

**LOCURA Y CRIMEN:
Psiquiatría y Ley**

Documentos Córdoba 2016

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



Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

© Del prólogo: Los editores

© 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
fepsm@fepsm.org
www.fepsm.org

Editado por psiquiatria.com
C/ Félix Martí Alpera, 74, 5-B
30204 Cartagena
Murcia, España.
e-mail: info@psiquiatria.com

Primera edición 2018
Nº de páginas: 117
ISBN: 978-84-945449-3-4

Queda rigurosamente prohibida sin la autorización correspondiente escrita de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático y la distribución de ejemplares.

La Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental no se hace responsable de las opiniones vertidas por los autores de los capítulos del libro.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

LOCURA Y CRIMEN:

Psiquiatría y Ley

Antonio Medina, M^a José Moreno, Rafael Lillo y Julio Antonio Guija

(Editores)

XII Jornadas Jurídico-Psiquiátricas.

Córdoba, 30 de septiembre y 1 de octubre de 2016

Fundación Española de Psiquiatría y Salud Mental

Madrid, 2018

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

RELACIÓN DE PARTICIPANTES

1. Alcalá Pérez, Visitación. Profesora Contratada Doctora en Psiquiatría. Sevilla.
2. Anglada, Enrique. Magistrado. Tribunal Superior Justicia. Barcelona.
3. Arcos Pérez, Luis de. Magistrado Vigilancia Penitenciaria. Córdoba.
4. Arce Bordón, Rosario. Profesora Asociada de Psiquiatría. Madrid.
5. Arsuaga, José. Magistrado. Presidente de la Audiencia. Santander.
6. Baca Baldomero, Enrique. Catedrático Psiquiatría. Madrid.
7. Barrera Hernández, Guillermo. Letrado. Asesor Jurídico FEPSM. Madrid.
8. Berenguer Mellado, Alicia. Forense. IML. Córdoba.
9. Bernardo Arroyo, Miguel. Profesor Titular de Psiquiatría. Barcelona.
10. Blanco Picabia, Alfonso. Catedrático Psiquiatría. Sevilla.
11. Caballero Andaluz, Rafaela. Profesora Titular Psiquiatría. Sevilla.
12. Camacho Laraña, Manuel. Profesor Titular Psiquiatría. Sevilla.
13. Cano Valero, Julia. Profesora Asociada Psiquiatría. Cádiz.
14. Carrasco Perera, José Luis. Catedrático Psiquiatría. Madrid.
15. Casas Barquero, Nieves. Profesora Asociada Psiquiatría. Sevilla.
16. Cervilla López, Jorge. Catedrático Psiquiatría. Granada.
17. Colmenero Colmenero, Miguel. Magistrado del Tribunal Supremo. Madrid.
18. Conejero Olmedo, M^a del Mar. Profesora Asociada de Derecho. Córdoba.
19. Díaz Marsá, Marina. Profesora Asociada Psiquiatría. Madrid.
20. Escudero Rubio, Víctor. Magistrado de la Audiencia. Córdoba.
21. Ezcurra, Jesús. Profesor Asociado Psiquiatría. Vitoria.
22. Fernández, Juan Manuel. Magistrado. CGPJ. Madrid.
23. Ferreiros Marco, Carlos. Fiscal. Alicante.
24. Flores Prada, Ignacio. Profesor Titular de Derecho Procesal. Sevilla.
25. Franco Fernández, M^a. Dolores. Profesora Titular Psiquiatría. Sevilla.
26. Giner Jiménez, Lucas. Profesor Contratado Doctor en Psiquiatría. Sevilla.
27. Giner Ubago, José. Catedrático de Psiquiatría. Sevilla.
28. Gibert Rahola, Juan. Catedrático de Farmacología. Cádiz.
29. Girela López, Eloy. Profesor Titular Medicina Legal. Córdoba.
30. González-Pinto Arrillaga, Ana. Profesora Titular de Psiquiatría. Vitoria.
31. González Ruz, Juan José. Catedrático Derecho Penal. Córdoba.
32. González Tapia, M^a Isabel. Profesora titular (Hab) de Derecho Penal. Córdoba.
33. González Torres, Miguel Ángel. Profesor Titular de Psiquiatría. Bilbao.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

34. Guija Villa, Julio. Jefe del Servicio de Psiquiatría Forense del IML. Sevilla.
35. Ibáñez Guerra, Elena. Catedrática de Personalidad. Valencia.
36. Jaén Moreno, M^a José. Psiquiatra. Córdoba.
37. Jiménez Martín, Jorge. Juez de Menores. Escuela judicial. Barcelona.
38. Lillo Roldán, Rafael. Profesor Titular Psiquiatría. Córdoba.
39. Lledó González, Carlos. Magistrado de la Audiencia. Sevilla.
40. López Ebri, Gonzalo. Teniente Fiscal de la Comunidad de Valencia.
41. Losantos Pascual, Rufino. Profesor Psiquiatría Escuela Sanidad Militar. Madrid.
42. Magaña Calle, José M^a. Magistrado de la Audiencia. Córdoba.
43. Marín Fernández, Antonio. Magistrado de la Audiencia. Cádiz.
44. Medina León, Antonio. Catedrático Psiquiatría. Córdoba.
45. Moreno Díaz, M^a José. Profesora Titular Psiquiatría. Córdoba.
46. Morera Pérez, Blanca. Psiquiatra. San Sebastián.
47. Núñez Bolaños, María. Magistrada. Sevilla.
48. Oliveras Valenzuela, Angustias. Profesora Asociada Psiquiatría.
49. Palma Herrera, José Manuel. Profesor Titular de Derecho Penal. Córdoba.
50. Pijuan Canadell, José María. Magistrado de la Audiencia. Barcelona.
51. Roca Bennasar, Miguel. Profesor Titular Psiquiatría. Palma de Mallorca.
52. Sáez Rodríguez, José. Forense. Director IML. Córdoba
53. Saiz Ruiz, Jerónimo. Catedrático de Psiquiatría. Madrid.
54. Saiz Martínez, Pilar Alejandra. Profesora Titular Psiquiatría. Oviedo.
55. Sánchez Zamorano, Francisco. Magistrado. Presidente Audiencia. Córdoba.
56. Sanmartín Roche, Arturo. Profesor Titular Psiquiatría. Sevilla.
57. Segura Tamajón, José Miguel. Médico Forense. IML. Córdoba. P.
58. Seoane Rey, Julio. Catedrático de Psicología Social. Valencia.

ÍNDICE

Relación de participantes.

Prólogo.

Ponencias:

1. La psiquiatría y el crimen: la locura en los tribunales penales. Antonio Medina, M^a. José Moreno, M^a. José Jaén y Rafael Lillo.
2. Psicopatías y sociopatías. Actualidad psiquiátrica y perfil forense de su peligrosidad social. Julio Antonio Guija Villa.
3. Neuroderecho: implicaciones para el Derecho Penal. M^a Isabel González Tapia.
4. El espacio de reclusión y/o tratamiento de los responsables peligrosos. Luis de Arcos Pérez.
5. Prevención del riesgo delictivo derivado de ciertos estados de trastorno mental y secreto médico: los casos Tarasoff y Germanwings. Ignacio Flores Prada.

Conclusiones.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Prólogo

“El proceso de redistribución del proceso punitivo, que propician los nuevos códigos penales, es el que facilita la relación entre alienistas y jueces.”

M. Foucault. “Vigilar y castigar”. 1976

La décimo segunda edición de los Encuentros Jurídico-Psiquiátricos de Córdoba estuvo dedicada a debatir sobre “Locura y Crimen: Psiquiatría y Ley. La locura como el crimen suscitan de inmediato, en el imaginario social, el inevitable temor a la imprevisible reincidencia del horror contemplado.

En toda sociedad, y mucho más en una como la nuestra, en la que los riesgos, cuales fueren, están ilusoriamente controlados y asegurados, no es fácil hacer entender al «hombre corriente» que los códigos penales, de su avanzada sociedad del bienestar, deben ser aquellos que se fundan en la máxima libertad de acción de sus individuos y que ello solo se asegura a través de los principios de mínima intervención punitiva con el máximo de garantías procesales. De otro lado, la Psiquiatría actual se afana en proponer terapéuticas farmacológicas y psicológicas, que procuren a sus enfermos el máximo de integración y de rehabilitación social posible. Sin embargo, en medio de los dos, emergen con toda su fuerza los miedos ancestrales de los miembros de la sociedad a la conducta imprevisible de los desconocidos que nos rodean. La inmediata difusión, que los medios de comunicación social que existen hoy día hacen de este tipo de sucesos incrementan muy notablemente esta alarma social. Siempre ha existido miedo al criminal y al loco, pero, muy especialmente, a una mezcla de ambas subespecies que es la del criminal loco. El estudio de la peligrosidad de estos sujetos ha sido una constante desde los inicios de la alianza jurídico-psiquiátrica en los tribunales de justicia en el siglo XVIII.

De distintas formas, y no siempre siguiendo criterios estrictamente científicos, se ha abordado el tema de la peligrosidad del criminal con algún tipo de enfermedad mental. Los elementos que confluyen en los intereses de control y delimitación de este problema, cuando se analizan con perspectiva histórica, llevan a la comprensión de que los cambios de posición responden más a lo que la sociedad quiere y cree que son las cosas, a lo que representan para ella, que a lo que realmente son. El tiempo histórico cualifica la existencia de los hombres hasta el punto de que estos son solo el producto de su tiempo. Los elementos, que en cada momento histórico definen al hombre, son referentes de lo que la persona es, como se cuestiona a sí misma y la forma en como ella lo hace. Interesa dar cuenta en los estudios que sobre el tema de la peligrosidad puedan hacerse no solo el qué histórico, sino el por qué y el cómo.

Teniendo todas estas premisas en cuenta, en las ponencias y en su ulterior discusión y conclusiones, se hizo especial hincapié en la explicitación y depuración de las motivaciones subyacentes que han existido en los avatares de su recorrido histórico; así como, en clarificar la actualidad no solo de los peritajes psiquiátricos, sino también de su repercusión en la prevención de la peligrosidad post delictual. Del mismo modo, se analizaron las carencias que tanto el sistema penitenciario como el de la asistencia psiquiátrica tienen para abordar, tanto el contingente de criminales enfermos mentales como el de enfermos mentales que cometen un crimen.

De todo ello, creemos tiene respuesta en este libro.

La psiquiatría y el crimen: la locura en los tribunales penales

ANTONIO MEDINA, M^a JOSÉ MORENO, M^a JOSÉ JAÉN Y RAFAEL LILLO

I. PSIQUIATRÍA Y DERECHO PENAL

La psiquiatría es la única especialidad médica que no es el producto de una necesidad de parcelación de contenidos doctrinales del *corpus medico* cuando estos contenidos alcanzan singular complejidad, sino que es una disciplina que se conforma como elemento necesario de la puesta en práctica de las ideas ilustradas y de la forma de vida en sociedad que con ellas se construyen. Las nuevas ideas sobre el hombre, que habían propugnado los pensadores del liberalismo anglosajón, culminan en el proceso cultural de la Ilustración. La idea roussoniana de un hombre bueno en una sociedad que puede corromperlo, y con ello llegar a producir la ruptura del “ser del Estado” que es el contrato social, es el fundamento ideológico que sustenta la conformación del Nuevo Régimen, de sus mecanismos de control y de defensa social. La primera expresión práctica del nuevo Estado estaba contenida en la Declaración de Independencia de los EE. UU complementada con la Declaración de Derechos (*Bill of Rights*). Sin embargo, fue con la Revolución Francesa cuando se internacionalizan y asientan estos principios que venían pujando desde fin de la Edad Media¹, y que representaran la consolidación definitiva de las instituciones políticas, los valores sociales y las relaciones económicas que caracterizaran a la burguesía. Es el Estado burgués el que va a propiciar los mecanismos de control necesarios del nuevo hombre-ciudadano para su propia supervivencia y es con la burguesía cuando se instaura el principio de libertad como capacidad inherente a todo individuo integrado en las normas de convivencia y de producción de riqueza. La individualidad de los miembros de la sociedad será salvaguardada por el derecho positivo, que habrá de proteger la vida privada de los ciudadanos con el mínimo de interferencia en ella, salvo para protegerla y fomentarla. El bienestar social, la felicidad, por primera vez, se convierten en el objetivo práctico de los Gobiernos, y ello comienza a actuar como fuerza moral para que se produzcan en forma creciente subsiguientes demandas populares que irán conformando una estructuración cada vez más compleja del Estado. Uno de los elementos cruciales para la salvaguarda de estos valores de enriquecimiento de la individualidad burguesa es la creación de un Derecho Penal acorde, en fondo y forma, con estos principios fundamentales de liberalismo político y económico que, a su vez, son la salvaguarda de los derechos de la privacidad. Pero la noción de privacidad no nace de la conjunción entre igualdad y libertad sino de la centralidad ética de esta última, la libertad, que toma su referente en la salvaguarda de la libertad de los componentes de todos los miembros de la sociedad. Es por esto, por lo que el liberalismo que nace de la toma del poder por la burguesía deduce de la noción de privacidad individual la defensa de las intrusiones ajenas.

De esta manera, tanto la psiquiatría como los códigos penales nacen en el momento oportuno cuando, más allá de su ser práctico, se extiendan como elementos de control, de higiene y prevención social. La locura siempre ha provocado rechazo y marginación en los que son poseídos por ella. La imprevisibilidad de sus actos y lo extraño de ellos, ha hecho de aquellos que la padecen

¹ La primera revolución de corte y pretensiones burguesas en España es la de los Comuneros de Castilla (1520-1522) al principio del reinado de Carlos I. Sin embargo, el poder de influencia de la burguesía en España se produce más tarde que en otras naciones de Europa retrasando con ello la creación de un Estado moderno. No se puede hablar del “poder de la burguesía” en nuestro país hasta el reinado de Isabel II.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

unos seres a los que hay que estigmatizar y mantener controlados². Sin embargo, la nueva ordenación de la sociedad basada en los principios de la *ciudadanía* exige que los individuos que se escapan de los elementos rectores de ella: vagos, lunáticos, prostitutas, criminales o contrarrevolucionarios, sean o castigados o custodiados separadamente de los que sí cumplen con los deberes básicos de la convivencia. El alienismo (así se denomina en sus comienzos a la psiquiatría) nace para la clasificación y posterior custodia de unos individuos que no tienen capacidad para disfrutar de los derechos de ciudadanía, porque no pueden tampoco cumplir sus deberes como tales. La psiquiatría aparece como una forma, la primera, de higiene social. Históricamente se ha fijado en la propia Revolución francesa el nacimiento del alienismo.³

El alienismo se constituye en especialidad con el fin de proporcionar el estudio, tratamiento y custodia permanente de estas personas que son diferentes de las “normales” porque carecen de la “razonabilidad”, requisito esencial del hombre libre, que lo es por ser responsable de sus actos. Así pues, desde el primer momento en que los hechos tipificados por las leyes son merecedores de castigo y, por ello, han de dirimirse en los tribunales de justicia, tribunales que desde el nuevo régimen se fundamentan en principios de legalidad y de protección de los derechos individuales, y en códigos penales que derivan de científicas políticas criminales, el alienismo está llamado a ser parte fundamental en la dilucidación del principio de culpabilidad de los hechos reprobables a través de la declaración, en el sujeto en cuestión, de su responsabilidad o irresponsabilidad que es la esencia filosófica de los actos antijurídicos, mediante el estudio de sus capacidades de *conocer* y de *querer*. Han nacido, en este momento, los peritajes psiquiátricos en los tribunales de justicia. En coherencia con la ideología de la Ilustración y con la estructura del Estado moderno, la esencia jurídica de los actos delictivos y por ello punibles son los que atentan con romper el pacto social, sustento no solo de ese Estado, sino también de las garantías de seguridad y privacidad de las personas y de sus bienes.

Desde 1780 a 1900 se consolida el Estado burgués de una forma definitiva, la judicatura y la psiquiatría adquieren prominencia en el reparto del poder estatal y en presencia social. La ciudad se convierte en el espacio de convivencia por excelencia, es el centro de la producción de la riqueza, de la proliferación de medios materiales para el confort de la vida y de su ostentación, por medio del dinero y de los objetos que con él se pueden obtener. Como ocurrió en el Renacimiento se produce un cambio en la forma de entender la vida, ya no solo hay que sobrevivir, sino procurarse la forma de vivir felizmente.⁴ Pero si el cambio del campo a la ciudad, como espacio primordial de vida, procura

² En el Antiguo Régimen y desde tiempos inmemoriales el loco o insensato había sido tratado en la comisión de delitos con cierta benevolencia. Este comportamiento con los “*insensatos*” tenía las excepciones de las blasfemias y los atentados hacia la persona del Rey. Se consideraba que los lunáticos habían sido suficientemente castigados por Dios para que su pobre vida fuese agravada con castigos por sus conductas arbitrarias y por ello se les enviaba, en su caso, a centros asilares de caridad o de filantropía por medio de ordenes administrativas sin intervención judicial alguna.

³ Se considera a Phillips Pinel (1745-1826) la figura señera del comienzo del alienismo, aunque por la misma época hubo otros médicos en Europa y EE.UU que emprendieron parecidas reformas asilares fundadas en los mismos principios sensualistas de la enajenación mental. Pinel consiguió en 1794 autorización de Couthon, presidente de la Comuna, para liberar de las cadenas a los dementes internados en La Salpêtrière. El mismo Couthon, escéptico con este acto, se hizo llevar (estaba impedido por haber sufrido una apoplejía) para presenciarlo. Este acto fue immortalizado en un famoso cuadro de Tony Robert Fleury (1876) que se encontraba al lado del anfiteatro de las presentaciones clínicas de Charcot y que hoy día está colocado en la entrada del moderno edificio del hospital de la Salpêtrière junto a la biblioteca conservada de Charcot. Pinel publicó el primer tratado sistemático del alienismo en 1801 con el título de *Tratado médico-filosófico de la alienación mental o manía*.

