ser inocente: el riesgo de que preste una confesión falsa, las dificultades comunicativas con su defensa letrada y un comportamiento inapropiado en juicio⁶⁸. La discapacidad intelectual es, sin duda, un factor de riesgo debido a los vicios de debilidad que acarrea. ¿Quiere ello decir que no podrá renunciar al ejercicio de un derecho fundamental ni, por tanto, conformarse? No, pero habrá de verificarse que estos factores de riesgo no han sido determinantes en su voluntad.

Particularmente interesante es el riesgo generado por la comunicación con su abogado (recordemos que es uno de los garantes legalmente previstos para que su conformidad sea libre e informada). A este respecto, BLUME, JOHNSON y MILLOR advierten de lo siguiente:

«Most individuals with mental retardation deny their disability and hide behind what has been called a “cloak of competence”. The “cloak of competence” is a defense mechanism often deliberately employed to prevent exposure of a perceivably shameful condition, though sometimes resulting from limited awareness of the extent of the disability. Except where there are physical manifestations of mental retardation, as in persons with Down syndrome, the lawyer may not be aware of the extent of the disability. If the client is defensive about his disability, the lawyer may think that his client is just being uncooperative. This information gap is obviously detrimental to building an appropriate defense, as well as preparing for trial. Unfortunately, even if counsel knows of the client’s intellectual disability, he may lack the experience necessary to understand his client’s cognitive limitations and to know how to best communicate with his client”»⁶⁹.

El abogado defensor es el principal apoyo para la persona con DI a fin de que ésta tome autónomamente la decisión de conformarse. Para ello es fundamental que exista un canal comunicativo seguro y fiable entre ellos construido sobre las necesidades específicas e identificadas del cliente. De no establecerse, aquellos acusados que necesitan apoyos son susceptibles de ser afectados por «influencias indebidas» de su letrado (voluntarias o involuntarias) o de otros sujetos que le lleven a tomar una decisión cuya libertad no resulte del todo clara. En este sentido es positivo que el Proyecto de Ley de eficiencia procesal prevea la

⁶⁵ BLUME/JOHNSON/MILLOR, «Convicting Lennie: Mental Retardation, Wrongful Convictions, and the Right to a Fair Trial», *Cornell Law Faculty Publications*, (56-3), 2012, p. 954.

⁶⁶ GARRET, «The Substance of False Confessions», *Stanford Law Review*, (62-4), 2010, p. 1064. Salvando las distancias entre culturas y sistemas jurídico-penales, GARRET llevó a cabo un análisis en EE.UU. de 40 casos de condenas injustas a inocentes fundadas en la confesión de los hechos por parte el acusado. En el 43% de los casos examinados quienes confesaban falsamente padecían una enfermedad mental o una discapacidad intelectual leve, moderada o grave.

⁶⁷ GARRET, *Stanford Law Review*, (62-4), 2010, pp. 1094-1095.

⁶⁸ BLUME/JOHNSON/MILLOR, *Cornell Law Faculty Publications*, (56-3), 2012, p. 951.

⁶⁹ BLUME/JOHNSON/MILLOR, *Cornell Law Faculty Publications*, (56-3), 2012, p. 955.

obligación del letrado de informar por escrito a su cliente del acuerdo alcanzado como garantía añadida a que la comunicación con el cliente sea correcta y exhaustiva⁷⁰.

El concepto de «influencias indebidas» puede ser definido como aquellas presiones no coactivas ni intimidatorias sufridas por sujetos con DI destinadas a conminarle a tomar una decisión en detrimento de sus intereses, sus deseos o preferencias, por la vía de la manipulación, la explotación de sus facultades intelectivas disminuidas, el miedo o el engaño. En suma, éstas se sitúan en la frontera entre la necesidad de apoyos para la toma de decisiones y la coacción o la intimidación. El CRPD recuerda que,

«aunque todas las personas pueden ser objeto de “influencia indebida”, este riesgo puede verse exacerbado en el caso de aquellas que dependen del apoyo de otros para adoptar decisiones. (...) Las salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica deben incluir la protección contra la influencia indebida; sin embargo, la protección debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias, incluido el derecho a asumir riesgos y cometer errores»⁷¹.

La existencia de influencias indebidas debe crear una presunción de falta de libertad reforzada para prestar válidamente el acto de la conformidad, al ser la manifestación concreta de un vicio de debilidad que no ha sido superado. ¿Cuáles son los indicios de la existencia de una influencia indebida a la hora de prestar una conformidad? Proponemos, nuevamente, el siguiente listado no exhaustivo:

— La ausencia de un beneficio para la persona que presta su conformidad renunciando a un juicio público con todas las garantías, a su derecho de defensa y al derecho a la presunción de inocencia. A este respecto, éstos serían los siguientes beneficios genéricos que obtendría el acusado al prestar su conformidad: (i) se obtiene certeza sobre el resultado del proceso, aminorando la incertidumbre causada por la práctica de la prueba y los posibles cambios de calificación en las conclusiones definitivas, (ii) evitar el carácter infamante propio de todo juicio (pena de banquillo), (iii) se puede lograr una pena inferior a la que se habría obtenido en juicio. Para valorar la ausencia de beneficios en esta materia, el criterio fundamental es el penológico: si la pena concreta solicitada y conformada es la máxima respecto del rango en abstracto aplicable, no parece que de la renuncia al ejercicio de derechos fundamentales se esté extrayendo un beneficio.

— La falta de conocimiento de los riesgos o beneficios derivados de celebrar el juicio oral. Esto se concreta en el desconocimiento del contenido de las actuaciones, de los medios de prueba propuestos por la acusación y demás aspectos que conforman el acervo de elementos que permiten al acusado realizar un pronóstico de prosperabilidad de la acción penal.

— La existencia de un conflicto de intereses entre la defensa letrada y el acusado.

— La falta de pericia jurídico-penal del letrado del acusado. Hay que presumir que, en cumplimiento de sus obligaciones deontológicas, el abogado defensor de libre designación rechazará cualquier encargo para el que no se encuentre debidamente preparado técnico-jurídicamente y que todos los abogados adscritos al turno de oficio poseen un mínimo de

⁷⁰ BANACLOCHE PALAO, *Diario La Ley*, (10103), 2022, p. 10, advierte de que sería conveniente que el legislador concrete más el contenido de esa información. Creemos que las consideraciones efectuadas en este artículo sobre el contenido del control judicial pueden hacerse extensivas al contenido de esa información.

⁷¹ CRPD, *Observación General núm. 1*, 2014, §22.

conocimientos. Sin embargo, lo cierto es que cualquier persona con un mínimo de experiencia en la práctica de los tribunales habrá podido constatar que existen abogados en ejercicio con un insuficiente nivel de preparación y experiencia en el orden penal que asumen la defensa de encausados y que, por lo tanto, ofrecen una defensa ineficaz a sus defendidos. Teniendo en cuenta que el sujeto con DI puede tener más dificultades en identificar esa impericia, también es más susceptible de adoptar una decisión sin una correcta ponderación de los riesgos y beneficios que debe llevar a cabo su abogado a la hora de asesorarle en la decisión de ratificarse en la conformidad.

— La presión de coacusados a fin de obtener la unanimidad necesaria para poder dictar una sentencia de conformidad para vencer las reticencias del acusado. Esa presión puede convertirse en intimidatoria si se amenaza con realizar declaraciones heteroincriminatorias, dirigidas a poner el foco de la responsabilidad en el acusado que no quiso conformarse.

Más allá de estos ejemplos, debemos profundizar en otro momento en el que se pueden producir estas influencias indebidas: la negociación previa.

La conformidad no debe confundirse ni con el allanamiento ni con la transacción, a pesar de las grandes y aparentes similitudes que superficialmente presentan: el acusado no tiene poder de disposición sobre el objeto del proceso ni sobre el *ius puniendi* estatal⁷², sin perjuicio de que el actual régimen de la conformidad sea una manifestación del principio de oportunidad y del llamado principio de consenso, introducidos en nuestro proceso penal a partir de la Ley Orgánica de 28 de diciembre de 1988⁷³. La conformidad no es un contrato, sino un acto unilateral del acusado de renuncia al ejercicio de derechos fundamentales y de asunción de las consecuencias jurídicas de una sentencia condenatoria. Los términos de la conformidad podrán haberse alcanzado mediante arduas negociaciones previas entre las acusaciones y la defensa, ya sea en las puertas del juzgado en los momentos inmediatamente anteriores a la celebración del juicio oral o con semanas de preparación siguiendo los llamados protocolos de conformidades, pero el pacto, en ningún caso, genera una obligación (a saber, su ratificación en sede judicial) que el acusado deba respetar. El acto de la conformidad acontece en el momento de su ratificación ante el órgano jurisdiccional, siendo la voluntad prevista de conformarse del acusado libremente revocable hasta ese momento.

