

Psiquiatría y Ley: preguntas y respuestas

Antonio Medina

María José Moreno

Rafael Lillo

Julio Antonio Guija

(Editores)



Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

psiquiatria.com

Psiquiatría y Ley: preguntas y respuestas

Antonio Medina, María José Moreno,
Rafael Lillo, Julio Antonio Guija
(Editores)



Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

© Del prólogo 1º: El autor

© Del prólogo 2º: El autor

© De la obra: Los autores

© De la edición:

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental
C/ Arturo Soria, nº 311, 1º B
28033 Madrid (España)
Tel. 91 383 41 45
feesm@feesm.org
www.feesm.org

Editado por psiquiatria.com
C/ Valldargent, nº 27, bajo
07013 Palma de Mallorca
Balears, España.
e-mail: info@psiquiatria.com

Maquetación: Juan Carlos Asensio Moreno.

No se permite la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea éste electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin la autorización escrita del editor, bajo las sanciones establecidas por las leyes

Primera edición 2016
Nº de páginas: 199
ISBN: 978-84-941401-8-1
Depósito legal: PM 920-2016

Sumario

Índice de autores

Prefacio

Prólogo 1º

Prólogo 2º

Capítulos:

1. Aspectos psiquiátricos y jurídicos de los comportamientos violentos. M.J. Jaén, M.J. Moreno, R. Lillo, A. Medina.
2. Aspectos psiquiátricos y jurídicos del daño moral. J.A. Guija, L. Giner, M. Núñez, J. Giner.
3. Aspectos psiquiátricos y jurídicos de la victimología. M.J. Moreno, M.J. Jaén, R. Lillo, A. Medina.
4. Aspectos psiquiátricos y jurídicos del testimonio. R. Lillo, M.J. Jaén, M.J. Moreno, A. Medina.
5. Aspectos psiquiátricos y jurídicos en patología postraumática. M.J. Jaén, M.J. Moreno, R. Lillo, A. Medina.
6. Aspectos psiquiátricos y jurídicos en adicciones y patología dual. M.D. Franco, M. Núñez, L. Giner, J.A. Guija.
7. Aspectos psiquiátricos y jurídicos de los delitos sexuales. M.J. Moreno, M.J. Jaén, R. Lillo y A. Medina.
8. Aspectos psiquiátricos y jurídicos del tratamiento involuntario. M. Núñez, J.A. Guija, M.D. Franco, L. Giner.
9. Aspectos jurídicos y psiquiátricos de la capacidad civil. M. Núñez, J.A. Guija, L. Giner, J. Giner.
10. Aspectos médicos y jurídicos del informe pericial psiquiátrico. J.A. Guija, L. Giner, M. Núñez, J. Giner.

Índice de autores

1. Franco Fernández, María Dolores.
Profesora Titular de Psiquiatría. Sevilla.
2. Giner Jiménez, Lucas.
Psiquiatra. Profesor Contratado Doctor. Sevilla.
3. Giner Ubago, José.
Catedrático de Psiquiatría. Sevilla.
4. Guija Villa, Julio Antonio.
Psiquiatra. Médico Forense. Instituto Medicina Legal. Sevilla.
5. Jaén Moreno, María José.
Psiquiatra. Profesora Interina de Psiquiatría. Córdoba.
6. Lillo Roldán, Rafael.
Profesor Titular de Psiquiatría. Córdoba.
7. Medina León, Antonio.
Catedrático de Psiquiatría. Córdoba.
8. Moreno Díaz, María José.
Profesora Titular de Psiquiatría. Córdoba.
9. Núñez Bolaños, María.
Magistrada. Juzgado de Instrucción. Sevilla.

Prefacio

El presente libro tiene como propósito fundamental dar a conocer de un modo accesible y estimulante ciertos aspectos seleccionados que relacionan a la Psiquiatría con el Derecho.

Para este cometido hemos elaborado un texto en el formato de pregunta y respuesta que resulte práctico a los psiquiatras y profesionales del derecho —con especial interés por la judicatura y la fiscalía— interesados en consultar aprender o profundizar sobre estos temas.

El libro ha sido organizado en diez capítulos en los que se recogen los aspectos más sobresalientes de cada tema en cuestión.

En los cuatro primeros hemos incluido aspectos generales relacionados con el ámbito penal. Son los que hacen referencia a los comportamientos violentos, el daño moral, la victimología y el testimonio.

Del quinto al séptimo planteamos la importancia que tienen algunos trastornos psiquiátricos en el medio penal, como son la patología postraumática, la patología dual o los delitos sexuales.

En el octavo y el noveno hemos abordado problemas psiquiátricos relacionados con el ámbito civil, de gran interés para el psiquiatra, como son el tratamiento involuntario y la capacidad.

Por último, en el décimo capítulo, que trata sobre el peritaje, hemos concretado la actividad a realizar por el psiquiatra ante los tribunales de justicia.

La relación entre la Psiquiatría y el Derecho es cada vez más manifiesta. El entendimiento, el acuerdo y la utilización de un lenguaje común la meta a conseguir. Ese ha sido nuestro único fin. Esperamos haberlo conseguido.

Los Autores

Prólogo 1º

La edición de un libro siempre es un ensayo. Este libro nace en Córdoba, en el marco de los llamados “Encuentros Jurídico Psiquiátricos”. Tras varios años de reuniones ininterrumpidas entre juristas y psiquiatras y haber facturado varias monografías sobre temas diversos relacionados, surgió, a iniciativa de la Sociedad Española de Psiquiatría y de la Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental, la posibilidad de editar una obra que recogiera sintéticamente aquellos aspectos prácticos que fueran de interés para los colectivos representados en las citadas reuniones de Córdoba, pertenecientes al ámbito de la medicina legal y forense, de la psiquiatría, de la abogacía, de la judicatura, de la magistratura, etc. Esta iniciativa fue recogida con entusiasmo por los autores de este libro, que rápidamente se pusieron “manos a la obra”.

Al tener en mis manos el manuscrito, no he podido por menos que rememorar mi interés por estos temas desde hace ya muchos años, podría decir que prácticamente desde mi infancia, cuando en el marco familiar nos relataban la historia de Juan Díaz de Garayo, alias “el sacamantecas” y quizás el primer asesino en serie español, que vivió en Álava en el siglo XIX y que entre los años 1870 y 1879 asesinó y violó a seis mujeres. Fue apresado en 1880 y condenado a muerte, murió por garrote vil al año siguiente en la prisión del Polvorín Viejo de Vitoria. Se hizo famoso por sus crímenes en toda España y se usaba su nombre para asustar a los niños. Su historia, además de estremecer a los que la escuchábamos muchos años después a través de nuestros abuelos, tuvo gran repercusión mediática y social en su tiempo.

También la tuvo en medios “profesionales”. Era la época de Cesare Lombroso y El Hombre Delincuente. Al criminal, se decía, se le reconocía con rapidez y facilidad por su aspecto

físico: “frente breve y huidiza, cerebro pequeño, ojos juntos, nuca plana, todo ello prueba irrefutable de su degeneración. Todo esto le viene de nacimiento y, por tanto, hay que estudiar los antecedentes familiares de los criminales para encontrar signos que delaten sus futuras tendencias criminales. Además, la conducta criminal empeora con la vida disoluta y el abuso del alcohol”. Primaban las doctrinas frenológicas, según las cuales “las facultades psíquicas están localizadas en zonas precisas del cerebro y en correspondencia con relieves del cráneo. El examen de estos permitiría reconocer el carácter y aptitudes de la persona”. Estas teorías, que databan de principios del siglo XIX y fueron planteadas por el médico alemán Franz Joseph Gall y divulgadas en España por Mariano Cubí a partir de 1840, fueron poco a poco siendo desacreditadas y prácticamente desaparecieron a finales de siglo, si bien volvieron a presentar un cierta reactivación a la luz de las teorías de Darwin y Lombroso a finales del XIX.

El caso del “sacamantecas” movilizó a juristas, ciencia médica y alienistas en toda España. Fue examinado por médicos de la municipalidad, médicos militares, farmacéuticos y alienistas. Entre ellos, el famoso Doctor D. José María Esquerdo, el más afamado alienista de España en la época y ferviente lombrosiano. En la vista oral, contra la opinión de Esquerdo, aquellos declararon a Garayo plenamente responsable de sus actos. El Dr. Esquerdo defendió la tesis de que Garayo era lo que se llamaba “un loco que no lo parece”, no era consciente de sus actos como así lo indicaban su cráneo, su cerebro, su familia y su entorno. Lo describió como “un imbécil y un idiota moral” al que había que ingresar en un manicomio pero, en ningún caso, aplicarle el garrote vil, que es lo que finalmente se hizo en el año 1881.

Con la controversia aún viva y el cadáver de Garayo caliente, asistirán a la autopsia de “el sacamantecas”, en defensa de sus respectivas teorías, numerosos periodistas, médicos, alienistas, entre ellos Esquerdo. Los hallazgos, al parecer, según proclamó

él mismo, apoyaron las ideas del Dr. Esquerdo. En el informe de la autopsia que publicó el periódico La Vanguardia se decía: “El criminal ha dejado de serlo; el cadáver ha resuelto el problema; su cerebro abierto ha manifestado la causa del crimen; su encéfalo ha sido una revelación”. En fin, el Sacamantecas no era un criminal, simplemente estaba loco, “aunque no lo parecía”.

La Medicina ilustró en este caso a los tribunales y trató de evidenciar, al parecer sin éxito, hechos ocultos o misteriosos que no podían ser conocidos sin explicaciones médicas en el caso de Garayo. En todo caso, las diferencias de criterios entre médicos forenses y alienistas se decantaron por los primeros y el criminal fue ajusticiado. Estos hechos, sin embargo, abrieron el camino para una mayor sensibilización en los tribunales acerca de las condiciones anímicas de numerosos delincuentes y hasta donde podía alcanzar la responsabilidad criminal en muchos de ellos. Constituyó también un gran impulso a la pericia médico legal psiquiátrica, esbozada anteriormente por autores tan conocidos como Pedro Mata y Luis Lecha.

Desde entonces hasta aquí, el desarrollo de la psiquiatría legal ha sido discontinuo pero manifiesto y debemos rendir tributo en este sentido a la escuela del Profesor Alfredo Calcedo, que ha contribuido de forma brillante a la formación de numerosos expertos en psiquiatría legal en nuestro país, al “grupo de Córdoba”, encabezados por el Profesor Antonio Medina y la inestimable colaboración del Doctor Julio Guija, la Profesora María José Moreno, el Profesor Rafael Lillo y el Profesor José Giner, que intuyó en su día la necesidad de integrar conocimientos y experiencias entre juristas y psiquiatras, arbitrando unos encuentros que año tras año generan fruto. Fruto operativo y fruto práctico, como lo son los propios encuentros, las monografías que se editan, el arbitraje de prácticas para jueces y quizá, por difícil, lo más sobresaliente, el acercamiento a una mejor comprensión de dos culturas diferentes: la jurídica y la psiquiátrica.

La obra que tienen ustedes en sus manos, es el resultado de todo ello. Se abordan en ella, desde una perspectiva práctica, en forma de preguntas y respuestas, aspectos médicos y jurídicos del peritaje psiquiátrico, de los comportamientos violentos, del daño moral, en victimología, en patología postraumática, de los delitos sexuales, de las adicciones y de la patología dual, del tratamiento involuntario, del testimonio, de la capacidad y de la responsabilidad del psiquiatra.

Aquí queda plasmado el esfuerzo de unos pocos y brillantes profesionales en beneficio de muchos otros. Esperemos les sea de utilidad.

Miguel Gutiérrez Fraile. Presidente Sociedad Española Psiquiatría.

Prólogo 2º

La interrelación entre la Psiquiatría y el Derecho es tan evidente que casi no necesita explicación ni fundamentación. El Derecho tiene en cuenta en muy diversas instituciones, tanto de Derecho público como de Derecho privado, el estado psíquico de las personas; por ello, el Derecho necesita inexcusablemente de la Psiquiatría ya que ésta tiene como objeto el estudio de las funciones psíquicas y su funcionamiento. Al Derecho interesan los conceptos jurídicos de «conciencia» y «voluntad», es decir, las funciones psíquicas que se anidan en ellos.

Así el Derecho necesita de la Psiquiatría para determinar la imputabilidad de una persona, de las que padecen alguna de las llamadas perversiones sexuales, de las que sufren aquellas adiciones que puedan incidir su libre albedrío, así como la capacidad de obrar, las captaciones de la voluntad, la credibilidad de un testigo o la existencia de un daño moral o daño psíquico.

Pero la Psiquiatría y el Derecho parten de distintos presupuestos y persiguen distintos fines. La Psiquiatría parte de la noción de salud mental, entendida como el normal funcionamiento de las funciones psíquicas, y su finalidad es comprender la realidad desde la perspectiva de su disciplina científica con el propósito de tratar las deficiencias y los trastornos psíquicos. Por su parte, el Derecho parte de la normalidad o anormalidad psíquica de los sujetos a fin de atribuirle o no responsabilidad, validez a sus actos o fiabilidad a su testimonio y un sin fin de cosas más, que una a una son todas tratadas en el libro que tengo el honor de prologar.

Una apreciación más me parece conveniente. Hemos dicho que la Psiquiatría trata de comprender, mientras que al Derecho lo que le importa es justificar o no determinadas conductas humanas. Ahora bien, pese a ello, para el Derecho es imprescindible el peritaje psiquiátrico con el fin de construir el juicio jurídico, pues el perito

aporta al juez un conocimiento del que carece y que necesita para interpretar la realidad.

Por ello resulta especialmente interesante la labor que se realiza en estos textos, tal es la del acercamiento y la permeabilización entre los mundos de la Psiquiatría y el Derecho y la comprensión de sus distintos conocimientos científicos, llevado a cabo mediante el abordaje multidisciplinar de todos los fenómenos que interesan a ambas ciencias y que supone el acercamiento de los psiquiatras al Derecho y de los juristas a la Psiquiatría, lo que genera sin duda un resultado extraordinariamente valioso.

En el marco del Derecho penal hoy arranca con fuerza la construcción de un nuevo Derecho penal construido desde la perspectiva de la víctima y no sólo ya del autor del delito. La aprobación por ley en España del Estatuto de la Víctima, por exigencias del Derecho europeo, obliga al replanteamiento del Derecho penal, dando cabida a la llamada justicia restaurativa y a la satisfacción del interés de la víctima -entendido no sólo como interés económico, sino también emocional- como fin casi principal del proceso penal y de la sentencia. Ello implica necesariamente la entronización entre las ciencias penales de una ciencia que aparece como estrella rutilante: la victimología.

Por otro lado, el Derecho también condiciona el tratamiento de los trastornos mentales. En España la instauración del estado de derecho, derivado de la aprobación de la Constitución de 1978, ha tenido indudable incidencia en todo ello. El «loco» ya no es considerado, por ese solo hecho, un peligro para la sociedad y la convivencia, es un enfermo más a tratar, por lo que el internamiento por tiempo indeterminado, a veces de por vida, de estas personas se ha erradicado de nuestra sociedad.

Otra consecuencia de lo que digo es que el operar de la Psiquiatría se ha judicializado; la garantía judicial determina las decisiones del psiquiatra, que como regla necesitará de la autorización de un

juez para el tratamiento involuntario de los pacientes, cuestión que también es objeto de atención en estos estudios, para su ingreso temporal involuntario en centros de tratamiento, así como para suministrarle determinados fármacos y otros tratamientos al enfermo. En este campo no deja de haber nuevos retos a los que se enfrentan psiquiatras y juristas, basta pensar en la posibilidad de llevar a cabo el tratamiento ambulatorio involuntario de enfermos en libertad, hoy sujeto a debate en el campo político.

Pues bien, el enorme prestigio y la más que sólida formación de los profesionales de ambas disciplinas que aparecen a lo largo de esta publicación garantizan la consecución del objetivo propuesto, esto es, acercar a juristas y psiquiatras a sus respectivas ciencias, ayudar a unos y otros a comprenderse, lo que sin duda será muy beneficioso para el desarrollo de sus futuros conocimientos y construcciones científicas que aún están por llegar.

Estoy plenamente convencido del acierto indudable de este libro, un fruto más de las reuniones de trabajo patrocinadas por la Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental y la Sociedad Española de Psiquiatría, que anualmente se celebran en Córdoba organizadas por los autores del libro que estoy prologando, con el nombre de Encuentros Jurídico-Psiquiátricos, y plasmadas en los «Documentos Córdoba».

Una última observación: tanto el Derecho como la Psiquiatría trabajan con conceptos ideales, no tangibles, por lo que los términos empleados por cada una de esas disciplinas adquieren un relevante valor para su entendimiento recíproco. Pues bien, la búsqueda de un lenguaje común, entendido por todos ellos será sin duda un éxito para el trabajo futuro de esos profesionales. Porque ello, en esta obra, se ha logrado con creces, vaya mi enhorabuena a sus muñidores y participantes.

Emilio de Llera Suárez-Bárcena. Fiscal. Doctor en Derecho.

1

Aspectos psiquiátricos y jurídicos de los comportamientos violentos

M.J. JAÉN, M.J. MORENO, R. LILLO, A. MEDINA

1. ¿Qué es un comportamiento violento?

La OMS define la violencia como el uso intencional de la fuerza o poder físico, amenazantes o reales, en contra de uno mismo, de otra persona, grupo o comunidad, que resulte o tenga alta posibilidad de resultar en heridas, muerte o daño psicológico, disfunciones o privaciones.

En los comportamientos violentos se distinguen cuatro niveles de explicación: el psicológico de la impulsividad, el familiar del aprendizaje, el ambiental de la competitividad y el social de la frustración. Todos ellos funcionan retroalimentándose.

2. ¿Qué probabilidad de riesgo de comportamientos violentos tienen los enfermos mentales? ¿Existe algún prototipo de enfermo mental potencialmente peligroso?

Existe una modesta asociación entre enfermedad mental grave y conductas violentas, siendo el prototipo un hombre esquizofrénico, con diagnóstico de abuso o dependencia a sustancias con mala adherencia y/o cumplimiento terapéutico (Guija, JA. 2009).

Por el contrario, la enfermedad mental compensada y con buena adherencia terapéutica presenta la misma probabilidad de conductas violentas que la población normal.

Las enfermedades mentales más proclives a comportamientos violentos son: esquizofrenia, trastornos paranoides, trastornos de personalidad antisocial, trastornos de la inteligencia, trastornos del humor (depresiones y manía), epilepsia y conductas adictivas (Guija, JA. 2009).

3. ¿Se puede predecir el riesgo de conductas violentas en un ser humano?

El riesgo de reincidencia de conductas violentas (peligrosidad en términos jurídicos) es la probabilidad de que se vuelvan a repetir los comportamientos violentos acaecidos en el futuro y está ligado a las circunstancias personales del sujeto en cuestión.

La probabilidad de reincidencia (peligrosidad) es un futurible, su declaración compete al juez, pero en base a distintas fuentes de información.

En el caso de los enfermos mentales, el riesgo de reincidencia de comportamientos violentos estará ligado a sus condicionantes personales en conjunción con la enfermedad que posean, el cumplimiento terapéutico y las incidencias en la evolución del curso clínico. El informe pericial sobre el riesgo de reincidencia debe ser expresado de forma algorítmica (medidas cuantitativas) y alcanzando una predicción temporal razonable (entre tres meses y diez años suele ser la norma) (Guija, JA. 2009). Los rasgos que componen el perfil de personalidad antisocial son de gran valor en la predicción de reincidencia de violencia: la baja tolerancia a la frustración, la inestabilidad emocional, la irritabilidad, la impulsividad y la falta de empatía son signos específicos de desadaptación y de respuesta al exterior basada en la violencia (Cano, J. 2009).

4. ¿Cuáles son los elementos a valorar para predecir el riesgo de conductas violentas?

Existen tres elementos esenciales de valoración según Guija (2009):

- a) **Nocividad:** Hace referencia a la lesiva, temible y apasionada que fue la conducta delictiva pretérita del sujeto sobre la que hemos de efectuar la probabilidad de su repetición.
- b) **Motivación por la norma o intimidabilidad:** Grado de refuerzos maduros adquiridos por el sujeto sobre las bases de adherencia a la solidaridad grupal (contrato y orden social) frente a los refuerzos más simples y primitivos como el castigo o el premio.
- c) **Subcultura:** Pertenencia a grupo social que por procedencia étnica, religiosa, ideológica o de costumbre se regule por imperativos normativos, fuertemente arraigados, diferentes a los que se comparte y obedece en nuestro seno social.

Así en las personalidades antisociales es predecible una alta nocividad unida a bajos niveles de motivación para el cumplimiento de la norma. La valoración del riesgo de reincidencia en un enfermo mental tras cometer un acto delictivo deberá conjugar el análisis de las diferentes funciones psíquicas para ver como inciden sobre la motivación de la norma o la intimidabilidad. Por ejemplo, no todos los enfermos con temática delirante autorreferencial de persecución van a ser agresivos; sin embargo cuanto mayor sea la implicación con esta temática y menor motivación normativa tengan, mayor es la probabilidad de cometer violencia (Guija, JA. 2009).

5. ¿Qué elementos debe recoger el informe pericial para que la autoridad judicial valore el potencial riesgo de comportamientos violentos?

Todos aquellos que permitan una valoración actuarial (algorítmica) de los factores de riesgo y de los de protección (Guija, JA. 2009). En este sentido, Benezech (2002) propone los siguientes:

A. Predictores relacionados con la infancia del sujeto

- Entorno familiar roto y abusivo
- Brutalidad parental, acontecimientos traumáticos
- Pérdida precoz de un padre
- Educación fría, permisiva, hostil
- Falta de supervisión por parte de los padres
- Imposiciones familiares o institucionales
- Tendencias incendiarias, enuresis, crueldad hacia los animales
- Fracaso escolar

B. Predictores relacionados con antecedentes criminales

- Precocidad en la delincuencia
- Multiplicidad y gravedad de las infracciones
- Condenas por violencia física o sexual

C. Predictores relacionados con el estado mental

- Inmadurez psicológica, intelectual y moral
- Mentalización y verbalización deficientes
- Introspección difícil
- Incapacidad para comunicar con otros

1. COMPORTAMIENTOS VIOLENTOS

- Carácter extrovertido con ansiedad
- Personalidad psicopática o límite
- Trastornos psicóticos
- Conductas adictivas
- Impulsividad patológica, pérdida de control
- Automutilaciones
- Comportamiento imprevisible, irracional
- Cólera, hostilidad o resentimiento crónicos
- Egoísmo, ausencia de compasión, falta de afectividad
- Hiperemotividad, inestabilidad emocional
- Fanatismo político, religiosos

D. Predictores relacionados al modo de vida y a las actitudes sociales

- Inadaptación sociofamiliar
- Falta de empleo, marginalidad, toxicomanía, prostitución
- Tenencia de armas, acceso a instrumentos de violencia
- Conducción de vehículos peligrosa, otras conductas de riesgo
- Relación frecuente con delincuentes
- Actitud de víctima, vivencias de injusticia, críticas a la sociedad
- Negación o minimización de actos violentos pasados

E. Predictores relacionados con la situación precriminal

- Situación de crisis
- Aparición de estado depresivo

- Ideas de suicidio u homicidio
- Abuso de alcohol u otras sustancias
- Actividad e intensidad de síntomas psiquiátricos
- Episodio delirante
- Gran intencionalidad en hacer daño
- Planificación de la agresión

F. Predictores relacionados con la víctima virtual

- Proximidad afectiva y geográfica de la víctima
- Amenazas de muerte en el lugar donde vive la víctima
- Nominación de un perseguidor
- Víctima hostil, provocadora, dependiente, imprudente, joven, de sexo femenino,
Incapacitada, enferma mental, privada de libertad

G. Predictores relacionados con la toma de contacto con los servicios sociales y médicos

- fracasos repetidos en las tentativas de reinserción
- Ausencias de proyectos de futuro realistas
- Actitud negativa en las intervenciones
- Falta de referencias médicas y sociales
- Mala relación con el entorno personal sanitario
- Ausencia, rechazo, ineficacia del tratamiento psiquiátrico

También es de utilidad, en esta metodología de predicción basada en el estudio de variables, el uso de factores históricos, clínicos

y de riesgo (Factores del HCR-20, véase anexo 1, al final del capítulo)

El análisis de estos predictores y su asociación pueden dar una adecuada indicación de la importancia del riesgo estadístico teórico tanto del paso al acto como de las reincidencias (Guija, JA. 2009).

6. ¿Qué son las medidas de seguridad?

Las medidas de seguridad (término jurídico) son la posible respuesta a la fundada sospecha de peligrosidad social que se establece sobre personas que han cometido hechos delictivos. Son aquellas sanciones complementarias o sustitutivas de las penas, que el juez puede imponer con efectos preventivos a aquella persona que comete un hecho típico y antijurídico pero, que de acuerdo con la teoría del derecho, al ser inimputable no puede ser culpado; sin embargo, del hecho y de las circunstancias personales del sujeto se deduce un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos.

Las medidas de seguridad solo pueden ser tomadas por la autoridad judicial, previos los informes que estime pertinentes.

Según el artículo 96 del Código Penal Español se agrupan en dos tipos: privativas y no privativas de libertad.

A. Privativas de libertad

- El internamiento en centro psiquiátrico
- El internamiento en centro de deshabitación
- El internamiento en centro educativo especial

B. No privativas de libertad

- La inhabilitación profesional
- La expulsión del territorio nacional a los no residentes legalmente en España
- La libertad vigilada
- La custodia familiar
- La privación del derecho a conducir vehículos a motor o y ciclomotores
- La privación del derecho a la tenencia y porte de armas

7. **¿Están jurídicamente justificadas las medidas de seguridad predelictuales? ¿Y las postdelictuales?**

No predelictualmente. A tenor del artículo 25.1 de la Constitución Española ha de entenderse que no caben medidas de seguridad sobre quien no haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal. De esta manera, las medidas de seguridad, se fundamentan en el mismo presupuesto de las penas, la necesidad de la protección de la comunidad. (Guija, JA. 2009).

Queda claro en la literalidad del artículo anteriormente citado que sólo postdelictualmente son posibles las medidas de seguridad. Ello plantea el problema de los delitos cometidos por enfermos mentales que son declarados inimputables o semiinimputables y por sus características tienen altas probabilidades de reincidencia (peligrosidad social).

En relación a ello se pueden adoptar medidas para el sometimiento a tratamiento forzoso o el internamiento psiquiátrico involuntario, sin necesidad del consentimiento informado a tenor del artículo 95 y siguientes del Código Penal, además de la obligación del

Estado de tutelar y tratar a los enfermos mentales, toxicómanos, alcohólicos y el de educar y resocializar a menores inadaptados o con graves problemas interrelacionales (Guija, JA. 2009).

8. ¿Qué otras medidas cabe tomar en los enfermos mentales con riesgo de conductas violentas predelictualmente?

Serian medidas cautelares. Se podrían establecer por el juez de incapaces a instancias de los familiares directos del enfermo mental, mediante el procedimiento civil establecido para ello.

9. ¿La potencial peligrosidad de las Personalidades Antisociales obligaría a tomar medidas de seguridad?

En la actual redacción del Código Penal (art 20.1) en la que se equiparan trastorno mental y anomalía y en consonancia con las distintas sentencias del Tribunal Supremo, los trastornos de la personalidad se pueden incluir como posible causa de inimputabilidad o de atenuación de la responsabilidad sin tener que recurrir a la analogía. Por ello pueden darse, en la comisión por un sujeto con trastorno de personalidad de un delito, la apreciación de una eximente completa por inimputabilidad, raras veces, como una incompleta de semiimputabilidad, más frecuente (de Llera, E. 2009).

En los peritajes psiquiátricos ha de valorarse siempre, muy cuidadosamente, la secuencia funcional psíquica en el momento y circunstancias de la comisión del delito.

10. ¿Qué trastorno mental es más proclive a conductas violentas?

Los trastornos de personalidad antisociales. La peligrosidad radica, fundamentalmente, sobre los presupuestos individuales del respeto a las normas sociales (motivación por la norma).

En los trastornos antisociales de la personalidad esta motivación es muy baja y, además, se apoya en un perfil de baja tolerancia a la frustración, alto potencial de descargas impulsivas y se expresa en unas pautas de comportamiento caracterizado por una marcada y persistente irresponsabilidad y despreocupación por las normas, reglas y obligaciones sociales y su incapacidad para sentir culpa y aprender del castigo (Guija, JA. 2009) (Llera, E. 2009) (Medina, A y Moreno MJ. 1998).