⁴ La idea de alcanzar a vivir una vida feliz también es una consecuencia de la forma de entender la vida la burguesía. La transformación de los bienes en riqueza tangible y en ostentación es una forma de producción secundaria de riqueza. Benjamín Franklin en su “*Almanaque del pobre Ricardo*” (1732 a1758) ejemplariza esta nueva visión del vivir a través de ingeniosos refranes y aforismos. El principio de felicidad es el mismo que el de utilidad que propugnaba Jeremías Bentham y que fue “*la base de la autenticidad y bondad de toda legislación y toda política*”. Bentham creía que el principio de “máxima felicidad que había sido enunciado por Helvecio y otros muchos

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

mayor bienestar, en este lugar nuevo y común se van a mezclar muy diversas gentes. Junto a las clases acomodadas estarán sus trabajadores, una nueva muchedumbre que recibirá el nombre de proletariado, y con ellos los indigentes, los vagos, los locos, las prostitutas y los criminales que se van a ver sorprendidos por esa cercanía de riqueza y de felicidad ajena. El proceso de consolidación de la producción de riqueza en la sociedad burguesa es un factor determinante del aumento de la criminalidad. La esencia de la vida, el goce de ella se halla en la esfera privada y ésta, para encontrar su esencia, debe anclarse en la intimidad. La intimidad, paradójicamente, necesita de la sociedad y, a su vez, el respeto de ella mediante unas fronteras que permitan el necesario aislamiento. La libertad en la sociedad ha de tener en cuenta la existencia de los otros que se constituyen en los límites de mi propia libertad. Se hace pues necesario un sistema que regule las libertades, la libertad de poder hacer y la de abstenerse de hacer. Por ello, es un hecho que es la sociedad burguesa la que reclamó la creación de un derecho penal coercitivo una vez que la justicia se transformó por la influencia de las filosofías humanitarias del Iluminismo, y que condujeron a la creación del derecho penal liberal. De otro lado, el alienismo, cuando pasados unos años modificó sus primeros postulados nosológicos en unas formulaciones nosotáxicas más cercanas a las de la medicina clínica positivista en auge, cuando ha de enfrentarse a la observación y estudio de la criminalidad se erige con contundencia en especialista de ella, ya que, está convencido que debe de enfocarse por medios científicos de entendimiento causal y que la aplicación o no del derecho penal va a depender de la declaración, entre otros elementos jurídicos, de la culpabilidad del sujeto y ella se va a erigir exclusivamente desde la capacidad de ser o no responsable. La declaración de irresponsabilidad, en el caso de los presuntos alienados, dicen los alienistas, es de su exclusiva competencia ya que son los únicos entendidos en estos menesteres. De confirmarse esta incapacidad de ser responsables, les parece que no solo no deben ser juzgados o condenados, sino que la custodia de ellos será de la competencia de los alienistas, como forma de facilitar el especial y técnico cuidado que requieren y como la mejor manera de protección del propio alienado y de la sociedad, todo ello en función de su potencial peligrosidad social que se derivaría de las posibilidades de reincidencia criminal⁵. De esta manera, la determinación de responsabilidad, tipo y lugar de custodia y tratamiento en caso de irresponsabilidad, medidas de detección y de prevención de peligrosidad postdelictual, determinación de perfiles de peligrosidad predelictual han tenido diversos avatares en el periodo que llevamos transcurrido en esta unión de la psiquiatría y el derecho, y ellos son los que vamos a analizar, no solo desde una óptica descriptiva sino interpretativa, en el marco metodológico de la psicohistoria, reseñando las tendencias doctrinales de los agentes sociales implicados con los movimientos ideológicos o pragmáticos de estos agentes y que en cada momento histórico han propiciado los cambios de metodología práctica en los dos campos de estudio, el penal y el psiquiátrico. Esta metodología se basa en, no solo la historia de los hechos, sino también de las ideas y la ideología que acompaña a los hechos sustentando y conexionándose con las formas de vida que caracterizaron a cada periodo temporal. Nada en la historia es casual ni gratuito, por lo que para una cabal interpretación hay que reseñar los elementos que incidieron en cada éxtasis temporal, única forma de entender en su fondo los cambios en las formas. El hombre responde más a lo que quiere y cree que son las cosas, a lo que representan para él, que a lo que conceptualmente son en realidad. La comprensión del hombre en su vertiente vivencial viene presidida desde la perspectiva biográfico-relacional, la cual siempre ha de enmarcarse en coordenadas de sincronía cultural. El tiempo histórico cualifica la existencia de los hombres, hasta el punto de que estos son producto de su tiempo, en el sentido de que están unidos y motivados a los valores, usos y costumbres que imperan en el mundo que comparten entre sí. Dar cuenta no solo del *qué* histórico, sino del *porqué* y del *cómo*. Los

enciclopedistas, tenía una intención práctica que debía plasmarse en derechos reales que son los que deben llenar las leyes entre las cuales, las penales eran de gran importancia. GINER. *Historia del pensamiento social*. 1992. Barcelona. Ariel.

⁵ La conclusión pericial de la reclusión manicomial bajo el cuidado y custodia del psiquiatra es una constante desde el principio de las actuaciones psiquiátricas en los tribunales. El interés del psiquiatra en la custodia del "loco criminal" ha sido de gran interés para él hasta hace bien poco.

elementos que en cada momento histórico definen al hombre, son los referentes de lo que la persona es, como se cuestiona a sí misma y la forma en como ella lo hace. Sus conquistas sociales son sus definiciones porque por aquellas se modifica el contrato social, siendo este tanto la expresión del grado de su libertad como la naturaleza cualitativa de ella. En el campo de la Medicina y subsidiariamente en el apartado de la Psiquiatría, las teorías del enfermar y las concepciones teórico-constructivas de las enfermedades han seguido un desarrollo paralelo, y consecuente con los conceptos evolutivos de Persona y con la relación triádica Persona-Sociedad-Estado, inmerso todo ello en la consideración y relevancia que la sociedad otorga en cada momento a los comportamientos y estados mentales desadaptados. Los síntomas psiquiátricos que se muestran como relevantes tienen, además de su significado fisiopatológico, una resonancia en la intimidad de la persona que los padece que trasciende al exterior, en forma de valorada significación cultural. Y esta valorada significación cultural es causa y producto, a la vez, de también significada valoración médico-psiquiátrica. Bajo esta perspectiva, sabiendo que la historia la hacen los hombres (aun sin proponérselo) hemos de considerar el análisis conceptual histórico del fondo y forma de las pericias psiquiátricas ante los tribunales penales, no solo en los aspectos globales de la cronohistoria, eventos singulares como hace la Historiografía, sino también el entramado de peculiaridades inherentes a la comunicación humana, que de uno u otro modo han condicionado todas las acciones de los hombres y que nos explican con suplemento de distancia los móviles humanos de sus comportamientos, entendidos estos desde sus matrices creenciales, sincrónicas de cada éxtasis histórico cualificado.

II. LA PSIQUIATRÍA EN LOS TRIBUNALES PENALES: CLAVES DE SU DESARROLLO HISTÓRICO

Varios fueron los hechos formales que en España facilitaron por su confluencia la entrada del psiquiatra y de sus peritaciones en los tribunales de justicia. En primer lugar, la evolución legislativa que se había venido produciendo desde la Constitución de Cádiz de 1812 y que va a culminar con la promulgación de la LECRIM de 1882 y que supuso la consagración definitiva del modelo acusatorio formal en lugar del inquisitivo de los siglos anteriores.⁶ La LECRIM, sobre la muy importante base de consagración de la seguridad jurídica de los procesados, inaugura el valor de la prueba en la vista oral y la publicidad de ésta última, lo que será de una importancia definitiva para que las pericias psiquiátricas pasen a formar parte de la cotidianidad en los procesos penales, sobre todo en los que se dirimían delitos de sangre. En estas fechas la psiquiatría tiene asentada su cientificidad y su presencia en la Universidad, primero con la reciente creación de las cátedras de Medicina Legal (1852) y después, en 1886, con la creación de los laboratorios de la misma materia en Madrid, Sevilla y Barcelona, la inauguración del manicomio penal de Madrid y la apertura de la cárcel Modelo de Madrid (1883). La reforma asilar, que se emprendió en el trienio liberal, fomentó la creación de

⁶ La LECRIM siguió el modelo francés del *Codex de Instrucción Criminale* de 1804 y para entender su contenido hay que remontarse a lo explicitado en el título V de la Constitución de 1812 en el que se declaraba la oposición al modelo inquisitivo de obtención de culpabilidad. Con ella se consagra la abolición de las penas crueles y de los castigos reales que caracterizaron el Antiguo Régimen. A la LECRIM le antecedieron, inspiradas en el espíritu de la Constitución de Cádiz, la Real Orden de 1835, la nonata LECRIM de 1872 y la Compilación General de 1879.

También las ideas de codificación y de ordenación penal de Jeremías Bentham, a través de José María Queipo de Llano, Conde de Toreno, tuvieron importancia en la creación de códigos penales españoles de corte liberal. JONATHAN HARRIS. *Los escritos de codificación de Jeremy Bentham y su recepción en el primer liberalismo español*. TĚÁÓz, Vol. VIII. Nº 1. Junio 1999.

⁷ El humanitarismo del siglo XVIII es el responsable último de la creación de Derechos Penales pensados para la redención del hombre. Lo que pretendía el Marqués de Beccaria no era sino "...el Derecho Penal es una necesidad y su finalidad responde a la máxima de la mayor felicidad para el mayor número de personas posible. De acuerdo con ella no hay que pensar en la gravedad de una transgresión, pues a veces se causa perjuicios grandes con intenciones menguadas. El criterio es el daño infligido a la sociedad, al bienestar de todos. Además, la pena no debe ser una venganza, sino una prevención necesaria que imposibilite al reo la continuación de su conducta delictuosa". GINER. *Historia...cit.*

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

manicomios de dirección y propiedad privada que se vieron reforzados al amparo de la ley de Beneficencia de 1849 por la que se extendió la obligatoriedad de la asistencia psiquiátrica a toda la población, mediante la creación, fomento y mantenimiento económico de establecimientos generales de ámbito estatal o provincial a través de las recién creadas Diputaciones provinciales.

El tercer elemento que confluye para la comprensión psicohistórica de la unión entre la psiquiatría y el derecho fue la nueva ley de prensa de 1883 (Ley Gullón)⁸ que dictó la supresión de la censura previa e impuso el derecho de réplica. Con esta nueva reglamentación el periodismo pasó a convertirse en el medio de difusión social y poder fáctico que todos hoy conocemos. Desde 1850 a 1890 se fundan los más importantes e influyentes periódicos de la historia española y van a ser ellos con sus nuevas maneras, los reportajes, los folletines y las crónicas, además de los artículos de opinión que recogen información de ambas disciplinas, derecho y psiquiatría, los que va a dar pie a que se vaya configurando la opinión pública, de forma espontánea o dirigida, como un elemento de presión social ante el poder ejecutivo. El periódico saca las salas de justicia a la calle, los salones y los ateneos^{9 10}. También influyó en el aumento del interés del público por los procesos penales, el rechazo liberal hacia la pena de muerte que consiguió, al menos, la supresión de los ajusticiamientos públicos por la Ley Pulido de 1900.

Así pues, los tribunales de justicia sobre las nuevas formas de entendimiento de la aplicación de los códigos penales, la psiquiatría como garante de la idoneidad del procesamiento y /o de las posibles condenas penales y la prensa como altavoz de todo el proceso policial y judicial son los tres elementos que configuran, interaccionando, las relaciones entre las pericias psiquiátricas, aplicación de los códigos penales vigentes y sus cambios ideológicos, influenciados por la presión que la masa social efectúa sobre el poder ejecutivo

1.- El inicio: La locura es demencia total

La presencia y actuación de la psiquiatría como rama diferenciada de la medicina interna, en su etapa inaugural, el alienismo, la significación del “loco” viene dada por la detección de su total irrazonabilidad. El alienado es un ser que ha carecido de siempre o perdido la capacidad de estar en la realidad bajo las coordenadas de la razón. La doctrina que sustenta el principio nosográfico del alienismo es consecuente con las ideas de la medicina del siglo XVIII en la que, en el caso de los alienados, la pérdida del sentido juicioso de las sensaciones percibidas y que provienen de los órganos sensoriales suponen una perversión del sentir y después del actuar juicioso. El comienzo del alienismo está fuertemente influenciado por las ideas sensualistas e intelectualistas de Locke, Condillac y Cullen. El delirio es la idea central de la locura en tanto que representa la más genuina expresión del error en la facultad de pensar. Esta idea primigenia se modificará con Esquirol que lo

⁸ Esta ley supuso la consagración en España de la libertad de expresión. A decir de los historiadores supuso una ruptura con toda la legislación anterior siendo la más liberal de cuantas hubo hasta la época actual.

⁹ La aparición del reportero que efectuaba a pie de calle sus pesquisas sobre los crímenes más sobresalientes y que después eran publicadas como folletones junto a los editoriales que publicaban los directores de los periódicos, constituyeron los primeros inductores y propagadores de alarmas y presiones sociales sobre el poder judicial.

En España como en otros países, la empresa periodística floreció rápidamente y pasó a ser un gran negocio a partir de 1850. En 1874 se publicaban en Madrid 29 diarios y en 1884 eran 41. La Correspondencia de España (1858), El Imparcial (1867), El País (1887), El Heraldó (1890) y el Liberal (1879) eran los periódicos que publicaban con más asiduidad y difusión sucesos de esta índole. Para obtener información del papel de la prensa en la difusión pública del fenómeno criminal véase; FUENTES OSORIO. “Los medios de comunicación y el derecho penal”. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2005.

¹⁰ También la prensa era el medio preferido para dar difusión a opiniones encontradas por parte de alienistas y juristas, las cuales eran formadoras de “*opinión pública*”. Fueron muy decisivos, en España, la disertación sobre los abusos periciales psiquiátricos del Presidente del Tribunal Supremo en la apertura del año judicial de 1887 y el debate, muy encendido, que se mantuvo en la Academia de Jurisprudencia en 1888 entre muy distinguidos juristas y abogados o el debate suscitado entre abogados, periodistas y alienistas celebrado en el Ateneo de Madrid y que terminó con la intervención de las Fuerzas del Orden.

considerará un producto de la distorsión producida por el conjunto alterado de todas las funciones de la mente. Esta concepción se ancla en el concepto de mente de Emanuel Kant que considera que ésta es más una creadora de significados que receptáculo de ellos

Con la inauguración de la intervención médica y el paso de la locura al cuerpo doctrinal médico, ésta se transforma de concepto social y moral en enfermedad, aunque distinta de las que se ocupa el resto de la medicina. La alienación representa la “*manifestación mental de una organización imperfecta de la naturaleza humana*”¹¹, sería una sola enfermedad con cuatro formas posibles: la manía, la melancolía, la idiocia y la demencia, y ellas pueden constituir, la mayoría de las veces, una secuencia progresiva ineluctable y trágica que solo podía paliarse mediante el aislamiento social permanente, el trabajo ocupacional y la atención psicológica a las partes sanas del sujeto en cuestión, con la idea de que este fomento pueda suministrar al sujeto alienado algo de paz.¹² Esta concepción unitaria de la locura considera al delirio y su temática un signo patognomónico de enajenación.

En cuanto a las consideraciones legales que puedan atañer al alienado, el estado de enajenación, en cuanto al momento de la comisión de los actos delictivos que se diriman, el silogismo que se aplica es muy simple. Determinada la alienación, el delito es consecuencia directa del estado de demencia, por lo que de ello se deriva automáticamente la declaración de irresponsabilidad penal y su paso al cuidado y reclusión en establecimientos de alienados. La labor del perito alienista ante la orden judicial se limitaría al examen del acusado, que de presentar signos indudables de alienación mental deduciría de ello la incapacidad para obrar en “razón”. La unicidad de la alienación y su equiparación con la demencia y con la imposibilidad de ser responsable simplificaba mucho el procedimiento y no dejaba posibilidad de controversias ni de impedimentos legales. El constructo patológico de la alienación es el más perfecto (por cerrado y coherente) de cuantos se han formulado en la historia de la psiquiatría. A decir de Lanteri-Laura, la *alienación con sus formas clínicas es la expresión más fidedigna de una alteración profunda y permanente del Ser psíquico*. Es a partir de las formulaciones de la monomanía homicida, una variante plástica del grupo de las monomanías, entidades clínicas que complementaban la nosografía única que propugnaron los primeros alienistas, cuando comenzaron las dudas de los tribunales sobre los peritajes y el cambio en la forma de elaborar y defender éstos ante ellos.¹³

2.- El conflicto: Las enfermedades mentales y la enajenación parcial.

La labor de los continuadores del alienismo se centró en aplicar a este todo el contenido positivista de la medicina clínica del siglo XIX y convertir a la alienación en “las enfermedades mentales”.

El modelo clínico-anatómico se basaba en la correspondencia entre sintomatología aparente y substrato lesional corporal responsable, el cual se constataba en las salas de autopsias de anatomía patológica. La enfermedad descrita por la anotación de los síntomas se complementaba con los hallazgos lesionales encontrados para construir una fisiopatología que explicaba y llenaba de sentido la sintomatología y la patocronia observada. El modelo clínico (Corvisart, Bichat) se basaba en la correspondencia entre sintomatología aparente y substrato lesional corporal responsable que se

¹¹ *Tratado médico-filosófico de la enajenación mental o la manía*. PINEL. Nieva. Madrid 1988.

¹² PINEL. *Tratado...*cit.

¹³ La descripción primera de la monomanía se debe a Esquirol (1812) que se complementó y radicalizó en su aplicación pericial con los trabajos de Georget de 1820 en los que afirmaba con motivo de unas precisiones sobre pruebas periciales que *...además de las lesiones del entendimiento estarán las de la voluntad...se tratará de un estado de perversión de las inclinaciones, de los afectos, de las pasiones y de los sentimientos naturales*. Y Marc en 1840 perfilará definitivamente las monomanías dividiéndolas en instintivas y en razonantes. POSTEL. *Historia de la Psiquiatría*. 1987. México. Fondo de Cultura Económica.