Ahora bien, el transcurso de la negociación y las condiciones en las que se efectúa pueden tener un impacto directo en la libertad de decidir. ¿Hasta qué punto la actitud de la acusación durante la negociación puede erigirse en una «influencia indebida» para el acusado con DI que ponga en entredicho la voluntariedad de su conformidad? Esta pregunta es esencial, pues las acusaciones parten de una posición de poder asimétrica, pero no es de fácil resolución: en último término, todas las negociaciones pasarán el filtro del letrado de la defensa, primera garantía de que las conformidades no sean coercitivas. Sin embargo, creemos que sí hay un supuesto de riesgo claro. La presentación de escritos de acusación o conclusiones provisionales con pretensiones punitivas draconianas y desproporcionadas respecto de los hechos por los que se acusa pueden interpretarse, en nuestra opinión, como indicio de que se formulan con el objetivo de obtener

⁷² DE LA OLIVA SANTOS/ARAGONESES MARTÍNEZ/HINOJOSA SEGOVIA/MUERZA ESPARZA/TOMÉ GARCÍA, *Derecho procesal penal*, 6ª ed., 2003, pp. 36-37; AGUILERA MORALES, *El "principio de consenso"*, 1998, pp. 264-266.

⁷³ ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal penal*, 7ª ed., 2013, pp. 218-220; DE LA OLIVA SANTOS, «Voto particular al informe sobre el anteproyecto código penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial», *Cuadernos de política criminal*, (48), 1992, p. 761.

una conformidad por la vía de aumentar los riesgos de celebrar el juicio para el acusado, si después se ofrece un pacto para calificar los hechos proporcionalmente. No se trata de una práctica coactiva ni intimidatoria en sentido estricto, pero sí que puede constituir una influencia indebida, además de una forma de mala fe procesal. No se puede considerar la voluntad de conformarse del acusado materialmente libre si los riesgos a los que se expone son desproporcionados respecto de los que una acusación de buena fe le habría expuesto a asumir.

Es decir, mientras que la insuficiente voluntariedad reforzada de la decisión puede traer su origen en influencias indebidas del letrado defensor por su impericia y/o falta de apoyo suficiente para contemplar racionalmente todas las posibilidades, así como por un conflicto de intereses, las influencias indebidas pueden ser ejercidas por las acusaciones a través de la presión excesiva y la creación de un horizonte de riesgos desproporcionado para el acusado.

d. El objeto de la conformidad y el problema del conocimiento reforzado

Hechas las anteriores consideraciones sobre la libertad reforzada exigida para prestar válidamente la conformidad, hemos de pasar al análisis del otro requisito íntimamente entrelazado: el conocimiento de las consecuencias jurídicas y el objeto del acto jurídico.

Debemos partir de las siguientes premisas: la conformidad prestada no supone un reconocimiento de la culpabilidad, sino simplemente una asunción de las consecuencias jurídicas previstas para tal culpabilidad⁷⁴. En efecto, la función jurisdiccional es una función eminentemente cognoscitiva en el orden penal: el órgano jurisdiccional deberá establecer la verdad de los hechos, una verdad racional y modesta, fundada en las pruebas practicadas con todas las garantías y con intermediación -garantías destinadas a legitimar la racionalidad de las inferencias fácticas- y conforme a un sistema valorativo normativamente diseñado. Una vez establecido el relato fáctico, deberá hacer un juicio de subsunción -igualmente cognoscitivo- de los hechos bajo la norma y valorar la concurrencia de todas las categorías del delito necesarias para imponer la consecuencia jurídica legalmente prevista⁷⁵. La culpabilidad no es algo que se sea susceptible de reconocimiento, pues se trata de un concepto jurídico que sólo el órgano jurisdiccional puede valorar. Un acusado puede reconocer hechos, pero ese reconocimiento tendrá el tratamiento de una prueba más, sin que se le pueda otorgar un mayor valor probatorio. Sin embargo, el relato de hechos probados incluido en la sentencia de conformidad no es producto de la función cognoscitiva del órgano jurisdiccional y sólo puede tener el valor de una ficción más o menos alejada de la realidad que, en ningún caso, supone que el acusado reconozca ni para sí mismo, ni *erga omnes*, su responsabilidad en los hechos. Una condena sin juicio supone la imposición de la pena sin un auténtico juicio de culpabilidad. Esto tiene un efecto directo en el contenido del conocimiento reforzado que es exigible para cualquier tipo de acusado.

⁷⁴ Compartimos en este sentido la opinión de LASCURAÍN SÁNCHEZ y GASCÓN INCHAUSTI: «Debe trasladarse a la sociedad que las sentencias de conformidad son sentencias en que se ha llegado a la declaración formal de culpabilidad por cauces distintos a la convicción judicial y a las pruebas practicadas en un juicio con plenas garantías, y que ello, reiteramos, no supone una desvirtuación más sólida sino precisamente menos sólida de la presunción de inocencia» (*InDret*, (3), 2018, p. 24). NIEVA FENOLL, *Derecho procesal III. Proceso penal*, 2017, p. 327, también comparte la tesis de que la conformidad sólo se refiere a la pena y que, en ningún caso, constituye una declaración de culpabilidad: «Hay que repetir una vez más que la “culpabilidad” no es algo que esté en manos del reo reconocer, con efectos vinculantes para los jueces».

⁷⁵ Para una teoría integral del cognoscitivism judicial desde un paradigma garantista, véase FERRAJOLI, *Derecho y Razón*, 10ª ed., 2011, pp. 33-70.

Por un lado, el sujeto deberá conocer el objeto del acto procesal que realizará. Evidentemente no es exigible un conocimiento técnico-jurídico, pero sí una idea clara y distinta de aquello que asume y aquello a lo que renuncia. Por tanto, ese conocimiento debe recaer sobre:

— El contenido íntegro de las penas que se impondrán y su extensión (no sólo la privativa de libertad, sino cualquier otra pena, ya sea accesoria o principal, que se le pudiera imponer). Igualmente, deberá conocer si se está conformando con la responsabilidad civil *ex delicto* y la prestación a la que se obliga.

— La renuncia a la celebración del juicio oral, a que se declare su culpabilidad tras la práctica de la prueba y la valoración del juez, a la posibilidad de resultar absuelto o que la pena impuesta sea inferior a la conformada y a la imposibilidad de impugnar la declaración de culpabilidad recogida en la sentencia de conformidad. En suma, la renuncia a defenderse.

Si el acusado no se representa la integridad de estos extremos, no es posible afirmar que se represente adecuadamente el objeto del acto jurídico que realiza.

Por otro lado, la ley exige un conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto. Dentro de estas, además del contenido anteriormente descrito, creemos que es exigible que el acusado sea consciente de los siguientes particulares:

— Deberá conocer la posibilidad o imposibilidad de suspensión o sustitución de la pena privativa de libertad, en atención a los requisitos previstos en los artículos 80 y siguientes del Código Penal y del artículo 89. No se puede afirmar, por ejemplo, que existe un conocimiento reforzado cuando quien se conforma lo hace en la creencia de que evitará su ingreso en prisión, sin saber el carácter potestativo de la suspensión o la imposibilidad de acogerse a ninguno de los supuestos previstos en la ley. Es decir, el acusado debe estar en posesión de un horizonte racional de expectativas derivadas de la imposición de una pena privativa de libertad.

— Deberá conocer el significado y alcance de las penas privativas de derechos que pudieran imponerse. Si se conforma, por ejemplo, a una pena de inhabilitación especial para el desempeño de oficio o cargo, deberá ser consciente del impacto que pueda tener sobre su actividad profesional.

— Deberá conocer las consecuencias del impago voluntario de la pena de multa a la que pudiera conformarse.

— También deberá saber que, al dictarse sentencia de conformidad, se podría proceder al decomiso de sus bienes, si así se solicitaba en el escrito de acusación.

— Creemos necesario que se informe de las posibles «externalidades negativas» de una condena penal, cuando sean consecuencias previstas por el ordenamiento jurídico, pero no por el Derecho penal sustantivo. Por ejemplo, si el acusado es un ciudadano extracomunitario, deberá ser consciente de que, conforme al artículo 57 de la Ley Orgánica de Extranjería, la condena a una pena privativa de libertad superior a un año constituye una causa de expulsión del territorio nacional.