Bibliografía

- Cano, J. La relevancia de la presión social en la tipificación de los delitos violentos. Perspectiva psiquiátrica. Aspectos psicosociológicos de la violencia. Violencia, Psiquiatría y Ley. Triacastela. 2009. Madrid.
- Esbec, E. Violencia y trastorno mental. Psiquiatría criminal y comportamientos violentos. Cuadernos de Derecho Judicial. 2005; 8:57-154.
- Ezcurra, J. y Elizabarreta, E: Enfermedad mental grave y crimen violento. Newsletter. Psiquiatría. Vol. 5 N^o 1 (6-9). 2007.
- Flores, I. El enjuiciamiento de los delitos violentos cometidos por inimputables. R. Aspectos psicosociológicos de la violencia. Violencia, Psiquiatría y Ley. Triacastela. 2009. Madrid.
- Folino, O. Evaluaciones del riesgo de la violencia HCR-20. Versión en español adaptada y comentada. La Plata. Interfase. 2004. Forense.
- Guija, J.A. Indicadores de la violencia en las enfermedades mentales. Trascendencia psiquiátrico-forense. R. Aspectos psicosociológicos de la violencia. Violencia, Psiquiatría y Ley. Triacastela. 2009. Madrid.
- Guija, J.A. La enfermedad mental. El trastorno mental transitorio. Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares. Estudios de Derecho Judicial, CGPJ. 2006. Madrid.
- Hare, R. Sin conciencia. Paidós. 1984. Barcelona.
- Lledó, C. Medidas cautelares a tomar en fase de instrucción respecto al enfermo mental presunto autor de una infracción penal. Enfermo mental y proceso penal. Especial referencia a las medidas cautelares. Estudios de Derecho Judicial, CGPJ. 2006. Madrid.
- De Llera, E. Relevancia jurídica de los trastornos de la personalidad. Perspectiva jurídica. Aspectos psicosociológicos de la violencia. Violencia, Psiquiatría y Ley. Triacastela. 2009. Madrid.
- Medina, A; Moreno, MJ; Lillo, R y Guija, JA. Violencia, Psiquiatría y Ley. Triacastela. 2009. Madrid.

Moreno, M.J; Medina, A y Lillo, R. Aspectos psicosociológicos de la violencia. *Violencia, Psiquiatría y Ley*. Triacastela. 2009. Madrid.

Organización Mundial de la Salud. Informe sobre la violencia con efectos físicos en el mundo. *Boletín OMS*. 125. 2002.

Pons, V. Delito y enfermo mental. La respuesta judicial ante la enfermedad mental. *Estudios de Derecho Judicial*. CGPJ.2006. Madrid.

ANEXO 1

Factores del HCR-20 (Webster y col., 1977)		
Históricos (pasado)	Clínicos (presente)	Riesgo
H1. Violencia previa	C1. Dificultad en la introspección	R1. Ausencia de planes de futuro viables
H2. Edad del primer Incidente violento	C2. Actitudes negativas	R2. Exposición a factores desestabilizantes
H3. Relaciones inestables de pareja	C3. Síntomas activos de enfermedad mental grave	R3. Falta de recursos personales
H4. Problemas de empleo	C4. Impulsividad	R4. Inobservancia de las medidas terapéuticas
H5. Problemas con el consumo de sustancias	C5. Resistencia al tratamiento	R5. Alto nivel de estrés experimentado
H6. Trastorno mental grave		
H7. Psicopatía		
H8. Desajuste juvenil		
H9. Trastornos de personalidad		
H10. Incumplimiento de supervisión		

Aspectos psiquiátricos y jurídicos del daño moral

J.A. GUIJA, L. GINER, M. NÚÑEZ, J. GINER

1. ¿Qué es el daño moral?

El daño moral viene representado por una alteración del ánimo, inquietud, ansiedad o sufrimiento psíquico o espiritual que causan, en algunas personas, determinadas conductas positivas o negativas, actividades o hechos, pudiendo coexistir con un menoscabo directo patrimonial o extrapatrimonial o de la personalidad (honor, intimidad, imagen, muerte de un familiar). El daño moral es un concepto jurídico que podría corresponder, en el ámbito médico, con un malestar psíquico que no reúne las características sintomáticas categóricas y/o dimensionales, que para cada trastorno exigen las clasificaciones internacionales.

Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Salamanca 27 de mayo de 2015:

“...es incuestionable que las circunstancias acreditadas como causa determinante del abandono por parte del demandante de la vivienda arrendada hubieron de producir en el mismo una situación de ansiedad e inquietud, merecedora de la calificación de daño moral”

2. ¿Qué diferencias existen entre daño moral y daño psíquico?

Por daño debe entenderse toda lesión, disminución o menoscabo sufridos por un bien o interés jurídico. El bien afectado constituye el elemento que diferencia daño moral del daño psíquico. En el

daño moral, el menoscabo afectaba a un estado de tranquilidad y bienestar del sujeto, subjetivo y variable según la persona; en el caso del daño psíquico el bien jurídico protegido es la salud. El daño psíquico es una auténtica merma o lesión a la salud, un daño biológico/corporal.

3. El daño moral ¿es valorado por el psiquiatra?

No. El psiquiatra sólo informa acerca del daño psíquico que es el constituido por las lesiones psíquicas sufridas por una persona así como tratamientos realizados, días que ha tardado en curar, días que ha requerido hospitalización y que haya estado impedido para sus ocupaciones habituales y finalmente, secuelas.

El resarcimiento del daño se va a cuantificar en términos económicos y será el juez quien establecerá este concepto en función de la información suministrada por el informe pericial psiquiátrico. Este daño se encuentra tasado, pues el valor económico de los días de curación, ingreso hospitalario o impedimento para funciones habituales y el valor del punto de secuelas se encuentran señalados en las Resoluciones que la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones dependiente del ministerio de Economía y Competitividad publica anualmente. De igual modo, el valor de las secuelas también están recogidos en la tabla VI del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor (modificada en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación). Señalar que en la misma, se recogen los rangos de puntuación entre los que se puede valorar una secuela en relación a intensidad y gravedad desde el punto de vista físico o biológico-funcional. La puntuación

otorgada tendrá un valor económico de acuerdo a la edad del paciente y viene recogido en la misma norma. Otro concepto a valorar es la tabla IV del citado Real Decreto, debiendo señalar si la lesión permanente (secuela) constituye una incapacidad para la ocupación o actividad habitual de la víctima (la divide en permanente parcial, permanente total, permanente absoluta y gran inválido, especificando las características de cada una de ellas, modificado en la ya citada ley).

El daño moral será valorado por el Juez “atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión, de lo padecido y efectivamente producido” (Ley Orgánica 1/85 de 5 de mayo, sobre protección Civil al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen). Su fijación por el juez es discrecional, valorando las pruebas conforme a la sana crítica y no puede ser revisado por el Tribunal Supremo.

4. ¿Qué diferencias existen entre violencia familiar y de género?

Se entiende por violencia de género cualquier acto violento o agresión, basado en una situación de desigualdad en el marco de un sistema de relaciones de dominación de los hombres sobre las mujeres, que tenga o pueda tener como consecuencia un daño físico, sexual o psicológico, incluidas las amenazas de tales actos y la coacción o privación arbitraria de la libertad, tanto si ocurren en el ámbito público como en la vida familiar o personal. En nuestro sistema jurídico se asimilan el concepto de violencia de género al de violencia sobre la mujer.

El concepto de violencia familiar es un concepto más amplio: se ubica en el seno de la familia pero no limitamos el sujeto activo, agresor, al hombre, ni el sujeto pasivo,

víctima, a la mujer, pudiendo ser sujeto activo o pasivo, agresor o víctima, cualquier miembro de la unidad familiar.

5. ¿Existen diferencias entre los distintos tipos de acoso?

Conforme a la doctrina científica y judicial, el concepto de acoso moral vendría definido como: “Toda conducta reiterada en un período de tiempo más o menos prolongado, efectuada por una o varias personas y dirigida generalmente contra otra, que tenga por finalidad o efecto un trato objetivamente degradante con la consiguiente lesión de la integridad moral de la persona afectada y la degradación de su ambiente de trabajo”. La doctrina científica y judicial toma por tanto en consideración la concurrencia de reiteradas conductas hostiles en un periodo de tiempo más o menos largo, o lo que es lo mismo, la existencia de un plan sistemático, pues ello es revelador de la voluntad o intención de humillar o dañar al otro.

Dependiendo del contexto, este acoso puede ser, entre otros, de tipo sexual, laboral, escolar, psicológico, físico y ciberacoso.

El término mobbing suele utilizarse en el ámbito laboral de tal modo que comprende tanto la acción de una persona (normalmente superior jerárquico) conducente a producir miedo, terror, desprecio o desánimo en el trabajador afectado hacia su trabajo, como el efecto o la enfermedad que produce en el trabajador. Es decir, abarca tanto la acción como las consecuencias de tipo psicológico.

El bullying es el hostigamiento y el maltrato verbal o físico entre escolares. Es un acoso sistemático, que se produce reiteradamente en el tiempo por parte de uno o varios acosadores a una o varias víctimas.

En el bullying se dan tres componentes clave:

1. Desequilibrio de poder entre el acosador y la víctima. Este desequilibrio puede ser real o sólo percibido por la víctima.
2. Intencionalidad en originar daño a la víctima por parte de un acosador o grupo.
3. Reiteración en el comportamiento agresivo hacia la misma víctima.

6. ¿Qué puede valorar el psiquiatra en los casos de acoso en cualquiera de sus variantes?

Hay que distinguir si el psiquiatra actúa como clínico o como perito.

En el caso de actuación como clínico, la función será la habitual: diagnosticar y tratar. Para ello utilizará los medios habituales de acuerdo a la *lex artis*.

La pericial psiquiátrica vendrá determinada por la necesidad de informar al Juez. En este caso, acerca de la víctima habrá que: 1) determinar la existencia de lesión psíquica; 2) establecer la relación de causalidad entre la lesión psíquica y el acoso; 3) concretar si para la curación o “estabilización” de su lesión psíquica ha requerido de una sola asistencia facultativa o, por el contrario, ha precisado de “tratamiento médico” desde la perspectiva médico legal; 4) número de días que ha tardado en curar; 5) número de días que la víctima ha estado impedida para sus ocupaciones habituales como consecuencia de la lesión; y 6) secuelas que han quedado a pesar del tratamiento efectuado, señalándolas de acuerdo al baremo que habitualmente se utiliza a estos efectos que es el “Baremo de tráfico”; modificado en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios

causados a las personas en accidentes de circulación. En él no encontraremos todas las posibles secuelas desde la perspectiva diagnóstica psiquiátrica, por lo que habrá que establecer analogías entre patología diagnosticada y patología recogida en baremo.

Otra posibilidad es que se solicite estudio psiquiátrico acerca de la persona “acosadora” con el objeto de determinar la posible existencia de algún tipo de patología psíquica que afecte a su capacidad de conocer y querer. En este caso se aplicará la conducta habitual de perito psiquiatra, con informe sobre imputabilidad.

7. Constatada la existencia de daño psíquico ¿debe pronunciarse el psiquiatra sobre causalidad?

Hay que distinguir si el psiquiatra aborda la situación desde la perspectiva clínica o desde la pericial.

En el caso de realizar informe clínico de nuestro paciente, es conveniente señalar la sintomatología del mismo y la relación que establece el paciente, no el psiquiatra. El psiquiatra detecta signos y síntomas que el paciente atribuye a un hecho vivencial que puede o no ser cierto en todos sus extremos, pero es como el paciente lo ha vivido. En ocasiones, observamos que el hecho que para el paciente tiene pleno significado y lo vive como causa de sus males no es el elemento único sobre el que asienta la lesión psíquica, pues existen factores de vulnerabilidad que nunca pueden olvidarse. Por ello, como se ha señalado, el informe clínico debe señalar sintomatología y vivencia de causalidad señalada por el paciente.

El informe psiquiátrico-forense es diferente. En este caso, el psiquiatra debe contar no sólo con la información suministrada por el paciente sino con los antecedentes judiciales del hecho

(atestado, testigos, aportaciones de familiares, etc.), todo lo cual da una visión más amplia de la realidad, entendiendo por tal no sólo el paciente sino las circunstancias del hecho. Con todo ello, el informe pericial sí debe tener como uno de sus elementos fundamentales la relación de causalidad, pues si ésta no queda acreditada, no es factible atribuir la sintomatología al hecho por el que existe una persona encausada y un procedimiento abierto.

8. ¿Se puede solicitar el informe pericial psiquiátrico en los procedimientos de familia? En caso afirmativo ¿en qué situaciones?

Sí, y de hecho se hace. Es posible solicitar el informe psiquiátrico cuando existen sospechas de patología psiquiátrica en alguno de los progenitores, lo que podría afectar a la resolución sobre custodia o régimen de estancias con el progenitor no custodio (mal llamado visitas). También puede ser relevante la constatación de patología mental en los menores, ya no sólo para determinar el régimen de custodia sino incluso para valorar la posible situación de desamparo del menor y su retirada de los progenitores.

9. En caso de tener conocimiento de la agresividad de un paciente hacia el entorno familiar ¿tiene el psiquiatra obligación de tomar alguna iniciativa?

Debemos concretar a qué tipo de agresividad nos referimos. Si es la habitual, ya externalizada por un paciente cuando se descompensa, la propia familia ya está habituada, tiene conocimiento y toma sus precauciones. Ahora bien, si por el contrario no existe conocimiento por parte de la familia al tratarse de una circunstancia nueva en el contexto de una enfermedad clínica y el psiquiatra tiene sospecha

fundada de que el paciente pueda pasar al acto y no se resuelve con el tratamiento, pues el paciente ante falta de conciencia de enfermedad se niega al mismo, debe procederse a la indicación de ingreso involuntario por el riesgo que supone para otras personas y la imposibilidad de tratamiento en medio ambulatorio.

10. Los procedimientos de familia (divorcio, separación, uniones de hecho, nulidad) en los que interviene el psiquiatra ¿son iguales en los juzgados de violencia sobre la mujer y los de familia o primera instancia?

Si. Los procedimientos son los mismos. El procedimiento de divorcio, separación o el previsto para establecer medidas sobre los hijos nacidos en uniones de hecho, son los mismos con independencia de que la competencia para conocer de los mismos corresponda al juez de familia, primera instancia o al de violencia sobre la mujer. Estos procesos serán competencia del juzgado de violencia cuando entre las partes, progenitores, exista un proceso penal abierto por violencia de género.

En estos procesos la actuación del psiquiatra será en función de los solicitados por el Juez. Dado que las cuestiones de familia son similares, los objetos de la pericia también pueden ser similares independientemente de la jurisdicción en la que nos encontremos.

11. ¿Qué diferencia existe entre patria potestad, custodia y derecho de visita?

Son cuestiones netamente diferentes que a veces se confunden, especialmente la patria potestad y la custodia.

Mientras los hijos son menores de edad, los padres tienen una

serie de deberes hacia ellos, para su protección y formación, y para cumplirlos y decidir según la conveniencia de cada momento necesitan amplias facultades sobre la persona y bienes de sus hijos. El conjunto de esos deberes/facultades es lo que llamamos patria potestad.

En los supuestos de ruptura o disolución del vínculo matrimonial, la patria potestad de los progenitores sigue siendo compartida, de forma que la toma de decisiones relevantes sobre los hijos ha de ser conjunta; se precisa ejercicio conjunto de la patria potestad por ambos cónyuges para actos tales como autorizar la emancipación, consentimiento para que el menor sea adoptado, asumir gastos extraordinarios no cubiertos por la pensión ordinaria de alimentos, decisiones importantes para la formación y desarrollo integral del menor o toma de decisiones sobre salud del menor (no hablamos de un catarro y su seguimiento, pero sí autorización para internamientos, intervenciones o tratamientos). Los profesionales sanitarios o educativos tienen el deber de informar a ambos progenitores con independencia de quien tenga la custodia del menor.

La custodia no es sino el cuidado diario del menor y que, por lo tanto, debe ser asumido por ambos progenitores en el tiempo que los menores están con cada uno de ellos. Se llama exclusiva cuando el menor está más tiempo con uno de los progenitores, asumiendo éste más relevancia en su cuidado diario. La diferencia es temporal más que cualitativa, llamándose “visitas”, o más correctamente “estancias”, a los tiempos en que el menor está con el progenitor no custodio, tiempo más reducido que el del custodio, pero no por ello con menos contenido.

Los Jueces de Familia consideran que la guarda y custodia se configura como una de las funciones que se integran en la patria potestad y, en consecuencia, no supone un estatus privilegiado del

progenitor a quien se le otorga frente al otro. Asimismo, afirman que la responsabilidad de los progenitores para con la descendencia es conjunta y cada uno de ellos asume la posición de garante del menor cuando el hijo se halla en su compañía, como se desprende de las Conclusiones del Seminario de Jueces de Familia celebrado en mayo de 2004.

En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Córdoba de 31 de marzo de 2006 precisa que tanto los términos “guarda y custodia” como “régimen de visitas y estancias” no son sino dos conceptos temporales de la función de “tenerlos en su compañía”. De ello se desprende que:

- 1º.- La convivencia de los hijos con los padres es siempre compartida, aunque no necesariamente al 50%;
- 2º.- En principio, la custodia no otorga más derechos sobre el menor que los que tenga el padre que ejerce las visitas. Es decir, la separación o el divorcio lo único que implican es que los hijos convivirán más tiempo con el progenitor custodio, pero el resto de las funciones (velar por ellos, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos y administrar sus bienes) siguen siendo compartidas entre ambos porque son funciones que integran el concepto de patria potestad

12. ¿Se puede atribuir la custodia de un menor a un progenitor con enfermedad mental?

La enfermedad mental, en un principio, no es óbice para que un progenitor obtenga la custodia de un menor. Por otro lado, hay que destacar que en Derecho de Familia prevalece “el interés del menor” y que el menor no podemos considerarlo como “un medio”

o “terapia” del progenitor con algún tipo de trastorno psiquiátrico. Por tanto, en estos casos hay que atenerse a la circunstancia concreta y así establecer qué tipo de trastorno mental padece el progenitor, frecuencia de descompensación, intensidad de síntomas y consecuencias de los mismos cuando ello acontece.

De lo anterior se desprende que si nos encontramos ante una persona con trastorno mental que se encuentra habitualmente compensado con tratamiento, pues existe conciencia de enfermedad, y el paciente desarrolla su vida de forma autónoma, estaríamos ante una persona que tiene las mismas posibilidades para ser custodio que aquél que no padezca trastorno mental alguno.

13. ¿Se puede conceder derecho de visita de un menor a un progenitor con enfermedad mental?

La respuesta sería similar a la mantenida cuando se ha hablado de la custodia. Así, 1) prima el “interés del menor” y 2) la enfermedad mental no presupone actitud alguna. Habrá que ir al hecho concreto, determinando diagnóstico del trastorno, evolución y, sobre todo, consecuencias funcionales. Bien es cierto que la visita requiere menos responsabilidades que el ser “custodio mantenido en el tiempo” pero no podemos olvidar que durante el tiempo de la visita ese progenitor “es custodio”, es decir, va a ser responsable de los menores con los que se encuentra compartiendo tiempo. Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, sí es cierto que las reglas pueden ser algo más laxas que el caso de la custodia, pudiendo aceptarse las visitas, aún no encontrándose completamente compensado el paciente, si ésta se llevase a cabo bajo supervisión de otra persona (preferentemente un familiar cercano).

14. ¿Es posible la custodia compartida en caso de que uno de los progenitores tenga enfermedad mental?

Es válido lo referido a custodia y estancias con el progenitor no custodio: principios de 1) “interés del menor” y 2) la enfermedad mental no presupone obstáculo para desarrollar custodia compartida.

Por todo ello, hay que acudir al caso concreto y determinar cuál es la funcionalidad de la persona dependiendo de la enfermedad. En este sentido, hay que concretar que no sólo puede ser la enfermedad mental un posible limitante para desarrollar una custodia. Piénsese en una persona con una lesión medular que obligue a un progenitor a estar permanentemente encamado ¿estaríamos ante la misma situación que una persona con trastorno mental descompensado? En un caso y otro, su funcionalidad estaría muy limitada y habría que acudir al “interés del menor”. Con ello hay que volver a señalar que no es el diagnóstico lo que determina custodia o visita sino la funcionalidad que se derive del mismo.

15. ¿Se puede dar informe psiquiátrico de un hijo al progenitor no custodio?

No sólo se puede sino que se debe. Dado que no ha perdido la patria potestad, continúa siendo progenitor a todos los efectos y debe tener completa información de cuanto acontece en la vida de sus hijos. Como se ha señalado con anterioridad, la custodia es el mero cuidado del menor por el progenitor que lo tiene en cada momento, mientras que es la patria potestad, por regla general compartida, el concepto que integra el conjunto de facultades/deberes para la protección integral del menor que asumen los progenitores.

16. El progenitor no custodio ¿puede ingresar en unidad de hospitalización de salud mental a su hijo?

Sí. No olvidemos que el ingreso siempre se efectúa “por indicación médica”. Ello quiere decir que independientemente del progenitor que lleve al menor a la Unidad de Hospitalización, será el médico de guardia quien lo indicará o en su caso lo rechazará. En cualquier caso, aunque hubiese sido con el mutuo acuerdo de ambos progenitores, el médico de guardia que efectúe el ingreso deberá comunicarlo al Juez en el plazo de 24 horas si el paciente tiene 16 años o menos.

El ingreso en salud mental de una persona con 16 años o menos siempre será involuntario. El menor no puede consentir y el consentimiento para ingreso por razón de trastorno psíquico no puede prestarse por representación.

Entre los 16 y 18 años el consentimiento lo ha de prestar el menor y su tratamiento será igual que el de un mayor de edad.

17. La enfermedad mental y el trastorno de personalidad ¿tienen igual repercusión a efectos de custodia?

Sí. No existe un catálogo de enfermedades (físicas o mentales) que imposibiliten la custodia. Se trata sólo de abordar la situación con sentido común desde un punto de vista clínico y pensando en el interés del menor. Analizar cuáles son las limitaciones en el funcionamiento autónomo de la persona y cómo éstas pueden influir en la relación con los menores. Del análisis cuantitativo (intensidad de síntomas) y del cualitativo (psicopatología y consecuencias en la funcionalidad) dependerá la decisión y, así, un trastorno grave de la personalidad puede afectar más negativamente el “interés del menor” que un trastorno psicótico que se descompense de forma ocasional.

18. Un psiquiatra ¿puede valorar si un menor tiene capacidad para decidir en un procedimiento de familia?

Por definición, los menores no tienen capacidad para decidir. A los menores se les escucha en los procedimientos de familia y, aunque su opinión no es vinculante para el juez, sí puede ser tenida en cuenta. Ahora bien, en ocasiones, por su trascendencia, el juez puede requerir información adicional acerca de los contenidos de las manifestaciones de un menor durante el procedimiento. Esa información puede encontrarse en relación con la exigencia de algún tipo de trastorno o anomalía psíquica que distorsione las manifestaciones o bien con alteraciones emocionales, que sin llegar a constituir un trastorno propiamente dicho de los recogidos en las Clasificaciones Internacionales, sí estén sesgando o mediatizando la información que proporciona. En estos casos, los Jueces de familia acuden de forma habitual a los equipos psicosociales adscritos a los Juzgados de Familia. No obstante lo anterior, bien a petición de estos mismos equipos, bien por iniciativa propia del juez, puede ser solicitado informe pericial psiquiátrico acerca del menor.

Bibliografía

Adam Muñoz, M.D. Formas de trato indigno y delimitación. En: “Trato indigno”. Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R.; (Editores). Editorial Atrium Comunicación Estratégica SL (21-42). Barcelona. 2005.

Bobes García, J.; Bascarán Fernández, M.T.; García-Portilla González, M.P.; Sáiz Martínez, P.A.; Bousoño García, M.; Formas clínicas y problemas diagnósticos. En: “Trato indigno”. Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León, A.; Moreno Díaz, M.J.; Lillo Roldán, R. (Editores). Editorial Atrium Comunicación Estratégica SL. (93-106). Barcelona. 2005.

Camacho Laraña, M.; Trato indigno y patología psiquiátrica: caminos etiopatogénicos. En: “Trato indigno”. Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Editorial Atrium Comunicación Estratégica SL. (67-80). Barcelona. 2005.

De Llera Suárez-Bárcena, E.; Legislación y trato indigno. En: “Trato indigno”. Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León, A.; Moreno Díaz, M.J.; Lillo Roldán, R. (Editores). Editorial Atrium Comunicación Estratégica SL. (114-154). Barcelona. 2005.

Echeburúa, E.; de Corral, P.; Víctimas y agresores en las situaciones de violencia: ¿hay una personalidad vulnerable? En: “Trato indigno”. Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León, A.; Moreno Díaz, M.J.; Lillo Roldán, R. (Editores). Editorial Atrium Comunicación Estratégica SL. (81-92) Barcelona. 2005.

España. Ley 35/2015 de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. BOE, 23 de septiembre de 2015. nº228, Página 84872.

Guija Villa, J.A.; Dificultades forenses para categorizar la relación existente entre trato indigno y patología psiquiátrica. En: “Trato indigno”. Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León, A.; Moreno Díaz, M.J.; Lillo Roldán, R. (Editores). Editorial Atrium Comunicación Estratégica SL. (155-192). Barcelona. 2005.

Maza Martin, J.M.; Adam Muñoz, M.D. El tratamiento jurídico del acoso u hostigamiento moral en el trabajo. Especial referencia al ámbito penal.

En: “Trato indigno”. Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León, A.; Moreno Díaz, M.J.; Lillo Roldán, R. (Editores). Editorial Atrium Comunicación Estratégica SL (43-63).Barcelona. 2005.

Medina León, A.; Moreno Díaz, M.J.; Lillo Roldán, R.; Concepto genérico de trato indigno. En: “Trato indigno”. Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León, A.; Moreno Díaz, M.J.; Lillo Roldán, R. (Editores). Editorial Atrium Comunicación Estratégica SL. (11-19). Barcelona. 2005.

Méjica, J. Primeras jornadas sobre el trato indigno como factor de riesgo al trastorno mental. En: “Trato indigno”. Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León, A.; Moreno Díaz, M.J.; Lillo Roldán, R. (Editores). Editorial Atrium Comunicación Estratégica SL. (193-211). Barcelona. 2005.

2. DAÑO MORAL

3

Aspectos psiquiátricos y jurídicos de la victimología

M. J. MORENO, M. J. JAÉN, R. LILLO, A. MEDINA

1. ¿Qué entendemos por Victimología?

El término procede del inglés *Victimology* y surge a mediados del siglo XX a partir del trabajo de Hans Von Hering titulado: “*The criminal and his victim*”. La Victimología es una rama de la criminología que se ocupa del estudio científico de la víctima en general, teniendo en cuenta sus elementos biológicos, psicológicos y criminológicos (Ellenberger, 1996).

2. ¿Cuál es su objeto de estudio?

El objeto de estudio se fundamenta en tres pilares:

- a) El nivel individual representado por la víctima.
- b) El nivel conductual relativo a la victimización.
- c) El nivel general que tiene que ver con la victimidad.

3. ¿Cuáles son sus funciones?

- a) Entender el papel de la víctima en el iter criminis (proceso del desarrollo del delito).
- b) Dar asistencia jurídica, moral y terapéutica.
- c) Detectar los temores a la victimización más enraizada en

determinados grupos sociales.

- d) Resaltar la importancia de la víctima en el proceso penal.
- e) Examinar y elaborar nuevas disposiciones legales sobre indemnizaciones así como los mecanismos externos para prevenir la delincuencia y evitar la existencia de víctimas.

4. ¿Qué entendemos por víctima?

El Diccionario de la RAE considera que la víctima es: «La persona que padece daño por culpa ajena o forma fortuita».

La organización de las Naciones Unidas, en su resolución 40/34 de 29 de noviembre de 1985, la definió como: «Toda persona que de manera individual o colectivamente haya sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que prescribe el abuso de poder».

5. ¿Qué diferencias hay entre víctimas directas e indirectas?

La víctima directa es aquella que sufre en su persona el daño físico o moral o el menoscabo de sus derechos fundamentales.

La víctima indirecta es la que sufre la onda expansiva del daño físico o moral cometido sobre la víctima directa: los familiares, compañeros de trabajo, vecinos y resto de personas de la comunidad que quedan afectadas por el temor ante el acontecimiento traumático.

6. ¿Qué entendemos por victimario?

Victimario es el término que desde la Victimología se emplea para designar a la persona que infringe un daño o perjuicio a otra persona (víctima) en un momento determinado.

7. ¿Qué es la victimalidad o victimidad?

Son vocablos sinónimos y hacen referencia a las características extrínsecas e intrínsecas de la víctima que predisponen a serla (Mendelson, 1958). Se considera la vía regia para evitar el proceso de encronización en patología psíquica del daño victimal al proporcionar factores y vías de protección frente a elementos victimantes y victimarios.

8. ¿Qué es la victimización?

Por victimización entendemos el proceso por el que una persona o grupo se convierte en víctima.

9. ¿Qué es una víctima de riesgo?

Es aquella persona que tiene mayor probabilidad de ser víctima.

10. ¿Cuáles son los factores de riesgo?

Enrique Echeburúa (2009) señala que los factores de riesgo aluden a una mayor probabilidad para elegir a una víctima por parte de su agresor y no deben ser confundidos con los factores de vulnerabilidad.