“*Locos en sus actos antes que en sus palabras, en definitiva, locos que no lo parecen porque se expresan con lucidez*”. TRELAT. *La locura lucida*. La Biblioteca de los ALIENISTAS DEL PISUERGA. 2014. Madrid.

constataba en las salas de autopsias de anatomía patológica. La enfermedad descrita por observación y denotación de los síntomas se complementaba con los hallazgos de las lesiones encontradas en el cadáver que explicaban por insaculación la fisiopatología de cada enfermar clínico, distinto por sus lesiones y también por la causa que lo había provocado. Cada enfermedad va a tener unas características definidas en cuanto a origen etiológico, semiología, profundidad y extensión lesional de la sintomatología y su evolución. Desde esta formulación, se propugna ahora, la multiplicidad clínica y patogénica del enfermar mental. Esto va a obligar a la práctica de una clínica muy detallada y a un diagnóstico diferencial muy cuidadosos, en los que la observación del curso temporal de la sintomatología (patocronia) va a tener una importancia capital para el informe pericial retrospectivo y, sobre todo, prospectivo en orden a medidas de prevención de reincidencia.

Este cambio en la concepción del enfermar mental, que suponía, de hecho, un aumento en el número de entidades clínicas tenía su vertiente negativa en la nueva descripción en la clínica psiquiátrica de las monomanías o locuras parciales que constituyó desde su comienzo un escollo para los peritajes judiciales. Desde su formulación este diagnóstico había proliferado mucho en los informes a los tribunales y la desconfianza hacia ellos se adueñó muy pronto de magistrados y abogados. La monomanía, en cualquiera de sus muchas variantes patoplásticas, homicida, suicida, razonante, de la embriaguez, instintiva, intelectual, cleptomanía, piromanía, de celos... presuponia la posibilidad del diagnóstico de estado retrospectivo de demencia transitorio y, por lo tanto, parcial. Las monomanías representaban una ampliación del campo nosogénico de la alienación, en la que era la razón la afectada primariamente. En esta nueva entidad clínica, la razón se veía ocasionalmente desbordada y, por ello, anulada como rectora de los actos, bajo el peso de unas pasiones (afectos) incontrolables. Por primera vez, se concede a los sentimientos la capacidad de enfermar y de ser la lesión primaria que provoca la incapacidad en el conocer (raciocinio) y en el actuar (querer hacer). A la locura de la manía y el delirio totales, se une el delirio parcial y transitorio (*locos lucidos, locos que no lo parecen, locura parcial*) que se caracteriza por alteraciones en el comportamiento interindividual y social con inclinaciones altamente dañinas.^{14 15} Este proceso de transformación del delirio en los delirios viene

¹⁴ El primer peritaje en que se adujo la existencia de monomanía fue "El caso Henriette" (1824). Se juzgaba el asesinato de una niña de corta edad que fue decapitada con un cuchillo y arrojada su cabeza por la ventana en presencia de la madre. Los jueces no tuvieron ninguna duda para autorizar la prueba pericial que fue efectuada por Esquirol, Adelon y Leveille, primero durante una observación clínica de tres días que ante la inexistencia de signos patológicos se prolongó por tres meses más, pasados los cuales los peritos concluyeron no poder dictaminar patología mental alguna que sirviera de base para el diagnóstico de enfermedad demencial. La defensa propuso al Tribunal otro informe pericial, esta vez fue efectuado por el psiquiatra Marc, el cual concluyó que de su exploración podía deducirse que Henriette no estaba loca pero se encontraba en un periodo prodrómico de incubación de locura y, por tanto, en el camino de convertirse en demente. El jurado la declaró culpable de homicidio voluntario sin premeditación y fue condenada a cadena perpetua con trabajos forzados.

En España, el primer diagnóstico pericial de monomanía fue el efectuado por Pedro Mata, Pi y Molist y A. Pujadas en el caso Fiol (1855) en donde el asesino fue absuelto y recluso en un manicomio a perpetuidad. El diagnóstico pericial de las monomanías provocó en Francia un gran debate entre juristas, abogados y psiquiatras que se ha recogido en los textos médico-legales como "el debate francés de las monomanías" (1850-1855). REGNAUL. *Du degre de competence des medecins dans les questions judiciaires relatives aux alienations mentales et des theories physiologiques sur la monomanie*. Paris, B. Warea fils aine 1828. Para más detalles véase: MARC. *Consultation medico legale pour Henriette Cornier, accusee d'homicide commis volontairement et avec premeditation procede de l'acte d'acusation*. Paris. Roux 1826.

Desde la primera mitad del siglo XIX, en Francia, ya se estaban utilizando diagnósticos psiquiátricos en los dictámenes periciales, como el diagnóstico de monomanía en su forma no delirante, con el que médicos como Esquirol, Orfila, Laurent o Marc, entre otros, lograron el indulto en el proceso contra Pierre Rivière en 1826 (Obsérvese que se consigue el indulto pero no la declaración de irresponsabilidad y menos aún la no procedencia de juicio). FOUCAULT, M. (1973), *Moi, Pierre Rivière...* Paris, Gallimard-Julliard y para más detalles y casos similares en FOUCAULT. *Los anormales*. México. 2000. Fondo de Cultura económica.

¹⁵ En 1840 Marc se mostró contrario al uso demasiado extensivo que Georget daba al diagnóstico de monomanía en las peritaciones sobre criminales. "Ver monomaniacos en todas partes es lo mismo que no ver ninguno y ello haya

marcado por la oposición entre delirios agudos y crónicos. La nominación de los delirios parciales comienza a ser de gran interés clínico para los alienistas, porque éstos son mucho más reacios a la curación que las locuras generales, y es por este hecho por lo que pasan a denominarse crónicos, lo que será el paso definitivo para que la patocronía sea un elemento de definición nosotóxica.¹⁶

De esta forma, conductas como el homicidio, el robo compulsivo y/o reiterado o los atentados sexuales, cuando requerían un peritaje psiquiátrico, recibían el diagnóstico de monomanía si la plasia del delito era lo suficientemente extravagante. El análisis psiquiátrico no recaía en los síntomas, ausentes en el momento de la exploración, sino en signos caracteriológicos de los que se infería la conducta pretérita que había sido la del delito, cayendo en una demostración casi tautológica (*Mato de esa forma porque era presa de una monomanía y la prueba de que la posee es que ha matado*).¹⁷ Se había llegado, en los exámenes periciales, a confundir y equiparar las conductas aberrantes con diagnósticos psiquiátricos. Con independencia del desprestigio que el diagnóstico de monomanía tuviera en los tribunales, éste venía a contradecir los principios más fundamentales de la clínica psiquiátrica positivista, esto es, la denotación de un registro semiológico estructurado que no solo conduzca a un diagnóstico diferenciado e irreductible de entidad morbosa, sino que también explique el estilo anómalo mental en que se acometieron los hechos que son la base para un enjuiciamiento criminal, pero también fue el camino por el cual la psiquiatría ganó su espacio de intervención en los tribunales penales.

3.- Las causas del enfermar mental como evidencia probatoria: La locura es degeneración

Pero si el informe pericial de monomanías cayó en desuso, la irrupción de las teorías etiopatogénicas en Psiquiatría y que son el complemento ineludible de su cientificidad, van a propiciar otro giro metodológico en las pericias psiquiátricas. Esta vez con una mejor fortuna en los ambientes jurídicos, porque tanto el positivismo médico como el penal se comienzan a teñir de pesimismo antropológico. Se trataba de la observación de signos corporales y psíquicos de «degeneración psicopatológica» indicadores directos de enfermedad mental ineludible. La causalidad había hecho irrupción en la clínica y paso a ser la piedra angular de cientificidad. En el resto de las especialidades médicas, la anatomía patológica constituía la constatación de la lesión corporal productora de la sintomatología observada. En Psiquiatría debía inferirse la lesión y localización cerebral a través de los signos corporales que evidenciaban el terreno de predisposición a enfermar mentalmente. Va a ser la anormal composición corporal por «degeneración» hereditaria la causa de las enfermedades mentales. La teoría de la degeneración física y moral además de dotar de base etiopatogénica al enfermar mental va a iniciar el desarrollo de un nuevo giro en la metodología del peritar

conducido a que sobre esta entidad clínica haya recaído la sospecha y el desfavor de los criminalistas". Marc. *De la folie considérée dans ses rapports avec les questions medico-judiciaires*. Paris. 1840.

¹⁶ Es entonces cuando lo más representativo del delirio era su temática, y a partir de ahí se elaboran las clásicas clasificaciones francesas, la alemana de Wernicke y la austríaca de Feuchtersleben. MORENO, MEDINA Y LILLO. *Circuito funcional de la vivencia y actividad delirante en International Journal of Psychology and Psychological Therapy*. Vol. 4, número 2. Junio 2004.

¹⁷ En "De la no existencia de las monomanías" de FALRET, citado en LANTERI-LAURA. *Ensayos sobre los paradigmas de la psiquiatría moderna*. Triacastela. Madrid. 2000.

Decía Foucault "Lo que la psiquiatría del siglo XIX inventó fue esa identidad absolutamente ficticia de un crimen locura, de un crimen que todo es locura, de una locura que no es otra cosa que crimen." FOUCAULT. *Los anormales* 1990. Madrid. Ediciones la Piqueta.

Sin embargo, y a pesar de que la entidad "monomanía" supuso un gran escollo para la práctica pericial en los tribunales, la creación de esta entidad amplió el campo nosogénico del alienismo acercándolo a la teoría general del enfermar médico. Las monomanías supusieron la entrada de las patologías afectivas e instintivas (Trastornos de los afectos y del control de los impulsos) en la etiopatogenia psiquiátrica equiparándolas a la patología del conocimiento de la sensorialidad (razón).

psiquiátrico.¹⁸¹⁹ La misma causa, los elementos hereditarios, no siempre producirán iguales efectos patológicos. Dado que la supuesta lesión cerebral no es fácil de demostrar directamente, serán con los signos corporales acompañantes con los que podemos demostrar la existencia de la degeneración.²⁰ El síntoma mental se convierte en epifenómeno de la lesión y los signos corporales (atavismos) en la corroboración de la degeneración mental que produce la enfermedad mental²¹. En las pericias los informes pasan de ser la enunciación de un diagnóstico recogido en la nosotaxia al uso, a la demostración mediante el señalamiento detallado en el cuerpo del acusado, de signos indubitables de degeneración mental y física. Estos signos de degeneración no solo explicarán la conducta enjuiciada en coordenadas de anormalidad mental, sino que también se irán convirtiendo en predictores de posibles conductas criminales futuras. Con la teoría de la degeneración y su aplicación al estudio de los criminales, la Antropología Criminal, se va a iniciar, aunque todavía tímidamente, la consideración de la peligrosidad criminal como paso previo a las medidas de protección social. Las pericias que se efectúan a partir de 1860 están dirigidas a mostrar la irresponsabilidad o semirresponsabilidad que le provoca su enfermedad mental y, además, a señalar también, la posibilidad de la peligrosidad impredecible de la reincidencia, con la consecuencia de una reclusión manicomial permanente.²² ²³ El degeneracionismo en su aplicación a la población criminal no solo

¹⁸ La teoría de la degeneración física y moral del enfermar mental comienza con Morel (1857) y se consagrará con Magnan (1871,1874). SAURI, *Historia de las ideas psiquiátricas*, Ediciones Carlos Lohle, Buenos Aires, 1969.

¹⁹ El éxito en España de las ideas de Magnan fue inusitado. De hecho el "Boletín de Clínica Terapéutica" publicó sus Lecciones Clínicas completas en 1896.

²⁰ El estudio del aspecto físico abarcaba dos apartados, el sintético que estudiaba la agitación, indiferencia o tranquilidad del rostro en su conjunto y la valoración analítica que habría de analizar el color del rostro, el aspecto de los pelos del cuero cabelludo, las arrugas y cicatrices de la cara y la globulosidad de los ojos.

²¹ La teoría de la degeneración implica una debilidad hereditaria que se agrava de generación en generación siendo en cada una de ellas más grave la sintomatología de patología mental. Esta teoría intenta reunir todo lo atípico, lo desviado de la norma «naturalis», lo teratológico e incluso lo ilegal. Esta teoría tomaba elementos de los recientes postulados evolutivos y hereditarios formulados por Lamarck, Buffon y Blumenball. Según esta teoría la causa de la peligrosidad criminal de los locos residiría en la falta de control racional inhibitorio de las pasiones, sería el descontrol pasional el causante de los actos delictivos. Los signos atávicos que eran denotativos de degeneración mental eran muy diversos y serán minuciosamente detallados para la clínica criminal por Lombroso y sus seguidores que encontraron en estos postulados de etiología hereditaria la base científica para la creación de la figura del «criminal nato», una mezcla de enfermo mental y de sujeto malévolo que nace con diferencias del sujeto «normal», ya que su inclinación hacia el delito provendría de una ausencia de los «frenos inhibitorios» que tienen los demás sujetos que se atienen a la ley. Considera que estos sujetos, a pesar de su «infradesarrollo psicológico-moral», son imputables o como mucho semiimputables y que el espacio donde deben ser recluidos es el manicomio toda vez que en coherencia con la presupuesta peligrosidad, es la represión el medio terapéutico más acorde. Zola en sus novelas de "Los Rugon-Mackart" nos ofrece una descripción, a través de algunos de sus personajes, muy lucida de esta teoría.

²² Casos representativos de estas pericias en España fueron las efectuados por el Dr. José María Esquerdo y sus discípulos en los casos de Francisco Otero (1879) que atentó frustradamente contra Alfonso XII a su entrada a Palacio o el de Juan Garayo, alias El Sacamantecas, que asesinó fríamente a varias mujeres en la provincia de Álava (1881). En ambos, la pericia confirmaba mediante la significación de signos corporales de degeneración, los diagnósticos de monomanía e imbecilidad. En ambos casos se cumplió la sentencia de morir en garrote. De estos casos el periódico, El Liberal, se hizo eco mediante el relato minucioso de los procesos en forma de folletines y tuvo una gran aceptación entre el público que tomó parte activa con sus opiniones en el apartado de cartas a la redacción. Distinto fue el destino del asesino del arzobispo de Madrid, el sacerdote Cristóbal Galeote (1886) sentenciado a muerte. Un examen pericial posterior al juicio permitió su conmutación por reclusión manicomial perpetua por el diagnóstico pericial de delirio de persecución. Para más datos sobre estos casos pueden consultarse en José María Esquerdo, «Locos que no lo parecen», Madrid, 1881. Estas conferencias están recogidas en REY, *Estudios médico-sociales sobre marginados en la España del siglo XIX*. Ministerio de Sanidad y Consumo Madrid, 1990.

²³ "Basta ver y oír al acusado para notar en él algo anómalo; no es menester ser médico para conocerlo; ... se declara de él que era un hombre violento, poco humilde, tenaz, cargante...Estaba, pues, fuera de lo normal en su especie (sacerdote)". Del informe pericial del alienista Escuder en el caso del cura Galeote (1895). Citado por

implicaba la heredabilidad, sino el comienzo de una sutil negación del libre albedrío y por ende una declaración de la biologicidad del impulso criminal que en los postulados de la antropología criminal van a constituir una especie de raza aparte que hay que controlar por todos los medios, ya que son una amenaza para la supervivencia de la sociedad del bienestar. Si los psiquiatras de aquella época hubiesen sido coherentes con todos los principios que informaban las tesis lombrosianas y los jueces lo hubiesen permitido, la mayoría de los criminales hubiesen salido de las prisiones para entrar en los manicomios

En España, a partir de 1889 se produce en el mundo jurídico un viraje hacia la restitución del Derecho Penal clásico en el que se reivindica el libre albedrío como propiedad intrínseca de toda persona y, en consecuencia, de la legitimidad del correccionalismo penal. Esta fue una reacción lógica contra las teorías que se difunden por toda Europa de la escuela antropológica italiana, que en última instancia representaban una negación del valor y utilidad de la jurisdicción penal toda vez que partían de que el libre albedrío era una "ilusión social".

Juristas muy influyentes efectuaron una crítica muy acertada, desde los principios de filosofía jurídica, considerando el postulado antropológico criminal de que el sujeto delincuente es un ser con condicionamiento hereditario para la comisión de actos criminales sin que su capacidad de razonamiento y, por ello su responsabilidad este anulada por enfermedad mental y, por lo tanto, imputable, implicaba de forma secundaria, la inutilidad de un derecho penal de correccionalismo idealista como elemento válido para enderezar la voluntad pervertida del criminal²⁴²⁵. Diversos acontecimientos sociales ocurren en Europa a partir de la década final del siglo XIX, que son causa de cierta conciliación entre juristas y alienistas a la hora de valorar unos y emitir los otros, las pericias psiquiátricas. En España, los juristas efectúan en estos años una depuración de las ideas de la escuela criminológica italiana propugnando la unión entre los datos que proporcionaba el positivismo psiquiátrico y los principios fundamentales del correccionalismo penal, con el afán de procurar la rehabilitación de los penados, siendo de los primeros en propugnar medidas de higiene mental y social en las prisiones. En el lado médico, se defendía, en conferencias y escritos, la necesidad de medios para procurar la rehabilitación psicosocial de los internos en las prisiones, con especial hincapié en aquellos en los que se hubiese detectado algún tipo de enfermedad mental que pudiera haber menoscabado, aunque fuere incompletamente, su responsabilidad. Así se complementaba la adherencia ideológica a las ideas lombrosianas con elementos de índole sociológica, inclinándose hacia teorías del delito de origen socioambiental²⁶.

CAMPOS MARIN en Criminalidad y locura en la Restauración. El proceso del cura Galeote (1886-1888). Frenia. Vol.III.2.2003. Madrid.