En el caso del acusado con una discapacidad intelectual, ¿debería existir algún tipo de especialidad? Sin duda, se parte de la base de que resultará más difícil para esta clase de acusados

comprender y asimilar la integridad de estos datos, por lo que el abogado defensor deberá ser muy cuidadoso a la hora de asegurarse de que los entiende. Pero ¿debe verificarse si entiende el sentido de la pena? Si se puede presumir que un adulto de la población general cuando entiende el significado de la pena, es decir, qué derechos le serán privados, entiende igualmente su sentido, su función preventivo-especial y resocializadora, no es este el caso de un acusado con DI. No obstante, no existe base legal suficiente para interpretar que el conocimiento deba referirse a ese aspecto también. Es más, el legislador penal ha otorgado competencia para la evaluación del entendimiento del sentido de la pena al Juez de Vigilancia Penitenciaria (artículo 60 CP), por lo que parece que ha querido diferir esa eventualidad a un momento posterior. Al respecto del conocimiento informado de las consecuencias jurídicas de sus actos, entendemos que no hay especialidades, más allá de las que deberán producirse en el momento del control judicial.

e. Otras consideraciones de interés sobre las conformidades de personas con DI

La conformidad es un acto procesal oral, sin perjuicio de que pueda anunciarse por escrito a través de los escritos de conclusiones de la defensa o el escrito de acusación firmado conjuntamente por la defensa y la acusación. Al ser un acto oral, deberá hacerse con la intermediación del órgano jurisdiccional. Es necesario remarcarlo a fin de evitar posibles suplantaciones de la intermediación por figuras como el facilitador en el caso de que se alcance una conformidad por una persona con DI. Creemos conveniente advertir del riesgo de que, con el pretexto de la impericia del órgano jurisdiccional, se delegue de forma ilegal en el facilitador la ratificación de la conformidad, argumentando que es el sujeto mejor situado para entender y hacer entender el contenido del acto al acusado con DI. En todo caso, el carácter oral del acto no impide que el sujeto con una discapacidad que le prive de la facultad de habla no pueda mostrar su conformidad mediante lenguaje de signos o, incluso, por escrito, al amparo de las previsiones del artículo 7 bis LEC.

Además, la conformidad es un acto procesal unilateral y personalísimo, por lo que no cabe representación sustitutiva de la voluntad ni que sea un sujeto distinto del propio acusado el que emita su declaración de voluntad. Este carácter proscribía la posibilidad de que se prescindiera de la ratificación personal del acusado con DI que precise de apoyos comunicativos o que se delegue en un tercero (sea quien sea respecto de la persona con discapacidad) esa declaración de voluntad. La conformidad sólo podrá surtir efectos jurídicos si es el acusado con discapacidad el que, por sí mismo (sin perjuicio de que pueda precisar apoyos), realice la declaración.

3.2. El control judicial de la autonomía de la voluntad material de las conformidades prestadas por acusados con DI

a. Planteamiento del problema

En el apartado anterior se ha profundizado en la reflexión acerca de las condiciones de validez de la prestación de conformidad por un acusado con DI (que bien podrían hacerse extensibles a otra clase de acusados especialmente vulnerables) y que obligan a un examen atento de su concurrencia, o no, a fin de valorar, conforme a lo previsto por la ley, si ha prestado un consentimiento libre e informado.

Debemos partir de que el control judicial, previsto explícitamente en el artículo 782.2 *in fine* de la LECrim, es manifiestamente insatisfactorio en la práctica forense de nuestro país. Cualquier

persona que haya acudido a una «vista de conformidad» podrá apreciar que ese control es meramente ritual y formal. Bien es cierto que lo normal es que las conformidades se presten de forma libre y con conocimiento, puesto que el acusado viene asesorado por su letrado que, además, deberá mostrar su opinión respecto de la conformidad. No obstante, estamos ante un acto procesal que determinará la condena y la imposición de una o varias penas a un sujeto que está renunciando al ejercicio de derechos fundamentales de primer orden en el proceso penal. El acto reviste la suficiente importancia como para que, en la generalidad de los casos, se adopten las garantías suficientes y necesarias que merece. Máxime cuando el acusado padece una DI (o una enfermedad mental o cualquier otro factor de vulnerabilidad y vicio de debilidad). A pesar de las tendencias legislativas, la Justicia penal no puede reducirse a una cadena de montaje de condenas rápidas sin juicio. Si la Justicia penal negociada pretende consolidarse por completo y de forma más o menos legítima, el órgano jurisdiccional no puede ser una suerte de burócrata sancionador de acuerdos sobre los que efectúa un mero control agilísimo de apariencia de validez.

Si, al menos bajo nuestro criterio, el control no puede ser el expeditivo al que estamos acostumbrados, ni tan siquiera para los acusados adultos de la población general, hemos de proponer un modelo de control⁷⁶. Este modelo debe regirse por dos principios, uno que le sirve de legitimación y otro que le sirve de límite. El primero es que el órgano jurisdiccional es una segunda garantía y debe ser consciente de las importantísimas dificultades de impugnar una sentencia de conformidad, ya sea por la complejidad que entraña a nivel probatorio o por el deficiente diseño legislativo de los medios impugnatorios contra las sentencias de conformidad. El Juez o Tribunal debe asegurarse de no dar carta de naturaleza a una forma de condena indeseada por el ordenamiento jurídico. El segundo principio es que el órgano jurisdiccional no puede interferir activamente en la decisión del acusado, so pena de comprometer su imparcialidad. No puede asistir al acusado a la hora de determinar cuál es la solución «más adecuada», ni conminarle a que se conforme o no se conforme. Esa es función del abogado de la defensa. Sin embargo, en el caso de los acusados especialmente vulnerables, como los que padecen una DI, el modelo de control judicial debe introducir un tercer principio, la presunción de vulnerabilidad y la atención especializada⁷⁷, que, con la asistencia del artículo 7 bis LEC, se traduce en llevar a cabo las adaptaciones y ajustes necesarios para que el control sea efectivo, en función de las particularidades y circunstancias del acusado.

b. El paradigma del juicio notarial de capacidad de las personas: ¿un modelo posible?

La forma en la que haya de desarrollarse concretamente ese control judicial del consentimiento libre e informado no viene expresamente prevista en la ley. No obstante, existe un colectivo de profesionales que viene realizando un juicio de estas características en su día a día: los notarios. ¿Es el juicio notarial de capacidad un buen modelo que podría importar la jurisdicción?

⁷⁶ El modelo de control propuesto aquí tiene su encaje en la legalidad vigente. En el improbable caso de que entrase en vigor el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal, se ha previsto una suerte de control preventivo a través del incidente para la adopción de medidas del artículo 72. A través de este control jurisdiccional de la afectación de la discapacidad en la comprensión del proceso, el juez o tribunal competente puede decidir excluir la posibilidad de que se dicte sentencia de conformidad.

⁷⁷ Deducimos este principio del artículo 49 de la Constitución y de la *Recomendación de 27 de noviembre de 2013, relativa a las garantías procesales para las personas vulnerables sospechosas o acusadas en procesos penales* de la Comisión Europea.

El artículo 17 *bis* 2 a) de la Ley del Notariado impone al notario un triple juicio de discernimiento, de intención y de libertad⁷⁸:

– El juicio de discernimiento no consiste en un juicio sobre las capacidades intelectuales genéricas del otorgante ni un examen médico de su condición, sino un juicio concreto de su capacidad para entender el contenido y las consecuencias del acto o negocio jurídico que celebre⁷⁹.

– El juicio de intención requiere cerciorarse de que, además de comprender el acto o negocio jurídico, el compareciente quiere realizarlo⁸⁰.

– El juicio de libertad debe verificar que no concurren fraude, dolo, conflicto de intereses, influencia indebida, amenaza o intimidación que puedan viciar su voluntad⁸¹.

Este triple juicio es un buen marco para comenzar a desarrollar el contenido del control judicial de las conformidades e indica un horizonte de preguntas pertinentes para verificar la capacidad de ese sujeto. A su vez, es importante destacar lo que recuerda MARTÍNEZ DÍE: «Al Derecho no le interesa la diagnosis, prognosis ni el tratamiento de las deficiencias que generan una discapacidad, importándole únicamente averiguar en qué medida quedan restringidas las aptitudes cognoscitivas y volitivas del sujeto»⁸². Por ello, ni el notario, ni el órgano jurisdiccional en el caso que nos ocupa, están sujetos a ninguna clase de diagnóstico médico, sino sólo al juicio de capacidad *hic et nunc*.

El juicio notarial debe sujetarse a tres principios fundamentales que deberían estar presentes en el juicio jurisdiccional de capacidad: el principio de inmediación, el principio de investigación y el principio de responsabilidad personal⁸³. Es decir, el notario deberá examinar por sí mismo al sujeto y decidir bajo su única responsabilidad si éste posee la capacidad adecuada o no para realizar el acto o negocio jurídico en cuestión. El órgano jurisdiccional debe sujetarse a los mismos principios: la ratificación de la conformidad deberá hacerse con la presencia física del acusado, el Juez o Tribunal deberán haber llevado a cabo las indagaciones estrictamente necesarias para verificar que el sujeto puede prestar válidamente su conformidad y no podrán delegar en un tercero (*v.g.* un facilitador) el juicio sobre su capacidad para prestar conformidad o no.

No obstante, si el triple juicio haciendo uso de los tres principios anteriores no plantea mayor dificultad, sí que hay una cuestión fundamental que debe ser discutida relativo al nivel de proactividad del notario exigido por la ley en la formación de la voluntad, deseos o preferencias del sujeto con DI. A este respecto, la Circular Informativa 3/2021 de la Comisión Permanente del Consejo General del Notariado recuerda que «el notario deberá ayudar a que pueda expresar su voluntad, deseos o preferencias (...) [suponiendo] la involucración del notario, que no es ni puede

⁷⁸ LECIÑENA IBARRA, *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 270.