- a) Factores de riesgo estables: Sexo femenino, ser joven, ser inmigrante, vivir solo, carecer de recursos familiares y sociales, haber sufrido una agresión anterior o padecer deficiencia mental.
- b) Factores de riesgo situacionales: Haber consumido alcohol o drogas en exceso en lugares nocturnos, frecuentar entornos marginales o peligrosos, estar enamorada de un toxicómano o de un hombre violento.
- c) Factores ambientales: Todos aquellos que contribuyen y facilitan la agresión sexual y garantizan la impunidad del agresor (Soria y Hernández, 1994): Residir en un internado, estar recluido en prisión, vivir en un ambiente de aislamiento.

Se han podido algunos perfiles de riesgo como el perfil de riesgo para violencia familiar, en el que encontramos a mujeres con antecedentes de maltrato (como víctimas o como testigos) o de abusos sexuales en la infancia, con una deficiencia o alteración psíquica o física, con una personalidad débil, poco asertiva, con baja autoestima, con carencias afectivas, con una dependencia económica del agresor y con unos roles tradicionales fuertemente enraizados.

11. ¿Qué es una víctima vulnerable?

Aquella persona que, habiendo sufrido una agresión, queda más afectada psicológicamente por lo ocurrido en función de la precariedad emocional.

12. ¿Cuáles son los factores de vulnerabilidad?

Son aquellos que van a intervenir amplificando el daño psicológico de la víctima. Los más importantes son la vulnerabilidad psicológica, entendida como un desequilibrio emocional y baja autoestima, junto a la vulnerabilidad biológica en la que el sujeto tiene un menor umbral para la activación psicofisiológica. Todos ellos agravan el impacto y actúan como moduladores entre el hecho violento y su respuesta. Echeburúa (2004) señala los factores de vulnerabilidad ante un suceso traumático.

a) Biográficos

- Victimización en la infancia.
- Antecedentes de sucesos traumáticos anteriores.

b) Psicológicos

- Déficit intelectual.
- Fragilidad emocional previa.
- Mala adaptación a los cambios.
- Sensación de fatalismo ante lo acontecido que conlleva en el extremo a indefensión y desesperanza por utilización de inadecuadas estrategias de afrontamiento.

c) Psicobiológicos

- Elevado neuroticismo.
- Baja resistencia al estrés.

d) Psicosociales

- Falta de apoyo familiar.
- Apoyo social insuficiente.
- Escasez de redes sociales.
- Insuficiente apoyo institucional.

e) Psicopatológicos

- Trastornos psiquiátricos previos (trastornos del estado de ánimo, adictivos, de personalidad, de ansiedad...).

En definitiva, el daño psicológico está en relación a la intensidad y duración del hecho, a la percepción del mismo por parte de la víctima, al carácter de inesperado y riesgo real experimentado, a las pérdidas, a la vulnerabilidad y a la concurrencia de otros hechos pasados o presentes que contribuyan a la victimización.

13. ¿Existen factores de protección?

Sí. La resiliencia es una capacidad del ser humano para responder de manera positiva ante los sucesos traumáticos. Se relaciona con el estilo de apego seguro y posee dos componentes: resistir a la adversidad y transformar las situaciones adversas en oportunidades de desarrollo y crecimiento.

La persona resiliente (resistente al estrés) se caracteriza, siguiendo a Echeburúa y Corral (2005):

- a) Control de las situaciones
- b) Valoración positiva de uno mismo

- c) Estilo de vida equilibrado
- d) Apoyo social y participación activa en actividades sociales
- e) Implicación en un proyecto de vida
- f) Afrontamiento de las dificultades cotidianas
- g) Aficiones gratificantes
- h) Sentido del humor
- i) Actitud positiva ante la vida
- j) Aceptación de las limitaciones personales
- k) Vida espiritual

14. ¿Qué diferencias existen entre victimización primaria, secundaria y terciaria?

Victimización primaria: Es aquella en la que la persona sufre de modo directo o indirecto daños físicos o psíquicos derivados de un hecho delictivo o acontecimiento traumático y por ello suele ir acompañado de efectos que se mantienen en el tiempo. Tiene que ver con las consecuencias iniciales del delito tanto de índole física, psicológica, social y económica (consecuencias objetivas), con la experiencia individual de la víctima (consecuencias subjetivas) y con la respuesta social al padecimiento de la víctima (tanto a nivel preventivo como de mantenimiento de los daños).

Victimización secundaria: Este término fue acuñado por Khüne para referirse a todas las agresiones psíquicas que la víctima recibe en su relación con los profesionales de los servicios sanitarios,

policía o judiciales (interrogatorios, reconstrucción de hechos, juicios, identificación de acusados...) así como a los efectos del tratamiento informativo del suceso por parte de los medios de comunicación.

Es el resultado de la interacción entre la víctima y el complejo aparato jurídico-penal del estado que concluye en un aumento de la victimización.

Shaplan (1990) investigó los elementos que producían más daños siendo los siguientes: la policía, los médicos forenses, el juzgado, los letrados de la defensa y los fiscales.

Victimización terciaria: Dentro de esta se incluye tres temáticas diferentes:

La que procede de la conducta de la misma víctima al construir obsesivamente su identidad en torno a la victimización.

La victimización de los familiares y amigos de la víctima.

La victimización del victimario: En este caso el victimario sería una víctima de las estructuras sociales injustas. Se trata de personas que no son victimarios, pero son tratados como tales, convirtiéndose en víctimas.

Esta victimización puede hacerse a nivel:

- a) Jurisdiccional: Por un error judicial, falsa confesión, actuación de víctimas simuladoras o testigos falsos, una pericial defectuosa...
- b) Judicial: Por la lentitud del sistema, la burocratización, influencias sociales y políticas.
- c) Legislativo: Por la tendencia a la tipificación actual o

subsistencia de una redacción decimonónica.

- d) Policiaco: Negligencias en las diligencias previas o durante la detención policial.
- e) Ejecución de penas: En la prisión preventiva, victimización carcelaria o victimización postpenitenciaria.

15. ¿Qué debe incluir el informe médico-pericial sobre la víctima directa?

- a) Diagnóstico de las lesiones sufridas tanto físicas como psíquicas

Obviando en este capítulo las lesiones físicas, de gran importancia para la evolución posterior de patología psíquica, hemos de señalar que la lesión psíquica se determina como una alteración clínica aguda que sufre la persona como consecuencia del trauma sufrido, que la incapacita significativamente para llevar a cabo su vida con normalidad tanto a nivel personal como laboral, familiar o social (Guija, 2009). El campo más amplio de síntomas se incluye en la patología postraumática.

Debe tenerse en cuenta las siguientes cuestiones (Simon 1995):

- ¿Cumple el trastorno referido por el reclamante los criterios diagnósticos especificados?
- ¿El acontecimiento traumático que presuntamente ha causado el trastorno posee suficiente intensidad como para producir el trastorno?

- ¿Cuáles son los antecedentes psiquiátricos del demandante previos al incidente?
- ¿Está basado el diagnóstico del trastorno únicamente en la descripción subjetiva del demandante?
- ¿Cuál es el nivel de deterioro en el funcionamiento mental del reclamante?

b) Causalidad entre el hecho traumático y las lesiones ocasionadas

Este es uno de los mayores retos a los que se enfrenta el perito médico y es decisivo para la resolución del problema judicial. La relación puede no ser unívoca sino fruto de la mediación de concausas, que a diferencia de las causas son necesarias pero no suficientes para establecer la relación (Guija, 2009).

A tener muy en cuenta:

- El acontecimiento traumático: tipo, cantidad y cualidad.
- La vulnerabilidad psicológica.
- El resultado de la victimización secundaria.

c) Tiempo de curación

Es uno de los elementos que más problemas ocasiona al estar relacionado con las compensaciones económicas. Debemos considerar:

- ¿Quién ha prescrito y seguido el tratamiento?

- ¿Qué tipo de tratamiento ha efectuado?
- ¿Se ha llevado a cabo el tratamiento por parte de la víctima?
- ¿Cuándo se considera que el tratamiento ha llegado a su fin?

También hay que valorar en este apartado, pues puede influir directamente en el tiempo de curación, la propia reacción psicológica de los profesionales, siendo las más frecuentes las de: sobreimplicación y rechazo, negación y confusión entre las necesidades propias y las de la víctima.

d) Secuelas.

Se entiende por secuela la anormalidad del menoscabo resultante tras la realización de un programa de tratamiento y rehabilitación adecuados, una vez que se estabiliza el estado de ánimo y no se esperan mejorías importantes aún con el mantenimiento del programa llevado a cabo. Las secuelas postraumáticas son valoradas por medio de un baremo, que homogeniza las directrices para un amplio grupo de personas y presta seguridad al conocer los parámetros entre los que se mueven la valoración del daño sufrido (Guija, 2009).

16. ¿Cuáles son las alteraciones psicológicas más frecuentes en las víctimas directas?

Antonio Sánchez (2009) señala siete aspectos a tener en cuenta por su relevancia que ayudan a entender el proceso psicológico de la victimalidad y la génesis de psicopatología:

- a) La disociación
- b) El desvalimiento y la indefensión
- c) La angustia
- d) La integración de la experiencia con las oscilaciones entre evitación y reexperimentación
- e) La confusión y la desmentida
- f) Las creencias y convicciones
- g) La cultura

17. ¿Cuáles son las alteraciones psiquiátricas más frecuentes en las víctimas directas?

- a) Reacciones de estrés agudo
- b) Trastornos de pánico
- c) Fobias
- d) Trastorno de ansiedad generalizada
- e) Trastorno de estrés postraumático
- f) Trastornos afectivos
- g) Trastornos por uso de sustancias

18. ¿Cuál es la consideración de la víctima en el sistema penal?

La reaparición de la víctima en el panorama de las ciencias penales

ha producido una verdadera revolución, pudiendo afirmarse que ha motivado la revisión de los fundamentos y fines tradicionalmente atribuidos al Derecho penal y al proceso penal.

En el Derecho penal material se empieza a hablar de la sustitución del modelo vigente de Derecho penal y de sus fines y funciones tradicionales por el de un «Derecho penal de las víctimas o para las víctimas».

En el campo del Derecho procesal penal se pregona la necesidad de transformar el modelo actual de proceso penal en un sistema en el que se otorgue el máximo protagonismo a la víctima, reconociendo a ésta el derecho a configurarlo como un procedimiento de mediación, negociación y avenencia con el infractor, que sustituya su fin tradicional de resolver el conflicto entre la sociedad y el delincuente derivado de la comisión del delito, a fin de lograr -se dice- una reparación integral de la víctima como fin primario y preferente sino único del sistema penal (Emilio de Llera, 2009).

19. ¿Qué entendemos por justicia restaurativa y qué pasos contempla?

La justicia restaurativa es un movimiento amplio, de contenido heterogéneo y todavía en formación, en el que convergen distintas tendencias y corrientes, cuyo elemento común consiste en fomentar métodos de consenso en la solución de conflictos penales.

La justicia restaurativa puede definirse como un movimiento de reforma del sistema de justicia penal que propugna la reparación integral del daño causado por el delito como objetivo fundamental y el consenso entre víctima, infractor y sociedad como método para la óptima solución del conflicto penal.

Descansa en tres ideas fundamentales:

- a) La víctima debe ser la principal protagonista del sistema de justicia penal y debe tener un papel activo en la solución del conflicto.
- b) El objetivo prioritario del proceso penal debe ser la reparación integral del daño causado por el delito.
- c) El método fundamental de trabajo de la justicia restaurativa es la mediación, cuyo éxito pasa por fomentar en las partes (víctima y victimario) la capacidad de diálogo, consenso y acuerdo. (Ignacio Flores, 2009).

20. ¿Qué papel cumple la condena en la recuperación de la víctima?

El proceso penal no resulta idóneo para satisfacer las necesidades de la víctima que contribuya a su restablecimiento personal y emocional, siendo muy cuestionable los efectos terapéuticos de la condena (C. Lledó, 2009).

Bibliografía

Arce, R.; Fariña, F.; Carballal, A.; Novo, M. Evaluación del daño moral en accidentes de tráfico: desarrollo y validación de un protocolo para la detección de la simulación. (2006) *Psicothema*. Vol nº2, 278-283.

Baca, E; Cabanas, M.L: Las víctimas de la violencia. Estudios psicopatológicos. Triacastela. Madrid. 2003.

Baca, E; Cabanas, M.L: Niveles de salud mental y calidad de vida en las víctimas del terrorismo en España. *Archivos de Neurobiología*. 60. (283 – 296). 1997.

Ceverino Domínguez A. Reacciones psicopatológicas postraumáticas. www.institutodevictimología.com.

De Llera E. La víctima en el proceso penal. El sufrimiento de la víctima: *Psiquiatría y ley*. Triacastela. Madrid. 2009.

Echeburúa, E.; Corral, P. ¿Por qué las víctimas no reaccionan de la misma manera ante un mismo suceso traumático? Factores de protección y factores de vulnerabilidad. *El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y ley*. Triacastela. Madrid. 2009.

Echeburúa, E. Superar un trauma. El tratamiento de las víctimas de sucesos violentos. Pirámide. Madrid. 2004.

Echeburúa, E.; Corral, P. Manual de violencia familiar. Siglo XXI. Madrid.1998.

Echeburúa, E.; Corral, P. Víctimas y agresores en las situaciones de violencia: ¿hay una personalidad vulnerable? En A. Medina, M.J. Moreno y R. Lillo (Eds.). *Trato indigno. Encuentros jurídico-psiquiátricos*. Atrium Comunicación Estratégica SL. Barcelona. 2005.

Echeburúa, E.; Guerricaechevarría, C. Abuso sexual en la infancia: víctimas y agresores. Ariel. Barcelona. 2000.

Echeburúa, E.; Corral, P.; Amor, P. J. (2002). Evaluación del daño psicológico en víctimas de delitos violentos. *Psicothema*, 14 (Supl.), 139-146.

Flores, I. Justicia restaurativa y mediación penal entre agresores y víctima: ¿Una alternativa al ius piniendi del Estado? El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y ley. Triacastela. Madrid. 2009.

Guija Villa, J. A. Aspectos psiquiátricos-forenses de la valoración de la víctima. El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y ley. Triacastela. Madrid. 2009.

Herman, J. Trauma y Recuperación. Espasa Calpe. Madrid. 2004.

Instituto de Victimología. www.institutodevictimologia.com. 2008.

Lledó, C: Víctima y proceso penal: ¿derecho al castigo? El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y ley. Triacastela. Madrid. 2009.

Manero Brito, R: La violencia de la sospecha. La construcción de la víctima. El cotidiano. 20. 127. México D. F. 2004.

Medina, A; Moreno, M. J. y Lillo, R. Aspectos psicoantropológicos de la víctima y victimalidad. El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y ley. Triacastela. Madrid. 2009.

Rodríguez Manzanera, L. Victimología. Porrúa. México. 2005.

Sánchez, A. Psiquiatría de la victimalidad. Patocronia y ubicación en las clasificaciones actuales. El sufrimiento de la víctima. Psiquiatría y ley. Triacastela. Madrid. 2009.

Simon, RI. Posttraumatic stress disorder in litigation. Simon RI, ed. Washington: (1995) American Psychiatric Press: 31-84.

Soria, M.A. y Hernández, J.A. El agresor sexual y la víctima. Barcelona. Marcombo Boixareu Editores. 1994.

3. VICTIMOLOGÍA

Aspectos psiquiátricos y jurídicos del testimonio

R. LILLO, M.J. JAÉN, M.J. MORENO, A. MEDINA

1. ¿Qué entendemos por testimonio?

En sentido genérico, el testimonio es la aseveración de algo y está vinculado a la demostración fehaciente de que ese algo ha ocurrido tal y como se expresa. El testimonio es, por tanto, el resultado de la declaración que una persona realiza con el objetivo de establecer la verdad sobre un hecho.

En el ámbito del Derecho, el testimonio es el medio de prueba más antiguo y válido para determinar lo acontecido en el marco de un proceso judicial, traducándose en el relato que el testigo efectúa sobre los hechos de los que tiene conocimiento. No siendo el único medio de prueba, es sin duda, uno de los más importantes y en ocasiones hasta exclusivo.

En el contexto de la jurisdicción Penal, el testimonio adquiere una especial significación, ya que la declaración del testigo, o en su caso de la víctima que actúa en calidad de testigo, se convierte en la prueba clave para que el juez dilucide la verdad de lo ocurrido, debiendo decidir, tras la adecuada valoración de la misma, la culpabilidad o inocencia de una persona, con las consecuencias que de ello se derivan para la misma.

2. ¿Quién puede prestar testimonio y qué características debe cumplir?

En coherencia con la respuesta a la pregunta anterior, nos

centraremos en el proceso Penal, que no es otra cosa que el instrumento para enjuiciar penalmente a una persona. Nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal establece con claridad que cualquier persona física, residente en el territorio español y con independencia de su nacionalidad, podrá ser llamada como testigo para prestar testimonio de cuanto sepa sobre lo que se le pregunte. Siguiendo a Moreno Catena (2013), el testigo es una persona física, siempre ajena al proceso, que declara sobre hechos pasados relevantes para la causa y de los que tiene conocimiento mediante lo que ha visto, oído o percibido. En consecuencia las características esenciales del testigo son:

- a) Se trata de un tercero ajeno al conflicto objeto del proceso penal.
- b) Tiene conocimiento directo de los hechos
- c) Y aun pudiendo ser testigo cualquier persona, el valor de la prueba del testigo depende de su fiabilidad y su sinceridad.

Como en otras ocasiones, también en lo concerniente al testigo y sus características, la jurisprudencia muestra evidentes contradicciones con lo establecido anteriormente, admitiéndose como declaraciones testificales las realizadas por: personas que en modo alguno son ajenas a la causa como las víctimas, las cuales además, no poseen un estatus jurídico propio; quienes no presenciaron de manera directa lo hechos (testigos de referencia); y personas que por razones diversas no pueden cumplir la tercera de las características descritas. Así las cosas, no serán considerados fiables ni podrá exigírseles sinceridad a: menores de edad (especialmente por debajo de los seis años), sujetos con diagnóstico de oligofrenia y tampoco a los enfermos mentales. Como ocurre con todos los testigos, pero de manera particular en los casos de estos últimos, corresponde al juez

valorar los testimonios debidamente asesorado por expertos.

3. ¿Es lo mismo credibilidad que veracidad?

No. Son conceptos íntimamente relacionados y que en ocasiones se emplean como sinónimos, cuando en realidad poseen significados diferentes.

La veracidad es la cualidad de lo que es veraz y por tanto es conforme y se ajusta a la verdad.

La credibilidad es una cualidad inherente a aquello que resulta ser creíble y en consecuencia merece ser considerado como verdadero. Establecer la credibilidad supone primero dilucidar si quien relata un hecho está o no mintiendo (si es o no veraz), y segundo si al no mentir está ajustándose con la mayor exactitud posible en su relato a lo presenciado o conocido por él.

La trascendencia jurídica de ambos conceptos se asocia a la problemática que plantea la prueba testifical. En no pocas ocasiones, la credibilidad de un testigo no implica necesariamente que su testimonio, sin ser o estar distorsionado por la mentira, tenga que reflejar la verdad de los hechos. Ante esta realidad de la práctica judicial, la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece que, con independencia de los informes periciales de credibilidad del testigo, corresponde siempre al juez o al Tribunal la libre valoración de la misma de acuerdo a las reglas de la sana crítica, aclarando en diferentes sentencias que el perito no es más que un auxiliar del juez en esta y otras materias.

4. ¿Puede prestar testimonio la víctima?

Sí. Aunque en un primer momento pueda resultar paradójico,

la víctima y por extensión el perjudicado, pueden actuar como testigos en el proceso penal, como así queda recogido en diferentes sentencias del Tribunal Supremo. Recordemos que existen delitos, como aquellos que se cometen contra la libertad e indemnidad sexuales, en los que la víctima, con alto grado de probabilidad, puede ser el único testigo. Tal vez el ejemplo más claro que ilustra lo anterior, sean los casos de violación.

Aclarado suficientemente que las víctimas pueden actuar como testigos, deben tenerse muy presentes las peculiaridades inherentes a la condición de víctima, las cuales aconsejan un especial celo en la adopción de medidas por parte del Juez, encaminadas al establecimiento de la veracidad y credibilidad de sus testimonios. En estos casos pues, la figura del psiquiatra/psicólogo como peritos, puedan tener una especial relevancia.

5. ¿Puede prestar testimonio un enfermo mental?

Esta pregunta no permite una respuesta dicotómica simple y es que el enfermo mental, como testigo, merece un tratamiento distinto según se trate del proceso civil o penal.

En el primero, la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 361) dispone que “no podrán ser testigos aquellos que se hallen permanentemente privados de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos”, correspondiendo al Tribunal determinar en cada caso concreto, y tras adecuada valoración, como proceder según las circunstancias.

En el segundo de los supuestos, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 417.3) fija que “no podrán ser obligados a declarar como testigos los incapacitados físicos o moralmente”, y de similar forma

al caso anterior, el Tribunal decidirá, en base al asesoramiento de expertos (psiquiatras), las consecuencias que el testimonio del enfermo puedan tener, actuando en consecuencia para determinar de manera individualizada el grado de incapacidad del testigo en función del trastorno mental que presente.

De todo lo anterior, como señala Víctor Escudero (2010), puede deducirse que de la redacción literal de la Ley, un enfermo mental no podrá declarar en el proceso civil, y no está obligado a hacerlo en el ámbito penal.

6. ¿Cuáles son los factores psicológicos que hacen menos veraz el testimonio?

El olvido, la mentira y la sugestión son, sin lugar a dudas, los tres factores que mayor influencia tienen en las divergencias, más o menos apreciables, entre lo que el testigo manifiesta que ocurrió y lo que realmente aconteció.

Es lógico pensar, que en la medida en que estos tres factores alcancen un menor peso de influencia en el testigo o víctima, y en general en todo aquel que preste testimonio en un proceso judicial, estaremos más cerca de alcanzar el objetivo principal de la Justicia, que no es otro que la búsqueda y el establecimiento de la verdad.

7. ¿Qué papel juega el olvido en la veracidad del testimonio?

En la fidelidad o veracidad del testimonio, el olvido actúa como en el resto de situaciones de la vida del sujeto (tanto en sus aspectos cuantitativos de la curva del olvido de Ebbinghaus, como en los cualitativos), y en consecuencia la variable tiempo transcurrido hace que la declaración del testigo necesariamente pierda frescura,

se degrade y se contamine, desvirtuando la exactitud del relato de lo que ocurrió. La valoración del olvido en la prueba testifical es particularmente compleja, ya que en el contexto judicial no es habitual disponer de un registro exacto de lo acontecido con el que comparar el testimonio que inevitablemente se presta siempre bajo la acción del olvido.

8. ¿Puede detectarse la mentira en el testimonio a través de indicadores psicológicos de fiabilidad?

No. Cuando el testigo o la víctima, de forma deliberada y con intención de engañar, prestan un testimonio que, en parte o en todo, se aleja de lo que realmente sucedió, están mintiendo. Y en este contexto hay que dejar meridianamente claro que la psicología no dispone de método fiable alguno para determinar quién miente y quién no lo hace.

Tan sólo cabría señalar, como hace Margarita Diges (2010) que, de forma limitada, se ha demostrado cierta utilidad al emplear técnicas de análisis de declaraciones de niños que han podido sufrir abusos sexuales. La valoración que se realiza en estos casos no se hace tanto sobre la veracidad cuanto sobre la credibilidad, en una dimensión que abarca desde lo muy probablemente creíble hasta lo muy probablemente increíble. Este tipo de análisis es de aplicación exclusiva en los casos de supuestos abusos sexuales, sobre los que la presunta víctima (el menor) carece de conocimientos previos en relación a ningún tipo de práctica sexual.

9. ¿Influye la sugestión en el testimonio?

Sí. La sugestión es, según el diccionario de la R.A.E, la acción de sugerir y también la acción y el efecto de sugestionar. La sugestión,

a través de las preguntas, es considerada uno de los principales medios para contaminar el testimonio de un testigo o víctima en el marco de un proceso judicial. Toda vez que el pilar básico sobre el que se apoya el testimonio es la memoria de quien lo presta, y sabiendo que en toda persona la memoria está sujeta a múltiples influencias que la alteran, determinadas preguntas sugestivas de las que se derivan respuestas dicotómicas concretas (sí/no), pueden terminar produciendo una notable alteración de la veracidad del testimonio.

La pregunta será calificada de sugestiva si señala o inevitablemente provoca una respuesta afirmativa como conclusión final a los presupuestos sobre los que se formula. Será igualmente sugestiva toda pregunta que no se enuncia en relación a aclarar, precisar o conocer determinados acontecimientos, sino que se plantea como la consecuencia natural de lo sostenido en los argumentos previos, sugiriendo de facto una respuesta que elimina en la práctica una contestación distinta a la que se espera obtener antes incluso de ser formulada.

Debemos precisar, que la sugestión actúa al margen de la voluntad del sujeto, y que por tanto si se produce en el interrogatorio de un testigo, no debemos tachar a éste de deshonesto. Corresponde al juez velar para que el testigo no sea sometido a preguntas que por sus características sugestivas, puedan afectar la veracidad de su declaración (artículos 709 y 439 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

10. ¿Hay condiciones o circunstancias que facilitan la sugestión?

Sí. En general se trata de circunstancias ligadas al contexto situacional, más que a factores individuales como la edad del

testigo. Del conjunto de estas condiciones que propician la sugestión, propuestas por Margarita Diges (2010), destacamos las siguientes:

- a) La capacidad que el sujeto tenga para advertir discrepancias entre lo realmente vivido y reconstruido en su memoria, y lo sugerido bajo la forma de “información no exacta o engañosa”. Se establece una relación inversamente proporcional entre la capacidad para advertir lo falso y la disponibilidad para asumir como cierta una información que no lo es. La capacidad de percatarse de posibles discrepancias, dependerá de la intensidad del recuerdo y del nivel de atención que el sujeto prestó en el momento del suceso.
- b) Cuando el testigo es incitado a responder de manera irreflexiva y rápida aceptará como cierta una información que no lo es.
- c) La sugestión, a través de las preguntas, será más eficaz cuando aquellas se centren más en detalles periféricos del recuerdo que en aspectos nucleares del mismo.
- d) La manera de formular las preguntas y el contenido de éstas. Así las preguntas sugestivas que resultan congruentes, hacen que el testigo oponga menor resistencia a la sugestión. Es un hecho comprobado, que aun preguntando sobre un mismo suceso, la respuesta depende de cómo se efectúa la pregunta.
- d) La presencia de una atención débil en el testigo.
- e) La tendencia a completar los recuerdos con detalles accesorios, siempre que sean coherentes con lo vivido.

f) El valor, la autoridad y la credibilidad que el testigo otorgue a quien le proporcione la información sugestiva.

11. ¿Existen indicadores psicológicos para detectar la sugestión?

No. Es imposible detectar por ningún medio el producto de la sugestión, tal y como lo demuestran los siguientes hechos comprobados científicamente por diversos autores: una persona a la que se le haya sugerido una información, no podrá distinguir si lo vivió realmente o es fruto de la sugestión aceptada; no hay diferencias significativas entre el recuerdo de lo real y de lo engañoso; y no sólo pueden sugerirse detalles complementarios de un suceso, sino que un alto porcentaje de personas son capaces de asumir como propios acontecimientos completos que jamás han tenido lugar en su vida, evocándolos con el mismo nivel de convicción que si hubieran tenido lugar en su pasado.

En base a todo lo anterior, hemos de concluir, como sostiene Margarita Diges (2010), que si el sujeto acepta la sugestión, ni éste ni quienes deben valorar su testimonio serán capaces de diferenciar entre lo sugerido y lo auténticamente visto, oído o vivido por quien presta testimonio.

12. ¿Puede evitarse o minimizarse la sugestión?

Será posible evitar la acción sugestiva sobre el testimonio si somos los primeros en entrevistar a quien lo presta y si procedemos teniendo en cuenta las recomendaciones que apuntan numerosos investigadores de la psicología del testimonio (M.L. Alonso-Quecuty, 2001; M. Diges, 2010; A. Merino, 2010):

- a) Tener muy presente el factor tiempo, ya que en la medida en que el tiempo transcurrido entre el hecho acontecido y el testimonio que se presta sobre él, sea menor, disminuye la posibilidad de influencias sugestionadoras.
- b) Evitar ser reiterativos sobre algún aspecto de la declaración.
- c) Abstenerse de emplear lenguaje no verbal sugerente al dirigirnos al testigo. El interrogador deberá mostrarse tranquilo, generar un clima relajado, presentarse adecuadamente y explicar que es lo que se espera del testigo.
- d) Trasladar al testigo que nuestro deseo es que nos relate con claridad y precisión todo lo que recuerde de la situación o hecho de que se trate.
- e) Plantear cuestiones abiertas del tipo ¿qué pasó? o ¿qué vio?
- f) Como quiera que las preguntas abiertas suelen ser contestadas de forma breve, es muy probable que tengamos que repreguntar de nuevo a través de cuestiones abiertas, simples en su construcción gramatical y sin incluir negaciones implícitas en su formulación, evitando cualquier expresión o detalle no mencionados previamente por el testigo (M. Diges, 2010).
- g) Y, por último, es muy recomendable, que el testimonio sea grabado, para con ello permitir que el interrogador pueda realizar su función con mayor atención al testigo y, además, podamos confirmar que no lo hemos

sugestionado (Saiz Roca, 2005; R. Arce, 2005; M. Diges, 2010).