²⁴ Véase: ARAMBURU. *La nueva ciencia penal*, Librería de Fernando Fe. Consultar en Fondo antiguo de la Universidad de Sevilla.

²⁵ ARAMBURU. *La nueva...*, cit..

²⁶ Pedro Dorado Montero defendió a ultranza la posibilidad de aunar los conocimientos psiquiátricos con la rehabilitación de los penados. DORADO. *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, Ed. Hijos de Reus. (reed. 1999, Pamplona, Jiménez G).

Rafael Salillas médico, funcionario de la Dirección General de Prisiones está considerado como el gran valedor en nuestra nación de las tesis lombrosianas de antropología criminal, sin embargo, muy pronto fue modificando sus postulados por una teoría socioambiental del crimen y de los delincuentes con especial hincapié en los factores no solo hereditarios, sino de desarrollo corporal en relación con el tipo de nutrición recibido desde su primera infancia. Así es considerado como un introductor de la bio-sociogénesis de la delincuencia en España. Véanse: SALILLAS, *Teoría básica biosociológica*, Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1901. SALILLAS, *El delincuente español: el Hampa*. Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1898. Para mejor información sobre este autor y su influencia en el pensamiento criminológico véanse: GALERA GOMEZ, «Introducción a la antropología criminal en España» en LLULL, vol. 9,1986.

4.- La alarma social: Los peritajes de peligrosidad social

Desde 1880 a 1914 en toda Europa se está sufriendo una oleada de atentados criminales, provocados por elementos anarquistas. Estos crímenes, primeros actos terroristas de la historia, tienen una gran repercusión en todas las instancias gubernamentales, jurídicas y psiquiátricas, así como también en los teóricos de la antropología criminal²⁷. Se planteaba el dilema de elegir para el terrorista el calificativo de enfermo mental o de premeditado criminal. Y ello estaba dificultado porque los actos criminales que acometían no eran el fruto de pasiones individuales ligadas a sus personalidades o biografías, sino la consecuencia lógica de llevar a la práctica la ideología libertaria, destruir para construir un mundo mejor. En definitiva, el terrorista perseguía alcanzar un ideal de cambio social que era común con el del socialismo.²⁸

La escuela lombrosiana elabora una alambicada tesis para poder llegar, desde los postulados de la antropología de la degeneración, a la consideración del anarquista que comete crímenes como los actos de un criminal loco. En 1890 se publica el libro, *El delito político y la revolución*, en el que se hace una sutil distinción entre lo que representan y en lo que se diferencian, desde el análisis socio-evolutivo, la revolución y la rebelión. La primera sería la propia de sujetos progresistas que intentan cambiar la sociedad de forma ordenada, progresiva y acompañada, mientras que la rebelión sería una forma de transformación social brusca que solo puede proceder y entenderse desde la impulsividad que provoca la degeneración morbosa de los delincuentes locos. Con estos razonamientos se hace una equiparación de los terroristas con los degenerados mentales que cometen delitos y que había constituido la tesis general del "hombre delincuente" donde el criminal nato no era nada más que un resto atávico del hombre primitivo que, aunque siendo imputable por responsable tiene las suficientes deficiencias en su funcionamiento psíquico para ser considerado, no obstante, su responsabilidad, enfermo mental²⁹. Anarquismo, aumento de la peligrosidad criminal y locura comenzaron a asociarse de una forma muy intensa para jueces y psiquiatras, ayudados de forma significativa por la policía que comenzaba con su implantación generalizada y su presencia en la vida pública a depurar sus métodos de control social.

En España la especial intensidad y frecuencia de atentados y revueltas sangrientas anarquistas, provocó un cambio sustancial en los fines y métodos de la valoración pericial, que desde ahora van a ir más encaminados a señalar la peligrosidad de los acusados que en el análisis de la irresponsabilidad de sus crímenes. La argumentación pericial se basaba, como en el modelo anterior, en la exploración y descripción de signos corporales denotativos de atavismos de degeneración en el

²⁷ España fue uno de los países más importantes en la historia del anarquismo. No hicimos aportación teórica importante a la teoría libertaria pero tuvimos un desarrollo inusitado de ella. El primer periódico anarquista del mundo, *El Porvenir*, fue fundado en 1845 en Galicia, por un discípulo de Proudhon, Ramón de la Sagra. Y el federalismo de la Primera República con Pi y Margall tiene indudables raíces ácratas. El anarquismo terrorista se gestó en España en 1868 por la influencia de Bakunin, mediante discípulos suyos, enviados aquí y que formaron las secciones de la Internacional en Andalucía, Valencia y zonas industriales del Norte de la Península. Causaron gran conmoción política y social las revueltas del Sur con las actuaciones asesinas de la Mano Negra (1883) en Andalucía y con la toma de Jerez (1892), las revueltas de Cataluña (1890) y una larga serie de atentados sobre políticos (Cánovas del Castillo, Martínez Campos, boda de Alfonso XIII, procesión del Corpus Christi en Barcelona, Canalejas y Dato entre los más sobresalientes, además de un sinnúmero de atentados contra propiedades rurales en Andalucía y Extremadura o industriales en Cataluña). Para mayor información véanse: KAPLAN, *Orígenes sociales del anarquismo en Andalucía*. Siglo XXI. Barcelona. 1977. CASTRO ALFIN. *Hambre en Andalucía. Antecedentes y circunstancias de la Mano Negra*. Ed. Cajasur. Córdoba. 1986.

²⁸ Los actores españoles de estas horas, catárticos, abogados, psiquiatras y destacados juristas eran personas muy cercanas al liberalismo progresista o al radical socialismo.

²⁹ Lombroso hace una primera aproximación a esta teoría en la edición de 1887 del «Hombre delincuente» que complementa en 1890 con Laschi en *El delito político y la revolución* y en 1894 en *Los anarquistas*. Se considera que la desconfianza en que las penas sirviesen para la represión del delito es el comienzo de la propugnación de las medidas de defensa social (medidas de seguridad pre delictuales) que complementasen a las penales. Véase: LEAL, *La historia de las medidas de seguridad*, Thomsó/Aranzadi, Navarra, 2006.

desarrollo corporal y psicológico y ponerlos en conexión con los actos criminales que habían cometido mediante la exposición de los sentimientos, pasiones y pensamientos infrahumanos que los sujetos con esta herencia eran proclives a tener y que los definía como sujetos anormales en su comportamiento social. Estas anomalías podían ser motivo de responsabilidad atenuada, pero ello era muy secundario a la determinación del grado de su peligrosidad.

Como en modelos anteriores, el psiquiatra finalizaba su informe reclamando el tratamiento manicomial del condenado. Desde este momento, ya no es solo el enfermo mental incapaz el que debe ser recluso en el manicomio, sino también todo sujeto que su peligrosidad se derivase de una presunta degeneración mental, aunque no hubiese datos suficientes para encuadrarlo nosotáxicamente ni eximirlo de responsabilidad. El delincuente, aunque enfermo se verá indefectiblemente abocado a cometer delitos, sea por su carga hereditaria como por su determinismo socio ambiental. Esta etapa, que, como vemos, está fuertemente influenciada por factores extra jurídicos y extra psiquiátricos, planteó problemas de metodología pericial que estaban ligados a elementos de ética profesional e incluso moral, como los de encontrar métodos de detección de peligrosidad fiables o los derivados de recomendar y/o aceptar la reclusión manicomial como método de prevención de reincidencia criminal^{30 31}.

5.- Los peritajes del síntoma mental: La Psicopatología.

Al final del siglo XIX la psiquiatría basada en la etiopatogenia moral (degeneracionista) y en la descripción patocrónica de la sintomatología entra en crisis. El foco de preeminencia doctrinal pasa de Francia a la Alemania Imperial que se alzará como faro de doctrina psiquiátrica y psicológica hasta el final de la década de los años 50 del siglo XX. Es el comienzo de la psicopatología.

Hasta ahora bastaba con la anotación del síntoma y con la plastificación que de él daba el curso evolutivo para efectuar un diagnóstico nosológico, que ya por sí mismo implicaba o no la declaración de irresponsabilidad o responsabilidad atenuada, si de lo que se trataba era de calificar a aquella en un hecho punible. Desde ahora, con la inauguración de la escuela experimental psicológica y la aplicación de la fenomenología comienza la disección de los actos humanos a través de las características cuantitativas y cualitativas de las llamadas funciones psíquicas. Síntomas iguales en apariencia fenomenal pueden proceder de distinto estrato psíquico. No son iguales todas las tristezas

³⁰ “El debate sobre la responsabilidad-irresponsabilidad del criminal loco o degenerado-, las discusiones sobre la existencia o no del libre albedrío, dejarán paso a la idea de la potencial peligrosidad que estos individuos entrañaban para la sociedad y a los medios para detectarlos antes de la comisión de un delito”, CAMPOS MARIN, “La Psiquiatrización del crimen”, en *Norba Revista de Historia*, vol. 20, 2007. En estos momentos interesaba más la determinación de la peligrosidad criminal que el concepto de responsabilidad/irresponsabilidad del sujeto que cometía un atentado criminal (ello tranquilizaba a juristas y a la opinión pública y era del agrado de los psiquiatras). CAMPOS MARIN, “Crimen y Locura: el caso Galeote”, *IV Jornadas de la sección de Historia, en Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Madrid, 2004. El informe sobre la autopsia efectuada a Mateo Morral, autor del atentado sobre Alfonso XII y Victoria Eugenia de Battemberg el día de su boda, ejemplifica esta repugnancia moral de considerar inimputable a un sujeto autor de terrorismo a pesar de encontrar signos de “degeneración cerebral” las cuales serían compatibles con los postulados de la base cerebral de las anomalías mentales. LECHA-MARZO, “Antropología criminal. Las anomalías de Mateo Morral”, en *Revista de Medicina y Cirugía prácticas*, 72, 1906, y también del mismo autor “Sobre los ligeramente locos”, *Los progresos de la clínica*, 5, 1911.

En 1901 se había manifestado de la misma manera el Dr. Esquerdo en la Real Academia de Medicina. Y también lo había hecho SALILLAS en 1892, ante la oleada de levantamientos anarquistas en Andalucía y Barcelona con su editorial en *El Liberal* “Manada de locos”. Sin embargo, el único código español dualista es el de 1928 que además de las penas contempla medidas de seguridad y que está fuertemente impregnado del autoritarismo y defensa del Régimen dictatorial de Primo de Rivera.

³¹ Teóricos del anarquismo como Ricardo Mella (1892) o José Martínez Ruiz (Azorín) (1898) contestaron con contundencia a estas afirmaciones que equiparaban anarquismo con criminalidad. Bien es verdad que la legitimidad del uso del terrorismo como arma revolucionaria dentro del anarquismo mundial estuvo muy dividida. Véase: GIRON, “Los anarquistas españoles y la criminología de Cesare Lombroso” (1890-1914). *Frenia*. vol. II, núm. 2, 2002.

ni todas las alucinaciones, y en un mismo enfermo los síntomas no van a tener la misma cualificación en todo momento, la patocronía no es solo la evolución de un proceso, sino el cauce donde se puede analizar el valor cualitativo y cuantitativo de los síntomas para su valoración pericial^{32 33}.

Con estas dos aportaciones metodológicas a la exploración del enfermo mental cambia radicalmente la concepción del síntoma como expresión de anómalo funcionamiento psíquico.³⁴ Se hace necesario indagar en cada síntoma la procedencia funcional de él, y calibrar la calidad y cantidad de su anormalidad como primer paso; esto es, analizar una por una las funciones psíquicas, para poder cuantificar el grado de afectación morboso de ellas. Pero, posteriormente, se hace necesario estructurar jerárquicamente las funciones alteradas entre ellas y situarlas en el receptáculo integrador de la conciencia con la idea principal de totalidad como explicación del funcionamiento del comportamiento humano. Totalidad entendida en tres sentidos: como estructura que poseen las funciones psíquicas diversas, manteniendo entre ellas una relación que las realimenta y las integra, en segundo lugar, como procedente de una tectónica vertical que permite situar a distintos niveles de profundidad el origen (desde lo más biológico a lo más espiritual) de los componentes vivenciales de cada actividad psíquica y, por último, como la expresión de que la función psíquica solo es aquel vehículo por donde se explicita, concreta y recibe la conexión de sentido para la individualidad personal, por biográfica, de cada hombre. En cada estrato de la organización psíquica se manifiesta, el origen, la dirección y la expresión significativa y genética de la vivencia. Pero después, es

³² Se considera a Wilhelm Wundt (1832-1920) el fundador de la Psicología experimental, la cual sentó de manera científica la existencia de las denominadas "funciones psíquicas" las cuales rompen el hasta ahora vigente modelo asociacionista de Locke y Fichte. A partir de ahora el funcionamiento psíquico se explica a través de las leyes que rigen fisiológicamente las sensaciones, la percepción, el pensamiento, los sentimientos, la memoria, la inteligencia y la voluntad dentro del colector vivencial de la conciencia. Desde ahora la investigación psicológica consistirá en la "suma total de los hechos de los que somos conscientes". El único método para explorar la conciencia va a ser el de la observación empírica de los hechos psicológicos que se dan en ella y a partir de ahí establecer la causalidad funcional de los actos que queremos entender. Wundt establece como método exacto del análisis psicológico de la conducta el siguiente: "el análisis de los procesos psíquicos compuestos, la demostración de las combinaciones en que entran los elementos descubiertos por el análisis y las leyes que son operativas en la formación de estas combinaciones". WUNDT, "Fundamentos de psicología fisiológica" En SAHAKIAN, *Historia y sistemas de la psicología*, Tecnos, Madrid, 1982, p 262 y ss.

³³ La actitud fenomenológica ante los síntomas consiste en captar el fenómeno psíquico (el síntoma) en su esencia, reduciendo el síntoma a sus características intrínsecas más immanentes que son la forma peculiar en que se da en la conciencia. Cada síntoma procede de una capa tectónica de la personalidad diferente según sea su origen lesional. Y esa capa tectónica de origen es la que tinta de originalidad a un síntoma de otro igual, esa es la "esencia" de la que se habla en fenomenología. Es el análisis en profundidad del síntoma buscando su última y principal caracterización. La tristeza (vital) de un trastorno depresivo bipolar es radicalmente distinta de la de un trastorno depresivo adaptativo (reactiva). La primera procede de las capas más profundas de la personalidad, la más cercana a la base corporal de nuestra vida psíquica y la segunda de la capa de donde surgen las relaciones afectivas interpersonales. La primera está ligada a elementos biológicos y por lo tanto menos modificables por la acción exterior, al contrario que en el segundo caso.

La observación fenomenológica del síntoma, además de lo que hemos reseñado, ofreció la posibilidad de establecer conexiones de sentido entre lo que se expresa con el síntoma y los contenidos afectivos que se insertan en la biografía de los sujetos. La historia biográfica entra, con la fenomenología, a tener un papel capital en la comprensión del enfermar mental y lo que es más importante, en la dilucidación del sentido teleológico del síntoma. La vivencia hace posible que el hombre se *dé cuenta* (con la participación de la conciencia y de un entendimiento inteligente y una resonancia afectiva) y que sea capaz de seleccionar de los acontecimientos circundantes aquellos que más le interesan en cada momento. MEDINA y MORENO. «Las funciones psíquicas normales y patológicas: su clasificación». En *Psicología Médica* de RIDRUEJO, MEDINA y RUBIO. McGraw Hill Interamericana, Madrid 1996, p.170.

³⁴ "...la sintomatología psicopatológica no es meramente una semiología y que el abordaje de la sintomatología con los procedimientos y métodos de la semiología es, cuanto menos, discutible si tratamos de buscar modos de aproximación que aúnen la viabilidad del procedimiento con la coherencia lógica del mismo...en todo caso el síntoma nos afronta con el concepto de fenómeno y con su radical naturaleza de hecho de la conciencia". BACA. *Teoría del síntoma mental*. Triacastela. Madrid. 2007.

necesario complementar este análisis funcional con la caracterización fenomenológica del síntoma.³⁵ La diferencia estriba en su origen, en su calidad y en la forma en que se sitúan en la conciencia la vivencia de cada uno de ellos puesto que el carácter de anormalidad es el producto de la alteración de la susodicha función psíquica de que se trate y es reveladora de una estructura individual modificada que podrá catalogarse de enferma. Cualquier síntoma psíquico solo tiene sentido dentro del contexto clínico que expresa una perturbación global de las funciones psíquicas. En base a esto, será la Psicopatología el procedimiento de análisis de los síntomas de la enfermedad la que nos ofrezca la vía de entendimiento del “cómo” del enfermar porque por ella captamos por diferenciación normativa el fenómeno psíquico anormal³⁶. El funcionamiento alterado del psiquismo produce fenómenos anormales que se catalogan como síntomas de enfermedad mental.

Por primera vez, deja de ser preeminente el diagnóstico nosotáxico en los peritajes legales para centrarse en el análisis psicopatológico de los síntomas, y con ellos poder establecer un nexo causal con el delito perpetrado. Ya no va a ser el diagnóstico el que proporciona al perito la base para la proposición sobre la responsabilidad del peritado en los actos criminales por los que se les va a juzgar, sino que serán los síntomas que en su exploración se encuentren los que, puestos en relación con los actos criminales, dadas las características formales de aquellos y de estos, con la casi certeza de su presencia en el momento delictivo, los que darán la base de la declaración de irresponsabilidad. Se trata de explicar el delito por los síntomas que presenta el sujeto y sus características y no al revés^{37 38 39}. De aquí que sea el método exploratorio exhaustivo de las funciones psíquicas, una por una, y su jerarquización estructural lo que puesto en relación con los hechos delictivos nos dará o no un nexo de causalidad que nos permita determinar si en el acto de saber y querer hacer, existía libertad y responsabilidad. El estudio fenomenológico estructural tiene una segunda posibilidad que consiste en la que proporciona el estudio vivencial del síntoma y que, en definitiva, es el entronque con la biografía del sujeto. Del estudio de las vivencias del hombre en su recorrido cronológico se puede adivinar su personalidad. El estudio de ella añade nuevos datos sobre el sujeto que complementan los que nos da la estructura de los síntomas jerarquizados, pero nunca en una pericia debe suplantar el de aquellos⁴⁰.