⁷⁹ LECIÑENA IBARRA, *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 271.

⁸⁰ LECIÑENA IBARRA, *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 273.

⁸¹ LECIÑENA IBARRA, *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, p. 273.

⁸² MARTÍNEZ DÍE, «El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa. Régimen jurídico y consecuencias», *La notaría*, (5), 2002, p. 69.

⁸³ MARTÍNEZ DÍE, *La notaría*, (5), 2002, p. 65.

ser un mero espectador» ¿Debe asumir ese mismo rol el órgano jurisdiccional? No es una cuestión sencilla de dirimir.

En primer lugar, el órgano jurisdiccional no debe influir ni pretender hacerlo en la decisión de conformarse o no, puesto que podría comprometer su imparcialidad (lo que resulta importante si al final el acusado no se conforma y el órgano debe enjuiciar). El control judicial no debe ser un diálogo con el acusado con DI sobre los beneficios o costes de la decisión, sobre la posibilidad o no de resultar absuelto, o un apoyo en el proceso de toma de decisión para la determinación de su voluntad. El operador jurídico llamado a realizar estas funciones es única y exclusivamente el abogado de la defensa. En segundo lugar, tampoco es tolerable una posición puramente pasiva, como «mero espectador», que da el visto bueno sin prevención ni garantía alguna a la ratificación del acusado en su conformidad: el artículo 7 *bis* LEC le obliga a realizar adaptaciones y ajustes procedimentales a fin de garantizar que la persona con discapacidad pueda prestar su conformidad en igualdad de condiciones con cualquier acusado de la población general. En tercer lugar, el artículo 787.4 LECrim prevé que «cuando el Juez o Tribunal albergue dudas sobre si el acusado ha prestado libremente su conformidad, acordará la continuación del juicio». Por tanto, si el control judicial no puede transformarse en un apoyo para la toma de decisiones, deberá autolimitarse a una indagación sobre la libertad y el conocimiento informado de la conformidad, pero la norma no le obliga a alcanzar un estado de certeza sobre su concurrencia: si tiene dudas al respecto deberá continuar con el juicio. No obstante, tampoco puede prescindir de cierto rol activo pues, si debe presumir la vulnerabilidad del sujeto, pero no podrá discriminarle por ello, deberá asegurarse de que esa vulnerabilidad se aprecia indiciariamente en el momento concreto. Dicho de otro modo: en virtud del principio de presunción de vulnerabilidad, el órgano jurisdiccional debe situarse en origen en el estado de duda, pero si no realiza ninguna actuación tendente a averiguar si efectivamente esa presunción admite prueba en contrario, estaría, de facto, discriminando a un sujeto por razón de su discapacidad impidiéndole llevar a cabo un acto que el ordenamiento le confiere la facultad de realizar.

c. Propuesta de un modelo de control

Un modelo de control satisfactorio para la generalidad de los acusados debería estructurarse en torno a una presunción de conocimiento insuficiente de las consecuencias jurídicas de la conformidad y una presunción de libertad en la conformidad.

Sin perjuicio de que un buen letrado habrá informado de todos los extremos de la conformidad a su cliente, si el órgano jurisdiccional es una auténtica garantía, deberá asegurarse de que la información recibida por el acusado ha sido exhaustiva. En este sentido, el control debería iniciarse con una explicación en un lenguaje adecuado a la cultura aparente del acusado del objeto de su conformidad y de sus consecuencias jurídicas. En el apartado 3.1.d. hemos indicado aquello de lo que debe tener consciencia el acusado para entender que la conformidad ha sido prestada válidamente. Una vez expuesta la información, el órgano jurisdiccional debería preguntar al acusado si la ha entendido y ha sido informado de estos extremos anteriormente.

Una vez realizado el control informativo, y partiendo de la base de que no hay causas sistémicas de coerción en nuestro país y que la coacción o intimidación directa por parte de los operadores jurídicos también son muy excepcionales, el control de la libertad deberá realizarse brindando la oportunidad al acusado de que exponga cualquier causa que entienda que haya podido conminarle contra su voluntad a prestar su conformidad o que se ratifique en su voluntad de conformarse.

De las respuestas obtenidas por el acusado y de posibles datos periféricos como la propia conformidad alcanzada y/o los términos del escrito de acusación originario, podrá formarse un juicio de apariencia de voluntariedad y conocimiento de las consecuencias de la decisión y decidir si dictar la sentencia de conformidad o no.

En el caso de un acusado con DI, entendemos que este modelo deberá adaptarse a las necesidades de cada caso, y seguir las siguientes especialidades.

— El control informativo no debe basarse sólo en la exposición del objeto y las consecuencias de la conformidad, sino que deberá realizarse un juicio de discernimiento por la vía de verificar realmente si la persona con DI ha comprendido esa exposición.

— A diferencia del adulto de la población general, y al amparo de la presunción de vulnerabilidad, la libertad no deberá presumirse, sino que deberá realizarse un auténtico juicio de intenciones y un juicio de ausencia de coacciones, intimidaciones o influencias indebidas, mediante una exploración más detallada del acusado.

En primer lugar, el control informativo deberá adaptarse a las necesidades comunicativas específicas del acusado. En este sentido, acudir a un facilitador para que asesore al órgano jurisdiccional sobre, por ejemplo, las posibles adaptaciones del ritmo del acto procesal o del nivel de lenguaje que deba adoptar parece esencial. No obstante, una vez realizado el ejercicio informativo, y partiendo de la tendencia a la aquiescencia de las personas con DI, el órgano jurisdiccional no debería realizar una pregunta cerrada al acusado acerca de si ha entendido lo expuesto, sino que debería requerirle para que exponga por sí mismo el contenido de lo explicado. Si el sujeto no lograra parafrasear de forma adecuada y con sentido las consecuencias de su acto, el órgano jurisdiccional debería continuar con la celebración del juicio.

En caso de que el sujeto muestre capacidad de comprender el alcance de su voluntad (juicio de discernimiento), entonces el órgano deberá evaluar si realmente su intención es conformarse. Para ello deberá interrogar al acusado acerca de cuál es su deseo, si conformarse, continuar con el juicio o si le resulta indiferente -evidentemente de una forma adaptada y adecuada al sujeto que está presente-. Igualmente, el órgano jurisdiccional deberá cerciorarse de la conciencia de la existencia de alternativas razonables por parte del acusado. No olvidemos que se debe atender a la voluntad, los deseos y preferencias de la persona con DI y el juez no puede guiarse por un pretendido interés superior de la persona con discapacidad. Pero el órgano jurisdiccional deberá asegurarse de cuál es su verdadera voluntad. En caso de que no fuese conformarse, o resultase confusa, deberá continuar con la celebración del juicio oral.

Tras el juicio de intenciones, el Juez o Tribunal deberá preguntar acerca de los motivos que llevan al acusado con DI a conformarse, a fin de verificar si se ponen de manifiesto posibles intimidaciones, coacciones o influencias indebidas. Las posibles preguntas deben quedar al arbitrio del órgano jurisdiccional, pero deberán ajustarse al tipo de persona que tiene enfrente. Esta última distinción es puramente analítica en la medida en que forma parte del control de libertad. No obstante, es esencial cerciorarse primero si realmente existe la intención de conformarse y luego verificar si esa intención se encuentra viciada o no.

4. Tratamiento procesal de la conformidad prestada sin conocimiento o sin libertad reforzada

Queda, por último, abordar el estudio de tratamiento procesal que debe darse a las conformidades prestadas sin conocimiento o libertad reforzada. No se trata aquí de abordar el tratamiento procesal de las conformidades prestadas por sujetos que debieron ser considerados inimputables o semiimputables, cuestión abordada en el apartado 2.2.a. de este trabajo, sino las conformidades prestadas por quienes no prestaron la conformidad válidamente por las razones expuestas. En estas consideraciones prescindiremos del tratamiento procesal de la cuestión en el caso del Tribunal de Jurado, debido al carácter *sui generis* que presenta el instituto de la conformidad en ese procedimiento, que lo hace merecedor de un estudio autónomo.

4.1. Tratamiento procesal antes del dictado de la sentencia de conformidad

a. De oficio

Si tras el control judicial de la conformidad el órgano jurisdiccional presenta dudas o tiene la certeza de que no está siendo prestada con la debida libertad reforzada y/o con el debido conocimiento reforzado de las consecuencias jurídicas del acto, el órgano jurisdiccional deberá desatender la petición de dictar la sentencia de conformidad y ordenará la continuación del juicio oral.