Si damos por hecho que la sugestión se ha producido, tan solo nos queda como alternativa, tratar de minimizar sus efectos. En este sentido, Margarita Diges (2010) concreta tres medidas con probado efecto favorable para mitigar la contaminación del testimonio por sugestión:

- a) Practicar un interrogatorio que siga una secuencia cronológica del suceso.
- b) Si por medio de la grabación previa, o cualquier otra vía, sospechamos qué fue lo sugerido, lo más adecuado es no hacer ninguna referencia a ello.
- c) Y solicitar al testigo que se esfuerce en precisar el origen de cada componente del recuerdo (lo vivió en primera persona, tuvo conocimiento de ello a través de terceros, su fuente fue un medio de comunicación o se lo insinuó la policía).

13. ¿Influye la edad del menor en su testimonio?

Sí. La credibilidad en el testimonio de un menor se ve influenciada por un conjunto de variables asociadas al curso evolutivo de su desarrollo. Desde un punto de vista estrictamente biológico, el elemento que más interviene en la calidad de su testimonio es la edad cronológica del niño.

Los testimonios de los niños mayores (con más de seis años) poseen una mayor credibilidad y veracidad, en comparación con los de los niños pequeños. Estas diferencias se expresan de una forma mas cuantitativa que cualitativa y responden a que en los

niños de mayor edad encontramos: más capacidad para recordar, mayor bagaje de conocimientos acumulados, un desarrollo más perfeccionado del lenguaje, una creciente capacidad para discernir entre lo vivido y lo fantaseado y una clara tendencia a sostener en el tiempo un mismo relato sobre lo acontecido.

A partir de los diez o doce años de edad no es posible encontrar diferencias significativas entre los testimonios de los menores y los de los adultos.

14. ¿Qué factores psicológicos condicionan el testimonio de un menor?

Desde una perspectiva psicológica, R. Caballero y M. D. Mojarro (2010) nos muestran como los factores que pueden influenciar el testimonio del menor están relacionados con:

- a) La aptitud para discriminar entre lo vivido o conocido directamente y lo imaginado o inventado, aunque, en realidad, la tendencia del menor a fabular cuando presta testimonio es muy poco frecuente.
- b) Los aspectos relativos a la memoria, que en el caso de los menores se ve afectada más en su dimensión cuantitativa que cualitativa. A partir de los tres años de edad, los niños declaran con una considerable exactitud, si bien añaden mayor número de detalles a partir de los ocho años. En todos los menores, la evocación del recuerdo es más fiable cuando han sido protagonistas del hecho sobre el que testifican.
- c) La vulnerabilidad a la sugestión, que en el testimonio de los menores adquiere una importancia singular. Si bien se conoce que los niños con edades comprendidas

entre los tres y los cinco años son más propensos a la sugestión, esta tendencia se hace manifiesta solamente cuando el testimonio se refiere a hechos extraños al menor. Los testimonios falsos y los carentes de credibilidad no son exclusivamente atribuibles al nivel de sugestionabilidad del menor, sino que también pueden ser producidos por la acción sugestiva de variables situacionales, que pueden terminar viciando su testimonio.

15. ¿Hay variables situacionales que incrementan la sugestión en los menores?

Sí. La acción sugestiva de variables situacionales con incidencia sobre el menor, no se diferencian mucho de las que actúan sobre el adulto, tan solo verán reforzado su efecto sugestivo por afectar a niños en crecimiento y desarrollo. Las que mayor trascendencia tienen para los menores pueden esquematizarse como sigue:

- a) Las que parten de quien interroga, demandando una alta concreción en detalles, adoptando una actitud intimidatoria o ejerciendo perniciosamente la autoridad que le confiere el estatus que ocupa en relación al niño.
- b) Las que se ejercen por el tipo y/o contenido de las preguntas que se formulan al menor (refiriéndose a un hecho lejano en el tiempo, planteando una sola posibilidad de respuesta o repitiendo la misma pregunta en sucesivas ocasiones).
- c) Y las que tienen su origen en personas cercanas al menor, con frecuencia adultos que conforman su red familiar o social, logrando alterar la pureza del testimonio del niño

que termina por confirmar lo que sus mayores desean, aunque se trate de recuerdos falsos.

16. ¿Es fácil la implantación de recuerdos falsos en el menor?

Sí. Los menores, en particular los que tienen menos de seis años, son especialmente vulnerables al fenómeno de los recuerdos implantados, que siempre hacen referencia a acontecimientos que jamás sucedieron. La implantación de recuerdos falsos se explica bajo las siguientes circunstancias: los menores son sometidos a interrogatorios en los que son presionados en exceso con preguntas sugestivas; las investigaciones sobre los hechos son de larga duración y con insistencia sobre el tema a recordar y siempre existen figuras de autoridad para el menor que median en la inculcación de relatos falsos.

Como muy bien señalan R. Caballero y M.D. Mojarro (2010), cuando los recuerdos han sido implantados en el menor por una persona con evidente ascendencia sobre él, el niño no considera que esté faltando a la verdad, sino que se expresa con pleno convencimiento de lo que afirma. Diferentes estudios de psicología experimental realizados al respecto, demuestran que los menores pueden ser inducidos con cierta facilidad a evocar hechos de manera muy diferentes a como en realidad acontecieron, e incluso a asumir como propios extensos relatos que nunca tuvieron lugar.

17. ¿Por qué puede falsear su testimonio un menor?

Los menores no suelen mentir al prestar testimonio, antes al contrario, si la manera de recoger su declaración es la correcta (preguntas abiertas, relato libre, ausencia de presión al preguntar, no utilizar preguntas sugestivas ni ninguna otra forma de sugestión,

crear un clima de serenidad...) el menor tiende a ser veraz en su testimonio, incluso en los casos de abuso sexual. A pesar de la habitual tendencia a decir la verdad, hay ocasiones en que los menores falsean su testimonio y esto puede deberse a tres motivos:

- a) Proteger a una persona con la que están emocional y afectivamente unidos.
- b) Evitar un posible castigo que puede ser impuesto por personas cercanas al niño y a las que éste teme.
- c) Porque dispongan de información errónea o falsa procedente de otras personas, no solo pertenecientes a su núcleo familiar, sino también evaluadores con poca experiencia u otros agentes relacionados con el proceso judicial (R. Caballero y M.D. Mojarro, 2010).

18. ¿Puede y debe disminuirse la confusión y desorientación del menor en el juicio oral?

Sí. La presencia del menor en el acto del juicio oral implica una situación de estrés sobreañadido para el niño, que puede interferir gravemente la naturaleza de su testimonio. Es por ello que la adopción de medidas encaminadas a disminuir la confusión y desorientación que el niño experimenta al encontrarse en un medio, como el judicial, completamente ajeno para él, redundarán en una mayor calidad de sus declaraciones.

M. Diges y M.L. Alonso-Quecuty (1995) realizan un detallado análisis, tanto de los fuentes generadoras de ansiedad en el menor, como de las directrices encaminadas a que el testimonio de los menores se produzca en condiciones lo más favorables posibles.

Entre las circunstancias que incrementan el estrés, se destacan:

- a) Que el niño se encuentre solo en el lugar reservado para los testigos.
- b) Que tanto el ministerio fiscal como la defensa estén demasiado cerca del niño.
- c) Que jueces, fiscales y abogados ocupen una posición elevada.
- d) La presencia de público en la sala.
- e) El empleo de la clásica toga.
- f) La jerga judicial al dirigirse al menor.
- g) Y la necesidad de elevar el tono de voz por parte del niño.

Las medidas propuestas para contrarrestar las circunstancias anteriores son:

- a) Que el niño esté informado respecto del lugar al que acude y las personas que se encontrará.
- b) Que el menor visite con anterioridad la sala para familiarizarse con el lugar.
- c) Que se aclaren todas las dudas que pudiera plantear el niño.
- d) Poner en conocimiento del menor lo que se espera de él en el juicio oral.
- e) Tener un familiar cerca en el momento de la declaración.
- f) Evitar tecnicismos al dirigirse al niño.
- g) Eliminar las diferentes alturas que pudieran existir en la

sala, así como no emplear vestimentas que impresionen al menor.

h) Impedir el contacto visual con el acusado.

i) Y crear en la sala un ambiente que soslaye la confrontación entre las partes, para evitar un clima de hostilidad que sea vivido por el menor como amenazante.

19. ¿Cómo realizar el diagnóstico pericial psiquiátrico de la simulación?

Corresponde al psiquiatra la objetivación de la misma en su calidad de perito, siendo a través de la prueba pericial psiquiátrica como podrá asesorar al Juez, cuando éste así lo demande.

Ante la sospecha de simulación, el proceso de evaluación de la misma y su diagnóstico pericial por el psiquiatra deben realizarse en base a las siguientes recomendaciones (A. H. Bruno y J. Cabello, 2002):

a) El psiquiatra deberá contar con suficiente experiencia asistencial y médico-legal, así como conocer con detalle todos los pormenores de la causa.

b) No sólo debe limitarse a evaluar las declaraciones del sujeto objeto de la pericia, sino las del resto de testigos, junto con la totalidad de pruebas documentales que le posibiliten la emisión de un diagnóstico retrospectivo de la enfermedad que el sujeto afirma padecer.

c) Realizará una extensa y detallada entrevista clínica, seguida de exploración sistemática física y psicopatológica, así como cuantas pruebas complementarias estime necesarias según el caso al que se enfrenta.

d) Aplicará pruebas de “screening” de la simulación ante el hallazgo de inconsistencias entre lo manifestado por el sujeto y los datos objetivos de la exploración y pruebas complementarias.

e) Empleará una batería de cuestionarios y test de personalidad que ofrezcan un perfil preciso de la personalidad.

f) Por último, será conveniente que contraste la información obtenida del sujeto evaluado con la que le puedan facilitar otros informadores cercanos (familiares, amigos...).

El diagnóstico pericial psiquiátrico de la simulación será más seguro, en la medida en que el psiquiatra pueda demostrar con mayor rotundidad, la ausencia de correspondencia entre los datos derivados de las exploraciones practicadas y los obtenidos de otras fuentes próximas al sujeto, frente a la clínica y curso evolutivo del trastorno o enfermedad presuntamente padecida.

20. ¿Qué elementos valoran los jueces ante un informe pericial psiquiátrico de casos de simulación?

Como apunta Víctor Escudero (2010), diferentes sentencias del Tribunal Supremo han ido delimitando una serie de normas o principios generales que pueden ser de gran utilidad para el psiquiatra, en la elaboración de informes periciales útiles relativos a casos de simulación.

En este sentido y siguiendo al mismo autor, el perito-psiquiatra deberá tener muy presente que los jueces valoran en la evaluación de sus dictámenes fundamentalmente dos aspectos: primero, el conjunto de razonamientos empleados por el psiquiatra (tanto por escrito como oralmente) en el momento del juicio oral; y segundo,

las operaciones periciales practicadas, esto es, el conjunto de medios y datos sobre los que construye su dictamen.

En lo que se refiere a los razonamientos esgrimidos, los Tribunales evalúan y consideran por igual el fondo y la forma en que están expresados por escrito, así como la relación directa que pudiera existir entre los exámenes realizados (que deben relacionarse en el informe) y las conclusiones derivadas.

Respecto de las operaciones periciales practicadas, se recomienda la grabación en vídeo de las entrevistas realizadas al sujeto objeto de la pericia, siempre con autorización directa o indirecta del interesado, al objeto de contar con una base documental a disposición del Tribunal y del propio perito. Así mismo, el perito-psiquiatra deberá tener acceso al conocimiento y análisis del historial clínico completo del presunto simulador, previa adopción de todas las garantías que salvaguarden la privacidad de los datos clínicos, especialmente de aquellos carentes de relevancia (para el perito de la parte contraria) por no guardar relación con el caso que se informa.

Bibliografía

Alonso-Quecuty, M.L. Memoria y contexto legal. Testigos, víctimas y sospechosos recuerdan lo sucedido. En: Sánchez, A; Beato, M. Ámbitos aplicados de psicología de la memoria. Alianza. Madrid, 2001. (171-190).

Arce, R; Fariña, F. Psicología del testimonio y evaluación cognitiva de la veracidad de testimonios y declaraciones. En: Sierra, J. C; Jiménez E. M.; Buela-Casal, G. Psicología Forense: manual de técnicas y aplicaciones. Biblioteca Nueva. Madrid, 2006. (563-601).

Arce, R; Fariña, F. Psicología del testimonio. Evolución de la credibilidad y de la huella psíquica en el contexto penal. Cuadernos de Derecho Judicial. Consejo General del Poder Judicial. Madrid, 2005. (38-103).

Bruno, A.H; Cabello, J. Simulación en Psiquiatría Forense. Cuadernos de Medicina Forense. 1. 2. 2002. (81-93).

De Llera, E. La valoración de la prueba de testigos en el proceso penal. En: Medina, A; Moreno, M.J; Lillo, R; Guija, J.A. Valoración de la capacidad y eficacia del testimonio. Tricastela. Madrid, 2010. (145-190).

Diges Junco, M. La utilidad de la psicología del testimonio en la valoración de pruebas de testigos. Jueces para la democracia. Información y debate. 68. 2010. (51-68).

Diges Junco, M. Testimonio y sugestión. En: Medina, A; Moreno, M.J; Lillo, R; Guija, J.A. Valoración de la capacidad y eficacia del testimonio. Tricastela. Madrid, 2010. (69-105).

Diges, M; Alonso-Quecuty, M.L. Psicología forense experimental. Promolibro. Valencia, 1995.

Escudero Rubio, V. Aplicación práctica de la psicología del testimonio en el análisis y valoración de la prueba. En: Medina, A; Moreno, M.J; Lillo, R; Guija, J.A. Valoración de la capacidad y eficacia del testimonio. Tricastela. Madrid, 2010. (107-144).

Manzanero, A.L. Recuerdos reales y recuerdos sugeridos. Características diferenciales. IV Congreso Iberoamericano de Psicología Jurídica. Madrid. 2001. (491-503).

4. TESTIMONIO

Manzanero, A.L; Diges, M. Evaluación subjetiva de la exactitud de las declaraciones de los testigos. La credibilidad. Anuario de Psicología Jurídica. 3. 7-27, 1993.

Mojarro Práxedes, D; Caballero Andaluz, R. Valoración psiquiátrica de la credibilidad y veracidad del testimonio del menor. En: Medina, A; Moreno, M.J; Lillo, R; Guija, J.A. Valoración de la capacidad y eficacia del testimonio. Tricastela. Madrid, 2010. (243-285).

Moreno Catena, V; Cortés Domínguez, V: Introducción al Derecho Procesal. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

Muñoz, J.M. La evaluación psicológica forense del daño psíquico. Propuesta de un protocolo de actuación judicial. Anuario de Psicología Jurídica. 23. 2013. (61-69).

Prieto, A; Sobral, F. Impacto persuasivo del testimonio seguro e inseguro, ¿dos caras de un mismo fenómeno? Psicothema. 15. 2. 2003. (167-171).

Querejeta, L.M. Validez y credibilidad del testimonio. Cuadernos del Instituto Vasco de Criminología. 13. 1999. (157-168).

Ruiz Vadillo, E. Algunas breves consideraciones sobre la prueba testifical en el proceso penal. Boletín del Ministerio de Justicia. 1767. Madrid, 1996. (365-378).

Saiz Roca, D; Baqués, J; Saiz, M. Psicología del testigo. Conceptos fundamentales. En: Soria, M.A; Saiz, D. Psicología Criminal. Pearson. Madrid, 2009. (123-159).

Uriarte Valiente, L.M; Farto Piay, T. El proceso penal español. Jurisprudencia sistematizada. La Ley. Madrid, 2007.

Aspectos psiquiátricos y jurídicos en patología postraumática

M.J. JAÉN, M.J. MORENO, R. LILLO, A. MEDINA

1. ¿Qué entendemos por trauma?

Entendemos por trauma cualquier estímulo (hecho, acontecimiento, suceso, evento...) que por sus características intrínsecas y/o extrínsecas, por su valor cuantitativo, por su apreciación cualitativa o por su modo de aparición, lleve en el sujeto a la puesta en marcha de mecanismos de afrontamiento, cuya respuesta, estrés, puede hacer enfermar al sujeto o agravar lo existente.

2. ¿De qué mecanismos disponemos para hacer frente a la situación traumática?

El afrontamiento queda definido como los esfuerzos cognitivos y comportamentales cambiantes que el sujeto desarrolla para manejar demandas específicas externas y/o internas que han sido evaluadas como excedentes o desbordantes de los recursos del individuo.

Dentro de las estrategias de afrontamiento, unas van dirigidas a disminuir el trastorno emocional que el estímulo traumático produce, y son entre otras la evitación, la minimización, la toma de distancia, la atención selectiva, la reevaluación, la búsqueda de apoyo emocional, etc; otras pretenden solucionar el problema mediante la búsqueda relevante de soluciones alternativas, cambios en la cuantía motivacional del sujeto o tomar conciencia del problema.

3. ¿Qué entendemos por estrés?

El estrés es la respuesta ante un estímulo estresor; dicho estímulo puede diferenciarse en función de su origen en estresores psicosociales y biogénicos. Ambos funcionan de forma diferente a la hora de provocar una respuesta de estrés. Mientras que los primeros se cualifican como tales por la significación o interpretación que el sujeto le atribuye, los biogénicos no necesitan de dicha interpretación para desencadenar el estrés.

4. ¿Cómo puede explicarse el paso del trauma al síntoma?

Pelechano (2000) señala, siguiendo a Dohrenwend (1984), al menos seis modelos que podrían explicar el paso del trauma al síntoma:

- 1) Modelo de victimización. Se plantea una relación entre el estímulo traumático y la salud-enfermedad, de manera que cuantos más estímulos traumáticos haya, menor será el estado de salud y comenzará la enfermedad con mayor o menor gravedad en función de dichos eventos.
- 2) Modelo de esfuerzo. El estímulo no actúa directamente, sino que produce una serie de cambios psicofisiológicos con respuestas específicas, que suponen una carga para el sujeto y que le llevan a una exigencia adicional en su respuesta, que es la que puede llevar a enfermar.
- 3) Modelo de vulnerabilidad. Lo importante aquí es la predisposición personal en el contexto donde suceda el trauma. Éste actuaría facilitando la aparición de la enfermedad por incremento de dicha vulnerabilidad.

- 4) Modelo aditivo de carga. Hace referencia al poder patógeno no del estímulo en sí, sino de su acumulación, por ello el valor patogénico se deriva del incremento de estímulos traumáticos.
- 5) Modelo de tensión crónica contextual. La interpretación del estímulo traumático se hace en función de los contextos psicosociales y las disposiciones personales que son relevantes y no es el hecho traumático per se el que le lleva a enfermar.
- 6) Modelo de susceptibilidad o sensibilidad a los sucesos. Falla la cualificación del estímulo que siempre es percibido como amenazante y/o peligroso y que desencadena la puesta en marcha de la enfermedad.

El tipo de estímulo traumático, el significado que el sujeto le atribuya, las habilidades de la persona para superarlo, el apoyo social con el que cuente se constituyen en determinantes del paso del trauma a la enfermedad. Es necesario reseñar que no existe una línea precisa causa-efecto; o lo que es lo mismo, adjudicar un trastorno psiquiátrico a un determinado hecho traumático.

5. ¿Qué debemos valorar en la prueba pericial ante un posible daño psíquico?

Si seguimos un orden lógico de los diferentes elementos sobre los que hay que pronunciarse en un informe pericial sobre el daño psíquico posttraumático y que, por tanto, son susceptibles de controversia encontramos:

- 1) Lesión psíquica: “cualquier alteración de la forma o la función consecuencia de un agente externo o interno”. En este campo, la demostración va a ser imposible salvo

en los trastornos orgánicos; sin embargo, la objetivización de la alteración de la función si es perfectamente asumible utilizando el método de estudio psiquiátrico: la entrevista clínica.

Al estar hablando de patología psíquica postraumática, hay que dejar claro que el elemento traumático o estresante es absolutamente necesario, pero que aquí, al contrario que en la patología física, no es imprescindible el daño somático ya que la mera exposición a un agente estresante, sin sufrimiento físico, puede dar lugar a patologías psíquicas.

El grado de daño psicológico (lesiones y secuelas) está mediado por la intensidad y la percepción del suceso sufrido (significación del hecho y atribución de intencionalidad), el carácter inesperado del acontecimiento y el grado real de riesgo sufrido, la mayor o menor vulnerabilidad de la víctima, la posible concurrencia de otros problemas actuales (a nivel familiar y laboral, por ejemplo) y pasados (historia de victimización), el apoyo social existente y los recursos psicológicos de afrontamiento disponibles. Todo esto configura la mayor o menor resistencia al estrés de la víctima (Echeburúa, 2002).

Desde la perspectiva médico-legal debemos tener en consideración los dos elementos señalados: características del agente traumático y la vulnerabilidad del individuo sobre el que asienta. Sólo de esta manera podemos descartar la sospecha, que en el mundo pericial hay que tomar en consideración: la simulación.

- 2) Tiempo de curación. Debe ser expresado en días y preferiblemente hablar de “compensación psicopatológica”, sería equivalente a la de “estabilización lesional”, término empleado en la valoración del daño corporal, para referirnos

a aquella situación en la que el proceso clínico ha mejorado todo lo esperable y no se prevé evolución positiva alguna aunque siga realizando tratamiento.

Para determinar de la forma más aproximada posible este dato, tenemos que tener en consideración varios aspectos pues todos ellos incidirán en mayor o menor medida (Guija, 2009):

- ¿Quién ha prescrito el tratamiento?
 - Seguimiento del tratamiento. La evolución positiva de la sintomatología no será posible mientras que no se haya producido un verdadero compromiso por parte de la víctima y lleve a cabo un tratamiento adecuado.
 - Finalización del tratamiento. Tiene su importancia de cara a la resolución del problema judicial tal como es “tiempo de curación”.
- 3) Secuelas. Hay que considerar la secuela como la anormalidad o menoscabo resultante tras la realización de un programa de tratamiento y rehabilitación, una vez se considera estabilizado el estado clínico y no se esperan mejorías importantes aún con el mantenimiento del programa llevado a cabo.

6. ¿Qué cuestiones debe tener en cuenta un perito en los casos de patología postraumática?

La valoración del daño psíquico es un proceso que tiene como objetivo informar a la persona que debe tomar una decisión sobre los beneficios a la víctima. No sólo debe centrarse en

el establecimiento sobre criterios científicos compartidos del diagnóstico de la entidad nosológica de que se trate, sino también de su gravedad sintomática y de la repercusión que la discapacidad provoca en la vida del sujeto en cuanto a su autonomía funcional.

- 1) Indicación de la gravedad de la sintomatología. Número e intensidad (frecuencia temporal) de los síntomas presentes que se constaten en la anamnesis y exploración, siempre sobre la base de la descripción.
- 2) Grado de discapacidad que produce la sintomatología presente.
- 3) Presencia y estudio de los síntomas y signos constituyentes de criterios diagnósticos.

7. ¿Cómo se entiende el trauma en las nuevas clasificaciones psiquiátricas?

Para las clasificaciones internacionales actuales, el trauma solamente haría referencia al evento y no a la reacción. Se limita a hechos en los que un sujeto se ve envuelto, que representan un peligro real para su vida o amenaza de su integridad física. Esto ha generado controversias porque cualquier hecho o evento puede adquirir las características de traumático sin que existe una amenaza vital o daño físico.

8. ¿Qué se entiende en el ámbito jurídico por daño corporal y daño psíquico?

Se consideran daños corporales las lesiones corporal o físicas, todo

daño de la sustancia corporal, una perturbación de las funciones del cuerpo o una modificación de la forma de alguna parte del cuerpo; pero también cuando se produce malestares físicos de cierta entidad, como el terror o el asco, quedando afectado el sistema nervioso central (SSTS 785/1998, de 9 de junio y 1400/2005, de 23 de noviembre).

La lesión psíquica se define como una alteración aguda que sufre una persona como consecuencia del trauma y que le incapacita significativamente para hacer frente a los requerimientos de la vida ordinaria a nivel personal, laboral, familiar o social (Guija Villa, 2009).

9. ¿Es posible cuantificar el daño para su posible indemnización?

El Tribunal Constitucional dictaminó en el 2000 que el baremo de valoración de los daños corporales, anexo a la Ley sobre Responsabilidad y Seguro en la circulación de vehículos a motor, era de obligatoria aplicación en las instancias judiciales y debe recurrirse a él, esté el suceso vinculado a la circulación vial o no.

Para la compensación de los “daños morales”, la Jurisprudencia penal no exige su prueba y otorga al Tribunal penal la más absoluta libertad para cuantificar la indemnización, sin sujetarse a norma o parámetro alguno.

Los sistemas de baremación, con el citado anexo de la Ley sobre Responsabilidad y Seguro en la circulación, presentan grandes dificultades para la valoración de las lesiones psíquicas dado que no recogen el impacto o sufrimiento psíquico que en cada persona pueda inducir o provocar una determinada conducta o hecho. En este sentido, expertos de la Fundación Española de Psiquiatría

y Salud Mental y del Consejo del Poder Judicial, en el seno de los Documentos Córdoba, elaboraron un Procedimiento para la baremación de secuelas psiquiátricas por etiología traumática, que combina en una fórmula la gravedad sintomatológica (según criterios CIE 10) y la discapacidad resultante de ella en la vida del enfermo. El resultado de esta conjunción sería el que podría determinar el puntaje total dentro del intervalo que para cada cantidad tiene establecida la anteriormente citada Ley. (Anexo 1).

10. ¿Qué papel juega la valoración psiquiátrica a efectos de incapacidad laboral temporal o permanente?

Centrándonos en el estudio de las secuelas postraumáticas derivadas de accidente laboral, la doctrina jurisprudencial ha dispuesto que las enfermedades psíquicas pueden dar lugar a la calificación de accidente laboral; no sólo cuando derivan de las lesiones sufridas en un accidente, sino también cuando tienen su origen en el trabajo o se manifiestan durante el mismo, sin que se pruebe que no existe relación alguna con él. Para la valoración psiquiátrica debe tenerse en cuenta las características del puesto de trabajo a desempeñar y los síntomas que presente el sujeto.

11. ¿Existen aspectos especiales a considerar en los niños ante situaciones traumáticas derivadas de problemática parental?

Dentro de los efectos negativos relacionados con la patología postraumática y el derecho de familia es importante destacar los efectos negativos que pueden y suelen sufrir los hijos menores de edad ante situaciones beligerantes por parte de sus progenitores.

En la práctica diaria de los Juzgados de familia, se constata que

algunos progenitores dificultan y obstaculizan injustificadamente el desempeño del rol parental del otro progenitor.

Bibliografía

Bessel, A. van der Kolk. The trauma spectrum: The interaction of biological and social events in the genesis of the trauma response. *Journal of traumatic stress*, 1, 273-290. 1988.

Bessel, A. van der Kolk. The trauma spectrum: The interaction of biological and social eventos in the genesis of the trauma response. *Journal of traumatic stress*, 1, 273-290. 1988.

Calcedo, A. Evaluación forense. En *Trastorno de Estrés Postraumático*. Bobes J, Bousoño M, Calcedo A, Gonzalez MP. Masson 2000. 287-299.

Carrasco, J.J.; Maza J.M.; *Manual de Psiquiatría Legal y Forense*; Ed. La Ley; 2003; 504-517.

CIE-10, *Trastornos mentales y del comportamiento, Criterios diagnósticos de investigación*, MEDITOR, Madrid, 1994.

Echeburúa, E. et al. Nuevos enfoques terapéuticos del trastorno de estrés postraumático en las víctimas de terrorismo. *Clínica y Salud*, 15, 3, 272-296, 2004.

Echeburúa, E, De Corral P, Amor PJ. Evaluación del daño psicológico en las víctimas de delitos violentos. *Psicothema* 2002. Vol 14, Supl. 139-145.

García-Blázquez, M.; García-Blázquez, C. *Nuevo manual de valoración y baremación del daño corporal*. 17ª edición. Editorial Comares. Granada. 2010.

Guija, J.A. Aspectos psiquiátrico – forenses de la valoración de la víctima. En: *El sufrimiento de la víctima*. Psiquiatría y Ley. Medina, A; Moreno, MJ; Lillo, R; Guija, JA (Editores). Fundación Española de Psiquiatría y Salud mental. Ed. Tricastela. 2009. pag. 29-56.