³⁵ MEDINA y MORENO. *Las funciones psíquicas normales...*, cit., p. 170.

³⁶ MEDINA y MORENO. *Las funciones psíquicas normales...*, cit., p. 169.

³⁷ El sentido causal del funcionalismo psíquico es el resultado de la selección interesada que cada sujeto hace de toda la realidad que se le ofrece ante él. Esta selección del mundo varía diacrónicamente y sincrónicamente en función de la propia situación biográfica del hombre, y nos hace entender la actividad psíquica como una respuesta a los estímulos que *nos interesan*, que nos resuenan, además de por ser sensaciones, normales o ilusorias, por el simbolismo del significado que traen aparejado al recaer en un campo de conciencia donde se imbrican vivencias pretéritas y ansias de necesidades futuras. Así, desde esta perspectiva, las funciones psíquicas son el *cómo* de la expresión comportamental. MEDINA y MORENO. *Las funciones psíquicas normales...*, cit., p. 173.

³⁸ No obstante, lo anterior la “causalidad” que se ha de demostrar en las pericias jurídicas es la que se establece entre el delito acaecido y el estado mental del peritado, de forma que sólo la estructura psicopatológica es la que explica la comisión de delito hasta el punto de que aquella, por medio de la distorsión de las capacidades de entender la realidad y de consentir el acto están viciadas en su origen funcional.

³⁹ El concepto de anormal referido a las funciones psíquicas es el que da lugar a los signos y síntomas; es producto de la alteración de la función psíquica y revela una estructura individual modificada que puede catalogarse como de enferma o patológica. Un síntoma psíquico sólo tiene sentido dentro del contexto clínico que expresa una perturbación global de las funciones psíquicas. En base a esto, se define la Psicopatología como la comprensión de la enfermedad mental mediante el análisis de sus síntomas. MEDINA y MORENO. *Las funciones psíquicas normales...*, cit.

⁴⁰ La extensión de la psicología experimental al campo de la medición del funcionalismo psíquico junto al estudio fenomenológico vivencial del acto humano dio por resultado el enriquecimiento del estudio tectónico de la personalidad. Clásicamente la personalidad se entiende como una conformación de elementos temperamentales heredados, otros caracteriales producto del desarrollo temprano en profunda imbricación con los factores socio ambientales y que culminan en la adolescencia, con elementos de elección personal y que terminan de perfilarla y cristalizarla. La personalidad es la presentación ante el mundo del sujeto. Y también es expresión de que su

6.- Los peritajes en la época de los consensos nosotáxicos

A partir del final los años 50 del pasado siglo la preeminencia psiquiátrica se traslada al otro lado del océano Atlántico. Tanto la APA como la OMS comienzan a propugnar clasificaciones de enfermedad psiquiátrica consensuadas. En el año 2014, la quinta edición del DSM define al trastorno mental como "Un síndrome caracterizado por una alteración clínicamente significativa del estado cognitivo, la regulación emocional o el comportamiento del individuo que refleja una disfunción de los procesos psicológicos, biológicos o del desarrollo que subyacen en el funcionamiento mental. Habitualmente los trastornos mentales van asociados a un estrés significativo o a discapacidad, ya sea social, laboral o de otras actividades importantes"⁴¹. Los diagnósticos se plantean como unas directrices que deben ir precedidas de un juicio clínico, el cual se basa inexorablemente en la exploración de las funciones psíquicas para poder determinar de qué estructura proviene el síntoma, por lo tanto, lo que se estableció como sistema regio de indagación pericial en el anterior periodo no ha cambiado. El uso de clasificaciones fruto del consenso de grupos de expertos tiene como ventajas la unicidad de criterios diagnósticos que incrementan la fiabilidad de ellos y, también que obligan, indirectamente, a cuantificar la intensidad de la sintomatología que conforma cada cuadro nosológico⁴². Tienen el inconveniente de que pueden ser parciales y llevar a equivocaciones. De otro lado, pueden inducir a los diagnosticadores a estar moviéndose en terrenos de absoluta certeza cuando estos diagnósticos precisan de un gran bagaje experiencial en cuanto a entrenamiento en anamnesis, exploración y observación evolutiva de la sintomatología que conformará el diagnóstico. Es importante ser consciente de que el diagnóstico basado en las clasificaciones aceptadas es siempre de validez sincrónica, por lo que no es lícito insacular del diagnóstico conclusiones forenses sobre hechos pretéritos basándose en la pretendida certeza diagnóstica que da la estructura sintomática que comprende cada entidad nosológica en la clasificación usada, sino que tiene que seguir siendo a

comportamiento y las motivaciones que a él le llevan, proceden de su mismidad como sujeto psíquico individual. Los rasgos, exponentes visibles de la estructuración dinámica de la personalidad del sujeto, interaccionan con el medio ambiente tipificando al sujeto como peculiar, tanto sincrónica como diacrónicamente, y dan al sujeto y a los demás sensación de continuidad histórica. A través de la composición, calidad y cantidad de sus rasgos podemos especificar el tipo previsible de comportamiento que de él se espera. La personalidad es el fenotipo de la persona, ya que en ella están reflejadas las tendencias conductuales de la persona. Lo que la personalidad no ofrece es una plataforma para justificar un comportamiento sino solo comprenderlo. Es por esto, por lo que siendo imprescindible para efectuar perfiles de predicción conductual, no sirven para explicar, en términos periciales, un acto delictivo. La posesión de una personalidad proclive a la sospecha, suspicacia, persecución, vindicación y agresividad nos suministra evidencias de paranoicismo pero no sirve para insacular de estos rasgos un nexo causal con un delito de asesinato por venganza y de él deducir que el acto delictivo tenía el vicio de la irresponsabilidad.

⁴¹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, DSM-5*, Tomo I, 5ª ed., Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2014. En esta edición también se hace mención de lo que "no constituye trastorno mental", haciendo mención de "aquellos comportamientos socialmente anómalos (ya sean políticos, religiosos o sexuales) y los conflictos que existen entre el individuo y la sociedad, salvo que se deban a las anomalías o disfunciones que se han descrito anteriormente".

⁴² La gravedad del padecimiento se puede evaluar 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 que se trate. Para efectuar diagnósticos con estas clasificaciones el sujeto evaluado ha de cumplir los criterios mínimos que en cada entidad se especifican. A partir de estos mínimos, el tipo de gravedad se indicará en los gradientes siguientes: moderada, cumple el número mínimo de criterios exigidos establecidos en las clasificaciones para poder ser diagnosticado; intensa, excede la sintomatología un 20% sobre los mínimos requeridos para ese diagnóstico; muy intensa, excede la sintomatología un 40% sobre los mínimos requeridos para ese diagnóstico y/o alguno de ellos es extremadamente grave; extrema, reúne el máximo de los síntomas que se describen para ese diagnóstico y/o varios de ellos son extremadamente graves. La categoría "leve" quedaría anulada, ya que, supone la existencia de sintomatología psicopatológica aislada y/o malestares psíquicos indeterminados y difusos que no ocasionan una disminución de sus capacidades funcionales, conservando la actividad habitual. GUIJA, MEDINA, GINER, LLEDO, MARÍN, ARECHEDERRA y GINER UBAGO, "Un nuevo método de valoración de la enfermedad psiquiátrica postraumática", en *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, vol. 8 núm. 4, 2015, pp. 245-250.

través del análisis causal⁴³ de los síntomas actuales y su validez estructural y su permanencia en conexión con los hechos que han de encausarse. El diagnóstico procedente de las clasificaciones concreta con fiabilidad la entidad clínica de la que hablamos, pero siguen siendo los análisis sintomáticos, en cuanto a su origen y calidad, los que nos darán la clave de si aquellos, en el momento de los hechos enjuiciados, actuaron viciando las capacidades de *entender* y *querer*. No se trata de comprender un hecho enjuiciable, sino de explicarlo desde la enfermedad del que lo cometió⁴⁴. Otro de los inconvenientes de las clasificaciones actuales, en su uso pericial, es considerar a las anomalías mentales (trastornos de la personalidad) con la misma visión estructural sintomática que poseen las enfermedades⁴⁵.

En esta última etapa de nuestro análisis, el actual, conviven dos clases de pericias, las del encausado y a veces las de sus víctimas sobrevivientes. Los peritajes son radicalmente diferentes. La radicalidad de la diferencia estriba en su diferente esencia.

La pericia del encausado encuentra su esencia en el nexa causal entre la enfermedad poseída y los hechos delictivos, de forma tal, que estos solo sean explicados por la fuerza que ejercieron sobre las capacidades psíquicas del libre actuar. En Derecho Penal, la imposición de una pena y hasta el mismo encausamiento se justifica desde los principios de ofensividad (delitos que atentan a bienes jurídicos protegidos) y de culpabilidad (perpetrados por sujetos responsables). El principio de culpabilidad es aquel en donde reside el entronque entre Derecho y Psiquiatría, toda vez que en amplios sectores científicos se considera que la imputabilidad o inimputabilidad no solo requiere de los elementos psicobiológicos intelectivos y volitivos, sino también de los factores externos al sujeto, pero que incidieron en su conformación personal y que tienen su resultado en la capacidad o incapacidad para estar motivados para el cumplimiento de las normas, lo que sería el substrato de una inmadurez esencial para la construcción e internalización de los valores que informan y conforman la personalidad⁴⁶ para su desarrollo en cohesión y armonía, con los valores y normas de una sociedad útil.

El peritaje de la víctima también requiere de la demostración del nexa causal, pero es en la conexión sintomática con el sufrimiento que le ocasionaron donde está la esencia de su estructuración práctica. La conexión se ha de efectuar por medio de la comprensión que suministra la vivencia de los hechos sufridos, entendida esta en la individual personalidad de quien la sufre. No es tan importante la cantidad de daño infringido, como la vivencia personalística que se ha hecho de ese daño. La técnica

⁴³ Insistimos en la “causalidad” de la estructura patológica encontrada con los hechos delictivos investigados.

⁴⁴ La comprensión de los hechos punibles y su confusión con el establecimiento de la explicación desde lo morboso de los síntomas es una tentación en algunos peritajes, que procede de las infinitas posibilidades de entendimiento de las conexiones de sentido que brindan la combinación de datos de la biografía con los de la personalidad, para dar una versión psicológica del *por qué*, del *para qué* y del *cómo*, pero ello no establece una causalidad morbosa del hecho punible, único fin del peritaje sobre el presunto delincuente. Sin embargo, es de suma utilidad para la pericia en Victimología, pues al contrario que en los casos anteriores, en las víctimas son las conexiones de sentido biográficas y vivenciales las que sirven para establecer y justificar la sintomatología padecida y encontrada en la exploración, además del nexa causal reiteradamente citado.

⁴⁵ En los Trastornos de la Personalidad no existen síntomas, sino rasgos, eso sí, muy reificados por su rigidez y persistencia y cuyo uso reiterado hace que se desprenda de ellos una conducta desadaptativa, pero en ningún caso tienen, nunca, una estructura suficientemente fuerte para viciar el entendimiento ni la voluntad. En la versión clasificatoria del DSM-5 se especifica que, cuando se use como referencia en las pericias ante los tribunales, se ha de tener en cuenta que su aplicación en estos ámbitos de forensia debe de acompañarse de una advertencia sobre sus limitaciones, que se derivarían del desajuste entre las cuestiones que interesan a la ley y la información que contiene el diagnóstico clínico, en especial en lo relativo a las capacidades. AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION. *Manual Diagnóstico...*cit.

⁴⁶ MEDINA, MORENO, LILLO, GUIJA, *Violencia: Psiquiatría y Ley*, Triacastela, Madrid, 2009.

en estos peritajes debe señalar el diagnóstico de las lesiones psíquicas encontradas, su intensidad y las secuelas^{47 48 49}.

III. CONSIDERACIONES FINALES

Se ha dicho que la Psiquiatría es la patología de la libertad, puesto que toda alteración psicológica supone una disminución y distorsión de la actividad de integración personal (conciencia y personalidad) y sin esa integración los actos humanos carecen de auténtica libertad porque están constreñidos en los límites que supone la angustia, la tristeza o la ilusión⁵⁰.

La Psiquiatría nació cuando su objeto de estudio paso a diferenciarse del mal, del pecado y se instauró la enfermedad mental excluyéndola de la culpabilidad moral. Así la enfermedad psiquiátrica se termina constituyendo como una descomposición de una organización psíquica integrada e integradora en la realidad circunstancial que todos compartimos, donde conviven lo normal con lo patológico. Por ello, lo psicopatológico no salta a los ojos del explorador como en otras enfermedades médicas, sino que ha de extraerse por comparación del grado de maduración estructural de cada elemento funcional de los que se compone la conducta. En esencia "lo psicopatológico" es la manifestación inteligible de un déficit de integración de la vida relacional por la existencia de una alteración en algunas de las funciones psíquicas que concatenadas y jerárquicamente estructuradas se revelan en el campo de la conciencia y explican el acto que enjuiciamos. Esa alteración funcional es la que provoca la inversión de la integración del acontecer psíquico y eso es lo psicopatológico. Este hecho es el que provoca la desorganización del sistema de control y de autonomía que tiene el sujeto normal y que por normal es libre. A esta libertad nos referimos en la aseveración de que toda alteración psíquica supone una pérdida de la libertad, de los horizontes de ella para una vida de relación fructífera. Pero en este escrito nos hemos referido a otro grado de libertad, el mínimo que nos confiere la característica de libres en sociedad, el de enjuiciar y actuar sabiendo el por qué y el para qué de nuestras actuaciones y de su trascendencia para con los demás que son nuestros semejantes. Este es el punto de unión del Derecho Penal y la Psiquiatría para los Tribunales. La dilucidación en la persona, mediante su exploración psíquica, de su grado de libertad de acción mediante la calibración de sus capacidades de entender lo que va a hacer, querer hacerlo y grado de adherencia e interiorización a los mandatos normativos de convivencia.

⁴⁷ "El estudio pericial de las víctimas comenzó en Psiquiatría a raíz de las reclamaciones que se efectuaron a las aseguradoras por los primeros accidentes ferroviarios ocurridos en Alemania e Inglaterra a final del siglo XIX (railway spine, railway brain) y prosiguieron, esta vez sin éxito, con las secuelas psíquicas en los combatientes británicos de la I Guerra Mundial (fatiga de combate, corazón del soldado, histeria de guerra, neurosis de guerra, trauma del bombardeo...). Con el aseguramiento de riesgos que se produjo después de la II Guerra mundial su relevancia social y su incremento epidemiológico no ha de dejado de ascender", MEDINA, MORENO, LILLO y GUIJA, *El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y Ley*. Triacastela. Madrid, 2009.

⁴⁸ "...hoy día se empieza a hablar de la sustitución del modelo vigente de Derecho Penal y de sus fines y funciones tradicionales por el Derecho Penal de las víctimas o para las víctimas", LLERA, "La víctima en el sistema penal", en MEDINA, MORENO, LILLO y GUIJA, *El sufrimiento de...*, cit.

⁴⁹ "Los aspectos singulares de las peritaciones de víctimas pivotan sobre el diagnóstico de las lesiones psíquicas encontradas en conexión causal y motivacional con la agresión sufrida y las secuelas permanentes que pudieran ocurrir", GUIJA, "Aspectos psiquiátricos forenses" en MEDINA, MORENO, LILLO y GUIJA, *El sufrimiento de...*, cit.

⁵⁰ Esta afirmación corresponde a Henri Ey y lo hace al respecto de los efectos constructores de la ansiedad que bajo alguna forma está siempre presente en toda enfermedad psiquiátrica. En su libro "La Conciencia" asevera que "la Psiquiatría tiene por objeto las enfermedades mentales, y no se pueden definir estas en su generalidad, sino como una pérdida de la libertad... y esta esclavitud es el que de todas esas enfermedades de las relaciones humanas que llamamos enfermedades mentales...si alguna vez estas enfermedades llegan a privar jurídicamente a estos enfermos de su libertad. Opera en el interior mismo del individuo un encarcelamiento más de sí mismo". EY, *Estudios psiquiátricos, vol. III, tomo III*, Polemos, Buenos Aires, 2008.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Hemos visto que el camino recorrido hasta el momento actual, en el que se tienen unas claras coordenadas de actuación pericial psiquiátrica⁵¹, ha sido accidentado, pero no solo por el devenir de los cambios doctrinales⁵² en nuestra especialidad, sino también por los vaivenes que las alarmas sociales han imprimido a los poderes ejecutivos con su correspondiente respuesta legal. Así se puede comprobar cómo en la fase inicial del "alienismo" la reclusión a perpetuidad manicomial del alienado que cometió delito coincide con la idea de la terapéutica asilar aunque benevolente, y la necesidad social y política de una higiene en la ciudadanía o que en el periodo de "la locura es degeneración" coinciden el endurecimiento de las políticas criminales con el positivismo penal, el pesimismo antropológico y psiquiátrico y el incremento de la criminalidad que ha propiciado el auge del industrialismo.

En definitiva, el Derecho Penal se amplía o reduce en función de mandatos del poder ejecutivo por medio del legislativo. Estos cambios son inductores a su vez en el método y en la finalidad de las pericias psiquiátricas y ello ha influido en todos los periodos que hemos señalado como prototípicos en la corta historia de colaboración de la Psiquiatría con los Tribunales. La sociedad tiene en cada momento histórico unos miedos y unos anhelos que en definitiva son los que inducen los vaivenes legislativos, que a su vez modifican la filosofía y consecuentemente la intencionalidad y los articulados de los códigos penales. Cuanto más se extienda la intervención penal por parte del poder ejecutivo, sea por su propia iniciativa o por presión social, más aumenta el número de sujetos sometidos a la investigación judicial, porque se produce una ampliación cualitativa de las conductas delictivas existentes y por la creación de otras nuevas⁵³. Ello trae un aumento de la demanda de pericias psiquiátricas, tanto por parte de la acusación como de la defensa. El aumento desmesurado de las pericias psiquiátricas plantea unos problemas que exceden de un análisis pormenorizado y

⁵¹ Es notorio que las pericias de los encausados, las de las víctimas o las de declaración de incapacidad civil tienen claras diferencias de técnica forense. En este escrito nos ha interesado sobre todo la dilucidación histórica de los cambios metodológicos de las pericias sobre los encausados que constituyeron el inicio de la presencia de los alienistas en los Tribunales de Justicia y las que en realidad inciden sobre uno de los elementos esenciales del "ser" del delito, la responsabilidad.