Ahora bien, en el seno del procedimiento abreviado, ¿qué sucede en el caso de que la defensa hubiese hecho uso de la facultad conferida por el artículo 784.3 de la LECrim (conformidad expresada en el escrito de defensa o presentación de un escrito de acusación conjunto con la defensa)? Aquí deben diferenciarse los casos en los que la defensa no presentó ningún escrito de defensa anteriormente de los que sí lo hizo. Para el primer supuesto existen tres opciones que debemos valorar:

(i) Que el órgano sentenciador suspenda la celebración de las sesiones del juicio oral y emplace a la defensa para la presentación de un nuevo escrito de defensa en el que proponga la prueba que desee practicar, debiendo dictar un nuevo auto de admisión de pruebas previo a señalar una nueva fecha para la celebración del juicio.

El problema de esta opción reside en que no dispone de base legal y que contraviene el diseño de la fase intermedia y las normas de competencia funcional en el procedimiento abreviado. En efecto, una vez dictado el auto de apertura de juicio oral por el órgano instructor, la parte pasiva deberá presentar su escrito de defensa ante ese mismo órgano y no el sentenciador. No obstante, lo cierto es que el destinatario del escrito es el órgano sentenciador, por lo que no parece un óbice insuperable.

(ii) Que el órgano sentenciador acuerde la retroacción de las actuaciones hasta el momento inmediatamente anterior al emplazamiento de la defensa para presentar su escrito, reenviando las actuaciones al órgano instructor.

Si el órgano jurisdiccional desestimase la petición de dictar sentencia de conformidad por entender que el acusado se encontraba coaccionado o bajo intimidación, el artículo 239.2 LOPJ da base legal suficiente para la declaración de nulidad de lo actuado desde e incluyendo la

presentación del escrito de defensa de conformidad. No obstante, si la razón fuese otra, habría que dirimir si la falta de autonomía de la voluntad material a la hora de prestar una conformidad es una vulneración de una norma esencial del procedimiento que haya podido causar indefensión. Si es este el caso, entonces el órgano sentenciador podrá hacer uso de la facultad otorgada por el artículo 240.2 LOPJ y, declarar previa audiencia de las partes, la nulidad de lo actuado desde el dictado del auto de apertura de juicio oral. En nuestra opinión, sí debe considerarse una vulneración de las normas esenciales del procedimiento causante de indefensión, puesto que, por una parte, el acusado (a través de su representación letrada) se ha visto privado de realizar las alegaciones defensivas que estimase conveniente en su escrito de defensa, así como de proponer la práctica de medios de prueba, debido a un intento de poner fin al procedimiento mediante una renuncia al ejercicio de derechos fundamentales no consentida válidamente.

(iii) Que el órgano jurisdiccional ordene la continuación de las sesiones del juicio oral, entienda conforme al artículo 784.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que la defensa se opone a las acusaciones y, o bien le solicite que proponga los medios de prueba pertinentes en la forma prevista para las cuestiones previas del artículo 786 LECrim, o bien le emplaze para que proponga prueba.

Esta opción parece una restricción de las posibilidades de alegación de descargo que no se compadece con el derecho de defensa y puede suponer graves problemas a la hora de proponer prueba.

La solución más adecuada en nuestra opinión es la primera por un motivo de economía procesal y al amparo del principio de conservación de actos previstos en el artículo 243 LECrim.

En caso de que se hubiese presentado un escrito de defensa anterior al nuevo de conformidad, la opción más correcta pasa por solicitar la ratificación del mismo por la defensa. En caso de ratificarse en ese escrito de defensa, se podrá suspender la celebración del juicio oral si no se hubiese citado a los testigos y peritos que hubieren de comparecer, o simplemente continuar con el juicio oral. En caso de no ratificarse, se deberá optar por la misma solución que en el caso anterior.

El tratamiento procesal de esta cuestión en las conformidades ante el Juzgado de guardia en las diligencias urgentes no plantea mayores inconvenientes, habida cuenta de que su prestación se prevé en el momento inmediatamente anterior a la presentación de su escrito de defensa (artículo 800.2 LECrim). Por lo que, rechazada la conformidad de oficio por el órgano jurisdiccional, la defensa deberá presentar oralmente su escrito de defensa o solicitar un plazo de cinco días para presentarlo ante el órgano competente para el enjuiciamiento.

b. A instancia de parte

Si la defensa del acusado identificase que su representado está prestando una conformidad sin la libertad ni el conocimiento reforzado exigido, dispone de las opciones que se explicarán a continuación. Antes se debe reseñar que este es un particular que resulta muy difícil que acontezca en la práctica. En la inmensa mayoría de los casos, las conformidades se prestarán siempre con el consentimiento y la dirección del abogado del acusado. Sea como fuere, el ordenamiento jurídico prevé los siguientes mecanismos procesales para advertir de la falta de autonomía de la voluntad material en la conformidad de su defendido.

En el procedimiento ordinario, el artículo 694 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prevé la posibilidad de que el letrado se desvincule de la conformidad prestada por su representado al inicio de las sesiones de juicio oral y solicite la continuación del juicio oral. Esta solicitud no es vinculante para el órgano jurisdiccional que podrá dictar sentencia de conformidad. La ley no limita los motivos alegables por el abogado para solicitar la continuación de la apertura del juicio oral. En el procedimiento abreviado, el artículo 787.4 LECrim prevé un régimen idéntico que deberá entenderse extensible a las conformidades previstas para el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de delitos.

Es fundamental que los abogados que alberguen dudas sobre la comprensión de sus defendidos de las consecuencias de la conformidad, así lo pongan de manifiesto. Son la primera garantía de que las conformidades sean plenamente libres. Pudiera suceder que, en un primer momento, el abogado no tuviese conocimiento de la DI de su cliente y tenga conocimiento de ello después de la presentación de un escrito de defensa de conformidad y/o apreciase, además, la incompreensión de su cliente sobre el alcance de la decisión. En esos casos, es responsabilidad del abogado poner de manifiesto estos extremos.

Lo mismo puede afirmarse del Ministerio Fiscal: éste tiene la obligación de poner de manifiesto los anteriores particulares en caso de que la libertad y el conocimiento del acusado que se vaya a conformar le parezcan dudosos.

4.2. Tratamiento procesal a instancia de parte tras el dictado de la sentencia

a. *Impugnación de la sentencia de conformidad no firme*

Si se dictase una sentencia de conformidad y la defensa o el Ministerio Fiscal⁸⁴ apreciaran que el acusado no prestó válidamente su consentimiento libre e informado y no hubiesen manifestado su decisión de no recurrir la sentencia, podrán interponer un recurso de apelación que podemos calificar como «extraordinario», siguiendo los trámites y los plazos para su interposición del recurso «ordinario» de apelación, previstos en los artículos 790 y siguientes y 803 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En efecto, se trata de un recurso extraordinario en la medida en la que se restringen los motivos de impugnación de la sentencia. Así, para el caso de las sentencias de conformidad dictadas en el procedimiento abreviado o el procedimiento de enjuiciamiento rápido de los delitos, el artículo 787 LECrim, recuerda que «únicamente serán recurribles las sentencias de conformidad cuando no hayan respetado los requisitos o términos de la conformidad, sin que el acusado pueda impugnar por razones de fondo su conformidad libremente prestada». En todo caso, no existen dudas de que la falta de un consentimiento libre e informado en los términos anteriormente expuestos es un motivo de impugnación válido, pues supone la infracción de uno de los requisitos de la conformidad⁸⁵. Ha de catalogarse como una infracción de normas o garantías procesales que causan indefensión del recurrente no subsanable en segunda instancia. Por tanto, conforme al artículo 790.2 LECrim, el recurrente deberá expresar en el escrito de formalización del recurso la

⁸⁴ Debe de estimarse que el Ministerio Fiscal tiene legitimación para recurrir en apelación la sentencia de conformidad con arreglo a las funciones que le son encomendadas por el artículo tercero, apartados primero y tercero, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que el acusado se haya conformado a su pretensión punitiva y, por tanto, no sea la parte perjudicada por la sentencia. No puede afirmarse lo mismo de las posibles acusaciones particulares o populares personadas en la causa.

⁸⁵ AGUILERA MORALES, *El "principio de consenso"*, 1998, p. 310.

norma procesal infringida y las razones de la indefensión, sin que sea exigible acreditar la petición de subsanación de la infracción en primera instancia, puesto que no puede exigirse que la defensa haya mostrado su desacuerdo con la conformidad, cuando el defectuoso desempeño del abogado defensor puede ser una de las causas principales de que la conformidad se preste sin libertad ni conocimiento reforzados. En este sentido el recurrente deberá explicitar el precepto que regule la conformidad en función del procedimiento y exponer que la indefensión se ha producido porque el acusado no ha podido defenderse en juicio de la acusación formulada contra él por haberse conformado coercitivamente o sin conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto.