Guija, J.A.; Medina, A.; Giner, L.; Lledó, C.; Marín, A.; Arechederra, JJ.; Giner, J. Un nuevo método de valoración de la enfermedad psiquiátrica postraumática. *Rev de Psiquiatría y Salud Mental*. Vol 8, (4), (245-50). 2015.

Moreno-Díaz, MJ, Medina, A, Lillo, R. Del trauma al síntoma. Medina A, Moreno-Díaz MJ, Lillo R, Guija JA, (editores) *Patología Psiquiátrica*

postraumática: Valoración psiquiátrica y judicial. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental; Psiquiatría.com. (9-20) 2005.

Pelechano, V. Psicología sistemática de la personalidad. Ariel Psicología. 2000. Barcelona.

Robles, M.E., et al. La evaluación del estrés y del trauma: Presentación de la versión española de la escala de trauma acumulativo (CTS). Revista de psicoterapia: XX, 80, 89-95. 2009.

Sandín, B. El estrés: un análisis basado en el papel de los factores sociales. Rev Internacional de Psicología clínica y de la Salud: 3, 1, 141-157, 2003.

Sandín, B et al. Sucesos vitales estresantes y trastorno de pánico en relación con el inicio del trastorno, la gravedad clínica y la agorafobia. Rev. De Psicopatología y Psicología clínica: 11, 2, 179- 190, 2006.

Talarn, A. et al. Propuesta de especificadores diagnósticos vinculados al estrés y el trauma: Una aportación a la nosología psicopatológica. Rev de Psicopatología y Psicología clínica, 11, 2, 107-114, 2006.

Villarejo, A. Propuesta para baremo de las secuelas psíquicas derivadas de accidente de circulación. Cuad Med Forense, II (41), julio 2005.

ANEXO 1

PROCEDIMIENTO PARA LA VALORACIÓN DE SECUELAS PSIQUIÁTRICAS POR ETIOLOGÍA TRAUMÁTICA.

El informe pericial sobre el padecimiento psiquiátrico consecutivo al sufrimiento de un agente traumático no sólo debe centrarse en el establecimiento, sobre criterios científicos compartidos, del diagnóstico de la entidad nosológica de que se trate, sino también de su gravedad sintomática y de la repercusión que la discapacidad provoca en la vida del sujeto en cuanto a su autonomía personal y desarrollo laboral. Este método centra su atención en la valoración documentada de las secuelas permanentes a consecuencia de etiologías y patogenias traumáticas.

El actual baremo de “Trastornos psiquiátricos” que figura en la Ley 35/2015 de 22 de septiembre de reforma del sistema de valoración de daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, BOE nº 228 del 23 de septiembre de 2015, no se ajusta terminológicamente a la nomenclatura y clasificación consensuada internacionalmente de la patología psiquiátrica, no contempla los grados de discapacidad que la secuelas postraumáticas provocan en los ámbitos de la vida autónoma y laboral del sujeto evaluado y los intervalos de puntuaciones en cada rúbrica diagnóstica introducen una gran variabilidad de resultados finales, según sea aquella, con independencia del grado de discapacidad.

Creemos que es de gran interés poder disponer de un método de valoración pericial que tenga en cuenta estos parámetros de valoración, una vez se hayan cumplido en el sujeto a evaluar los siguientes requisitos:

- Asistencia especializada mediante terapéuticas específicas.
- Transcurrido el tiempo medio de curación establecido.

Todo esto podría resultar de valor documental para los tribunales que han de fijar las indemnizaciones económicas por dichas discapacidades al ofrecer pericias con menos espacio para la discrecionalidad.

1.1. Indicación de la gravedad de la sintomatología.

La gravedad del padecimiento postraumático se evaluará en función del número e intensidad (frecuencia temporal) de los síntomas presentes que se constaten en la anamnesis y exploración, siempre, sobre la base de la descripción nosográfica criterial establecida para cada entidad en la clasificación internacional de la CIE-10.

5. PATOLOGÍA POSTRAUMÁTICA

Para efectuar diagnósticos con esta clasificación el sujeto evaluado ha de cumplir los criterios mínimos que en cada entidad allí se especifican.

A partir de estos mínimos el tipo de gravedad se indicará en los gradientes siguientes:

Moderada: hasta 40 puntos. Cumple los mínimos sintomáticos establecidos en la CIE-10 para cada una de sus rúbricas diagnósticas.

Intensa: hasta 60 puntos. Excede la sintomatología un 20% sobre los mínimos requeridos para esa rúbrica.

Muy intensa: hasta 80 puntos. Excede la sintomatología un 40% sobre los mínimos requeridos para esa rúbrica y/o alguno de ellos es extremadamente grave.

Extrema: 100 puntos. Reúne el máximo de los síntomas que se describen para esa rúbrica y/o varios de ellos son extremadamente graves.

Cuando no existen los mínimos síntomas requeridos para poder efectuar un diagnóstico CIE-10 se consignara como:

Leve: 0 puntos. Sintomatología psicopatológica aislada y / o malestares psíquicos indeterminados y difusos que no debe suponer disminución de sus capacidades funcionales.

1.2. Grado de discapacidad que produce la sintomatología presente.

Debe ser la expresión de las dificultades para una vida autónoma y/o las repercusiones negativas en su vida laboral (los criterios para su valoración serán los que se señalan en las págs. 3400 a 3403 del BOE 22 de 26 de enero de 2000).

Discapacidad leve 1-29 puntos.

1. Vida autónoma conservada o levemente disminuida, excepto en periodos recortados que se corresponden con exacerbación sintomática.

2. Vida laboral normalizada y productiva salvo en los periodos de descompensación sintomática en los que puede ser necesario un tiempo de reposo laboral.

Discapacidad moderada 30-59 puntos.

1 Vida autónoma restringida en las actividades de la cotidianidad con especial mención de la vida social.

2. Vida laboral restringida a puestos de trabajo adaptados a su discapacidad.

Discapacidad grave 60-74 puntos.

1. Vida autónoma con graves restricciones en las actividades de la cotidianidad, precisando supervisión intermitente en ambientes protegidos y total fuera de ellos.

2. Vida laboral gravemente disminuida por incapacidad de concentración, continuidad y ritmo en la ejecución de las tareas. No puede tener una actividad laboral normalizada.

Discapacidad muy grave 75-100 puntos.

1. Vida autónoma inexistente. Incapacidad para cuidar de sí mismo.

2. Vida laboral inexistente. No existe posibilidad de realizar trabajos ni en centros ocupacionales supervisados.

1.3. Fórmulas de conjunción de gravedad sintomática y grados de discapacidad autonómica y laboral.

$$SP=(pG+pD)/2$$

SP: Sufrimiento Psiquiátrico,

pG=puntos Gravedad del Trastorno

pD= puntos de Discapacidad

$$pBR= pBm+[SP(pBM-pBm)/100]$$

pBR=puntos de Baremo Resultante

pBM=puntuación máxima de baremo

pBm=puntuación mínima de baremo

5. PATOLOGÍA POSTRAUMÁTICA

6

Aspectos psiquiátricos y jurídicos en adicciones y patología dual

M.D. FRANCO, M. NÚÑEZ, L. GINER, J.A. GUIJA

1. ¿A qué llamamos patología dual?

Hablamos de Patología Dual, Diagnóstico Dual u Co-ocurrencia a la situación en la que un individuo tiene problemas de abuso o adicción a una sustancia y presenta, además, otro trastorno mental no relacionado con las sustancias.

El concepto de Patología Dual implica que se ha generado una nueva patología, que no es la suma de las dos, sino la interacción de ellas. La Patología Dual tiene una clínica, evolución y tratamiento diferentes y su pronóstico dependerá de la evolución de cada uno de ellos.

2. La adicción, ¿enfermedad del cerebro, del individuo o de la sociedad?

Los hallazgos de las últimas décadas han modificado la visión que se tenía sobre las adicciones. Los descubrimientos de las bases neurobiológicas que subyacen en el proceso de la adicción han llevado a que, sin despreciar la importancia de la exposición o de los factores psicológicos y socioculturales, se les dé a aquellos una especial relevancia.

En la actualidad, la adicción se reconoce como un trastorno complejo del SNC, resultado de la interacción entre el individuo, la sustancia y el ambiente. Es, pues, una enfermedad del SNC que, en

muchos casos, tiene un curso crónico y recidivante y cuya clínica se caracteriza por una conducta compulsiva que el individuo no puede controlar, a pesar de las graves consecuencias que le puede generar problemas médicos, laborales, familiares, legales, etc. Como afirman Torrens y Rossy (2015), la pérdida de control es el síntoma más importante de la adicción y, a la vez, la fuente del estigma social de la enfermedad adictiva.

3. ¿Es frecuente la patología dual?

La importancia de la patología dual emana directamente de las tasas de prevalencia de la misma. Si bien los datos procedentes de diferentes estudios pueden mostrar cifras muy diversas (que se explican en función de la procedencia de la muestra, de los criterios de inclusión utilizados o de los instrumentos diagnósticos empleados), dos hallazgos son universales: los pacientes duales son muchos y, además, van en aumento. Se estima que entre el 30-50% de todos los pacientes con un diagnóstico psiquiátrico van a presentar, a lo largo de su vida, un problema de abuso o adicción de sustancias y que los trastornos mentales están presentes en el 65-80% de los individuos que acuden a tratamiento a centros específicos de tratamiento de adicciones.

4. ¿Cuáles son las asociaciones más frecuentes?

Torrens y Rossy (2015) afirman que los trastornos psiquiátricos que con mayor frecuencia se asocian a las adicciones son los trastornos depresivos (más frecuente la depresión mayor primaria o independiente del consumo), los trastornos de ansiedad (especialmente el trastorno de pánico, la fobia social y el trastorno de estrés postraumático) y los trastornos de personalidad antisocial

y límite. Además, esta asociación es más frecuente en los diagnósticos de dependencia de sustancias que en los de abuso o consumo problemático y en mujeres.

5. Los pacientes duales ¿tienen peor pronóstico?

Desde la perspectiva sanitaria, esta asociación de trastorno mental y consumo de drogas presenta una mayor gravedad clínica: los pacientes tienen una escasa adherencia a los programas terapéuticos, menor respuesta a ellos, menores tasas de remisión y un número más alto de recaídas o de reagudizaciones. Suelen acudir con más frecuencia a los servicios de urgencias, requieren más ingresos psiquiátricos, presentan más conductas suicidas, tienen mayor riesgo de infecciones y peor respuesta al tratamiento convencional. También desde la perspectiva social presentan una mayor gravedad: mayores tasas de desempleo y marginalidad así como de conductas criminales y violentas que los sujetos con adicciones sin comorbilidad psiquiátrica o que los pacientes psiquiátricos sin comorbilidad adictiva.

Los pacientes con patología dual precisan ser tratados por profesionales bien entrenados y con programas de tratamiento específicamente diseñados para ellos.

6. El riesgo de presentar conductas violentas ¿es mayor en los pacientes con patología dual que en otros diagnósticos psiquiátricos?

Sí. Son numerosos los estudios que han tratado de poner de manifiesto la relación entre violencia y enfermedad mental, especialmente trastornos esquizofrénicos y, en menor medida, trastorno bipolar.

El riesgo de violencia se multiplica por 8,9 en estos pacientes en caso de abuso o dependencia comórbida a sustancias psicoactivas siendo el alcohol (89%), cannabis (27%) y benzodiazepinas (13%) las que aparecen más frecuentemente consumidas en estas situaciones.

7. ¿Tienen las adicciones un tratamiento específico en el Código Penal?

Sí. En dos momentos diferentes y utilizando términos médicos. Por un lado, el artículo 20 del Código Penal hace referencia a las causas que eximen de responsabilidad criminal, señalando en concreto la anomalía o alteración psíquica cuando en el momento de los hechos impiden comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. De hecho, dado que el “trastorno por consumo de sustancias” se encuentra recogido en las clasificaciones internacionales de los trastornos mentales, sería factible que se considerase en este apartado de “anomalía o alteración psíquica”. Sin embargo, no es así pues en el mismo artículo 20 se hace expresa referencia a “intoxicación plena” y a la “abstinencia”, es decir, utiliza dos términos médicos para referirse a situaciones que pudieran ser consideradas como eximentes de responsabilidad criminal siempre que se den las circunstancias: “plena” y/o abstinencia que ocasionen una anulación en las capacidades cognitivas y volitivas del paciente.

Por otro lado, el artículo 21 del Código Penal recoge las atenuantes de responsabilidad criminal. En el concreto caso de adicciones, señala el 21.1 “La de actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior”. Es decir, no se precisa que en el momento del hecho tuviese una anulación completa de sus capacidades de conocer y querer o que se encontrase en situación de síndrome de abstinencia.

Lo que tiene relevancia será el diagnóstico de la “grave adicción” y que la actuación sea como consecuencia de la misma. Desde el punto de vista psiquiátrico habrá de informarse acerca de la intensidad de la adicción, lo cual se encuentra en consonancia con la actual redacción de la DSM 5.

Finalmente, el artículo 80.5 del CP (87 antes de la reforma) señala la posibilidad de la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2.º del artículo 20, de nuevo encontramos referencia a diagnóstico médico. Si bien el término “dependencia” se mantiene en CIE-10, de utilizar DSM 5 habrá que adaptar el citado diagnóstico (obviado en la clasificación) al de “Trastorno por consumo de sustancias”, señalando la intensidad del mismo.

8. ¿Cómo se contempla la patología dual en la responsabilidad penal?

La patología dual, per se, no es causa de exención de responsabilidad penal, al igual que ocurre con cualquier otra patología psiquiátrica. Habrá que ir al caso concreto, determinando cómo se encontraba la persona en el momento del hecho; es decir, determinar posible afectación de funciones psíquicas y su repercusión en las capacidades cognoscitivas y volitivas.

En patología dual, existen dos elementos del artículo 20 del CP a tener en consideración para la exención de la responsabilidad penal: la anormalidad o alteración psíquica y el consumo de sustancias tóxicas (“intoxicación plena” o “síndrome de abstinencia”). Es decir, se realiza un abordaje específico para el consumo de sustancias sin que ello presuponga una consecuencia

inequívoca desde la perspectiva penal. Todo dependerá del estado concreto de la persona en el momento del hecho.

9. Gran parte del tratamiento en el código penal se relaciona con términos como dependencia o adicción, términos que han desaparecido en la más reciente nosología. ¿Qué efecto puede tener este hecho?

El efecto será asimilar la nueva terminología a lo recogido en los códigos. El término que ha desaparecido en DSM 5 es el de dependencia, siendo sustituido por el de “Trastorno por consumo de sustancias”. De momento, en CIE-10 persiste. Especialmente relevante, por su importancia cuantitativa en el número de periciales psiquiátricas realizadas, es el artículo 80.5 del CP (antiguo 87), dado que considera la posibilidad de suspensión de la pena no superior a cinco años cuando el hecho delictivo por el que ha sido condenado haya sido provocado por su “dependencia”. Tenemos dos posibilidades: o guiarnos por la CIE-10, con lo cual hay que dejar claro que una cosa es “dependencia” y otra “consumo perjudicial” (matizando estos aspectos en el informe), o bien acogernos a la DSM 5 y utilizar el concepto de “Trastorno por consumo (de la sustancia que corresponda)” con la intensidad sintomática que consideremos adecuada para el caso que estamos valorando y realizar la correspondiente analogía con “dependencia” o “abuso de sustancias”. Habrá que dejar claro estos conceptos pues en última instancia será el juez quien decida.

De igual modo, el art. 21.2 del Código Penal, señala como atenuante “actuar el culpable a causa de su grave adicción a las sustancias mencionadas en el número 2º del artículo anterior”. En este caso, el término “grave adicción” ya nos está indicando dos situaciones: por un lado, el diagnóstico equivalente en DSM 5 de “trastorno por consumo de sustancias (determinar cuál); de otro, la

severidad cuyo equivalente sería el de “Grave”. Esto último tiene su relevancia pues el art. 21.2 se refiere a la “grave adicción”, no a la leve ni a la moderada. Corresponderá al psiquiatra concretar el diagnóstico independientemente del tratamiento jurídico que posterior se lleve a cabo.

10. En caso de persona con patología dual que debe acudir a juicio ¿qué se debe reseñar a la hora de realizar un informe pericial?

Se debe tratar del mismo modo que el resto de los casos, diferenciando si nos encontramos en vía penal o en vía civil.

Vía Penal: lo habitual es que sea para valorar imputabilidad. En este caso:

- Diagnóstico concreto dentro de la categoría correspondiente en CIE-10 o DSM 5 relacionado con el consumo de sustancias.
- Diagnóstico concreto de “anomalía o alteración psíquica”; ambos son los conceptos del Código Penal que engloban todos los Trastornos Mentales y del Comportamiento recogidos en las Clasificaciones Internacionales. Por extensión, y por congruencia científica, en este epígrafe debiera recogerse igualmente el “trastorno por uso de sustancias”; sin embargo, como se ha señalado, el código penal tiene un tratamiento diferente para estos casos.
- Incidencia del consumo de sustancias sobre el trastorno mental.
- Afectación de las funciones psíquicas en el momento del hecho, indicando en su caso cuáles estaban alteradas.

- Concluir indicando el estado de la capacidad cognoscitiva y volitiva en el momento del hecho.
- Indicar qué tipo de abordaje terapéutico sería conveniente en el caso concreto, señalando si éste debe llevarse a cabo de forma ambulatoria o requiere ingreso en centro especializado.

Vía Civil: lo habitual es que sea para determinar la capacidad civil. En este caso el informe debe concretar:

- Diagnóstico del trastorno mental concreto. En este caso, el Código Civil, al contrario que el Código Penal, no hace distinción en el caso del consumo de sustancias. El artículo 200 señala los conceptos de “cualquier enfermedad física o psíquica”. Por tanto, en el informe debe recogerse toda la patología psíquica diagnosticada (incluida por consumo de sustancias).
- Reseñar el carácter de permanencia. Es decir, que tras un prolongado tiempo de tratamiento no se aprecie evolución positiva del paciente, siendo previsible el mantenimiento de la citada patología basado tanto en los caracteres propios del/los trastorno/s como en la personalidad del paciente.
- Valorar la capacidad de autogobierno. Es decir, señalar cuáles son las esferas de la persona (personal, interpersonal y económico-jurídico-administrativa) que se encuentran afectadas y en qué grado. De igual modo, indicar cuáles se encuentran indemnes de acuerdo a la Instrucción nº 3/2010 de la Fiscalía General del Estado, ya recogida en el Capítulo XX sobre Capacidad Civil.

11. En el momento actual ¿puede un juez indicar tratamiento ambulatorio involuntario en paciente con patología dual o una adicción?

En el momento actual no existe normativa alguna que recoja la posibilidad de tratamiento ambulatorio involuntario, independientemente del diagnóstico psiquiátrico de que se trate. Algunos juzgados, a petición del psiquiatra (con un protocolo de actuación terapéutico claro y concreto), con conocimiento del Fiscal, reconocimiento del médico forense y exploración del juez, es posible que autoricen el tratamiento involuntario utilizando determinados criterios jurídicos. No obstante, como se ha señalado, al no existir una normativa en este aspecto, queda a criterio del juez la posibilidad de utilizar esos mecanismos pero siempre a petición del psiquiatra y con informe claro acerca del seguimiento cercano que se vaya a efectuar.

12. ¿En qué circunstancias un paciente con patología dual o una adicción puede ingresar de forma involuntaria?

Como en cualquier otro paciente psíquico: utilizando el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que hace referencia a los tratamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico.

13. ¿Pueden los familiares de un paciente con una adicción o con un cuadro dual solicitar al juez que obligue al paciente a tratarse?

Sí puede solicitarse; otra cosa es que el juez acceda. Hay que dejar claro que mientras existe la posibilidad legal de ingresar a una persona de forma involuntaria por razón de trastorno psíquico que no esté en condiciones de decidirlo por sí, para su tratamiento (art.

763 de la Ley de enjuiciamiento civil), no existe norma alguna para el tratamiento ambulatorio involuntario. Por tanto, en caso que se considere absolutamente necesario el ingreso involuntario de una persona por razón de trastorno psíquico (incluimos patología como consecuencia del consumo de sustancias) éste podrá llevarse a cabo; no así el tratamiento ambulatorio involuntario.

14. ¿En qué circunstancias puede solicitarse la incapacitación civil de un paciente con una adicción?

Como en cualquier otra enfermedad. El artículo 200 y siguientes del Código Civil regulan la incapacidad civil, no llevándose a cabo la recogida de un catálogo de enfermedades. Sólo se señalan tres cualidades:

- a) Enfermedad física o psíquica.
- b) Permanencia en el tiempo
- c) Afectación del autogobierno.

Si la adicción (enfermedad) permanece en el tiempo y afecta a la capacidad de autogobierno (parcial o totalmente), se tendrán los elementos necesarios para solicitar la incapacitación civil.

15. ¿Cómo ampara la ley a un menor ante el problema de la adicción de los progenitores?

En estos casos la ley prevé la posibilidad de intervención de la entidad pública, administración autonómica, procediendo a retirada fáctica del menor y la declaración de desamparo del mismo. La administración asume de forma automática la tutela del menor y

adopta las medidas que considere más ajustadas al caso: ingreso en centro residencial, acogimiento en familia extensa o ajena o adopción.

16. ¿Puede la administración de Justicia ayudarnos cuando nos encontramos ante un paciente, menor de edad, con un problema de adicción severa que se niega a ser tratado?

La declaración de desamparo del menor se produce cuando éste, de hecho, quede privado de la necesaria asistencia moral o material, y ello por el incumplimiento de los deberes de guarda y cuidado de sus progenitores, bien por dejación o bien por imposibilidad en el ejercicio de los deberes de protección.

En situaciones de drogadicción o trastornos graves de conducta del menor es muy posible que los progenitores se vean desbordados e imposibilitados para su asistencia, no porque no quieran, sino porque no pueden; en este caso la administración debe intervenir, declarando el desamparo y asumiendo la tutela del menor proporcionando los recursos que sean necesarios para su correcta asistencia (Art. 173 CC).

17. ¿Puede recuperar la patria potestad un paciente que la perdió por motivo de su adicción, tras finalizar exitosamente el tratamiento?

Si. Cualquier medida que se adopte en un proceso de familia puede ser objeto de modificación posterior en un procedimiento, precisamente denominado de modificación, a través del cual se revisará si realmente han cambiado las circunstancias que se valoraron para suspender el ejercicio de la patria potestad, dar la custodia a otra persona o suspender un régimen de estancias

(visitas).

La nueva sentencia, si se acredita la total recuperación, modificará las medidas anteriores, siempre y cuando, esto es esencial, el cambio lo sea en interés y beneficio del menor.

18. ¿Existen problemas por consumo de sustancias tóxicas y adicciones entre la población penitenciaria?

Según la encuesta estatal sobre salud y drogas de los internados en prisión elaborada en 2006 en el marco del Plan nacional de Drogas, el 79,7% de los internos había consumido droga en el mes anterior al ingreso, generalmente en un contexto de policonsumo. Un 42% de los internos era consumidor habitual de cocaína y heroína, y un 37,7% de alcohol, cannabis y psicofármacos. De los datos expuestos debe concluirse que en nuestro país existe una relación directa entre criminalidad y drogodependencia como desencadenante de la conducta delictiva.

19. ¿Todas las personas que ingresan en prisión con problemas de adicción pueden beneficiarse de un programa de tratamiento?

Sí, puesto que nuestro sistema penitenciario está orientado a la reeducación y reinserción social. Como señala De Arcos (2015), en nuestro país, a partir de lo dispuesto en la Constitución, en la Ley Orgánica General Penitenciaria (LOGP) y el Reglamento Penitenciario (RP), en la ejecución de las penas privativas de libertad se sigue lo que ha venido en denominarse sistema de “individualización científica”, es decir, que en el tratamiento penitenciario y en el cumplimiento de la pena, el factor principal a considerar es la personalidad, comportamiento y evolución de cada

interno a título personal. La severidad o la aplicación de beneficios en el cumplimiento de las penas privativas de libertad no dependen tanto de la gravedad del delito, como de la evolución particular del delincuente.

La pena tiene entre sus fines la prevención, esto es, ser un medio para disminuir la actividad delictiva, manteniendo privado de libertad a aquellos que previsiblemente reincidirán en el delito.

En orden a valorar las probabilidades de reincidencia, las instituciones penitenciarias manejan lo que se denomina tabla de riesgos y, entre estos, la adicción no superada figura como factor de primer orden para elevar el riesgo potencial de reincidencia. Ello determina que los internos en cuyos expedientes personales consta la adicción no recuperada a las drogas van a tener considerablemente mermadas las posibilidades de disfrutar de permisos ordinarios de salida, presentes en los artículos 154 y siguientes del R.P. para internos que hayan cumplido un cuarto de condena, y asimismo tendrán más condicionada la posibilidad de acceder al régimen abierto y a la postre la obtención de la libertad condicional. Este factor coadyuva al estímulo de los internos para iniciar los programas voluntarios de deshabitación.

20. ¿Qué son las Comunidades Terapéuticas Intrapenitenciarias?

Para el tratamiento de la drogodependencia en prisiones se utilizan diversos programas, entre ellos las llamadas Comunidades Terapéuticas Intrapenitenciarias.

Señala De Arcos (2015) que las comunidades se instauran sobre la base de lo que ha venido a denominarse módulo de respeto y convivencia ordenada, y pretenden, siguiendo un régimen de vida

más ordenado y exigente que en otros módulos, fomentar los principios de autogestión de convivencia estrechando los lazos de dependencia mutua en los internos, que comprenden que su actitud y comportamiento compromete a toda la comunidad terapéutica. Se trata de un programa de alta exigencia que pretende crear en lo posible un ambiente lo más parecido posible a las comunidades exteriores, acabando con la cultura delincencial de agresividad y violencia, dando especial importancia al orden, la limpieza y la higiene.

21. ¿La adicción es motivo de despido procedente?

La legislación de nuestro país contempla la posibilidad de despido procedente en el caso trabajadores que presenten episodios de embriaguez habitual o de toxicomanía. En cierta forma, se considera que estas circunstancias no serían sino un incumplimiento laboral grave y culpable por parte del trabajador, lo que justificará que el empresario pudiera rescindir el contrato.

Ahora bien, la ley establece también que, de forma general, el mero consumo de alcohol o sustancias per se no es motivo de despido. Para poder serlo, el consumo y la embriaguez deben ser habituales y tener una repercusión negativa en el funcionamiento laboral del trabajador.

Este marco jurídico confronta con las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la necesidad de considerar los problemas de drogodependencias como lo que son, enfermedades mentales, y la conveniencia de ponderar los efectos deletéreos que el despido pueda generar en el trabajador y en sus posibilidades de recuperación.

La OIT lo que propugna que el tratamiento de la embriaguez

habitual o de la toxicomanía, dado su carácter de patología, sea tratado como cualquier otra enfermedad. Como hemos visto, dicho tratamiento no es lo que nuestro ordenamiento confiere a la toxicomanía.

22. ¿Está justificado considerar de forma diferente las adicciones de otras patologías mentales en el ámbito de la legislación laboral?

El Estatuto de los Trabajadores (ET) tipifica como un incumplimiento contractual lo que en realidad es un estado patológico, la toxicomanía o adicción. Esta diferencia jurídica se sostiene, en parte, en un intento de llevar a cabo cierto efecto moralizante y, por otro lado, de la consideración que hace el ordenamiento jurídico del carácter voluntario que tienen las adicciones. Si bien la toxicomanía se consideraría un estado patológico involuntario, el desarrollo de las conductas de consumo y del hábito se iniciaron de forma voluntaria y, por ende, las repercusiones negativas que aparecen en el desarrollo del trabajo no son sino consecuencias de una decisión voluntaria por parte del trabajador.

Pero, como señala Segoviano (2015), detrás del inicio de otras muchas patologías hay conductas poco saludables, de riesgo o estilos de vida inadecuados y no por ello se considera que los efectos negativos de estas patologías en el marco laboral sean una acción voluntaria por parte del sujeto y supongan un incumplimiento contractual.

La OIT propugna que el tratamiento de la embriaguez habitual o de la toxicomanía, dado su carácter de patología, sea igual al de otras patologías. Si tras los tratamientos el sujeto no está en condiciones de reincorporarse, pudiera ser despedido de forma legal en los

supuestos que la ley contemple, aplicables al despido por todo tipo de problemas de salud.

23. ¿Hay diferencias en la consideración legal laboral ente consumo y adicción?

El mero hecho del consumo no constituye motivo de despido legal, salvo que pueda demostrarse la reiteración del mismo y el perjuicio que dicho consumo produce en el trabajo. Del mismo modo, se ha señalado que el consumo de droga en sí no tendría por qué tratarse, desde la perspectiva legal, como una enfermedad. Así, a los sujetos que consumen, pero que no pueden ser considerados como dependientes, le son imputables las repercusiones laborales de esta conducta.

24. ¿Cuándo puede una empresa obligar a un trabajador a realizarse exámenes y estudios para valoración de posible consumo o descartar una adicción?