⁵² La clínica psiquiátrica, continuamente, aspira a tener conformada una clasificación de enfermedades según la idea directriz de sus actualizadas concepciones fisiopatológicas y patopsicológicas del enfermar. Sin embargo, el enfermar psiquiátrico observable está cargado de la subjetividad inherente que conlleva el objeto mismo de lo que enferma, la persona y sus circunstancias, lo cual introduce una carga de trascendencia (existencia) que dificulta el paralelismo entre las enfermedades, objetividades constructivas a las que aspira la Medicina científica y las descripciones subjetivas (narrativa) de lo que se enfermar psicológicamente. De aquí nace la continua necesidad de actualización de una teoría psiquiátrica que fije y delimite los campos patogénicos y los patoplásticos de nuestro dominio patológico y aquí está lo que de especial existe en los fenómenos psíquicos anormales, en su conjunción con los conceptos de enfermedad y de enfermar y que residen en las peculiaridades de ser hechos (aunque también datos) psíquicos que además son anormales. Presentando como decía Husserl, la tesitura de tener que dilucidar en el primer acercamiento a la substancia expresiva del enfermar, que signos son expresivos (algo más que una relación significativa) y cuales son indicativos (solo constituyen un correlato relacional) con lo que enferma (substrato lesional).

⁵³ Las diferencias entre el Derecho Penal garantista (bienestarista) y el Derecho Penal de seguridad ciudadana es abismal, en tanto en cuanto, en el primero se alzapriman los principios de la menor intervención y la seguridad jurídica de los investigados, mientras que en el segundo, se produce un cambio de las actitudes sociales hacia la delincuencia motivado por la insostenibilidad social de los nuevos riesgos, la sensación de inseguridad generalizada que es impulsada por los medios de difusión social. "La justicia garantista suscita la confianza de la ciudadanía en el derecho penal, al que otorga legitimidad favoreciendo su cumplimiento...sin embargo, las demandas exageradas de efectividad y eficacia...ven las garantías penales como un obstáculo ...y así lo que se consigue es un incremento de la criminalización de distintos comportamientos, predominio de delitos de peligro o de lesión ideal del bien jurídico y abundantes ilícitos que antes eran solo administrativos, mercantiles o civiles", "...hay una revitalización del derecho de peligrosidad". DIEZ RIPOLLES, "El abuso del sistema penal», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 19, núm. 1, 2017. DIEZ RIPOLLES, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 7, núm. 1, 2005. DIEZ RIPOLLES, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, vol. 6, núm. 3, 2004.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

crítico en este escrito pero que tiene una resonancia ética sobre la que habría que meditar profundamente⁵⁴.

Jueces y peritos psiquiatras somos servidores públicos y por ello estamos obligados a responder a las demandas de la sociedad a la que servimos. Ambos hemos de adecuar nuestras praxis a sus requerimientos con solo un límite, el de nuestra conciencia, en tanto que nuestros hechos profesionales nunca pueden dirigirse contra los derechos y la dignidad de las personas, lo que nunca ocurrirá si actuamos con claridad, verdad y procurando la certeza.

BIBLIOGRAFÍA

American Psychiatric Association, *Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. DSM-5*, Tomo I, 5ª ed., Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2014.

Aramburu, *La nueva ciencia penal*, Librería de Fernando Fe. Fondo antiguo de la Universidad de Sevilla.

Baca Baldomero. *Teoría del síntoma mental*. Triacastela. Madrid. 2007.

Campos Marín, "Crimen y Locura: el caso Galeote", *IV Jornadas de la sección de Historia. Asociación Española de Neuropsiquiatría*, Madrid, 2004.

Campos Marín, "Crimen y locura. La patologización del crimen en la España de la Restauración", en *Norba. Revista de Historia*, 2007.

Campos Marín, "Higiene mental y peligrosidad social en España (1920-1936)", en *Asclepio*, vol. XLIX. 1997.

Castro Alfin, *Hambre en Andalucía. Antecedentes y circunstancias de la Mano Negra*, Ed. Cajasur, Córdoba, 1986.

Del Rosal Blasco, "¿Hacia el Derecho Penal de la postmodernidad?" *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2009. <http://criminet.ugr.es/recpc/11/recpc11-08.pdf>

Diez Ripolles, "De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado". *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005. <http://criminet.ugr.es/recpc/07/recpc07-01.pdf>

Diez Ripolles, "El abuso del sistema penal", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2017. <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-01.pdf>

Diez Ripolles, "El nuevo modelo penal de la seguridad ciudadana", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*. 2004. <http://criminet.ugr.es/recpc/06/recpc06-03.pdf>

Dorado Montero. *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Ed. Hijos de Reus, Pamplona, 1999.

Dorado Montero. Errores judiciales. "Locos condenados por los tribunales". *Revista Española de Investigaciones sociológicas*. Vol. 47. 1989.

⁵⁴ Los delitos de contenido sexual (especialmente los de pederastia y violación), los de violencia de género y la reincidencia delictual en menores han sufrido incesantes reformas con endurecimiento de penas y la inclusión, en alguno de ellos, de la libertad vigilada como medida de seguridad. Hay autores jurídicos que hablan de "enemización" de algunos delincuentes por el tipo de delito cometido. Otros hablan del populismo penal "o populismo punitivo para explicar un endurecimiento generalizado de las sanciones en los sistemas penales contemporáneos por parte de los responsables de las políticas criminales". DEL ROSAL BLASCO. *¿Hacia un Derecho Penal de postmodernidad?* Revista Electrónica de Ciencia Penal y criminología. 2009.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

EY, *Estudios psiquiátricos*, Polemos, Buenos Aires, 2008.

Flores Y Llera, "Régimen jurídico-procesal del peritaje psiquiátrico y de los informes clínicos" en *El psiquiatra: del ámbito médico al jurídico*, Euromedice, Barcelona, 2007.

Flores, "Justicia restaurativa y mediación penal entre agresores y víctimas: ¿Una alternativa al ius puniendi del Estado?" en MEDINA, MORENO, LILLO y GUIJA, *El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y Ley*, Triacastela, Madrid, 2009.

Foucault, *Los anormales*, Ediciones la Piqueta, Madrid, 1990.

Fuentes Osorio, "Los medios de comunicación y el derecho penal", en *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005. <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-16.pdf>

Galera Gomez, "Introducción a la antropología criminal en España", en *LLULL*, vol. 9, 1986.

Giner. *Historia del pensamiento social*, Ariel, Barcelona, 1992.

Giron, "Los anarquistas españoles y la criminología de Cesare Lombroso (1890-1914)", en *Frenia*, Madrid, 2002.

Gonzalez Seara, *El poder y la palabra*, Tecnos, Madrid, 1995.

Guija, "Aspectos psiquiátricos forenses" en MEDINA, MORENO, LILLO y GUIJA, *El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y Ley*, Triacastela, Madrid, 2009.

Guija, Medina, Giner, Lledo, Marín, Arechederra y Giner Ubago. "Un nuevo método de valoración de la enfermedad psiquiátrica postraumática", en *Revista de Psiquiatría y Salud Mental*, 2015.

Kaplan, *Orígenes sociales del anarquismo en Andalucía*, Siglo XXI, Barcelona, 1977.

Lamo De Espinosa, *Delitos sin víctima*, Alianza, Madrid, 1987.

Lanteri-Laura, *Ensayos sobre los paradigmas de la psiquiatría moderna*, Triacastela, Madrid, 2000.

Leal. *La historia de las medidas de seguridad*, Thomsó/Aranzadi, Navarra, 2006.

Lecha-Marzo, "Antropología criminal. Las anomalías de Mateo Morral", en *Revista de Medicina y Cirugía prácticas*, Madrid, 1906.

Lecha-Marzo, "Sobre los ligeramente locos", en *Los progresos de la clínica*, Madrid, 1911.

Llera, "La víctima en el sistema penal" en MEDINA, MORENO, LILLO y GUIJA, en *El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y Ley*, Triacastela, Madrid, 2009.

Marc, *Consultation médico legale pour Henriette Cornier, acusee d'homicide commis volontairement et avec premeditation procede de l'acte d'accusation*, Roux, París, 1826.

Medina y Moreno, "Precisiones conceptuales psiquiátricas", en MEDINA, MORENO, LILLO y GUIJA, *El psiquiatra: del ámbito médico al jurídico*, Euromedice, Barcelona, 2007.

Medina y Moreno, "Las funciones psíquicas normales y patológicas: su clasificación", en *Psicología Médica* de RIDRUEJO, MEDINA y RUBIO, McGraw Hill Interamericana, Madrid. 1996.

Medina y Moreno, *Los Trastornos de la Personalidad: Un estudio médico filosófico*, Nanuk, Córdoba, 1998.

Medina, Moreno, Lillo y Guija, *El sufrimiento de la víctima: Psiquiatría y Ley*, Triacastela, Madrid, 2009.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

- Medina, Moreno, Lillo y Guija, *Violencia: Psiquiatría y Ley*, Triacastela, Madrid, 2009.
- Parsons, *El sistema social*, Revista de Occidente, Madrid, 1975.
- Pavarini, *Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico*, Siglo XXI, México, 1992.
- Pinel, *Tratado médico filosófico de la enajenación mental o la manía*, Nieva, Madrid, 1988.
- Postel, *Historia de la Psiquiatría*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987.
- Regnault, *Du degré de compétence des medecins dans les questions judiciaires relatives aux alienations mentales et des theories physiologiques sur la monomanie*, B. Wareaux fils, París, 1828.
- Rey, *Estudios médico-sociales sobre marginados en la España del siglo XIX*, Ministerio de Sanidad y Consumo, Madrid, 1990.
- Salillas, *El delincuente español: el Hampa*. Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1898.
- Salillas, *Teoría básica biosociológica*, Librería de Victoriano Suarez, Madrid, 1901.
- Sanz Mulas, "De las libertades del marqués de Beccaria, al todo vale de Gunter Jakobs", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2012. <http://criminet.ugr.es/recpc/14/recpc14-10.pdf>.
- Sauri, *Historia de las ideas psiquiátricas*, Ediciones Carlos Lohle, Buenos Aires, 1969.
- Trelat, *La locura lucida*, La Biblioteca de los Alienistas Del Pisuerga, Madrid, 2014.
- Weber, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1962.

Psicopatías y sociopatías. Actualidad psiquiátrica y perfil forense de su peligrosidad social

PELIGROSIDAD SOCIAL DE LOS IRRESPONSABLES Y MEDIDAS DE SEGURIDAD. ANÁLISIS CRÍTICO

JULIO ANTONIO GUIJA VILLA.

I.PSICOPATÍAS Y SOCIOPATÍAS. ACTUALIDAD PSIQUIÁTRICA Y PERFIL FORENSE DE SU PELIGROSIDAD SOCIAL

1.- Introducción

Desde antiguo, los trastornos de personalidad se han venido agrupando en diversas entidades como anomalías del carácter, personalidades anormales, personalidad psicopática, personalidades sociopáticas. Estos trastornos tienen especial relevancia en psiquiatría forense pues, como ciencia que apoya y asesora a los tribunales de justicia, tiene labor esencial a la hora de clarificar términos y conceptos con el fin de que esos tribunales puedan impartir justicia. Esto no es siempre así, como veremos más adelante, aún hoy, aquellos siguen utilizando el término psicopatía como sinónimo de trastorno de personalidad y el de psicópata como la persona que presenta un trastorno de esa naturaleza. Por ello, con el fin de clarificar en la medida de lo posible los conceptos reseñados en el momento actual, realizamos la presente aproximación.

2.- Evolución del concepto

Ambos términos se han utilizado indistintamente y aunque sus consecuencias desde la perspectiva social no distan mucho uno de otro, lo cierto es que los autores realizan matizaciones que es conveniente resaltar. Las diferencias, si bien en un primer momento dependían más de la escuela de formación psiquiátrica, con el devenir del tiempo y la llegada de los estudios de neuroimagen han acrecentado la división entre ambos conceptos.

Las descripciones acerca de personas que muestran conflictividad con el entorno como consecuencia de su carácter insensible, egocéntrico, poco empático, impulsivo y agresivo, así como, persistente violación de las normas sociales, se encuentran en la historia a través del relato de diversos personajes y su búsqueda de guerra, sangre, destrucción, etc.

La terminología empleada para referirse a estas personas ha sido variada, aunque tal vez haya destacado el de psicopatía por su elevada frecuencia, aunque en menor medida y relacionado con la escuela, se ha empleado el de sociopatía, personalidad disocial o trastorno antisocial de la personalidad (Torrubia).

Con el fin de situarnos en la evolución conceptual y terminológica, Pichot (citado por Torrubia), hace referencia a tres desarrollos del concepto de acuerdo con el elemento nuclear que los sustenta: a) Personalidad anormal definida por inadaptación social. b) Doctrina de la degeneración mental: se trata de individuos que de forma primaria presentan fragilidad en su personalidad y, como consecuencia, predisposición a ciertos estados psicóticos. c) Concreción del concepto de personalidad anormal (psicopática) sin referencia alguna a la conducta antisocial en su definición.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

No obstante, al planteamiento de Pichot, López Magro sitúa al americano Benjamin Rush (1786) como el primer autor que cita el trastorno al utilizar el término **Moral derangement** o depravación moral, usado en su obra "*An inquiry into influence of physical causes upon the moral faculty*", y en el que describe un trastorno mental en el que se afectan las facultades morales con conservación de la razón y otras facultades intelectuales.

Volviendo a la delimitación de Pichot, y concretamente a la idea de personalidad anormal definida por inadaptación social, sitúa a Pinel (1809) como el autor que establece el término "manía sin delirio" caracterizado por individuos con funcionamiento intelectual normal y que mantenían un comportamiento que entraba en conflicto con normas sociales, morales o legales, expuestos a extraños ataques de ira sin sentimientos de culpa.

En este mismo contexto, Pritchard (1835) desarrolla el término "locura moral" o *moral insanity*, entendiendo el cuadro como perversión patológica de los sentimientos, afectos y de la capacidad de acción, sin que aparezcan ilusiones, alucinaciones o alteraciones del pensamiento. En esta definición, el concepto "moral" se utilizaba más en el sentido "psicológico" que ético, queriendo indicar con ello que eran los aspectos afectivos los esenciales en dicho trastorno en contraposición a otros trastornos que afectaban más la esfera cognitiva (Herpetz, 2000 citado por Torrubia).

En Reino Unido (Inglaterra y Gales) se dicta la Mental Deficiency Act (1913); se utiliza el término "imbéciles morales" y se considera aquellas personas que desde temprana edad muestran algún defecto moral permanente junto con fuertes propensiones viciosas o criminales en las cuales el castigo ha tenido poco o ningún efecto disuasorio. Posteriormente, en 1927 una nueva Mental Deficiency Act (Inglaterra y Gales), incorpora el término "deficiente moral" señalando que tal estado requiere cuidado, supervisión y control para la protección de los demás. La Mental Deficiency Act de 1959 (Inglaterra y Gales), utiliza el concepto de trastorno psicopático contribuyendo a la posterior confusión y finalmente la Mental Health Act (1983 y revisada en 2007), elimina el término "psicopatía".

Como señala Pichot (citado por Torrubia), existe un segundo desarrollo en el que el elemento nuclear lo constituye la idea de fragilidad, derivada de Morel y Magnan, y la doctrina de la degeneración mental que se basaba en que todos los tipos de trastorno mental tenían un origen hereditario común. Dentro de estas locuras hereditarias, *folies héréditaires*, el grupo menos trastornado lo constituía la *folie morale* caracterizada por excentricidad, emociones inestables, poca fiabilidad y escasas funciones cognitivas. Esta forma de entender la degeneración fue evolucionando hasta considerarlo como una síntesis entre la locura moral de Pritchard, el degenerado de Magnan y la idea de que los desequilibrados/degenerados presentan cierta predisposición a reaccionar fácilmente ante el estrés mediante manifestaciones psicóticas peculiares.

Finalmente, la tercera aproximación es la realizada con relación al pensamiento de Kurt Schneider el cual es la evolución de otros autores. Así, Koch (1891) citado por López Magro, utilizó el término de "*inferioridad psicopática*" el cual consideraba fuera de la enfermedad mental. Incluía, entre otras: "las almas impresionables, los sentimentales lacrimosos, los soñadores y fanáticos, los huraños, los apocados, los escrupulosos morales, los delicados y susceptibles, los caprichosos, los exaltados, los excéntricos, los justicieros, los reformadores del Estado y del mundo, los tercos y los porfiados, los orgullosos, los indiscretos, los burlones, los vanidosos y presumidos, los trotacalles y los noveleros, los coleccionistas, los inventores, los genios fracasados y no fracasados". En definitiva, separa el trastorno de las psicosis y se reafirma en que se trata de una anomalía y no de una enfermedad.

Kraepelin introduce el término de "*estados psicopáticos*" para evolucionar al de "*personalidades psicopáticas*" con el que hace referencia a desarrollos anómalos de la personalidad considerados degenerativos y que se manifiestan con alteraciones de conducta. No son enfermos, pero tampoco "normales" dado que poseen una personalidad anómala.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Kurt Schneider (1923) continúa con el concepto de personalidades psicopáticas, señalando que la persona que presenta este trastorno sufre y hace sufrir a los demás. Describió diez tipos de estas personalidades: depresiva, hipertímica, fanática, necesitada de estimación, lábil de estado de ánimo, explosiva, desalmada, abúlica, asténica e insegura. Rechaza considerar la conducta antisocial como criterio de su definición (es una consecuencia de la personalidad anómala) y es una variante de la personalidad e innata aun sin excluir la influencia de la familia, la educación y la experiencia.