Lo anterior no suscita mayores dificultades interpretativas, pero ¿cómo acreditar ante el tribunal *ad quem* la falta de consentimiento libre e informado? ¿Podrá solicitarse la práctica de prueba en la segunda instancia por este motivo? Sin duda, el principal problema práctico de todo lo expuesto hasta el momento es la acreditación fáctica de la falta de libertad o conocimiento reforzados. Hemos propuesto un modelo de control judicial para que en la primera instancia pueda quedar acreditada, al menos indiciariamente, la ausencia de este requisito necesario para la validez de una sentencia de conformidad. No obstante, si las garantías preventivas fallan, habrá que acreditar el motivo de impugnación a fin de que pueda ser estimado.

Los medios de prueba que cabe esperar que se propongan son el visionado de la grabación de la vista de conformidad, pruebas periciales sobre circunstancias personales y médicas del acusado que pudiesen comprometer su capacidad para consentir *ibi et tunc*, la declaración del propio acusado, pruebas testificales de personas que hayan podido observar o escuchar presiones indebidas, amenazas, coacciones y cualquier otro medio de prueba útil y pertinente que quepa esperar para acreditar ese extremo. Ahora bien, este listado no se compece con las diligencias de prueba que pueden proponerse en el escrito de formalización del recurso de apelación al amparo del artículo 790.3 LECrim. No se trata de pruebas que versen sobre los hechos litigiosos que no pudieron proponerse en la primera instancia por ser desconocidas o inexistentes, tampoco fueron indebidamente denegadas, ni tampoco son aquellas que no pudieron practicarse por causas que no le sean imputables a la defensa. Sin embargo, entendemos que debe admitirse la práctica de toda aquella prueba útil y pertinente al efecto y la celebración de la vista en caso de ser necesario al amparo del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente al derecho al recurso legalmente establecido. Resultaría absurdo que el ordenamiento jurídico prevea un motivo de impugnación de una resolución judicial y no disponga los medios necesarios para que ese motivo sea estimable, convirtiéndolo de facto en inaccesible. Lo que sucede es que el objeto del recurso es distinto al objeto del proceso: no se van a enjuiciar los hechos descritos en el/los escrito/s de acusación, sino unos completamente distintos, a saber, la capacidad del acusado para conformarse. De esta forma, el tribunal *ad quem* hace las veces de tribunal de instancia respecto de este nuevo objeto. Estamos ante una suerte de medio autónomo de impugnación de sentencias cuya tramitación se sigue conforme al régimen ordinario del recurso de apelación. Al ser un nuevo objeto, las alegaciones efectuadas deberán poder ser probadas ante el órgano que enjuiciará ese objeto por primera vez.

Un indicio poderoso pero insuficiente por sí mismo para estimar un recurso de esta clase es la ausencia de control judicial efectivo de la libertad y conocimiento del sujeto que presta su conformidad. Este indicio puede verse reforzado por dos circunstancias: por un lado, la negativa expresada por el abogado defensor al dictado de una sentencia de conformidad en el momento de la ratificación; y, por otro, la DI del acusado o cualquier otra clase de circunstancia que haga de él una persona especialmente vulnerable. Ahora bien, si directamente no hubo control judicial

(no hablamos de su efectividad), creemos que ese es un motivo suficiente y autónomo para impugnar la sentencia de conformidad. Queda por ver qué tratamiento se dará a la falta de información por escrito del abogado a su defendido en caso de que termine por aprobarse y entrar en vigor el proyecto de reforma. Sin duda, será un poderoso indicio a favor de la falta de conocimiento suficiente de las consecuencias del acto. Pero, ¿podrá considerarse un motivo autónomo para impugnar la sentencia?

Si el recurso de apelación es estimado, el tribunal *ad quem* deberá declarar la nulidad de la sentencia de conformidad y ordenará la retroacción de lo actuado hasta el momento inmediatamente anterior a la presentación del escrito de defensa o de la prestación de la conformidad, en función de las particularidades del asunto.

Si el recurso de apelación es desestimado, ¿cabe la interposición de un recurso de casación frente al mismo? La respuesta del Tribunal Supremo, que compartimos plenamente, es que sí, pues sin perjuicio de la regla general de la inadmisibilidad de los recursos de casación frente a sentencias de conformidad, esta regla «está condicionada a una doble exigencia: que se hayan respetado los requisitos formales, materiales y subjetivos necesarios para la validez de la sentencia de conformidad y que se hayan observado en la sentencia los términos del acuerdo»⁸⁶. El motivo de la casación debe articularse en torno al artículo 849.1 LECrim (infracción de ley) y una infracción de la norma constitucional por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho a un proceso con todas las garantías. No obstante, hemos de advertir que lo que se infringe no es una norma de carácter sustantivo, sino de carácter procesal, pero que tiene un impacto directo sobre el contenido de la sentencia. Por tanto, aunque el Tribunal Supremo haya admitido recursos de casación en este sentido articulados como una infracción de ley y no un quebrantamiento de forma, no podemos dejar de remarcar el carácter problemático de este encaje, que revela nuevamente las lagunas y antinomias de la conformidad.

b. Impugnación de la sentencia firme

Sin perjuicio de lo expuesto anteriormente, lo más probable es que la falta de libertad o conocimiento reforzado a la hora de prestar la conformidad se ponga de manifiesto una vez transcurrido el plazo para interponer el recurso de apelación frente a la sentencia de conformidad o habiéndose expresado la decisión de no recurrir la misma. Como pusimos de manifiesto anteriormente, «Plena Inclusión» ha advertido del grave problema de infraidentificación de la DI durante el transcurso de un proceso judicial, siendo muchas (demasiadas) veces puesta de manifiesto con ocasión del ingreso en el centro penitenciario del ya condenado⁸⁷. De esta forma, no resulta improbable que, al pasar desapercibido este extremo y al realizarse un control judicial insuficiente, se conforme quien en apariencia tenía capacidad para ello y luego se ponga de manifiesto lo contrario.

El problema se agranda aquí sobremano, pues parece que las vías impugnatorias se cierran por completo: ¿cabe la interposición de un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones si no se interpuso recurso de apelación? Además, la revisión de sentencia firmes no es el procedimiento adecuado para poner de manifiesto la falta de consentimiento libre e informado. En efecto, como argumentamos anteriormente, ese sería el cauce adecuado para impugnar una sentencia de conformidad que no apreció una eximente completa o incompleta o una atenuante

⁸⁶ STS 690/2018, Penal, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2018:4558).

⁸⁷ DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado*, 2020, p. 68.

de la responsabilidad criminal por no haberse tenido en cuenta la discapacidad intelectual del sujeto durante el proceso, cuando, de haberse contemplado, debería haber determinado la aplicación de alguna de éstas. Ambas cuestiones pueden estar íntimamente ligadas, pero tienen un fundamento y unos efectos distintos. El diseño procedimental de la conformidad parece abocar a una situación endiablada a los encausados especialmente vulnerables, sobre los que recae un riesgo especialmente intenso de que se conformen sin la debida libertad ni conocimiento exigidos. Creemos que, si la DI del encausado no fue identificada, no fue debidamente tomada en cuenta o no se realizaron las adaptaciones necesarias para garantizar su derecho a entender y ser entendido, se abren dos vías posibles: por un lado, puede sostenerse que, a pesar de todo, la sentencia no es firme y sigue cabiendo la apelación; por otro, se puede articular un incidente extraordinario de nulidad con base en la imposibilidad de haber denunciado la vulneración de un derecho fundamental antes de que recayese la resolución impugnada. Esta propuesta no está exenta de problemas y, sin duda, no resulta del todo satisfactoria, pero la alternativa es peor, por lo que merece la pena ensayar los argumentos favorables a esta posición.

— La primera vía, el recurso de apelación (y subsiguiente recurso de casación), se encuentra abierta si se entiende que el *dies a quo* para la interposición del recurso de apelación no computa hasta el momento en el que se identifique o ponga de manifiesto la DI (o una mayor gravedad a la considerada en el proceso) del sujeto como indicio probable de falta de capacidad concreta para prestar su conformidad de forma válida y, por tanto, que el plazo para recurrir no ha empezado a correr. El fundamento de todo plazo procesal para recurrir reside en que, teniendo la persona a la que perjudica la resolución judicial la carga de poner de manifiesto su disconformidad, el legislador debe prever un periodo de tiempo previsible y suficiente para que quien pretenda recurrir lo haga, pero compatible con la seguridad jurídica y con la necesidad de dar término al proceso. Si el sujeto sobre el que recae esa carga no tiene conciencia de esta, ya sea porque no le fue notificada correctamente la resolución, o porque no tenía la capacidad intelectual suficiente para comprender su contenido, no debería verse privado de hacer uso de la facultad de recurrir la resolución, so pena de producirle indefensión. Por tanto, si nadie apercibió la discapacidad intelectual, como sustrato biomédico que puede producir la falta de consentimiento libre e informado de la conformidad, ni se tomaron las adaptaciones o prevenciones para que ese sujeto tomase conocimiento real del contenido de la sentencia, entonces debe brindarse la oportunidad a la parte afectada para que haga uso de las vías impugnatorias «ordinarias» que el ordenamiento jurídico-procesal le brinda para articular su impugnación. Es decir, no se trata de que los plazos para interponer un recurso de apelación se encuentren prorrogados *ad infinitum*, sino que, al contrario, no puede entenderse que hayan comenzado a computar.