Nos encontramos ante un aparente conflicto. Por una parte, la ley obliga al empresario a realiza los correspondientes estudios periódicos de vigilancia de salud en función de los riesgos inherentes al trabajo; por otra encontramos el derecho a la intimidad del trabajador. Esta aparente contradicción no tiene lugar si el trabajador ha otorgado el consentimiento expreso a la realización de dichos estudios.

En caso que así no ocurriera, hay que recordar que el derecho a la intimidad, como cualquier derecho, no es absoluto y tiene límites, convenientemente previstos por la ley. Como afirma Segoviano (2015), las posibles limitaciones deberán estar fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional, sea

proporcionada y que exprese con precisión todos y cada uno de los presupuestos materiales de la medida limitadora. Sin duda, el límite está en el derecho a la salud, a la vida y a la integridad física y moral de los otros trabajadores o de otras personas.

Hay supuestos, como señala Segoviano (2015), en los que, aun cuando no se haya otorgado el consentimiento, el trabajador debe de someterse a reconocimientos. Esto ocurrirá cuando el reconocimiento se hace imprescindible para evaluar los efectos sobre la salud del trabajador de las condiciones laborales, si el estado de salud del trabajador pueda constituir un riesgo para sí mismo, para los compañeros o para otras personas vinculadas al trabajo o en trabajos que requieran la protección de riesgos específicos y actividades de especial peligrosidad.

En el caso de trabajos asociados a enfermedades profesionales, la empresa está obligada a llevarlos a cabo y no podrán ser contratados aquellos trabajadores que no sean considerados como aptos para ese puesto de trabajo.

Los reconocimientos no pueden tener carácter obligatorios si sólo está en juego la salud del propio trabajador, sin que exista un peligro objetivable, ya que el sujeto tiene autonomía para poder realizar (o no) su propia vigilancia de la salud.

25. ¿Cómo debemos tratar la información y qué consideraciones tiene la confidencialidad en el terreno de las adicciones?

Segoviano (2015) señala que la confidencialidad de los datos referentes a la salud está protegida por la Ley General de Salud y los referentes a los resultados de los procedimientos encaminados a la vigilancia y control de la salud de los trabajadores quedan

específicamente regulados en el artículo 22, apartado 2 a 4 de la Ley de Procedimiento Laboral (LPRL).

Los reconocimientos médicos se harán siempre respetando al máximo la dignidad y la intimidad de los trabajadores, que tendrán derecho a ser informados de los resultados de los mismos. El acceso a la información médica de carácter personal se limitará al personal médico y a las autoridades sanitarias que llevan a cabo la vigilancia de la salud de los trabajadores, sin que pueda facilitarse al empresario, o a otras personas sin consentimiento expreso del trabajador. Al empresario y a los responsables de las medidas de prevención se les informará de que han sido realizados los reconocimientos médicos y se les comunicará las conclusiones en relación con la aptitud del trabajador para el desempeño de su puesto de trabajo o de la necesidad de implementar medidas de carácter preventivo.

Bibliografía

Calderón, A.; Aspectos jurídico-sancionadores del consumo de drogas en las fuerzas armadas. En: Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Patología Dual. Aspectos jurídicos y psiquiátricos. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental Madrid: psiquiatria.com. Editorial (82-125). 2005.

De Arcos, L. Drogas y prisión. Tratamiento penitenciario de las drogodependencias. En: Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Patología Dual. Aspectos jurídicos y psiquiátricos. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental Madrid: psiquiatria.com. (66-81). 2005.

Franco Fernández, M.D.; ¿Existe la patología dual? En: Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Patología Dual. Aspectos jurídicos y psiquiátricos. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental Madrid: psiquiatria.com. (7-25). 2005.

Guija, J.; Rodríguez, R.; Cansino, S.; Problemática psiquiátrico forense de la patología dual. En: Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Patología Dual. Aspectos jurídicos y psiquiátricos. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental Madrid: psiquiatria.com. Editorial (30-45). 2005.

Monterde F.; Análisis jurisprudencial de la drogodependencia. En: Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Patología Dual. Aspectos jurídicos y psiquiátricos. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental Madrid: psiquiatria.com. (82-125). 2005.

Pijuan, J.M.; Intervención y prevención en el proceso penal. En: Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Patología Dual. Aspectos jurídicos y psiquiátricos. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental Madrid: psiquiatria.com. (46-65). 2005.

Roca, E.; La jurisdicción de familia y las drogas: el interés del menor. En: Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Patología Dual. Aspectos jurídicos y psiquiátricos. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental Madrid: psiquiatria.com. (126-139). 2005.

Segoviano, M.L.; El consumo de drogas y su repercusión jurídico-laboral.

En: Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Patología Dual. Aspectos jurídicos y psiquiátricos. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental Madrid: psiquiatria.com. (140-152). 2005.

Torrens, M.; Rossi, P.; Adicción a sustancias ¿vicio o enfermedad? En: Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Patología Dual. Aspectos jurídicos y psiquiátricos. Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental Madrid: psiquiatria.com. (26-29). 2005.

Aspectos psiquiátricos y jurídicos de los delitos sexuales

M.J. MORENO, M.J. JAÉN, R. LILLO, A. MEDINA

1. ¿Qué se entiende por delito sexual y por parafilia?

Según el DSM 5, es importante distinguir entre “Parafilia” o “Trastorno parafilico”. El termino parafilia se utiliza para “cualquier deseo sexual intenso y persistente distinto del que se produce por la estimulación genital o las caricias preliminares dentro de las relaciones humanas consentidas y con parejas físicamente maduras y fenotípicamente normales”. En la parafilia lo importante es la intensidad o preferencia exclusiva frente a la sexualidad normofilica. El trastorno parafilico se define a partir de: “aquellas parafilias que causan malestar o deterioro en el individuo o que conllevan en su satisfacción perjuicio personal o riesgo de daño a terceros”. Tanto unas como otras quedan recogidas en el manual reseñado como sigue: voyeurismo, exhibicionismo, froteurismo, masoquismo y sadismo sexual, pedofilia, fetichismo, travestismo y alguna mixta o no especificada.

Desde el punto de vista psiquiátrico-forense es más interesante la distinción entre:

- a) Parafilia primaria: Se corresponde con las descripciones literales de la parafilia de los manuales DSM IV y 5.
- b) Parafilias secundarias: Aquellas que responden a un epifenómeno de una enfermedad psiquiátrica de gravedad (esquizofrenia, trastorno bipolar, epilepsia, demencia...). (Guija J. A. 2011).

Cuando hablamos de delito sexual nos referimos a cualquiera de los comprendidos en el título VIII del Código Penal en sus artículos 178 y ss. y que se denominan “delitos contra la libertad e indemnidad sexual” y que comprenden: abusos sexuales, acoso sexual, exhibicionismo, agresión sexual y prostitución o corrupción de menores.

2. ¿Qué relación existe entre parafilia y delito sexual?

Muy estrecha. Casi todas las parafilias secundarias y un gran porcentaje de los denominados trastornos parafilicos, si su práctica es inveterada, devienen en la comisión de delitos sexuales. Se podría afirmar que casi todos los trastornos parafilicos pueden devenir en comisión de delitos, pero no al revés. El campo de la delictividad sexual es mucho más amplio que el de las parafilias, aunque existen estudios en los que se afirma que en el 74% de los delitos sexuales es posible detectar alguna parafilia (Dunsieth et el 2003). Desde el punto de vista psiquiátrico compete investigar en las pericias si los delitos sexuales son la expresión de una parafilia o de un trastorno parafilico, para así determinar el grado de libertad de acción (voluntariedad) que existió en su comisión (Medina, A 2011).

3. ¿Existe una gradación de intensidad patológica en las parafilias?

Las parafilias que para su satisfacción requieren de la realización de actos que pudieran ser constitutivos de delitos son más graves que las que no lo necesitan.

La peligrosidad se establece en el límite de la fantasía, ya que es en el paso a la acción cuando se derivan o no repercusiones para la

sociedad (Guija, JA 2011).

Se considera que las fantasías intensas o recurrentes o impulsos sexuales sobre mantener sexo no consentido y/o haber buscado estimulación en diferentes ocasiones serían predictores muy fiable de gravedad.

4. ¿Qué elementos se han de valorar en las pericias de las parafilias?

La pericia debe centrarse en el análisis estructural de la conducta sexual cuestionada, desvelando los elementos de impulsividad, incoercibilidad, intrusividad del deseo, angustia ante la acción ejecutable y acentuación de la frecuencia conductual en el contexto de libertad y responsabilidad de la acción sexual; así mismo, establecer el grado de correlación entre fantasías sexuales recurrentes, impulsos a la acción y satisfacción con el acto (Girela, E. 2011).

En concreto se debe responder, tras la exploración, a:

1. Si existe un trastorno parafilico o sólo una parafilia.
2. Si el trastorno parafilico es primario o secundario.
3. La existencia o no de causalidad entre el delito sexual imputado y los datos psicopatológicos en las áreas cognitiva, afectiva y de acción, hallados con especial hincapié de defectos en la voluntariedad de esos actos.
4. La ocasionalidad o reiteración de los actos parafilicos.

5. ¿Qué obligaciones ante las leyes tiene el psiquiatra que diagnostica y/o trata una parafilia?

El secreto profesional recogido tanto en el Código de Ética y Deontología Médica como en el Código Penal tiene excepciones. Un diagnóstico de parafilia implica, en un alto porcentaje de casos, la detección de la ejecución probable de un hecho delictivo y, en consecuencia, ello desencadena una serie de consecuencias que exceden la labor estrictamente asistencial del psiquiatra.

En los trastornos parafilicos nos encontramos con una afección en la que no se altera la conciencia y será la impulsividad la que genere la conducta parafilica y que el individuo no tenga recursos personales para su control lo que plantea dificultades para el correcto autogobierno, ya que prima la impulsividad hacia la satisfacción sexual frente al autocontrol y la racionalidad (Guija, J.A. 2011).

En estos casos, cabe distinguir según el facultativo se encuentre ante una sospecha de probable comisión del delito o ante la efectiva comisión del mismo:

- a) Ante la fundada sospecha de una probabilidad alta de que el enfermo pueda pasar a la acción, deberá tomar las medidas necesarias (incluido el internamiento involuntario) para asegurar la protección a terceros que pudiesen ser dañados. Estas acciones se fundamentan en la literalidad del 2º párrafo del artículo 9 de la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente, que dice que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicará a la

autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que se disponga el internamiento obligatorio de personas”.

- b) Si se tuviera noticia de que el delito ya ha sido cometido, deberá denunciarlo inmediatamente. Ello en base al Art 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “los que por razón de sus cargos, profesión u oficio tuvieran noticia de algún delito público estarán obligados a denunciarlo inmediatamente... si se tratara de un delito flagrante”, “si el que hubiera incurrido en la omisión fuere empleado público se pondrá, además, en conocimiento de su superior inmediato para los efectos a que hubiera lugar en el orden administrativo”. (Guija, J.A. 2011).

6. ¿Es posible predecir la peligrosidad social de un parafilico?

El termino peligrosidad es de uso jurídico, por lo que es preferible el uso de riesgo de reincidencia.

Existen instrumentos predictores de reincidencia como la versión castellana y validada del SVR-20 (Manual de valoración del riesgo de violencia sexual) que se estructura en tres apartados: a) funcionamiento psicosocial, b) delitos sexuales y c) planes de futuro.

También existen perfiles típicos de delincuentes sexuales y tablas de factores de protección o resistencia. Unos y otros factores se han categorizado como factores estáticos (inmodificables) y dinámicos (modificables mediante intervenciones). (Anexos 1, 2 y 3, al final del capítulo).

En general se puede afirmar que:

1. En comparación con otros delitos, los sexuales son relativamente poco frecuentes pero crean una alarma social

muy grande.

2. Los psicópatas sexuales, los violadores sádicos y los pederastas son los tres grandes grupos de alta reincidencia.
3. El riesgo de reincidencia es tanto mayor cuanto más sea la violencia ejercida sobre la víctima, cuanto más intensas sean las fantasías violentas, cuanto mayor es la historia delictual y menor la capacidad empática (Lledó, C. 2011).

7. ¿Quién ordena y sobre qué criterios las medidas de seguridad sobre un parafilico post delictualmente?

Sólo la autoridad judicial. En el caso de sujetos inimputables o semiimputables que hubieren cometido actos previstos como delitos de la índole que nos ocupa y que pueda deducirse de sus circunstancias personales un pronóstico de reincidencia de actos semejantes, la autoridad judicial podrá ordenar la privación de libertad o decretar la libertad vigilada (Lledó, C. 2011).

Actualmente, tras la reforma llevada a cabo por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que modifica el CP, el juez, en el caso de imputables condenados a pena de prisión por estos delitos, impondrá siempre, además, la medida de libertad vigilada que se ejecutará una vez cumplida la pena privativa de libertad. Excepcionalmente, si el delincuente condenado lo fuese por su primer delito, el juez podrá no imponer la medida de libertad vigilada en atención a la menor peligrosidad del sujeto.

También existe una notable limitación en los beneficios penitenciarios en materia de permisos de salida para estos delincuentes.

8. ¿Qué medidas cabe recomendar en función de la peligrosidad de un parafilico?

Predelictualmente ninguna; no lo permite el ordenamiento jurídico que emana de la Constitución. Sólo en el supuesto que se ha contemplado en la pregunta 5ª apartado a) de este capítulo se solicitará al juez el internamiento involuntario en centro psiquiátrico para su mejor evaluación y tratamiento.

9. ¿Existen tratamientos de las parafilias?

Sí, tratamientos farmacológicos y psicológicos. Los neuroquirúrgicos no deben usarse puesto que plantean muchos dilemas éticos, además de no tener demostrada especificidad ni eficacia (Girela, E. 2011).

a) Tratamientos farmacológicos: Con respecto a los fármacos, la mayoría de los investigadores coinciden en que reducen la libido y la capacidad de mantener relaciones sexuales, disminuyendo a su vez la reincidencia delictual.

Existe consenso en el hecho de que deberían ser tratados sólo aquellos parafilicos con continuas fantasías y deseos intrusivos que les ocasionan malestar intenso y/o deterioro social.

Los actualmente usados son: acetato de ciprosterona (Androcur®), acetato de medroxiprogesterona (depoprovera®) y los agonistas de la hormona liberadora de gonadotropina (gnrh).

Está fuera de toda duda la efectividad de los tratamientos antiandrogénicos y la cuestión debatida es la que se plantea para la selección de los candidatos, los exámenes médicos

previos y periódicos y los efectos adversos que se producen (Girela, E. 2011).

b) Tratamientos psicológicos: Respecto a terapias psicológicas, su éxito está estrechamente ligado a la comprensión por parte del agresor de que sus conductas delictivas no acontecen de forma aislada sino que están vinculadas a determinados factores (fantasías, abuso de alcohol y tóxicos y marginalidad) que pueden actuar como desencadenantes directos o al menos coadyuvar a la aparición de sus conductas delictivas y también a variables personales como: capacidad del sujeto para entablar relaciones afectivas; grado de comunicación verbal; disposición para las relaciones interpersonales; aptitud para extraer consecuencias y enseñanzas de la experiencia vivida y nivel de autocontrol de su conducta.

Es requisito indispensable para estos tratamientos poseer un determinado nivel de motivación para el cambio, partiendo además del reconocimiento de lo impropio de la conducta realizada. Por tanto, el sujeto deberá hacer consciente su problema y sentirse disconforme con las conductas que ha desarrollado, mostrando un deseo de cambio para el futuro (Medina, A. Moreno, MJ. Lillo, R y Guija, JA. 2011). La indicación prioritaria de estas terapias, una vez satisfechos los requisitos descritos anteriormente, son los sujetos que se encuentran en las fases finales de su condena.

10. ¿Los tratamientos de las parafilias pueden ser obligatorios?

No. Los tratamientos farmacológicos o psicológicos de las parafilias están orientados a la enfermedad, por tanto son actos

médicos y no punitivos, aunque de su efectividad puedan obtenerse beneficios secundarios para la sociedad como la disminución de la reincidencia de delitos sexuales. Por ello requiere de consentimiento informado, deben ser tratados aquellos parafilicos preferentemente egodistónicos o aquellos en que previamente se hayan efectuado modificaciones psicoterápicas de adhesión al grupo social normativo. Escogerá el tratamiento que produzca menos efectos secundarios junto a la mayor efectividad y debe ir acompañado de terapias psicológicas adecuadas (Girela, E. 2011).

11. ¿Cómo afectan al cumplimiento de la pena el sometimiento a tratamiento voluntario de las parafilias?

Debe evitarse la posibilidad de que el penado acepte el tratamiento, sea éste de la naturaleza que sea, para conseguir de manera más o menos directa algún tipo de beneficio penitenciario.

Pero es verdad que el efecto positivo de los tratamientos en el riesgo potencial de reincidencia y salvados los impedimentos legales de beneficios penitenciarios que tiene el tratamiento reclusivo de estos delitos, los buenos resultados redundaran en informes positivos ante el juez de Vigilancia Penitenciaria.

Bibliografía

Baca, E. Transgresión y perversión. Triacastela. 2014. Madrid.

Dunsieth, N.W.(2004). Psychiatric and legal features of 113 men convicted of sexual offenses, *Journal of Clinical Psychiatry*, 65(3): 293-300.

Echeburua, E (2009): ¿Qué hacer con los agresores sexuales reincidentes? Barcelona. Fundación Grifols, pp. 9-21.

Echeburua, E. tratamiento psicológico de los agresores sexuales: resultados obtenidos, reincidencias y dilemas éticos planteados. *Conductas perversas: Psiquiatría y Ley*. Triacastela. Madrid. 2011.

Girela, E. Tratamiento médico y quirúrgico de las perversiones sexuales. Aspectos éticos y prácticos. *Conductas perversas: Psiquiatría y Ley*. Triacastela. Madrid. 2011.

Guija, J.A. Valoración forense y legal de las perversiones. *Conductas perversas: Psiquiatría y Ley*. Triacastela. Madrid. 2011.

Lledó, C. Delinquentes perversos y ¿peligrosos? Tratamiento penal de los actos perversos. *Conductas perversas: Psiquiatría y Ley*. Triacastela. Madrid. 2011.

De Llera, E. La respuesta penal a las conductas tenidas por perversas. *Conductas perversas: Psiquiatría y Ley*. Triacastela. Madrid. 2011.

Medina, A; Moreno, M.J.; (1999): El trastorno de personalidad en su expresión relacional, *An. Psiquiatría*, 15(10): 409-16.

Medina, A; Moreno, M.J.; Lillo, R; y Jaén, M.J. Lo perverso y las conductas perversas. *Conductas perversas: Psiquiatría y Ley*. Triacastela. Madrid. 2011.

Medina, A; Moreno, M.J.; Lillo, R. Conductas perversas y trastornos de la personalidad: Roca, M. (ed.): *Trastornos de la Personalidad*. Barcelona. Ars Médica. 2004.

Medina, A; Moreno, M.J. *Los Trastornos de Personalidad. Un estudio médico filosófico*. Nanuck. Cordoba. 1998.

Pérez Martínez, M. Agresores sexuales. Perfiles criminales y riesgo de reincidencia. 2008.

Pérez, M; Redondo, S. (2008) Predicción de riesgo de reincidencia en agresores sexuales, *Psicothema*, 20(2):pp. 205-10.

Sánchez, C. ¿Qué es la agresión sexual? Biblioteca Nueva. Madrid. 2000.

Valero, V (2005). El tratamiento penitenciario: realidad y perspectiva, *estudios de Derecho Judicial*. (84): 23-44.

ANEXO 1

Predictores de reincidencia sexual	
Predictores estáticos	Predictores dinámicos
1. Factores genérico: menor de edad 2. Mayor nº de delitos sexuales previos 3. Mayor nº delitos sexuales en general 4. Versatilidad delictiva (no especialización sexual) 5. Violencia en la realización de los delitos previos. 6. Escalamiento en la gravedad de los delitos (violencia, víctimas menores) 7. Víctimas desconocidas 8. Tipo de víctima Femenina (.17) Masculinas (.20) Infantiles (.22) Adultas (.13) 9. El delito no ha sido resultado de algún estresor específico circunstancial 10. Evidencia de la psicopatología grave (psicosis) o ingreso previo en Psiquiatría (.18) 11. Acciones excéntricas, rituales, fantasías desviadas, recurrentes, uso de pornografía. 12. Presentar varias parafilias (abusos, violaciones) 13. Perfil psicopático (Factor 1 de la escala de psicopatía de Hare, PCL): Rasgos psicopáticos (.18)	1. Negación o racionalización persistentes del delito 2. Baja/nula motivación para seguir tto. 3. Baja competencia interpersonal y, en general, factores de necesidad criminogénica (cogniciones, valores y hábitos delictivos, amigos delincuentes, dependencia a drogas) 4. Alta excitación ante estímulos sexuales desviados y baja excitación ante estímulos adecuados. 5. Bajo control de la conducta desviada. 6. Carecer de pareja (.22) 7. Perfil psicopático (Factor II de la escala psicopatía de Hare, PCL): Conducta antisocial, salvo la que corresponde al pasado

ANEXO 2

PROTOCOLO DEL SEXUAL VIOLENCE RISK-20

Hoja de codificación
Presencia (0/1/2)

FUNCIONAMIENTO PSICOSOCIAL

1. Desviación Sexual
2. Víctima de abuso en la infancia
3. Psicopatía
4. Trastorno mental grave
5. Problemas relacionados con el consumo de sustancias tóxicas
6. Ideación suicida/homicida
7. Problemas interpersonales
8. Problemas laborales
9. Antecedentes de delitos no sexuales
10. Antecedentes de delitos no violentos
11. Fracaso en las medidas de supervisión previas

DELITOS SEXUALES

12. Frecuencia elevada de delitos sexuales
13. Tipología múltiple de delitos sexuales
14. Daño físico a la víctima de delitos sexuales
15. Uso de armas o amenazas de muerte en los delitos sexuales
16. Progresión en la frecuencia y gravedad de los delitos sexuales
17. Minimización extrema o negación de los delitos sexuales
18. Actitudes que apoyan o toleran los delitos sexuales

PLANES DE FUTURO

19. Falta de planes realistas/viables
20. Actitud negativa hacia la intervención

ANEXO 3

Perfil de los no-reincidentes	Perfil de los reincidentes
Cometieron su primer delito sexual condenado en torno a los 34 años	Cometieron su primer delito sexual condenado hacia los 25 años
Han sido condenados por 1-2 delitos sexuales y 3 delitos en total	Han sido condenados por 4 delitos sexuales y unos 7 en total
Su carrera criminal previa ha durado en torno a 3 años	Su carrera criminal previa ha durado alrededor de 9 años
3/4 Partes han ingresado una sola vez en prisión y han estado reclusos durante 5,5 años	Han ingresado varias veces en prisión y han estado reclusos durante 8 años
Salen mayores de prisión, alrededor de los 40 años	Salen más jóvenes de prisión, alrededor de los 33 años
La mayoría han tenido trayectorias laborales estables	Más de la mitad han tenido trayectorias laborales inestables
Alrededor del 60% tiene hijos	Menos del 40% tiene hijos
Suelen abusar del alcohol	Suelen abusar del alcohol, pero 1/3 consume preferentemente otras drogas
Sus víctimas han sido tanto chicas mayores como menores de 14 años y en la mitad de los casos conocidas previamente	Sus víctimas son chicas mayores de 14 años desconocidas
Psicopatía (PCL): 1/5 parte de ellos puntúan en el Factor II (conducta antisocial) y un 3,7% tienen perfil psicopático	Psicopatía: más de 1/2 puntúan en el Factor II (conducta antisocial) y un 38,5% tienen perfil psicopático
Riesgo: puntúan más bajo en todos los ítem: -Distintas víctimas -Parafilias -Bajos recursos personales -Excitabilidad sexual desviada -Estilo de vida inestable Su puntuación total de riesgo es 13,19	Riesgo: puntúan más alto en todos los ítem: -Distintas víctimas -Parafilias -Bajos recursos personales -Excitabilidad sexual desviada -Estilo de vida inestable Su puntuación total de riesgo es 45,07
El 46,5% ha recibido tratamiento	El 14,3% ha recibido tratamiento

7. DELITOS SEXUALES

8

Aspectos psiquiátricos y jurídicos del tratamiento involuntario

M. NÚÑEZ, J.A. GUIJA, M.D. FRANCO, L. GINER

1. ¿Qué es un ingreso involuntario?

De acuerdo al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), el ingreso (internamiento) involuntario por razón de trastorno psíquico es aquél que se lleva a cabo cuando una persona no está en condiciones de decidirlo por sí mismo, no siendo posible delegar dicha autorización en un familiar ni tan siquiera en los casos de tutela o patria potestad (incapacitados o hijos menores), siendo necesario solicitar la autorización judicial.

Nunca podemos realizar el ingreso involuntario de una persona que tiene capacidad para decidirlo, quedando a criterio médico la falta o no de capacidad. Por tanto, no existe un catálogo de enfermedades que requieran el ingreso involuntario sino la capacidad de decidir en el momento concreto.

2. ¿Quién decide el ingreso de un paciente con enfermedad mental?

Siempre es una decisión médica. No obstante, debemos distinguir el ingreso voluntario (consentimiento del paciente) del involuntario que, independientemente de lo que piense la familia o el propio paciente, se lleva cabo por el psiquiatra con criterios médicos. El citado ingreso deberá ponerse en conocimiento del Juez en el plazo de 24 horas (Ley de Enjuiciamiento Civil art. 763).

En el momento actual, a partir de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 132 de 2 de diciembre de 2010, el citado artículo fue declarado inconstitucional aunque no entra a valorar el fondo de la cuestión. A esta declaración de inconstitucionalidad “no vincula el TC la declaración de nulidad, en la medida en que ello daría lugar a un vacío legal no deseable, por lo que insta al legislador a que a la mayor brevedad proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica”.

Así pues, a pesar de haber sido declarado inconstitucional el art. 763 de la LEC, sigue vigente en la actualidad.

3. El juez ¿ordena o autoriza el ingreso involuntario?

El ingreso involuntario acordado por el psiquiatra ha de comunicarse al juez, jurisdicción civil, para su autorización. Por tanto, el juez civil, en caso de ingreso involuntario considerado por el psiquiatra, autoriza pero no ordena. De igual modo, el alta será a criterio médico, debiendo ser comunicado al mismo juez sin necesidad de esperar autorización alguna para llevarla a efecto. Tanto ingreso como alta son actos a criterio médico.

4. ¿Existe límite temporal en el ingreso involuntario?

No. El psiquiatra podrá, en cualquier momento si considera que el paciente tiene capacidad para decidir, reconvertir el ingreso involuntario en voluntario. De igual modo, si el psiquiatra considera que tras un breve plazo de ingreso hospitalario involuntario es factible el alta hospitalaria, ésta puede llevarse a cabo. El alta será a criterio médico, debiendo comunicarlo al juez que lleva el internamiento.

No existe límite temporal salvo que, como refiere el 763 LEC, se ha de informar cada seis meses de la necesidad de mantener la medida.

5. ¿Puede un juez ordenar el alta de un paciente ingresado involuntariamente?

En ningún caso. El alta hospitalaria es un acto médico y por tanto será éste quien proceda de acuerdo a criterios médicos. Concretamente, el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que regula el internamiento involuntario por razón de trastorno psíquico), incide en su punto 4: “cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento darán el alta al enfermo y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente”.

6. El ingreso de un incapaz ¿es siempre involuntario o puede prestar consentimiento el propio enfermo o un familiar?

Sí, es siempre involuntario en caso de incapacidad total porque el artículo 763 LEC no permite la delegación en un familiar del consentimiento para el ingreso involuntario por razón de trastorno psíquico. En el supuesto de que se tratase de una sentencia de incapacidad parcial habrá que ver para qué actos concretos se encuentra incapacitado.

No podemos olvidar que con frecuencia la sentencia abarca exclusivamente los actos jurídicos, administrativos o económicos y, por tanto, sin repercusión en la esfera personal de la salud.

7. El psiquiatra ¿puede ingresar en contra de la voluntad del paciente y de la familia?

Sí. Habría que matizar que no es “en contra de la voluntad del paciente” sino cuando éste no tiene capacidad para decidir por razón de trastorno psíquico. En este caso, de ser necesario el ingreso, el psiquiatra puede tomar la decisión en contra de la voluntad de la familia. No olvidemos que se encuentra ante un ingreso civil y se encuentra vinculado por la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) en su artículo 763. Por esa misma razón, debe comunicarlo al juez en el plazo de 24 horas para obtener la “autorización” correspondiente.

Una situación que en el momento actual no es posible normativamente pero que se ha debatido es la posibilidad de obviar la LEC y realizar los ingresos de acuerdo a la Ley de autonomía del paciente (41/2002), en la cual prevalece el consentimiento informado de éste para toda actuación sanitaria sobre el mismo salvo en determinadas circunstancias y que viene recogidas en el artículo 9 sobre los límites del consentimiento. Concretamente, el 9.2.b. señala como uno de los límites “cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

Como hemos señalado, en el momento actual esta posibilidad es un mero elemento de debate sin que pueda recurrir al citado artículo para proceder al ingreso. En cualquier caso, siempre hay que recurrir al 763 de la LEC.