En definitiva, se aprecia una confusión terminológica, que aún perdura hoy en las clasificaciones internacionales, y que deriva de la diferente aproximación al resultado de la persona que tenemos ante nosotros:

-Por un lado, la tradición angloamericana iniciada con Pritchard y su locura moral. Predomina la idea de una personalidad que vendrá definida por su inadaptación social.

-Por otro lado, la tradición alemana que define esta patología por rasgos de personalidad desviados de la normalidad. Una persona será psicopática en la medida que esa personalidad anormal hace sufrir al individuo o a la sociedad.

3.- La psicopatía en la actualidad

Si bien, en la actualidad son de uso común las clasificaciones internacionales, no hay que perder de vista que estas se sustentan de algún modo en el clásico trabajo de Cleckley (1994) (Figura 1), quien aparte de realizar una descripción clínica que aún hoy perdura, especialmente a través de los criterios de investigación de Hare (2003), señala la existencia de psicópatas no solo en las prisiones, sino en la sociedad civil en los lugares y roles más considerados; es decir, lo que se ha denominado vulgarmente “el psicópata de guante blanco”, entendiéndose por tal personas “respetables” que pueden encontrarse en cualquier lugar: banqueros, personas de negocios, científicos, médicos...

Figura 1

Características clínicas del psicópata (Cleckley, 1994)

- Encanto superficial y buena inteligencia.
- Ausencia de delirios u otros signos del pensamiento irracional.
- Ausencia de nerviosismo o manifestaciones psiconeuróticas.
- Poco fiable.
- Falsedad o falta de sinceridad.
- Falta de remordimiento o vergüenza.
- Conducta antisocial sin un motivo que la justifique.
- Juicio deficiente y dificultad para aprender de la experiencia.
- Egocentrismo patológico e incapacidad para amar.
- Pobreza generalizada en las principales relaciones afectivas.
- Insensibilidad en las relaciones interpersonales generales.
- Conducta extravagante y desagradable bajo los efectos del alcohol y, a veces, sin él.
- Amenazas de suicidio raramente consumadas.
- Vida sexual impersonal, frívola y poco estable.
- Incapacidad para seguir cualquier plan de vida.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Como señalábamos, la controversia no ha terminado y ha dado lugar a diagnósticos en las clasificaciones internacionales que, de algún modo, se encuentran relacionados con las escuelas señaladas y el citado trabajo de Cleckley. Así en DSM 5 viene recogido el Trastorno antisocial de la personalidad y se define por “patrón dominante de inatención y vulneración de los derechos de los demás, que se produce antes de los 15 años de edad”; es decir, predomina la atención sobre las consecuencias sociales y se fundamenta en una serie de hechos entre los cuales, los más relevantes son aquellos relacionados con el contexto social: incumplimiento de normas sociales respecto a los comportamientos legales, engaños, desatención imprudente de la seguridad propia o de los demás, irresponsabilidad constante y ausencia de remordimiento. Por otro lado, se recogen dos características más relacionadas con personalidad: impulsividad e irritabilidad/agresividad. En definitiva, alzaprima la problemática del comportamiento social en el diagnóstico.

La DSM5 presenta, a su vez, un modelo alternativo para detección de los trastornos de personalidad en los que, si bien se reduce el número de los mismos, persiste el trastorno de la personalidad antisocial caracterizado por “falta de conformidad con la legalidad y el comportamiento ético y la falta de preocupación por los demás de manera cruel y egocéntrica, acompañadas por el engaño, la irresponsabilidad, la manipulación y/o el comportamiento de riesgo”. En definitiva, continúa basándose en la conducta social.

La CIE-10, por su parte, señala para su diagnóstico “la gran disparidad entre las normas sociales prevalecientes y su comportamiento”; está caracterizado por 5 ítems: falta de empatía, irresponsabilidad y despreocupación por reglas sociales, incapacidad para mantener relaciones personales duraderas, muy baja tolerancia a la frustración o bajo umbral para las descargas de agresividad, incapacidad para sentir culpa, marcada predisposición a culpar a los demás. En definitiva, hace hincapié en características de personalidad.

Del mismo modo que Cleckley describió las características clínicas de la psicopatía, Hare establece los criterios de investigación de la misma que terminan concretándose en la Hare Psychopathy Checklist-Revised (PCL-R) (2003) y que se define a partir de síntomas interpersonales (explotadores, pomposos, superficiales, egocéntricos y manipuladores), afectivos (emociones poco profundas y volubles, dificultad para la vinculación afectiva estable con personas, objetivos o principios, careciendo de empatía y verdaderos sentimientos de culpa y remordimiento) y conductuales (impulsivos, necesitados de nuevas sensaciones, inestables y propensos a infringir las normas sociales, no cumpliendo con las obligaciones explícitas o implícitas).

Como ocurre en lo hasta aquí señalado, nuevamente se contemplan diferencias entre el trastorno antisocial de la personalidad y la psicopatía de Hare; mientras el primero basa su diagnóstico en conductas antisociales y delictivas, teniendo escasamente en consideración los síntomas interpersonales y afectivos del trastorno, el segundo incluye una combinación de conductas antisociales y de rasgos interpersonales y afectivos.

Esta aproximación al trastorno antisocial de la personalidad conlleva a un sobrediagnóstico del mismo en población penitenciaria (50-75% cumple criterios) y a la pobreza en capacidad de predicción de riesgo futuro de reincidencia. Del mismo modo, en población general, el citado diagnóstico se encuentra infrarrepresentado. Por el contrario, el diagnóstico de psicopatía de acuerdo con los criterios de Hare viene a estar presente en 15-25% de población penitenciaria (Hare) con la utilidad que puede conllevar en la predicción de delitos violentos, reincidencia, problemas de conducta penitenciaria y respuesta a programas de intervención (Torrubia).

En población penitenciaria, mientras casi todos los psicópatas cumplen criterios de trastorno antisocial de la personalidad, solo una parte (menos de la tercera parte) de los individuos que cumplen este trastorno tendrían un diagnóstico de psicópata (Hemphill). La utilidad viene definida por la probabilidad de reincidencia de unos u otros. Así, el diagnóstico de psicopatía se relaciona con: precocidad en primera detención, precocidad con primer ingreso en prisión, más tiempo de reclusión

en prisión, mayor frecuencia de utilización de armas, mayor número de condenas (Moltó), tres veces más posibilidades de reincidencia que no psicópatas y cuatro veces más posibilidades que sea con violencia (Hemphill). De igual modo, también relaciona con mayor posibilidad de alteración de conducta en prisión (Cuquerella).

Finalmente, la relación del psicópata con la violencia también está contrastada. Hay que dejar claro que la psicopatía no es un factor causal directo de la violencia, sino un factor más de los que influye en su desencadenamiento, siendo fundamentalmente de tipo instrumental o manipulativo antes que reactiva (Torrubia). En este sentido tiene su interés el camino actual del estudio de la psicopatía y el trastorno antisocial de la personalidad a través de la neuroimagen (Pement). Ciertas áreas de la corteza frontal, el córtex del cíngulo anterior (ACC) y la amígdala (circuito de la empatía) están afectadas en el psicópata, sujeto carente de moralidad. Por el contrario, el antisocial, que sí tiene ese sentido moral, no presenta las alteraciones referidas. La pregunta que se hace Pement y para la cual no tiene respuesta está en saber si las creencias morales son las que afectan a las estructuras neuroatómicas o son las alteraciones de las mismas las que ocasionan la anomalía.

4. Los trastornos de personalidad en los tribunales de justicia

A nivel penal, la base para que una persona sea considerada como ética y moralmente responsable de un hecho se fundamenta en su capacidad de decidir, lo cual viene delimitado por su capacidad de conocer y querer (imputabilidad). Esas capacidades, a su vez, se sustentan en la integridad de las funciones psíquicas que conforman el ser humano y que serán las que dotarán al hecho en sí de las características citadas. En definitiva, conciencia del hecho y voluntad para tomar una decisión que dotarán a la acción de la característica de ser libremente determinada.

En el Código Penal, no existe un catálogo de trastornos mentales que matice cuáles son susceptibles de ocasionar una alteración o una anulación de las capacidades (imputabilidad), limitándose a utilizar en el artículo 20.1 la fórmula de “el que por cualquiera anomalía o alteración psíquica”. Si bien ambos se utilizan de forma indistinta, en el fondo se trata de conceptos diferentes. Así las “anomalías” se consideran como variaciones del ser psíquico y englobarían los rasgos y disposiciones anormales de la personalidad que no cumplen criterios diagnósticos suficientes como para ser considerados como trastornos de la personalidad (Carrasco). Por su lado, la “alteración” sería el equivalente al trastorno psíquico recogido en las clasificaciones internacionales y, de tal modo, es considerada por la jurisprudencia.

En el momento actual, la influencia de los hallazgos neuroanatómicos no ha tenido incidencia en la jurisprudencia. Obviamente, el hecho de la localización de ciertas anomalías estructurales no nos permite por el momento informar en los tribunales de justicia de un modo diferente a como es conocida la psicopatía o el trastorno antisocial de la personalidad en el momento actual. Persiste el concepto clásico de capacidad de conocer y solo en los casos más graves o de comorbilidad, especialmente con sustancias tóxicas, modificación de la voluntad o capacidad de obrar. Al respecto, es interesante el trabajo de Lorenzo et al. realizado sobre 77 sentencias del Tribunal Supremo entre los años 1998-2010. Entre las conclusiones más interesantes en relación con lo hasta aquí reseñado:

-Confusión terminológica en los trastornos de la personalidad, utilizando el término psicopatía como sinónimo general de los mismos. Ej.: trastorno psicopático, trastorno de personalidad (psicopatía), trastorno de la personalidad de naturaleza psicopática, emocionalmente inestable (psicopatía), trastorno de la personalidad o psicopatía, psicopatía o trastorno del comportamiento crónico de escasa entidad, trastorno disocial límite, trastorno de la personalidad antisocial con rasgos psicopáticos.

-La prevalencia del antisocial fue de 20 casos sobre las 77 sentencias; es decir, casi el 25%.

-La afectación de la responsabilidad fue tenida en cuenta solo en cuatro casos, la cuarta parte, y siempre para ser considerada como atenuante analógica. En definitiva, se puede apreciar la escasa

relevancia penal de este tipo de trastorno dado que se prevé una nula afectación de la capacidad de conocer y querer. La posible afectación de la voluntad ha sido tomada en consideración en algunos casos, pero con la existencia de patología comórbida, normalmente el trastorno por uso de sustancias.

II. PELIGROSIDAD SOCIAL DE LOS IRRESPONSABLES Y MEDIDAS DE SEGURIDAD. ANÁLISIS CRÍTICO

1. Introducción

La peligrosidad y la enfermedad mental han estado relacionadas a través del tiempo, no siendo hasta el último cuarto del siglo XX cuando se inicia una verdadera lucha contra el estigma de este tipo de trastornos.

Si acudimos al diccionario de la Real Academia Española, se define la peligrosidad como la “cualidad de peligroso” y a éste como “persona que puede causar daño o cometer actos delictivos”. Es decir, se realiza una aproximación a través de una conducta que comporta consecuencias sociales, más bien asociales, y que ya en 1927, Ruiz Maya, en su trabajo “La peligrosidad de los alineados en sus aspectos teórico y práctico” señalaba que, “desde el punto de vista psiquiátrico, la peligrosidad se confundía con el concepto de enfermedad mental.”

En España, esta relación conllevó a diferente legislación que no hizo sino mantener tal teoría, no siendo hasta la década de los 90 del siglo pasado cuando de modo definitivo se derogan. No obstante, a nivel penal continúa la normativa de aplicación para personas con trastorno mental que han cometido un hecho delictivo directamente relacionado con esta patología, afectando sus capacidades cognitivas y/o volitivas, perdurando el término peligrosidad lo cual conlleva inevitablemente a la persistencia del estigma de estos trastornos.

Finalmente, hay que señalar que los estudios de los que se disponen en la actualidad no revelan una especial “peligrosidad” de la persona con enfermedad mental. Solo ante determinadas circunstancias, estos individuos pueden actuar de forma delictiva. No obstante, lo anteriormente señalado, con el fin de dar uniformidad al presente trabajo y con el objeto de no crear distorsiones, utilizaremos el término “peligrosidad” pero siempre como sinónimo de “riesgo de comisión de delitos”

2. La peligrosidad ¿de dónde venimos?

Siguiendo a Michel Foucault (2001), por su influencia en este terreno y citado por Campos (2013), señala a la psiquiatría como responsable, a través del tiempo, de haber codificado la locura como enfermedad y como peligro, y que los momentos fuertes de su historia se habrían producido “cuando las dos codificaciones habían estado efectivamente ajustadas” o cuando había existido “un único tipo de discurso, un único tipo de análisis, un único cuerpo de conceptos” que habían permitido “constituir la locura como enfermedad y percibirla como peligro”. Es decir, habría que encontrar a la propia psiquiatría como responsable de la idea de peligrosidad de la persona con enfermedad mental.

Sin embargo, en los orígenes de la psiquiatría esto no fue así. El proyecto de tratamiento moral de Pinel no contemplaba la represión como instrumento de trabajo; era un proyecto positivo que buscaba el tratamiento médico y el alivio del sufrimiento del enfermo. No se abordaba desde la perspectiva de la defensa social, sino que prevalecía el estatuto de enfermo.

Campos (2013) señala cómo la psiquiatría española a finales del siglo XIX adopta el modelo de regeneracionismo como explicativo del crimen, abandonando el de monomanía y coincidiendo en el tiempo con la incorporación de las teorías lombrosianas, dando lugar a una amalgama de ideas en que resultaba difícil distinguir lo que provenía específicamente de cada una de ellas. Peritos psiquiatras de la época defendían la vinculación entre locura, criminalidad, herencia patológica y anormal conformación orgánica.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

De acuerdo a los planteamientos de Foucault, las tesis degeneracionistas hicieron innecesaria la oposición entre el crimen monstruoso y la pequeña criminalidad, estableciendo un continuum en el que todo el territorio de las infracciones quedaba bajo la mirada científica, permitiendo relacionar “al menor de los criminales con un peligro patológico para la sociedad, para la especie humana en su conjunto, lo que dio lugar a que una amplia gama de individuos y grupos marginales como prostitutas, homosexuales, mendigos, vagabundos, estafadores, golfos, gitanos, etc., fuera el objeto de estudio (Campos).

En las primeras décadas del siglo XX comienzan a producirse transformaciones como consecuencia de la influencia de la psiquiatría y criminología dando lugar a considerar la defensa social y la peligrosidad delictual como bases del derecho penal, concretándose este pensamiento en la Ley de Vagos y Maleantes del 4 de agosto de 1933, encaminada a la prevención de la delincuencia basada en la peligrosidad potencial de determinados individuos. Se caracterizaba por no incluir penas, pues no sancionaba delitos, intentaba evitar la comisión de futuros delitos (predelictiva) y aplicaba medidas de alejamiento, control y retención de individuos supuestamente peligrosos hasta que se determinase que había finalizado su peligrosidad. En la ley, se definía los individuos que podían estar incluidos en el “estado peligroso”, y recogía entre otros a los vagos habituales, rufianes y proxenetas, los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a los enfermos mentales o lisiados, los ebrios y toxicómanos habituales. Es decir, designaba situaciones o estados concretos; no obstante, por si todas las posibilidades no estuviesen recogidas, termina con “los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada: por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde estos se reúnen habitualmente, por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales”.

Le citada ley, por tanto, ya recogía al enfermo mental, persona especialmente vulnerable, como peligroso e incorporaba diferentes medidas de seguridad a considerar, pudiendo citar entre otras: internamiento en establecimiento de custodia por tiempo no inferior a un año y que no podrá exceder de cinco años; aislamiento en casas de templanza por tiempo indeterminado; sumisión a vigilancia de la autoridad que será ejercida por delegados especiales y tendrá carácter tutelar o de protección.

Como vemos, se potenciaba la protección social frente al pensamiento de Pinel y Esquirol (siglo XIX) que buscaban tratamiento médico y alivio del sufrimiento del enfermo.

La citada ley se mantiene hasta 1970, siendo sustituida por la ley 16/1970 de 4 de agosto sobre peligrosidad y rehabilitación social que se mantiene hasta 1995. Incluía nuevamente a “los enfermos y deficientes mentales que por abandono o por la carencia de tratamiento adecuado signifiquen un riesgo para la comunidad”. Llama la atención que no se utilice el término “peligrosidad” (aunque sí en la ley) y se emplee el de “riesgo” lo cual supone un avance terminológico. Por otro lado, pone énfasis en el hecho de que el riesgo no deriva de la enfermedad mental en sí misma sino por la situación de “abandono” o “carencia de tratamiento adecuado”, concepto que de algún modo podemos considerar interrelacionados. Es decir, si bien realiza una aproximación al riesgo de comisión de delitos por parte de las personas con trastorno mental y la causa del mismo, el problema, al igual que en la anterior ley, consiste en mencionar e incorporar nuevamente a la persona con enfermedad mental a una ley sobre “peligrosidad” y el trato que debe dispensarse, siendo siempre medidas de seguridad predelictuales, circunstancias no aceptadas por la ley en la actualidad.

La Orden de 1 de junio de 1971 establece los centros destinados a cumplimiento de las medidas de seguridad y así, relacionados con la salud mental, podemos citar algunos: centro de cumplimiento en Madrid para medidas de internamiento en establecimiento de templanza impuestas a ebrios habituales y toxicómanos, sanatorio psiquiátrico de Madrid para el cumplimiento de las medidas de internamiento en establecimiento de preservación de enfermos mentales, centro médico-pedagógico de León para cumplimiento de medidas de internamiento en establecimiento de preservación de deficientes mentales varones, centro de psicópatas de Huesca para peligrosos varones con acusada personalidad psicopática o el instituto geriátrico de Almería para sometidos a medidas de seguridad

que por su edad u otra circunstancia estén imposibilitados para seguir el régimen normal de otros establecimientos.