— La segunda vía pasa por el incidente extraordinario de nulidad. Éste deberá ser interpuesto en el plazo de 20 días desde que se haya identificado la discapacidad, situación que, en todo caso, habrá de suceder en el plazo de cinco años desde la notificación de la resolución. No debe ser inadmitido bajo el argumento de que no se denunció la vulneración de un derecho fundamental antes de recaer la resolución que puso fin al procedimiento, ni de que ésta era susceptible de recurso de apelación, puesto que estos extremos se encontraban íntimamente ligados con la vulneración de derechos fundamentales que se está alegando. Creemos que este incidente debe articularse en torno al derecho a un proceso con todas las garantías y el derecho a no padecer indefensión (artículo 24.1 *in fine*). Este derecho se define como el derecho a:

«no sufrir en el seno de un proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales de defensa -alegación y/o prueba- a lo largo de todo el mismo o de cualquiera de sus fases o incidentes, siempre que tal privación o limitación de la defensa acarree un perjuicio efectivo y definitivo a los derechos e intereses substantivos del justiciable y que dicho resultado no le sea imputable a quien lo alega»⁸⁸.

La privación esencial de las posibilidades de defensa que condujeron a una condena de la persona con DI es el producto de esa discapacidad que le condujo, por una parte, a prestar su conformidad y a renunciar al ejercicio del derecho fundamental a la defensa sin conocimiento o libertad suficiente, y, por otra, a no advertir por sí mismo la situación de indefensión y recurrir la sentencia de conformidad. De forma que la misma vulneración de derechos fundamentales denunciada fue la que le condujo a no denunciarlo por los cauces ordinarios previsto al efecto.

Creemos que ambas alternativas son válidas, sin perjuicio de que quien acuda directamente al incidente extraordinario de nulidad no podrá formalizar un recurso de apelación con posterioridad. De no aceptarse ninguna de estas posibilidades, el horizonte para reparar situaciones de esta naturaleza sería el desierto más absoluto y la perpetuación de la indefensión. Aquel sujeto que se hubiere conformado de forma coercitiva o ciega, renunciando a todas sus posibilidades defensivas, se enfrentaría a una situación en la que no le quedaría más remedio que aceptar la pena impuesta sin su voluntad: no podría interponer un recurso de apelación, no podría plantear un incidente extraordinario de nulidad de actuaciones, ni tampoco podría pretender una revisión de la sentencia firme.

5. Conclusiones: las tres paradojas de la conformidad del acusado con DI

Este trabajo se ha propuesto revisar las costuras del instituto de la conformidad a las puertas de su generalización. Cuando el sujeto que presta su conformidad con la acusación adolece de una causa de vulnerabilidad, como es el caso de las personas con DI, el diseño de la conformidad deviene problemático y arroja las siguientes paradojas:

(i) Las personas con DI son sujetos que no pueden ser privados de su capacidad jurídica ni procesal, por lo que son susceptibles de prestar válidamente su conformidad. La conformidad como manifestación de la autonomía de la voluntad debe ser prestada de forma libre y con conocimiento de las consecuencias jurídicas del acto. El juicio de discernimiento, intención y libertad que debe efectuarse para controlar la validez del consentimiento sólo puede ser *hic et nunc*. Ello supone que el único acto susceptible de ser controlado es el de la ratificación del acusado ante el juez. Si se verifica el consentimiento libre e informado, la conformidad es, de reunir el resto de los requisitos, válida.

Ahora bien, esto quiere decir que aquellos acusados a los que, tras la celebración del juicio oral, se les hubiese tenido que apreciar una eximente completa o incompleta de la responsabilidad penal pueden conformarse con la imposición de una pena si en el momento de prestar la conformidad se encuentran lúcidos y muestran no haber sido coaccionados y tener conocimiento del objeto y las consecuencias de su acto.

⁸⁸ BORRAJO INIESTA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/FERNÁNDEZ-FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, 1995.

Al igual que el inocente que se conforma, al inimputable se le cierran las puertas de los medios ordinarios de impugnación de la declaración de culpabilidad en sentencia, quedándole sólo el proceso impugnatorio autónomo y excepcional de la revisión de sentencias firmes.

Por tanto, el diseño actual de la conformidad genera dislocaciones en la relación entre el proceso penal y el Derecho sustantivo. El primero deja de ser un instrumento ancilar del segundo, destinado a realizarlo, y pasa a convertirse en un obstáculo y una fuente de disfunciones. Si la norma sustantiva quiere la absolución del inocente y del inimputable (sin perjuicio de la posible imposición de una medida de seguridad), el proceso le devuelve la imposición de una pena sin casi posibilidades de reparación.

(ii) La conformidad es un instrumento al servicio de la agilidad y la eficiencia destinado a luchar contra el muy terrible riesgo de colapso de nuestro sistema de Justicia penal. La descarga de trabajo de los órganos jurisdiccionales está en el fondo de su introducción y ampliación. Esto se ha traducido en una regulación en la que se exige un control judicial del consentimiento libre e informado de aquel que se conforma, pero sin desarrollar de forma alguna su contenido real ni la forma en la que debería llevarse a cabo. De esta forma, en la práctica cotidiana de los Juzgados y Tribunales de nuestro país, no alcanzamos a encontrar ejemplos de un auténtico control material de la autonomía de la voluntad del sujeto que se conforma, a pesar de que en ese acto procesal un sujeto está solicitando que se le imponga una pena renunciando al ejercicio de derechos fundamentales. En nuestra opinión, la conformidad es hoy en día en España un rito procesal industrializado.

No obstante, aunque no se pueda privar de la facultad de conformarse al acusado con DI, se debe presumir su falta de libertad y conocimiento informado. Ello exige una auténtica labor cognoscitiva y exploradora de la voluntad del acusado que se conforma por parte del órgano sentenciador que deberá adentrarse a verificar si esa presunción derivada de su vulnerabilidad se ve enervada o no.

De esta forma, un instrumento diseñado para ahorrar tiempo de trabajo y obtener la resolución del proceso de forma celeré, se tiene que transformar en un acto pausado, lento y que exige una auténtica valoración judicial.

(iii) Una de las manifestaciones concretas de la voluntad del legislador de diseñar un instrumento celeré es la posibilidad de anunciar la decisión de no recurrir en el momento del acto, a fin de declarar la firmeza de la resolución de forma inmediata. Esa declaración de firmeza dificulta sobremanera las posibilidades posteriores de impugnar una conformidad que no se haya prestado con una autonomía material reforzada.

Ahora bien, la celeridad expeditiva no casa bien con las necesidades de las personas con DI en un proceso. Esta relación complicada está ínsita en el fundamento del artículo 7 *bis* de la LEC, que busca garantizar que el proceso no sea una realidad ajena y distante del interviniente con DI, garantizando su participación en condiciones de igualdad. El proceso entra aquí en conflicto consigo mismo: lo que para un adulto de la población general puede ser una garantía de certidumbre, en el caso de un acusado especialmente vulnerable puede ser la fuente de una trágica y gran incomprensión. El derecho a entender y ser entendido de las personas con DI es puesto en entredicho por diseños procedimentales que favorecen la rapidez en la obtención de condenas.

Creemos que para evitar estos efectos indeseados existen posibles soluciones:

— La primera pasa por la desarrollada en este trabajo: reforzar el control judicial de la libertad y el conocimiento de las consecuencias jurídicas del acusado al prestar su conformidad.

— La segunda consiste en prohibir las conformidades de personas con DI ante el Juzgado de guardia en el seno de unas diligencias urgentes, ordenando su transformación a diligencias previas, sin perjuicio del derecho posterior del investigado a acogerse a la figura del «reconocimiento de hechos» y provocar una nueva transformación a diligencias urgentes para obtener el beneficio penológico de la conformidad.

— La tercera radica en la restricción del ámbito de las penas conformables. Las sentencias de conformidad deben ser una excepción en nuestra Justicia penal y reducirse a delitos de menor gravedad y que conlleven el riesgo de colapsar la Administración de Justicia.

— La cuarta exige dar cumplimiento al artículo 13.2 CDPD y capacitar a los operadores jurídicos, policiales y penitenciarios para ser capaces de identificar posibles situaciones de DI. La infraidentificación sigue siendo uno de los factores de riesgo más importantes que arrojan los efectos indeseados analizados en este trabajo.

— La quinta reside en reconocer la inimputabilidad como una causa para el dictado del sobreseimiento libre en fase de instrucción, dejando a salvo el derecho de los perjudicados por el delito de acudir a la vía civil para ejercitar la acción por responsabilidad civil.