8. ¿Es necesaria la autorización judicial para contención mecánica o química una vez autorizado el ingreso?

No. Una vez que el juez autoriza el ingreso no sólo autoriza que el paciente permanezca en el hospital, sino también aquellos tratamientos que el psiquiatra considere necesario para el control de la enfermedad del paciente. Debemos entender la contención mecánica como parte del tratamiento y no con otra finalidad. No obstante, deben tenerse en cuenta los principios de:

-Proporcionalidad: la medida ha de ser proporcional al estado en que se encuentre el paciente, aplicando siempre la alternativa menos restrictiva posible (diálogo, adopción de precauciones necesarias, etc...), siempre que no exista riesgo.

-Límite temporal: establecidos en los protocolos del hospital en que se lleve a cabo. En los mismos debe constar el modo en que se llevará a cabo, personal a intervenir, vigilancia y cuantos datos se consideren oportunos en beneficio del paciente.

Por otro lado, desde el ingreso hasta que el juez autoriza el internamiento, ni que decir tiene que, en caso de ser necesario, el psiquiatra debe utilizar las medidas terapéuticas de acuerdo a la *lex artis* para el caso concreto.

9. Si el ingreso es voluntario y no presta autorización para la contención mecánica ¿es necesaria autorización judicial?

Si a criterio del psiquiatra el paciente tiene capacidad para decidir acerca del tratamiento, es decir, entiende el trastorno que padece, el tratamiento que se efectúa, cuál es el objetivo que se pretende y las consecuencias de su negativa y, aun así, rechaza el tratamiento, es libre de ello debiendo valorar la posibilidad de alta voluntaria.

Por el contrario, si el psiquiatra considera que el paciente no tiene

capacidad para decidir sobre el tratamiento propuesto, deberá reconvertir el ingreso voluntario en involuntario y comunicarlo al juez para su autorización.

El ingreso involuntario no tiene como finalidad restringir la libertad deambulatoria del paciente. La finalidad de cualquier ingreso, voluntario o involuntario, es tratar médicamente al paciente con el fin de preservar su salud.

10. El psiquiatra ¿puede reconvertir un ingreso voluntario en involuntario y viceversa?

Cualquier ingreso, tanto voluntario como involuntario, puede transformarse por el psiquiatra en el contrario. Todo es una cuestión de valoración médica acerca de la capacidad para decidir por parte del enfermo, valoración que en el caso de reconversión a involuntario será contrastada en exploración realizada por el juez y reconocimiento del médico forense. Por otro lado, las razones psicopatológicas que motiven esta decisión, deben quedar reflejadas en la historia clínica del paciente.

11. El ingreso psiquiátrico de un menor ¿es siempre involuntario o pueden consentir los progenitores?

En el caso de un ingreso por razón de trastorno psíquico no es posible nunca el consentimiento por representación. Por lo tanto, el ingreso psiquiátrico de un menor de 16 años cumplidos es siempre involuntario porque tampoco éste puede prestar su consentimiento. Cumplidos los 16 años el menor puede consentir y el tratamiento será igual que el del mayor de edad.

12. En caso de que el psiquiatra dé un permiso terapéutico durante un ingreso involuntario ¿tiene alguna relevancia?

Relevancia jurídica, no existe. No obstante en caso de volver al hospital al finalizar el mismo, el psiquiatra deberá valorar la conveniencia de reconversión a ingreso voluntario, valoración que también pudiera hacerse antes de dar el permiso. Siempre debe prevalecer la capacidad de la persona para decidir.

13. ¿Exime de responsabilidad al psiquiatra cualquier hecho cometido por el paciente durante un permiso terapéutico si ha sido autorizado por el juez el ingreso involuntario?

No. Cuando el juez autoriza el ingreso, únicamente está supliendo la falta de capacidad del paciente para consentir el ingreso al no poder delegar en un familiar este consentimiento (ausencia de consentimiento por representación).

Una vez autorizado el ingreso, las consecuencias que se deriven del buen o mal hacer del psiquiatra, tanto en orden al tratamiento como permisos terapéuticos, se someten a los mismos criterios de responsabilidad que un ingreso voluntario. En definitiva, la decisión debe ajustarse a la *lex artis*.

14. En tratamientos como TEC en caso de ingresos involuntarios ya autorizados judicialmente ¿es necesario el consentimiento por representación? ¿Es necesaria autorización judicial?

Como hemos señalado en la pregunta número 5, la autorización judicial para ingreso de paciente psiquiátrico en contra de la voluntad de éste conlleva implícito la autorización para llevar a

cabo los tratamientos que considere oportunos.

El problema de la TEC radica en que no es un tratamiento de urgencia (siempre es programado) y que genera un riesgo (mínimo y controlado pero real) para el paciente por dos motivos: 1) derivado de la propia técnica y 2) por los posibles efectos de la sedación que se aplica. Por ello resultaría aconsejable, de acuerdo a la Ley de Autonomía del Paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) aplicar el artículo 9.3 sobre el consentimiento por representación (no olvidemos que estamos ante un paciente ingresado involuntariamente pues se ha considerado la incapacidad para consentir su ingreso): “Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho”.

En definitiva, se actuaría como en cualquier otra patología somática cuando se solicita el consentimiento del paciente, o su representante legal, para realizar una actividad médica o quirúrgica que conlleve un riesgo añadido y diferente al que conlleva la psicofarmacología.

15. Si hay traslado a otro centro de un ingreso involuntario ya autorizado ¿es necesario solicitar nueva autorización?

No. El ingreso es el mismo aunque se cambie de centro, si bien será necesario comunicar al juez el traslado; en definitiva, es un problema administrativo sanitario. No obstante, en la práctica

suele ocurrir que no se procede a un simple traslado sino que se da el alta en un centro y se procede a nuevo ingreso administrativo en otro centro. En este caso, sí ha de ser comunicado al juez en el plazo de 24 horas y obtener la autorización judicial.

16. ¿Quién es el responsable del traslado de un enfermo mental en un ingreso involuntario?

No podemos olvidar que estamos hablando de un paciente, independientemente de la etiología de su padecimiento. Por tanto, se actuará como en cualquier otro paciente:

- 1- En la medida que sea posible, sería deseable el traslado a la Unidad de Hospitalización de Psiquiatría por parte de los familiares.
- 2- Cuando no sea posible el traslado por parte de los pacientes o la situación clínica así lo aconseje, se utilizará la ambulancia de los dispositivos sanitarios. No debemos perder de vista que el ingreso involuntario es un problema sanitario y no judicial.
- 3- En caso de necesidad de contención física, el médico podrá recabar la ayuda de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado sin requerir previa autorización judicial.

17. En caso de que el psiquiatra de urgencia considere que un paciente no requiere ingreso y el paciente insiste ¿hay que ingresar? ¿Y si amenaza con tomar represalias?

No. El ingreso de un paciente debe ajustarse a la necesidad real

de la situación y utilizar criterios médicos de acuerdo a la lex artis. No existen patologías concretas que obliguen al ingreso sino las circunstancias que deriven de ella. Como criterio general, se considerara necesario el ingreso de un paciente cuando:

-El paciente presente una enfermedad mental que requiera tratamiento inmediato.

-El citado tratamiento sólo pueda ser aplicado en régimen de hospitalización.

-El ingreso se efectúe en beneficio del paciente y/o en protección de terceras personas.

-Exista imposibilidad de tratamiento ambulatorio por abandono social.

Si el psiquiatra no considera necesario el ingreso y el paciente recurre a las amenazas para conseguir su propósito, el siguiente paso será denunciar la situación ante la policía o el juzgado de guardia. No obstante, debe quedar suficientemente reflejado en historia clínica la situación generada así como los motivos médicos por los que no se considera preciso el ingreso.

18. ¿Cómo debe actuar el psiquiatra de urgencias ante el paciente que es trasladado por la policía?

Como con cualquier otro tipo de paciente psiquiátrico. La policía traslada al paciente al centro hospitalario pero será el médico quien decida qué se debe hacer con el mismo (ingreso o no) siguiendo las mismas pautas (art 763 LEC) que se han visto hasta el momento.

En caso de que la policía traslade a un enfermo con una orden judicial por tratarse de una circunstancia del orden penal, el

psiquiatra actuará desde la perspectiva médica como con cualquier otro paciente. Normativamente, la diferencia estará en que no tiene necesidad de comunicación al juez (sólo en caso de los internamientos habituales que son los civiles) y que es posible que la policía esté en la sala custodiando al paciente.

Dadas las numerosas referencias efectuadas en este capítulo al artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, recogemos la literalidad del mismo (Anexo 1).

19. Un enfermo mental ingresado en el psiquiátrico penitenciario que ha cumplido una pena pero continúa descompensado, ¿sale del citado centro penitenciario? ¿En qué situación quedaría este enfermo mental?

Sí. No hay que olvidar que en esta cuestión nos encontramos ante una legislación diferente a la que hemos visto hasta ahora. Siempre nos hemos referido a los internamientos civiles y, por tanto, hemos utilizado la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 763). En el caso de la cuestión planteada, ya no se encuentra ingresado por autorización judicial. Estamos ante una persona que ha cometido un hecho delictivo, al que se le ha aplicado una medida de seguridad al haber entendido el tribunal que era posible la aplicación de una eximente del Código Penal. En estos casos, el paciente sale del Hospital Psiquiátrico Penitenciario en el momento de su excarcelación, dado que no puede permanecer en el citado centro más tiempo del que le hubiese correspondido en caso de aplicar la pena de prisión de acuerdo al artículo 101 del Código penal:

1. Al sujeto que sea declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1º del artículo 20 se le podrá aplicar, si fuere necesaria, la medida de internamiento para tratamiento médico o educación especial en un

establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, o cualquier otra de las medidas previstas en el apartado 3 del artículo 96. El internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo.

2. El sometido a esta medida no podrá abandonar el establecimiento sin autorización del Juez o Tribunal sentenciador, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 de este Código.

No obstante lo anterior, no quiere decir que vaya directamente a su domicilio. Así, cuando desde el Hospital Psiquiátrico Penitenciario se considere que la persona debe continuar ingresada en Unidad de Hospitalización de Psiquiatría, desde el propio penitenciario se solicitará al juzgado el Internamiento Involuntario del paciente (artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), para que una vez excarcelado sea dirigido directamente al centro hospitalario que corresponda. Es decir, pasa a ser un internamiento civil como cualquier otro y regido por el mismo artículo.

20. ¿Se encuentra regulado el Tratamiento Ambulatorio Involuntario (TAI)?

En el momento actual no existe normativa alguna que la posibilidad de tratamiento ambulatorio involuntario, independientemente del diagnóstico psiquiátrico de que se trate. Algunos juzgados, a petición del psiquiatra (con un protocolo de actuación terapéutico claro y concreto), con conocimiento del fiscal, reconocimiento del médico forense y exploración del juez, es posible que autoricen el tratamiento involuntario utilizando

determinados criterios jurídicos.

No obstante, como se ha señalado, al no existir una normativa en este aspecto, queda a criterio del juez la posibilidad de utilizar esos mecanismos pero siempre a petición del psiquiatra y con informe claro acerca del seguimiento cercano que se vaya a efectuar.

21. ¿Existe alguna normativa específica que impida el TAI?

Ninguna. Una cosa es que no se encuentre regulado, como así ocurre, y otra diferente que exista una normativa específica contraria al TAI. Como se ha señalado, no existe norma contraria al TAI.

22. En caso de que el psiquiatra considerase oportuno la realización de un TAI ¿qué debería hacer?

Remitir informe al juzgado en el que se solicita el mismo indicando la patología, motivo por el que se solicita, tratamiento a seguir y protocolo de seguimiento. Como se ha señalado, el juez podrá o no autorizarlo dado que no existe norma específica al respecto.

23. ¿Qué situaciones médicas suelen constituir en la práctica judicial los supuestos de TAI?

Paciente con trastorno mental grave, sin conciencia de enfermedad, escasa/nula adherencia al tratamiento, sin apoyo familiar (por ausencia del mismo o por imposibilidad de controlar el tratamiento del paciente) y con varios ingresos al año en Unidad de Psiquiatría.

Bibliografía

Bort, J.M. Tratamiento ambulatorio forzoso. En: “El psiquiatra: del ámbito médico al jurídico”. Segundas Jornadas de Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León, A.; Moreno Díaz, M.J.; Lillo Roldán, R. (Editores). Euromédice ediciones médicas. 2006.

Elósegui, A. Tratamientos ambulatorios involuntarios. En: “El psiquiatra: del ámbito médico al jurídico”. Segundas Jornadas de Encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León, A.; Moreno Díaz, M.J.; Lillo Roldán, R. (Editores). Euromédice ediciones médicas. 2006.

CONSEIL DE L'EUROPE COMITE DES MINISTRES.
Recommandation Rec (2004)10 du Comité des Ministres aux Etats membres relative à la protection des droits de l'homme et de la dignité des personnes atteintes de troubles mentaux (adoptée par le Comité des Ministres le 22 septembre 2004, lors de la 896e réunion des Délégués des Ministres). Art 18-20.

<https://wcd.coe.int/viewdoc.CF2&Backcolorintranet=FDC864&backcolorlogged=FDC864&direct=true>

Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. BOE. 21 de abril de 2008. número 96. Pag. 20648-20659.

ANEXO 1

Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

En los casos de internamientos urgentes, la competencia para la ratificación de la medida corresponderá al tribunal del lugar en que radique el centro donde se haya producido el internamiento. Dicho tribunal deberá actuar, en su caso, conforme a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 757 de la presente Ley.

2. El internamiento de menores se realizará siempre en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor.

3. Antes de conceder la autorización o de ratificar el internamiento que ya se ha efectuado, el tribunal oír a la persona afectada por la decisión, al Ministerio Fiscal y a cualquier otra persona cuya comparecencia estime conveniente o le sea solicitada por el afectado por la medida. Además, y sin perjuicio de que pueda practicar cualquier otra prueba que estime relevante para el caso, el tribunal deberá examinar por sí mismo a la persona de cuyo internamiento se trate y oír el dictamen de un facultativo por él designado. En todas las actuaciones, la persona afectada por la medida de internamiento podrá disponer de representación y defensa en los términos señalados en el artículo 758 de la presente Ley.

En todo caso, la decisión que el tribunal adopte en relación con el internamiento será susceptible de recurso de apelación.

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente.

Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán el alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.

8. TRATAMIENTO INVOLUNTARIO

Aspectos psiquiátricos y jurídicos de la capacidad civil

M. NÚÑEZ, J.A. GUIJA, L. GINER, J. GINER

1. ¿Qué es la capacidad civil?

En el ámbito del derecho civil se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones y no es limitable; es consustancial a ser persona.

La capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para realizar con efectos jurídicos un acto o negocio, es decir, la capacidad para ejercer derechos y asumir obligaciones y constituye lo fáctico de la capacidad jurídica. Requiere, al igual que la imputabilidad, la capacidad de conocer y capacidad de querer (conciencia y voluntad). En el Código Civil (CC) se señalan los requisitos para proceder a la incapacitación en el artículo 200.

2. ¿Cuáles son los principios sobre los que se sustenta la capacidad civil?

Desde la perspectiva psiquiátrico forense son dos los elementos esenciales sobre los que se sustenta la capacidad civil: la capacidad de conocer y la capacidad de querer. O expresado de otro modo: conciencia y voluntad. Al respecto, concretar que el término conciencia no se ajusta exclusivamente al concepto médico de estado vigil sino algo más. Esta función psíquica, la conciencia, implica una capacidad para entender, valorar, jerarquizar, argumentar y expresar. Es decir, conllevaría la necesidad de

un “estado cognitivo” intacto o mínimamente afectado, de tal modo que pudiese llevarse a cabo lo anteriormente reseñado. La voluntad, función psíquica, sobre la que se sustenta la capacidad civil, debe ser libre, es decir, no ser mediatizada por psicopatología que la altere.

Al respecto, señalar que la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ya menciona en su artículo 12 la necesidad del respeto a la voluntad. Ciertamente no aclara qué tipo de voluntad (si incluye la patológica) pero el artículo 200 de nuestro Código Civil ya nos saca de dudas cuando nos requiere tres premisas para considerar la incapacidad de la persona: enfermedad, permanencia de la misma y ausencia de la capacidad de autogobierno (o lo que es lo similar, afectación de la voluntad).

3. ¿Es lo mismo capacidad civil que capacidad para tomar decisiones?

No. El concepto de capacidad civil es más amplio e incluye la capacidad jurídica, innata a la persona y no limitable, y la capacidad de obrar a la que nos hemos referido en la primera cuestión. Es un concepto jurídico en el que tiene cabida la capacidad para tomar decisiones.

Si una persona es capaz civilmente implica que es capaz de tomar decisiones. Esta capacidad habrá que estudiarla desde la perspectiva de la psicopatología (alteraciones de las funciones psíquicas que modifiquen esa capacidad) así como desde la psicología, valorando las motivaciones que pueden influir en las decisiones, las cuales sin existir una patología “sensu strictu” sí pueden encontrarse alteradas.

Desde la práctica clínica, la “capacidad para tomar decisiones” puede aplicarse a otras situaciones, como es al consentimiento de tratamiento, basado en la Ley de Autonomía del Paciente (41/2002), y al consentimiento para participar en Ensayos Clínicos, ambos sustentados en el principio de autonomía del paciente y que requieren, al igual que en la capacidad civil, valorar las capacidades cognitiva y volitiva así como las motivaciones.

4. ¿Por qué se solicita la incapacidad civil de una persona? ¿Quién puede hacerlo?

La incapacitación de una persona siempre se solicita como medida de protección del presunto incapaz.

En cuanto a las personas que pueden solicitarlo viene regulado en el artículo 757. CC.

1. La declaración de incapacidad puede promoverla el presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los hermanos del presunto incapaz.

2. El Ministerio Fiscal deberá promover la incapacitación si las personas mencionadas en el apartado anterior no existieran o no la hubieran solicitado.

3. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de la incapacitación. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de posible causa de incapacitación en una persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal.

4. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, la

incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela.

5. ¿Qué elementos hay que valorar en la capacidad para tomar decisiones?

Desde la perspectiva psiquiátrico forense, fundamentalmente tres: cognición, motivación y psicopatología. Al juez le interesa que se lleve a cabo una aproximación psíquica exhaustiva con la finalidad de determinar cuál es la capacidad de autogobierno (toma de decisiones) en las esferas personales, interpersonales y económico-jurídico-administrativa del paciente.

Es importante señalar varios aspectos:

-Existe una tendencia a considerar el elemento cognitivo como primordial y esencial para determinar la capacidad de una persona. Nada más lejos de la realidad. Una vez valorado este aspecto, hay que considerar la posibilidad de su afectación secundaria a dos factores: la motivación y la psicopatología.

-Si bien toda persona tiene sus motivos para la toma de una decisión, hay que apreciar hasta qué punto ésta se ajusta a la realidad situacional del paciente o se encuentra afectada por el estado emocional del mismo (no necesariamente patológico). En definitiva, valorar la vulnerabilidad de la persona, especialmente significativa en los momentos en los que existe una limitación funcional de la misma requiriendo la ayuda, más o menos intensa, de un tercero.

-La psicopatología que puede alterar tanto lo cognitivo como lo motivacional, tomando decisiones que carezcan de la libertad necesaria pues se hayan alteradas, especialmente por trastornos de

la afectividad, del pensamiento o de la sensopercepción.

6. ¿Cuándo se considera que una persona es incapaz civilmente?

Para que una persona sea declarada incapaz es necesario que así se declare en sentencia firme. Artículo 199 CC: “Nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la ley “.

En estos casos, es esencial el informe pericial y en el concreto caso de incapacidad por enfermedad psíquica, el informe pericial psiquiátrico.

7. ¿A qué esferas de la vida puede afectar la declaración de incapacidad?

A las esferas personal, interpersonal y económico-jurídico-administrativo. Desde la perspectiva psiquiátrico forense, habitualmente se sigue el esquema de la Instrucción nº 3/2010 de la Fiscalía General del Estado sobre “la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas”, fundamentada a su vez en la Convención Internacional sobre Derechos de las Personas con Discapacidad.

Así, tendremos:

1. Habilidades de la vida independiente:

- Auto cuidado: aseo personal, vestirse, comer, desplazamiento, etc.

- Instrumentales cotidianas: comprar, preparar la comida, limpiar la casa, telefonar, respuesta ante la necesidad de ayuda, etc.

2. Habilidades económico-jurídico-administrativas:

- Conocimiento de su situación económica.
- Capacidad para tomar decisiones de contenido económico: seguimiento efectivo de sus cuentas corrientes, de sus ingresos, gastos, etc.
- Capacidad para otorgar poderes a favor de terceros.
- Capacidad para realizar disposiciones testamentarias.
- Capacidad para el manejo diario de dinero de bolsillo: gastos de uso cotidiano de carácter menor.

3. Habilidades sobre la salud:

- Manejo de medicamentos.
- Seguimiento de pautas alimenticias.
- Auto cuidado: cuidado de heridas, úlceras, etc.
- Consentimiento del tratamiento.

4. Habilidades para el transporte y manejo de armas:

- Capacidad para la conducción de vehículos.
- Capacidad para el uso de armas.

5. Habilidades en relación con el propio procedimiento:

- Alcance del conocimiento sobre el objeto del procedimiento.
- Alcance del conocimiento sobre sus consecuencias.

6. Capacidad Contractual:

- Alcance del conocimiento y comprensión de determinados actos como préstamos, donaciones o cualesquiera actos de disposición patrimonial.

Finalmente, valorar la capacidad para sufragio.

8. La enfermedad mental, ¿conlleva siempre la incapacidad civil de la persona?

Enfermedad mental no es sinónimo de incapacidad civil. Sólo se llegará a esta situación en caso que sea permanente y afecte la capacidad de autogobierno. La declaración de incapacidad es siempre por sentencia judicial y ésta tendrá en consideración el informe psiquiátrico forense en el cual se valorará el concreto diagnóstico de trastorno psíquico, su permanencia a pesar de los tratamientos efectuados y el tiempo transcurrido y, finalmente, cuál es la capacidad de autogobierno.

El carácter de permanencia no se refiere a la existencia del trastorno y su tratamiento mantenido en el tiempo sino a la descompensación psicopatológica mantenida en el tiempo y que afecta a la capacidad de autogobierno.

9. ¿Es posible restituir la capacidad civil? ¿Cuál es el papel del psiquiatra en caso afirmativo?

Sí. El artículo 761 de la LEC señala que el alcance de la incapacitación establecida en sentencia podrá modificarse o dejarse sin efecto, instando un nuevo proceso, si sobrevienen nuevas circunstancias que permitan apreciar que el declarado incapaz

puede gobernarse por sí mismo, así como a sus bienes.

El proceso para la reintegración de la capacidad es el mismo que para la incapacitación, podrán promoverlo las mismas personas que la incapacitación y, al igual que en este proceso, será necesario el informe pericial.

10. La vejez ¿es causa de incapacitación civil?

En ningún caso. La vejez no es una enfermedad sino una etapa de la vida con un contexto fisiológico concreto. Es decir, no es una enfermedad y, como se ha señalado anteriormente, uno de los elementos esenciales para la declaración de incapacitación es la existencia de enfermedad física o psíquica.

Por tanto, la vejez por sí sola no es causa de incapacitación. No obstante, debe señalarse que las limitaciones funcionales de cualquier tipo, reductoras de la aptitud física y que impidan a la persona que las padece la posibilidad de manifestarse o ejecutar su voluntad, podrán dar lugar a incapacitación. En este sentido es posible que la vejez conlleve limitaciones funcionales físicas o psíquicas que impidan a la persona gobernarse por sí misma.

11. ¿Se puede declarar la incapacitación temporal en caso de descompensación de enfermedad?

En determinadas circunstancias, sí. Existen patologías psiquiátricas que evolucionan de forma cíclica o sufren descompensaciones psicopatológicas en determinados momentos.

La solución más adecuada parece que sería limitar la incapacitación a los momentos de crisis o agudización de la enfermedad; no

obstante, por razones prácticas o de seguridad y claridad, los tribunales suelen optar por la incapacidad sin limitarse al periodo de descompensación, siguiendo el criterio establecido por el Tribunal Supremo (TS) en su sentencia de 10 de febrero de 1986. Concretamente, la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Toledo de 24 abril 2000 recoge:

“Así al poder presentarse en el caso que nos ocupa períodos de agudización o descompensación en los que el enfermo esquizofrénico sufre una grave alteración de sus funciones mentales (brotos de agudización), la solución más adecuada parece situarse en limitar la incapacidad a los momentos de crisis agudización de la enfermedad, pero por razones prácticas o de seguridad y claridad parece preferible la solución aportada por el TS en su sentencia de 10 de febrero de 1986 de equiparar a permanencia firme y constante el carácter persistente de la enfermedad y sus efectos con independencia de su mayor o menor intensidad periódica La AP estima recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, que desestimó la demanda y declaró no haber lugar a la incapacidad del demandado. Considera la Sala, que la declaración de incapacidad debe adoptarse con las máximas garantías e instrumentos necesarios para lograr una mayor aproximación a la verdad, determinando dicha declaración una imposibilidad del afectado para gobernarse por sí mismo. En el presente caso, es claro que nos encontramos ante un supuesto de incapacidad producido por la enfermedad mental y deficiencia que sufre el afectado que le impide autogobernarse, y que hace necesario tal declaración para su propia protección, además hay que añadir que no nos encontramos ante una incapacidad relativa, sino absoluta”

No obstante, podemos encontrar sentencias que limitan la declaración de incapacidad a los periodos de descompensación

como la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife de 4 junio 2001, que declara la incapacitación de la persona que padece un trastorno bipolar, pero limitada a las fases de descompensación, acordando para integrar la incapacidad cuando sea necesaria, el nombramiento de un curador que será necesario para los actos que excedan de la administración ordinaria de sus bienes, y los de disposición y gravamen de los mismos, para los que necesitará el complemento de capacidad de un curador. En el mismo sentido se pronuncian otras sentencias como la más reciente del TS de 24 de junio de 2013, en la que se justifica esta medida basándose en la Mención a la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.

12. ¿Es necesaria la declaración de incapacidad para autorizar una esterilización? ¿Cuál es el papel del psiquiatra?

Sí. El artículo 156. 2º del Código penal recoge que “sin embargo, no será punible la esterilización de persona incapacitada que adolezca de grave deficiencia psíquica cuando aquélla, tomándose como criterio rector el del mayor interés del incapaz, haya sido autorizada por el juez, bien en el mismo procedimiento de incapacitación, bien en un expediente de jurisdicción voluntaria, tramitado con posterioridad al mismo, a petición del representante legal del incapaz, oído el dictamen de dos especialistas, el Ministerio Fiscal y previa exploración del incapaz”.

Por tanto, la solicitud ha de realizarse bien en el mismo procedimiento de incapacidad, se tramitaría junto con la solicitud de incapacidad y se requeriría una sentencia estimatoria que declare la incapacidad para autorizar la esterilización; o también se puede solicitar la esterilización, en un proceso posterior pero siempre hemos de contar con la previa sentencia de incapacidad y, en este segundo caso, la solicitud sólo la puede formular el

representante legal, tutor designado en el previo procedimiento de incapacidad.

El dictamen de especialista, psiquiatra, debe versar sobre la existencia de “grave deficiencia psíquica” que le imposibilite para comprender aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal que se solicita así como de su no capacidad para utilizar otros métodos anticonceptivos, dado que esta debe ser una última opción

A este respecto son relevantes la Sentencia del Tribunal Constitucional, STC 215/1994 y Sentencia Audiencia Provincial de Álava de fecha 30 de marzo de 2004. “«el retraso mental moderado», reconocido en sentencia judicial de incapacidad al que igualmente hace referencia el informe médico-psiquiátrico (en el que se asegura que... es incapaz de asegurar un método anticonceptivo autónomo, coincidente este con el emitido por el Dr. ..., quién ve limitada la posibilidad de otras medidas anticonceptivas «por las características de la paciente que le impiden una adecuada responsabilización en el uso continuado de cualquier otro método anticonceptivo reversible». Informes que, a su vez, resultan también coincidentes con el del médico-forense, que señala que con el retraso mental moderado que padece... no puede aseverar que pudiera seguir de forma segura un método anticonceptivo, y que desde el Servicio de Ginecología se han intentado métodos menos cruentos que han sido rechazados por aquella y su tutor, para terminar concluyendo «que puede ser necesaria la ligadura de trompas como método de anticoncepción, método que, a su vez, viene concluyentemente en recomendar el propio informe realizado ante la Sala por el ginecólogo Dr. ... al ponderar las circunstancias personales de... La deficiencia psíquica que presenta ésta genera la imposibilidad de comprender aspectos básicos de su sexualidad y de la medida de intervención corporal cuya autorización su representante promueve”.

13. ¿Cómo afecta la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la actividad pericial psiquiátrica en materia de discapacidad?

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (Nueva York 2006, ratificado por España en 2007) es el instrumento básico al cual deben adaptarse la legislaciones de los países que la hayan ratificado. El psiquiatra que trabaje como perito debe conocerla dado que su trabajo será traducir conocimientos y realidades, tanto psicológicas como psiquiátricas a la normativa existente en un determinado momento.

Así, en el concreto campo de la capacidad civil que es el que nos estamos moviendo, su artículo 12.4 establece como principios:

-Respeto a los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona.

-No exista conflicto de intereses ni influencia indebida.

-Que sean proporcionales a las circunstancias de la persona.

Desde la perspectiva psiquiátrica, y refiriéndonos a la voluntad, hemos señalado en puntos anteriores la necesidad de una adecuada valoración de los aspectos cognitivos, motivacionales y psicopatológicos. Todo ellos de acuerdo a un adecuado protocolo psiquiátrico-forense que se adapte al actual conocimiento de la ciencia y que utilice el método científico.

Por otro lado, el concepto “influencia indebida” ya pone sobre aviso acerca de la vulnerabilidad de las personas con discapacidad. Se encuentra íntimamente ligado al estudio de la motivación para la toma de decisiones, especialmente si no se aprecian trastornos cognitivos o de cualquier otra función psíquica. Es el momento de proceder al estudio profundo en aquellas personas que, encontrándose en situación de discreta o importante limitación

funcional (física y/o psíquica), requieren el apoyo de tercera persona, modificándose a partir de ese momento el aspecto relacional con los demás así como la argumentación en la toma de decisiones.

Finalmente, debe promoverse la limitación parcial de la capacidad sobre la total, es decir, el psiquiatra perito debe señalar cuáles son los ámbitos de la vida personal, interpersonal o económico-jurídico-administrativo sobre los que las personas tienen capacidad y cuáles no. Es decir, huir de las incapacidades totales para realizar una adecuación al caso concreto con la finalidad que el juez pueda designar “los apoyos” necesarios en función de lo que el paciente tiene y de lo que carece.

Al hablar de personas con discapacidad, debemos señalar que la persona con trastorno mental no es necesariamente una persona con discapacidad. La Organización Mundial de la Salud define cada uno de estos términos en la Clasificación Internacional de Disminución, Discapacidades y Minusvalías (CIDDDM). [SEP]Entiende como “deficiencia” toda pérdida o anomalía de una estructura, o función psicológica, fisiológica o anatómica”.

La Discapacidad: “Es toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad de la forma, o dentro del margen, que se considera normal para un ser humano”. Para la OMS vendría a ser la consecuencia que la deficiencia produce en la persona. Es decir, toda persona con discapacidad psíquica tiene una deficiencia psíquica, no cumpliéndose necesariamente esta aseveración a la inversa.

14. La dependencia emocional en la persona mayor ¿puede influir en la capacidad de la persona para tomar decisiones en aspectos concretos?

La edad es un factor de vulnerabilidad a considerar, aunque a priori no tenga relevancia alguna. Pasará a ser un factor importante cuando, como consecuencia de la misma, se produzcan deterioros cognitivos, aún leves, y vayan acompañados de déficits funcionales, aunque no sean de especial relevancia, pero requieran la ayuda de terceras personas. En estos casos, el estudio de la motivación, la relación con el entorno y la presencia de ideas sobrevaloradas acerca tanto de la figura de la persona cuidadora principal como del resto del entorno familiar o interpersonal constituyen el eje del estudio pericial psiquiátrico.

15. ¿Cualquier enfermedad mental puede dar lugar a la declaración de incapacidad civil? ¿Y un trastorno de personalidad?

Si. El artículo 200 del Código Civil no recoge catálogo de enfermedades físicas o psíquicas que sean susceptibles de incapacitar. Lo esencial es que además de la existencia del citado trastorno, sea permanente e impida el autogobierno de la persona en cualquiera de las esferas (personal, interpersonal o económico-jurídico-administrativo). Por la razón expuesta, un trastorno grave de la personalidad puede llegar a ser motivo de incapacitación civil.

16. ¿Se pueden solicitar informes psiquiátricos para acreditar capacidad civil?

Sí. Si tenemos un procedimiento de reintegración de la capacidad al que se ha hecho referencia en pregunta nº 9, o se quiere desvirtuar un informe contradictorio sobre la incapacidad de una persona, obviamente habrá que realizar informe sobre capacidad.

17. En el caso de persona incapacitada judicialmente, ¿a quién se le pide autorización de internamiento? ¿Y consentimiento informado?

El ingreso por razón de trastorno psíquico siempre se realiza por indicación médica (artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), esté o no incapacitada la persona. Por tanto, la familia o el tutor poca capacidad de decisión tienen en este aspecto. El médico debe comunicarlo al Juzgado en el plazo de 24 horas y será el juez quien, tras el reconocimiento de la persona, autorice el ingreso. Es la misma norma para todos los pacientes, se encuentren o no incapacitados.

En el caso del consentimiento informado es diferente. De acuerdo a la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos obligaciones en materia de información y documentación clínica (conocida como Ley de autonomía del paciente), en su artículo 9 se recogen los límites del consentimiento informado y el consentimiento por representación. Más concretamente, el artículo 9.3.b señala como una de los motivos del consentimiento por representación que “el paciente esté incapacitado legalmente”. Por tanto, un paciente que se encuentra incapacitado está inmerso en esta situación siendo el tutor quien toma la decisión. En el caso que el médico entienda que la decisión tomada no es adecuada y ponga en riesgo la salud física o psíquica del incapaz sería conveniente la puesta en conocimiento del juez.

18. ¿Se puede realizar castración química a un incapaz sin su consentimiento?

De la dicción literal del artículo 156 del CP se concluye que el incapaz no puede prestar consentimiento para su esterilización sea cual sea el método. Para la esterilización de un incapaz se requiere

autorización judicial en la forma y con los requisitos señalados en pregunta nº 12.

19. ¿Se está obligado al secreto profesional de un incapaz?

Esta situación debe tratarse como con cualquier otro paciente: se está obligado al secreto profesional salvo con el tutor. La declaración de incapacidad de una persona lleva aparejado el nombramiento de un tutor que será quien le represente de acuerdo a la Ley de Autonomía del paciente. Será éste quien deba consentir y para ellos necesita información. Por ello, el secreto médico debe tratarse como con cualquier otro paciente, asimilando en este caso tutor al propio paciente.

Hay que matizar que lo hasta aquí señalado afecta al caso que la persona se encuentre incapacitada, entre otros aspectos, a la esfera personal y concretamente a lo concerniente a la salud. Si, por el contrario, el alcance de la declaración de incapacidad fuese exclusivamente a la esfera económico-jurídico-administrativa, dejando indemne el aspecto de la salud, el secreto profesional debe mantenerse como con cualquier paciente y por tanto no debe ser compartido ni con el tutor ya que éste sólo lo es a efectos señalados.

20. Si el psiquiatra considera que un paciente se encuentra limitado en su autogobierno, ¿quién debe promover la declaración de incapacidad con el fin de protección del mismo?

Conforme se ha expuesto en pregunta nº 4, artículo 757.3 de LEC, cualquier persona puede ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, facultad que se convierte en obligación en caso

de autoridades y funcionarios públicos (psiquiatra en sanidad pública). La no observancia de ese deber puede dar lugar a exigencia de responsabilidad. En el caso de psiquiatra privado, nos atenemos al concepto de “cualquier persona puede”.

Bibliografía

Blanco Picabia, A.; Psicología y psicopatología de la voluntad. En “Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual”. Medina A.; Moreno, M.J.; Lillo, R.; Guija, J.A. (Editores). Editado por psiquiatria.com. (12-30). 2015

Escudero Rubio, V.; Sustitución de la voluntad del enfermo psíquico en diferentes supuestos. En “Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual”. Medina A.; Moreno, M.J.; Lillo, R.; Guija, J.A. (Editores). Editado por psiquiatria.com. (84-112). 2015.

Guija Villa, J.A.; Informe pericial psiquiátrico de capacidad e incapacidad. En “Valoración de la capacidad y eficacia del testimonio”. Medina A.; Moreno, M.J.; Lillo, R.; Guija, J.A. (Editores). Editorial Tricastela. (39-67). Madrid. 2010.

Guija Villa, J.A. La capacidad en la toma de decisiones: Aspectos psiquiátrico-forenses. En “Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual”. Medina A.; Moreno, M.J.; Lillo, R.; Guija, J.A. (Editores). Editado por psiquiatria.com. (32-44). 2015.

Marín Fernández, A.; Estudio jurisprudencial de la toma de decisiones: la validez del consentimiento. En “Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual”. Medina A.; Moreno, M.J.; Lillo, R.; Guija, J.A. (Editores). Editado por psiquiatria.com. SL (44-82). 2015.

O’Callaghan, X.; Conceptos esenciales de la capacidad en el Derecho Civil. En “Valoración de la capacidad y eficacia del testimonio”. Medina A.; Moreno, M.J.; Lillo, R.; Guija, J.A. (Editores). Editorial Tricastela. (17-37). Madrid. 2010.

Aspectos médicos y jurídicos del informe pericial psiquiátrico

J.A. GUIJA, L. GINER; M. NÚÑEZ, J. GINER

1. ¿Qué es un peritaje psiquiátrico? ¿Qué consecuencias tiene?

El peritaje psiquiátrico se enmarca en el asesoramiento a los tribunales de justicia y es aquella actuación médica que tiene por objeto aportar conocimientos científicos, teóricos o prácticos de los que carece el juez y que son necesarios para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre los mismos. En definitiva, trata de aportar conocimientos acerca de los trastornos mentales y de cómo estos influyen en las diferentes cuestiones legales que el juez plantea.

Las consecuencias dependerán de los objetivos y del orden jurisdiccional del informe pericial. Así, por ejemplo, en el orden penal puede ser tanto para valorar la inimputabilidad de una persona, como el daño psíquico tras una agresión o una mala praxis del psiquiatra ante un paciente que se haya suicidado. En el ámbito civil puede tener consecuencias para fijar una custodia de los hijos en un procedimiento de divorcio o el régimen de visitas en su caso. Igualmente puede tener consecuencias de cara a la incapacitación de una persona o al ingreso involuntario de un paciente. En el ámbito social tiene relevancia, básicamente, en las demandas de modificación de la incapacidad laboral cuando interviene algún tipo de trastorno mental, ya sea en exclusiva o concomitantemente con otras enfermedades físicas. Igualmente, también son solicitados en casos de impugnación de altas médicas en los que la enfermedad mental ha sido la causante de la baja previa.

2. ¿El psiquiatra puede realizar el informe pericial de su propio paciente?

La legislación penal o civil no dice nada al respecto. No obstante, el código de deontología médica es claro en su artículo 62.5: “el cargo de perito es incompatible con haber intervenido como médico asistencial de la persona peritada”. La función pericial está marcada por unos móviles y exigencias (mandato de un tercero, objetividad e independencia de juicio, obligación de testimoniar) muy diferentes de las de la relación médico-enfermo, que necesita más de la confianza mutua. Por muy aséptico, objetivo e imparcial que se pretenda ser, parece difícil conseguirlo tras haber establecido una relación de médico-paciente basada en la confianza. Aún sin quererlo, es más que posible una cierta tendencia a favorecer al paciente (peritado en este caso).

3. ¿El informe pericial es vinculante para juez?

No. La Jurisprudencia señala de forma reiterada -STS (Sentencia del Tribunal Supremo) 14 de octubre de 1994, 29 de mayo de 1995, 8 de julio 1997, STS número 982/2009, entre otras- la no vinculación de la decisión del juez con el informe del perito de cualquier tipo (psiquiatra en el caso que nos ocupa). La prueba pericial nunca es vinculante para el juzgador, que puede apartarse del informe razonadamente y explicando la causa; puede el Tribunal discrepar de la pericial aunque deberá argumentar tal disenso (STS de 18 de septiembre de 1998).

En todo caso, el dictamen pericial no vincula al juez, pues la valoración de la prueba le corresponde a éste en su conjunto, como parte de la función de juzgar (artículo 117.3 Constitución Española CE) -STS número 982/2009.

4. En caso de informes periciales contradictorios, ¿qué consecuencias tiene?

En un principio, si el peritaje se ha realizado de acuerdo a las normas de la *lex artis*, no existiría ninguna repercusión salvo que se demostrase que ese informe es falso o que se han vulnerado los principios ya señalados de la *lex artis*.

La dificultad será para el juez, quien de acuerdo “a la sana crítica” tendrá que dilucidar entre los aportados cuál considera más ajustado a la realidad. Al respecto existen sentencias del Tribunal Supremo en las que recogen que “se le dará preferencia a aquél que se ha practicado con todas las garantías de imparcialidad y objetividad, por un profesional cuya especialidad esté acorde con la materia a dictaminar y que disponga de más elementos de juicio” (STS, Sala 1ª de 10 de febrero de 1989 y Sala 3ª de 20 de marzo de 1987 entre otras). Es de destacar la STS de la Sala 6ª de 7 de octubre de 1985, que señala la importancia de la apoyatura del dictamen en hechos que estén probados.

Sobre el valor de los informes periciales psicológicos o psiquiátricos se extiende la STS número 982/2009 al valorar el contenido de los mismos, su valor como pruebas personales o documentales y su aptitud para destruir la presunción de inocencia que ampara al acusado. Por la importancia de la citada sentencia reproducimos el fundamento jurídico sexto que hace referencia expresa a dichas cuestiones:

“1. (...) En cuanto a los informes periciales, en realidad se trata de pruebas personales, mediante las cuales quienes poseen conocimientos y saberes técnicos, ordinariamente fuera del alcance del Tribunal, informan a éste acerca de dichos extremos. Cuando trata de pericias médicas, psiquiátricas o psicológicas, no forma parte del informe pericial los datos contenidos en la anamnesis, dado que las manifestaciones efectuadas al perito por la persona

que es reconocida no pueden sustituir a las prestadas ante el Tribunal a los efectos de su valoración como material probatorio. En el caso de que el perito relate su existencia, se tratará en todo caso de un testimonio de referencia, respecto de la noticia de unos hechos obtenida en circunstancias que precisarían de una consideración especial.

Tampoco corresponde a los peritos establecer la credibilidad del testigo, pues aun cuando puedan aportar al Tribunal elementos de juicio que pueden ser tenidos en cuenta acerca de su capacidad de fabulación o respecto a la impresión profesional y técnica del perito en relación con la coherencia de la versión que ante el mismo se sostiene, la decisión acerca de la credibilidad corresponde al Tribunal teniendo en cuenta todo el material probatorio disponible.

En todo caso, el dictamen pericial no vincula al juez, pues la valoración de la prueba le corresponde a éste en su conjunto, como parte de la función de juzgar (artículo 117.3 CE)”.

5. ¿Es lo mismo un informe clínico psiquiátrico que un informe pericial psiquiátrico?

Son dos informes diferentes y con distinta finalidad. El informe clínico psiquiátrico tiene como objetivo recoger aquellos datos que constaten el estado clínico de un paciente, así como las medidas encaminadas a realizar diagnósticos y establecer tratamientos. Todo ello con finalidad terapéutica en un contexto sanitario.

El informe pericial psiquiátrico tiene como objeto asesorar a los tribunales de justicia acerca de la existencia o no de un trastorno psíquico y de sus consecuencias respecto al objeto que interese el tribunal concreto. Es una valoración médico-legal con eficacia en el ámbito jurídico.

Cuando el psiquiatra elabora un informe clínico de su paciente está plasmando aspectos estrictamente médicos: antecedentes médicos, síntomas, signos, pruebas complementarias, diagnóstico, pronóstico y tratamiento. Cuando lleva a cabo una pericial psiquiátrica realiza algo diferente: pone en relación los aspectos médicos por él diagnosticados con preceptos legales que serán diferentes según la jurisdicción en la que nos hallemos. Se requieren una serie de cualidades para el ejercicio como perito psiquiatra siendo decisiva la imparcialidad en aras a la objetividad y juicio crítico de la verdad.

6. ¿Qué diferencias existen entre perito y testigo perito?

El perito es aquella persona que tiene conocimientos especiales sobre una materia y asesora al juez. Concretamente, si se actúa en vía penal se va a regir por cuanto al respecto se recoge en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) en sus art. 456 y siguientes, siendo considerados peritos aquellos que tienen “título oficial de una ciencia o arte cuyo ejercicio esté reglamentado por la Administración”. Por su parte, en sede civil, la prueba pericial se regula en los Art. 335 y siguientes de la Ley de enjuiciamiento Civil (LEC) estableciendo “cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en esta ley, que se emita dictamen por perito designado por el tribunal”.

La figura testigo-perito se recoge en la LEC, art. 370. 4º: “Cuando el testigo posea conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio, el tribunal admitirá las manifestaciones que en

virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos”. Es decir, es posible que el médico sea llamado al proceso como testigo, no nos podemos abstenar, pero in situ se nos reconvierte de psiquiatra testigo que ha acudido al juicio para contestar a las preguntas que sean necesarias en relación a su informe clínico en un psiquiatra perito al cual se le plantean cuestiones de tipo pericial al poner en relación su informe con cuestiones y consideraciones legales. En este caso, el psiquiatra, si conoce la enfermedad pero no el problema judicial, siempre podrá manifestar que su estudio versa sobre lo clínico, desconociendo circunstancias relevantes que pueden tener influencia en el problema pericial.

7. ¿Se puede recomendar que un paciente no acuda como testigo?

Si el psiquiatra asistencial considera que puede ser contraproducente para la salud de su paciente, se puede recomendar y argumentar. Será el juez quien decida en función de lo informado.

8. Si el psiquiatra considera que informar al operador jurídico que le requiere puede perjudicar a su paciente o la relación terapéutica, ¿tiene alternativas a la mera respuesta?

Sí. Antes de contestar a la pregunta que le haya sido formulada, el psiquiatra podrá poner en conocimiento del tribunal el perjuicio que considera puede producirse. Será el juez quien deba valorar la argumentación para no contestar y si considera que aun así el caso merece una respuesta por parte del psiquiatra, aún a sabiendas del riesgo que corre, debe atenerse a la resolución del juez.

9. ¿En qué casos tiene obligación el psiquiatra de acudir a juicio?

Cuando sea citado por el juez. En caso de no poder acudir por cualquier razón, lo conveniente es ponerlo en conocimiento de la autoridad judicial y esperar su respuesta. Si tras la consulta se requiere su presencia, en caso de negativa a ello incurrirá en las responsabilidades que para el testigo prevé el artículo 420 LECr; el art.463 LECr (peritos) se remite al 420 LECr, es decir si no acude al primer llamamiento se le impondrá una multa y, si persiste en dicha negativa, podrá ser conducido a presencia del Juez de Instrucción y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia.

10. ¿Existe obligación por parte del psiquiatra de facilitar informe clínico? En caso afirmativo, ¿a quién? ¿Paciente, familiar, juez, abogado, secretario judicial, fiscal?

En caso de petición expresa por parte del paciente, juez o fiscal, ha de darse el informe clínico. En el caso del secretario judicial, también ha de entregarse, pues traslada la voluntad del juez.

Por el contrario, no existe obligación de entregar informe clínico ni a la familia ni al abogado.

11. ¿Se puede enviar un informe clínico por e-mail o por correo postal?

No existe problema alguno en el medio; el inconveniente deriva de la garantía de que éste llega al destinatario. Para ello, la dirección de correo postal o electrónico debe ser suministrada por el propio paciente. Si posteriormente es interceptada la información por un tercero, no será responsabilidad del psiquiatra.

12. En la unidad de hospitalización de psiquiatría ¿debe entregarse el informe a la familia?

Como “deber” de entrega, debe ser al propio paciente. No obstante, si el psiquiatra lo considera oportuno, previa comunicación y acuerdo del paciente, se puede entregar al familiar. A este respecto, hay que tener la plena seguridad de relación de familia.

13. ¿Qué diferencia existe entre capacidad civil e imputabilidad?

Son dos conceptos diferentes; el primero se refiere al código civil y el segundo al código penal, teniendo ambos su base en condiciones psicobiológicas de la persona.

En el campo del derecho penal, para que una persona pueda ser considerada responsable penalmente de su conducta y se le pueda imponer una pena, es necesario que sea imputable. Es el fundamento de la culpa. Nadie es culpable si previamente no es imputable. La imputabilidad sería la capacidad de conocer y querer (conciencia y voluntad); o expresado de otro modo, la capacidad de entender lo injusto del hecho y dirigir su conducta conforme a ese entendimiento. En el código penal, se hace referencia a las eximentes de responsabilidad criminal en su artículo 20.

En el ámbito del derecho civil se distingue entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad jurídica es la aptitud o idoneidad para ser titular de derechos y obligaciones y no es limitable; es consustancial a la persona. La capacidad de obrar es la aptitud o idoneidad para realizar con efectos jurídicos un acto o negocio, es decir la capacidad para ejercer derechos y asumir obligaciones, representa la parte efectiva de la capacidad jurídica. Esta requiere, al igual que la imputabilidad, la capacidad

de conocer y capacidad de querer (conciencia y voluntad). En el Código Civil se señalan los requisitos para proceder a la incapacitación en el artículo 200.

La apreciación sobre si un sujeto concreto se encuentra con sus facultades psíquicas alteradas y en qué grado precisa conocimientos científicos de los que el juez, de ordinario, carece, lo que exige la necesidad de recabar la ayuda de especialistas; nos encontramos ante la pericia psiquiátrica.

14. ¿Qué efectos prácticos, positivos o negativos, conlleva la declaración de inimputabilidad en el proceso penal? ¿Beneficia o perjudica?

Si una persona fuera declarada inimputable, no se le puede imponer una pena privativa de libertad. En este caso se sustituiría por una medida de seguridad que habría de adaptarse a las circunstancias psicopatológicas del paciente así como a su adherencia al tratamiento; se puede optar por el ingreso en Unidad de Psiquiatría o realización de tratamiento ambulatorio.

Aunque ello pueda parecer a primera vista ventajoso, podría ser más beneficioso para el enfermo que se le hubiese aplicado una atenuante o una eximente incompleta de forma que se beneficiara de la reducción de la pena y de los beneficios penitenciarios, cosa que no ocurriría en el caso de inimputabilidad.

15. Si una persona es declarada incapaz civilmente, ¿conlleva incapacidad penal?

No, son dos situaciones diferentes. La persona puede estar incapacitada civilmente y sin embargo tener capacidad intelectual

y volitiva con respecto a un hecho concreto (homicidio, robo, lesiones...) siendo responsable del mismo y, por lo tanto, imputable.

16. El mero hecho de tener enfermedad mental ¿afecta a la imputabilidad? ¿Y a la capacidad civil?

Por el mero hecho de tener una enfermedad mental, no se puede considerar a nadie inimputable o incapaz.

En el caso de la imputabilidad se requiere que en el momento de la comisión de los hechos, y con respecto al acto en concreto (por ejemplo, robar), el sujeto no tenga capacidad de comprender lo que está realizando o adaptar su actuación a dicho entendimiento. Es decir, un paciente psicótico con ideación delirante de perjuicio que ataca y lesiona a otra persona pues se cree perseguido por ella, sí estará comprendido dentro de las circunstancias que afectan la imputabilidad. Sin embargo, el mismo psicótico que roba una moto porque le gusta, comprende la ilicitud del acto y es imputable para ese hecho.

En el caso de la capacidad civil, se requieren varios requisitos: primero, la existencia de enfermedad mental, en segundo lugar, que ésta sea persistente, y como tercer elemento, que afecte a la capacidad de autogobierno. Este último concepto puede afectar a varias esferas de la vida: personal, interpersonal y económico-jurídico-administrativo. Hay que aclarar en cuál de las esferas la persona tiene capacidad de autogobierno y cuáles no. Así, por ejemplo, en el caso de un retraso mental leve, la persona puede tener capacidad en la esfera personal y sin embargo encontrarse limitada en la económica o en la jurídica-administrativa-patrimonial.

17. ¿La persona sin enfermedad mental puede tener afectada la imputabilidad?

La inimputabilidad no es un estado; se valora caso por caso atendiendo al hecho concreto y circunstancias psicopatológicas concurrentes de la persona.

Una persona que no tenga diagnosticado un trastorno mental de base, sí puede tener afectada la imputabilidad en circunstancias que son consideradas jurídicamente como “trastorno mental transitorio”, es decir aquel estado de perturbación pasajera de las facultades mentales, de poca duración y que termina con la curación definitiva, sin peligro de reaparición. Ejemplos: hechos delictivos cometidos en cuadros febriles, alteraciones endocrinas o metabólicas de intensidad, etc.

18. Diferencias entre Imputabilidad e incapacidad

La capacidad de una persona se entiende plena por principio. La limitación de la misma, ya sea total o parcial, ha de establecerse por sentencia judicial señalando el alcance. Dictada la sentencia será eficaz para cualquier acto de los delimitados en la misma sin que se requiera evaluar acto por acto.

Por el contrario, la inimputabilidad ha de ser valorada acto por acto, sin que una sentencia pueda establecer con carácter general la inimputabilidad de la persona.

19. Una vez declarada la persona incapaz o inimputable ¿lo es para siempre y para todo?

Declarada una persona incapaz por sentencia judicial, lo será para

todos los actos que establezca la sentencia y para siempre, salvo que en virtud de otra sentencia civil se reintegre la capacidad de la persona cuando se considere que las circunstancias psicopatológicas que provocaron la incapacidad hayan revertido.

La inimputabilidad, como se ha señalado, tiene que ser declarada caso por caso.

20. El trastorno de personalidad ¿tiene repercusiones sobre la imputabilidad? ¿Y sobre la capacidad civil?

El trastorno de personalidad puede tener relevancia tanto en orden a apreciar la afectación de la imputabilidad como de la capacidad civil. Debe estudiarse el caso concreto y más que el tipo concreto de trastorno de la personalidad lo que importa es la intensidad de sus síntomas y cómo estos afectan en el momento del hecho (imputabilidad) o a sus facultades de autogobierno (incapacidad).

“El acusado...presenta criterios compatibles con el diagnóstico de un trastorno de personalidad disocial que presenta como características de su personalidad una importante heteroagresividad, pero ello no supone mermas ni en sus capacidades intelectivas ni en las volitivas, por lo que es una persona con inteligencia para conocer los hechos que realiza y actuar conforme a dicho conocimiento.

En el momento en que... agredió a... sabía lo que hacía y controlaba sus actos”. STSJ, Penal sección 1 del 30 de marzo de 2015.

21. ¿Qué repercusiones tiene el informe clínico en un proceso penal o civil?

Lo primero a destacar es que un informe clínico puede tener importantes repercusiones en un procedimiento penal o civil. Cuáles sean esas repercusiones dependerá del tipo de proceso y de quién use dicho informe.

Por ejemplo, en un proceso civil sobre custodia de menores, un informe clínico que diagnostique enfermedad mental del padre o madre puede ser utilizado en perjuicio del mismo y llegar a retirar custodia o posibilidad ver a un hijo; ese mismo informe en un proceso penal puede ser utilizado para conseguir una modificación de la imputabilidad.

Bibliografía

Baca Baldomero, E. Informe y peritajes en psiquiatría. Una aproximación conceptual desde la clínica. En “El psiquiatra: del ámbito médico al jurídico”. Segundas Jornadas de encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Euromédice ediciones médicas. (63-81). 2006.

Camacho Laraña, M. Las indicaciones psiquiátricas y su valor terapéutico. En: “El psiquiatra: del ámbito médico al jurídico”. Segundas Jornadas de encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Euromédice ediciones médicas. (233-246). 2006.

De Llera Suárez-Bárcena, E. Régimen jurídico-procesal del peritaje psiquiátrico y de los informes clínicos. En “El psiquiatra: del ámbito médico al jurídico”. Segundas Jornadas de encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Euromédice ediciones médicas. (83-199). 2006.

González Rus, J.J. Buenos y malos usos desde la práctica procesal y la docencia universitaria. En: “El psiquiatra: del ámbito médico al jurídico”. Segundas Jornadas de encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Euromédice ediciones médicas. (201-227). 2006.

Guija Villa, JA. Repercusiones forenses del peritaje y del informe clínico psiquiátrico. En: “El psiquiatra: del ámbito médico al jurídico”. Segundas Jornadas de encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León, A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Euromédice ediciones médicas. (19-65). 2006.

Moreno Díaz, M.J. Medina León A.; Lillo Roldán R.; Precisiones conceptuales psiquiátricas. En: “El psiquiatra: del ámbito médico al jurídico”. Segundas Jornadas de encuentros Jurídico-Psiquiátricos. Medina León A.; Moreno Díaz M.J.; Lillo Roldán R. (Editores). Euromédice ediciones médicas. (9-18). 2006

10. INFORME PERICIAL PSIQUIÁTRICO