Sin perjuicio de esta batería de propuestas, lo fundamental es guardar en mente los principios que deben inspirar cualquier reforma del diseño procedimental de la conformidad. Por una parte, la conformidad no puede ser un instrumento que provoque situaciones indeseadas por el Derecho penal sustantivo, es decir, se deben disminuir al máximo los riesgos de que se imponga una pena a inocentes o inimputables. Por otra parte, la conformidad sólo es legítima si es un auténtico ejercicio de la autonomía de la voluntad material del acusado. Por lo tanto, su regulación deberá aminorar los incentivos que conviertan en tentador cualquier posibilidad de coacción, intimidación o influencia indebida y deberá garantizar el mayor y mejor conocimiento del acusado de las consecuencias de su acto.

6. Bibliografía

AGUILERA MORALES, «La deriva del “principio” del consenso», *Revista ítalo-española de Derecho Procesal*, (2), 2019, pp. 37 ss.

———, *El “principio de consenso”: la conformidad en el proceso penal español*, Cedecs Editorial, Barcelona, 1998.

ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, *Estudios de teoría general e historia del proceso: (1945-1972)*, Universidad Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídica, Ciudad de México, 1974.

ALCOCEBA GIL, «Consideraciones generales sobre el nuevo anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal» en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 25 ss.

ALEMANY CARRASCO/QUINTA TOUZA/RECIO ZAPATA/SILVA NOZAL/MANZANERO PUEBLA/MARTORELL CAFRANGA/GONZÁLEZ ÁLVAREZ, *Guía de intervención policial con personas con Discapacidad Intelectual*, Fundación Carmen Pardo-Valcarce, Madrid, 2012.

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, *Right to access justice under article 13 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, Organización de Naciones Unidas, Nueva York, 2018.

ÁLVAREZ LATA/SEOANE, «El proceso de toma de decisiones de la persona con discapacidad. Una revisión de los modelos de representación y guarda a la luz de la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad», *Derecho privado y Constitución*, (24), 2010, pp. 11 ss.

ARMENTA DEU, *Lecciones de Derecho Procesal penal*, 7ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2013.

BACHMAIER WINTER, «Justicia negociada y coerción. Reflexiones a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Revista General de Derecho Procesal*, (48), 2018, pp. 1 ss.

BANACLOCHE PALAO, «El proyecto de ley de eficiencia procesal y el proceso penal: una reflexión crítica sobre las innovaciones propuestas», *Diario La Ley*, (10103), 2022, pp. 1 ss.

BLUME/JOHNSON/MILLOR, «Convicting Lennie: Mental Retardation, Wrongful Convictions, and the Right to a Fair Trial », *Cornell Law Faculty Publications*, (56-3), 2012, pp. 943 ss.

BORRAJO INIESTA/DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ/FERNÁNDEZ-FARRERES, *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA/ENCINAR DEL POZO/MARCHENA GÓMEZ/MORENO VERDEJO/TORRES-DULCE LIFANTE, *Código Penal. Jurisprudencia. Concordancias. Comentarios. Índice analítico*, Edisofer libros jurídicos, Madrid, 2018.

COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, *Observación general núm. 6 (2018) sobre la igualdad y la no discriminación*, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2018.

———, *Observación general núm. 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas, 2014.

DE ARAOZ SÁNCHEZ-DOPICO/GONZÁLEZ ANTÓN/MARTÍN SANZ/IZQUIERDO GARCÍA, *A cada lado. Informe sobre la situación de personas con discapacidad intelectual reclusas y ex-reclusas en España*, Plena Inclusión, Madrid, 2020.

DE LA OLIVA SANTOS, «Voto particular al informe sobre el anteproyecto código penal de 1992 del Consejo General del Poder Judicial», *Cuadernos de política criminal*, (48), 1992, pp. 645 ss.

DE LA OLIVA SANTOS/ARAGONESES MARTÍNEZ/HINOJOSA SEGOVIA/MUERZA ESPARZA/TOMÉ GARCÍA, *Derecho procesal penal*, 6ª ed., Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2003.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *La persona con discapacidad intelectual en prisión. Estudio. Separata del volumen II del Informe anual 2019*, Defensor del Pueblo, Madrid, 2019.

FERRAJOLI, *El paradigma garantista. Filosofía crítica del derecho penal*, Trotta, Madrid, 2018.

———, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, 10ª ed., Trotta, Madrid, 2011.

FLORES PRADA, «Discapacidad procesal del encausado por razón de trastorno mental en el ALECRIM de 2020. Especial referencia al problema del enjuiciamiento» en EL MISMO (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 183 ss.

———, «Garantías constitucionales en el enjuiciamiento de acusados con falta de capacidad procesal por trastorno mental grave», en EL MISMO (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 363 ss.

GARRET, «The Substance of False Confessions», *Stanford Law Review*, (62-4), 2010, pp. 1051 ss.

GASCÓN INCHAUSTI, *Derecho procesal penal. Materiales para el estudio*, E-print Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2021.

———, *La valoración de la prueba pericial sobre la imputabilidad*, E-print Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2008.

GOLDSCHMIDT, *Derecho, derecho penal y proceso*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2016.

GÓMEZ DE LIAÑO DIEGO, «Exigencias del derecho de defensa de los investigados/acusados con problemas de salud mental en el proceso penal», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 253 ss.

HERNÁNDEZ MOURA, «Enfermedad o trastorno mental, capacidad procesal y justicia penal negociada en la regulación actual y en el ALECRIM de 2020», en FLORES PRADA (dir.), *Discapacidad y riesgo de los sujetos pasivos con trastorno mental en la justicia penal. Estudios sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Criminal de 2020*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 321 ss.

IPPOLITO, *El espíritu del garantismo. Montesquieu y el poder de castigar*, Trotta, Madrid, 2018.

LASCURAÍN SÁNCHEZ/GASCÓN INCHAUSTI, «¿Por qué se conforman los inocentes?», *InDret*, (3), 2018, pp. 1 ss.

LECIÑENA IBARRA, «Reflexiones sobre la formación de la voluntad negocial en personas que precisan apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica», *Revista de Derecho Civil*, (IX-1), 2022, pp. 257 ss.

LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (dir.), *Código Penal con jurisprudencia sistematizada*, 7ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.

LUZÓN PEÑA, «Culpabilidad y libertad», *Revista jurídica de la Universidad de León*, (6), 2019, pp. 1 ss.

———, «Libertad, culpabilidad y neurociencias», *InDret*, (3), 2012, pp. 1 ss.

MANZANERO PUEBLA/RECIO ZAPATA/ALEMANY CARRASCO/CENDRA, *Atención a Víctimas como Discapacidad Intelectual*, Fundación Carmen Pardo-Valcarce, Madrid, 2013.

MARTÍNEZ DÍE, «El juicio notarial de capacidad en su dimensión negativa. Régimen jurídico y consecuencias», *La notaría*, (5), 2002, pp. 64 ss.

MARTÍNEZ GARAY, *La imputabilidad penal: concepto, fundamento, naturaleza jurídica y elementos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

MORENO CATENA, «Enfermedad mental y capacidad en el proceso penal», en FLORES PRADA (dir.), *Trastornos mentales y justicia penal. Garantías del sujeto pasivo con trastorno mental en el proceso penal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 69 ss.

MORENO CATENA/CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 8ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho penal. Parte General*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

MUYO BUSSAC «El rol del facilitador en los procesos civiles en los que intervengan personas con discapacidad intelectual», en HERRERO PEREZAGUA/LÓPEZ SÁNCHEZ (dirs.), *Los vulnerables ante el proceso civil*, Atelier, Barcelona, 2022, pp. 365 ss.

———, «Sobre el impacto del artículo 7 bis LEC en la práctica de la prueba testifical de las personas con discapacidad intelectual en el proceso penal», en MORENO FLÓREZ (dir.), *Problemática jurídica de las personas con discapacidad intelectual*, Editorial Dykinson, Madrid, 2022, pp. 71 ss.

NIEVA FENOLL, *Derecho Procesal III. Proceso penal*, Marcial Pons, Madrid, 2017.

OBSERVATORIO ESTATAL DE LA DISCAPACIDAD, *La situación de la población reclusa con discapacidad en España*, Observatorio Estatal de la Discapacidad, 2018.

RECIO ZAPATA/ALEMANY CARRASCO/MANZANERO PUEBLA, «La figura del facilitador en la investigación policial y judicial con víctimas con discapacidad intelectual», *Siglo Cero: Revista Española sobre Discapacidad Intelectual*, (43-243), 2012, pp. 54 ss.

SANZ MORÁN, «Relevancia procesal de la inimputabilidad», en GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y Razonar: estudios jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 601 ss.

SCHUMANN BARRAGÁN, *El derecho a la tutela judicial efectiva y la autonomía de la voluntad: los contratos procesales*, Tesis doctoral (inérita), Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2022.

URRUELA MORA, *Imputabilidad penal y anomalía o alteración psíquica*, Comares, Bilbao-Granada, 2004.

VEGAS TORRES, *La presunción de inocencia del art. 24.2 de la Constitución en el proceso penal español*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1992.