3. Algunos datos estadísticos

El abordaje de la “peligrosidad” podemos hacerlo desde diferentes perspectivas. No obstante, nuestro trabajo pericial en un Instituto de Medicina Legal nos lleva a pronunciarnos por un sistema práctico más que por aproximaciones teóricas. Para ello, nos ha parecido interesante comprobar diferentes datos estadísticos que nos sitúan ante una realidad.

La estadística resulta un instrumento útil en la comprobación de la evolución de diferentes fenómenos. En concreto, en nuestro caso sería interesante estudiar la evolución del número de delitos en España. En informe ROSEP, que recoge datos del Ministerio del Interior, Eurostat, y The International Centre for Prison Studies, desde 1987 se produjo un continuo aumento del número de delitos hasta llegar a la cifra más alta recogida en el año 2008 con cerca de 2.400.000 delitos. Desde ese momento y hasta la actualidad se produce un lento, pero continuo descenso en el número de delitos que llega a los 2.035.000, en el año 2015.

Si comprobamos la tasa de criminalidad de la Unión Europea referida a 15 países en el año 2014 observamos datos que dan que pensar. Por un lado, apreciamos que España se encuentra entre los países con menos criminalidad, de tal modo que se encuentra por debajo de la media (61,3/1000 habitantes), concretamente 44,7 por 1.000 habitantes. Solo encontramos por debajo de España a Portugal y Grecia, siendo este el país con menor tasa 17,5.

De acuerdo con los datos del informe ROSEP existen países con tasas sustancialmente superiores a las nuestras; así, la mayor tasa de criminalidad la encontramos en Suecia con 147,9/1000 habitantes seguido de Bélgica con 96,8/1000. Pero es que a continuación de estos países nos encontramos Dinamarca, Finlandia, Alemania, en definitiva, países considerados como seguros pero que, no obstante, presentan tasas de criminalidad superiores a las españolas.

En definitiva, apreciamos una tasa de delitos en España 27 puntos inferior al promedio europeo (61,3/1000 habitantes).

El citado informe ROSEP, señala la evolución de la población penitenciaria española entre los años 2010 a 2015, observando que se ha producido un descenso significativo y progresivo desde los 76.423 presos en el año 2010 hasta los 61.614 del año 2015. Comparando la tasa penitenciaria española con la de la Unión Europea de 2015 nos ofrece también datos relevantes: la tasa española es 32 puntos superior al promedio europeo (133 /100.000 en España frente a 101/100.000 en la Unión Europea de 15).

En definitiva, los datos anteriores nos revelan dos hechos: la actividad delictiva en España es menor que en el resto de la Europa y, por otro lado, la población penitenciaria en España es superior a la media europea. Ello nos lleva a, entre otras, las siguientes preguntas: ¿hay menos actividad delictiva porque los delincuentes ya están en prisión?; ¿es posible que estas variaciones sean secundarias a una consideración diferente del delito en los diferentes países de la unión europea?; ¿existe mayor población penitenciaria porque nuestra legislación es más exigente? Se trata de preguntas cuya respuesta exceden del objetivo del presente trabajo por lo que no vamos a entrar en su discusión. Tan solo hemos querido realzar una breve aproximación cuantitativa a la criminalidad y su relación con el número de personas en prisión, comparando la situación de España con la Unión Europea.

4. El trastorno mental en población penitenciaria

A priori, pudiera pensarse que las personas que se encuentran en prisión son “peligrosas”. Desde la perspectiva penal no siempre es así. Ni todas las personas que se encuentran en prisión son “peligrosas” (en el sentido de reincidencia) ni todas las personas “peligrosas” se encuentran en

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

prisión. Hemos mencionado en la introducción, la relación conceptual que durante años ha permanecido en el acervo cultural de España de tal manera que se ha asociado peligrosidad con enfermedad mental, lo que ha conllevado a ser tratados los enfermos mentales como delincuentes. ¿Terminan las personas con estas características en prisión?

Podemos aproximarnos a esta situación a través de dos estudios que tienen por objeto valorar la incidencia de la enfermedad mental en prisión.

Por un lado, el estudio PRECA (2011), y por otro, el publicado por López et al. (2016). Se realizan con la misma metodología y se obtienen resultados similares. El estudio PRECA se lleva a cabo, en cinco prisiones de tres comunidades autónomas, Aragón Cataluña y Madrid, y el estudio de López en dos prisiones de Andalucía: Albolote (Granada) y Morón de la Frontera (Sevilla). En ambos apreciamos dos características que resultan similares; por un lado, la alta prevalencia del trastorno mental en población penitenciaria. Así en el estudio PRECA encontramos que el 84% de la población penitenciaria tiene antecedentes de haber padecido algún tipo de problema de salud mental a lo largo de su vida (prevalencia-vida). Resultado parecido se obtiene en Andalucía: existe una prevalencia vida del 82,6% de trastorno mental en población penitenciaria. Tal vez resulte más llamativo una segunda cuestión: la elevada prevalencia del trastorno psicótico en esta población. Concretamente, en Andalucía la mencionada prevalencia-vida es del 11,9% y el 10,7% en estudio PRECA (Figura 2) lo cual supone un aumento considerable en relación a población general, ya que sabemos que, de acuerdo a DSM5, la esquizofrenia está presente en el 1% de la población y los trastornos esquizoafectivo y bipolar la prevalencia es del 0,5 y el 1,5%.

Por otro lado, resulta llamativo el diagnóstico de trastorno de personalidad el cual tiene una presencia relevante en esta población: 82,3% en estudio PRECA y 79,9% en estudio de López et al. en Andalucía. De ellos, el más representativo es el trastorno límite (44,0% en estudio PRECA y 35,6% en el estudio de López et al.), quedando relegado el que habitualmente se ha considerado el paradigma de las conductas antisociales (Trastorno antisocial de la personalidad) al cuarto puesto en estudio PRECA y tercero en el caso de López et al. Probablemente, estos datos se encuentran en relación con la metodología autoaplicada empleada.

Prevalencia de problemas de salud mental en prisiones (Figura 2)

Trastorno	FAISEM (López, et al.) (N: 472)		PRECA (N: 707)	
	P mes	P vida	P mes	P vida
<i>Trastorno Eje I</i>				
Psicóticos	3,8	11,9	3,2	10,7
Afectivos	9,3	31,4	14,9	41,0
De ansiedad	10,4	30,9	23,3	45,3
Abuso o dependencia	6,6	65,9	17,5	76,2
Al menos un T.	25,8	82,6	41,2	84,4
<i>T. de Personalidad</i>				
Paranoide		23,6		37,2
Antisocial		26,7		23,3
Límite		35,6		44,0
Narcisista		35,0		32,8
Al menos un T.		79,9		82,3

Modificado de M López, FJ Saavedra, A López, M. Laviana. Rev. Esp Sanid Penit 2016; 18: 76-85

Los datos anteriormente expuestos nos llevan a la realización de varias preguntas: ¿debemos de considerar que la prisión ha sustituido a los hospitales psiquiátricos?; si existe una sobrerrepresentación de la enfermedad mental en medio penitenciario ¿se está atendiendo adecuadamente a estos pacientes en el medio comunitario?; si la enfermedad mental se encuentra especialmente representada en la población penitenciaria ¿funciona adecuadamente la legislación respecto a ellos (eximentes, atenuantes, medida de seguridad)?

5. La persona con trastorno mental, ¿es peligrosa?

Antes de responder en un sentido afirmativo o negativo, debemos dejar sentado que el concepto puede tener un doble abordaje: el de la Real Academia de la Lengua y el jurídico. Así, en el primer caso, el término peligrosidad hace referencia a la cualidad de peligroso y en nuestro contexto, se vincula con el riesgo de causar daño o cometer actos delictivos por parte de personas con enfermedad mental. Desde la perspectiva jurídica, el artículo 95.1 del Código Penal, concreta "las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:

- a) Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.
- b) Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos".

En la actualidad, se piensa en la existencia de asociación entre violencia y trastorno mental en base a datos fiables y científicamente válidos. De tal modo que hemos de afirmar que aquellos sujetos con diagnóstico de trastorno mental con gravedad suficiente resultan más peligrosos criminalmente, en particular en lo que se refiere a la comisión de actos de naturaleza violenta, si bien no es el hecho en exclusiva de presentar el trastorno, sino cuando coexisten con una serie de circunstancias. En definitiva, es de aplicación válida en este caso el viejo aforismo atribuido a Claude-Bernard: no existen enfermedades sino enfermos.

Como fruto de una amplia revisión de diversos estudios epidemiológicos que abarcan diferentes perspectivas, tales como: la prevalencia de comportamientos violentos en los enfermos mentales, análisis practicados sobre sujetos detenidos en los que se diagnostica un trastorno mental y también sobre aquellos que ya se encuentran en prisión, detección de trastornos mentales en población de homicidas y estudios epidemiológicos en población general se obtienen una serie de conclusiones que pueden esquematizarse en tres apartados principales (Guija):

En primer lugar, se confirma la existencia de una clara vinculación entre el trastorno mental grave, la comorbilidad de otros trastornos psiquiátricos y la comisión de actos delictivos. Es en los casos de varones diagnosticados de esquizofrenia y que además presentan dependencia a sustancias (especialmente alcohol) donde más evidente es la relación con crímenes violentos.

En segundo lugar, debe quedar claro que no todos los enfermos mentales son necesariamente violentos. Incluso al comparar las tasas de criminalidad de la población general con las que se encuentran en los enfermos mentales, estos últimos alcanzan unos porcentajes muy por debajo respecto de los primeros.

Y, en tercer lugar, como ya ha sido comentado, el padecimiento de un trastorno mental sumado al consumo de alcohol aumenta la incidencia de actos violentos que podrían ser constitutivos de delitos. Siendo esto cierto, no lo es menos que el alcoholismo, por sí solo y sin ningún otro trastorno añadido, es el causante de más actos violentos delictuales, que aquellos que se cometen por la totalidad de sujetos con trastorno mental.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Es conveniente hacer referencia al MacArthur Violence Risk Assessment Study. Fue realizado en Estados Unidos con el objeto de analizar el riesgo de violencia en la población psiquiátrica, siendo su bibliografía empírica resumida por Monahan en el año 2001.

Los resultados más importantes del estudio MacArthur fueron entre otros: a) que los factores predictivos más relevantes de violencia eran por este orden, la presencia de psicopatía y los antecedentes biográficos de malos tratos en la infancia; b) la tasa de violencia era significativamente más elevada en los sujetos con diagnóstico de esquizofrenia, y aún mayor si el enfermo presentaba un trastorno por consumo de sustancias; c) se destaca que el número total de personas con trastornos mentales que cometían delitos violentos no era en modo alguno elevado, estando estas conductas violentas relacionadas con los episodios de reagudización del cuadro clínico, ya sea por baja adherencia al tratamiento e incumplimiento total o parcial del mismo, o bien por la tendencia que estos enfermos tienen a consumir alcohol u otras sustancias tóxicas, con el propósito de mitigar su sintomatología psicótica.

Finalmente, FAZEL destaca que:

-Las personas con esquizofrenia protagonizan menos del 10% de todos los actos heteroagresivos en sociedad (3,2% a 9,9% según los estudios).

-El aumento del riesgo de violencia en personas con TMG (trastorno mental grave) sería multifactorial siendo esencial la comorbilidad con el consumo de sustancias tóxicas. En estos casos, tiene más importancia el consumo de sustancias que la psicopatología derivada del TMG en sí misma.

De todo lo hasta aquí expuesto, se puede deducir que, si el enfermo mental con gravedad suficiente está debidamente diagnosticado y tratado con una satisfactoria adherencia al tratamiento, no tiene por qué ser más violento que un individuo mentalmente sano y, por tanto, su nivel de peligrosidad criminal/riesgo de cometer actos que implique daño grave sobre bienes jurídicamente protegidos, estaría en tasas equiparables a las ofrecidas por la población general.

Solo los casos en los que se detecta descompensación psicopatológica, será más previsible el paso a la acción de estas personas. La aparición de cortejo sintomatológico caracterizado por ideas delirantes, alucinaciones acompañantes, lenguaje incoherente, conducta desorganizada, falta e inadecuación de su expresividad emocional, descuido personal en vestimenta y limpieza, así como la disminución o abandono de la actividad laboral, entre otros, debería ser suficiente para la adopción de medidas terapéuticas adecuadas (incluyendo el posible ingreso involuntario en centros psiquiátricos) para con ello tratar médicamente al paciente y disminuir o anular el peligro de la posibilidad de cometer actos violentos criminales.

6. La peligrosidad ¿dónde nos encontramos?

Son varias las cuestiones que llaman la atención en el momento actual: a) la inexistencia de una legislación específica acerca de este concepto, al contrario de lo que ocurrió en España durante gran parte del siglo pasado como ya ha quedado de manifiesto. b) que se mantiene el término a pesar de la carga peyorativa que conlleva. Y c) que las medidas de seguridad a aplicar en el sujeto peligroso no son preventivas, sino requiere de una conducta delictiva previa.

a) Con respecto a la legislación, debemos recurrir al código penal y, en concreto, a dos artículos que nos aclaran la situación: por un lado, el artículo 6.1 señala que *“las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito”*. Por otro, el artículo 95.1 concreta que *“las medidas de seguridad se aplicarán por el Juez o Tribunal, previos los informes que estime convenientes, a las personas que se encuentren en los supuestos previstos en el Capítulo siguiente de este Código, siempre que concurren estas circunstancias:*

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

a) *Que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito.*

b) *Que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revele la probabilidad de comisión de nuevos delitos.*

En definitiva, apreciamos en estos dos artículos lo ya señalado: que lo importante es la reincidencia y que, en tal caso, se considerará al sujeto como peligroso, y que, además, la medida de seguridad carece de carácter preventivo. Ahora bien, el concepto peligroso, en un principio aplicable a cualquier persona, a nuestro entender resulta estigmatizante cuando la actividad delictiva es secundaria a una enfermedad mental descompensada que impedía actuar con la libertad requerida para que ese hecho sea moral y éticamente atribuido al enfermo.

Aunque es posible que la justicia entienda que no es labor suya modificar el estigma de la enfermedad mental, si creemos que desde esta vertiente puede hacerse mucho: si a lo largo de los años, y en consonancia con el conocimiento del momento, los códigos han ido sustituyendo antiguos términos como loco, furioso, mentecato, idiota, imbécil, enajenado, por otros más adaptados a la realidad científica del momento ¿por qué no es posible llevarlo a cabo con el término "peligroso"? De hecho, en consonancia a la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de la persona con discapacidad (Nueva York, 2006), se introdujo en nuestro Código Penal el artículo 25 que considera a la persona con enfermedad mental como discapaz "tenga o no judicialmente modificada su capacidad de obrar". En definitiva, se hace una aproximación a la enfermedad mental proyectando una visión más real de la misma y adaptada a la funcionalidad.

Como resumen de todo lo anterior, nos encontramos de acuerdo con Cañas, siendo preferible términos como "riesgo" de comisión de actos delictivos de algunos pacientes. Se trata de un término, no estigmatizante y que viene a señalar el mismo concepto que el de "peligroso".

7. Medidas de seguridad

La medida de seguridad es la consecuencia jurídica aplicable por el órgano jurisdiccional, en sustitución de una pena o conjuntamente con ella, aciertos individuos (inimputables) autores de un hecho previsto como infracción criminal, que, por sus especiales características personales, fueren susceptibles de tratamiento terapéutico o reeducador (Carrasco),

En lo que a nosotros respecta, la medida de seguridad pretende cambiar la actitud del delincuente mediante tratamiento médico. El artículo 101 del Código penal señala a quiénes puede aplicarse: *"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"*. Por tanto, no podemos olvidar un aspecto importante: se aplica a una persona con trastorno mental que ha cometido un delito y el mismo se encuentra relacionado con su psicopatología. ¿Estamos ante un delincuente o ante un enfermo mental? Entendemos que la respuesta es única: enfermo mental que ha cometido un delito y que en la medida que continúe su trastorno descompensado, tendrá probabilidad de nueva comisión de delito.

Por tanto, la medida de seguridad debe ir encaminada al tratamiento de la patología que desencadena la conducta. ¿Cómo podemos hacer el abordaje de la psicopatología?

El código penal nos propone dos soluciones para el concreto caso que estamos estudiando (art. 96):

-Medidas privativas de libertad: internamiento en centro psiquiátrico o en centro de deshabitación (96.2. 1ª y 96.2. 2ª).

-No privativas de libertad: libertad vigilada y custodia familiar (96.3. 3ª y 96.3. 4ª). El art. 106 establece las formas de la libertad vigilada, (concretando el 106.1.k) "la obligación de seguir tratamiento médico externo, o de someterse a un control médico periódico". La custodia familiar se

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

define como sometimiento “al cuidado y vigilancia del familiar que se designe y que acepte la custodia”.

En este contexto, entendemos que la necesidad o no de ingreso en centro psiquiátrico, desde la perspectiva estrictamente médica, dependerá de la intensidad del trastorno, así como de la conciencia de enfermedad y adherencia al tratamiento. En caso de carecer de estas dos cualidades, primará la necesidad de ingreso sobre la de tratamiento ambulatorio.

Con respecto al tratamiento ambulatorio, hay que destacar la posibilidad que ofrece el código penal frente a la ley de enjuiciamiento civil. Así, mientras que en aquél se toma en consideración como una alternativa al ingreso hospitalario, en éste ni siquiera está regulado provocando no pocos conflictos ante los pacientes llamados “de puerta giratoria”, es decir, sin conciencia de enfermedad y con varias descompensaciones por año que requieren ingreso. La cuestión que uno se plantea es simple: si el tratamiento ambulatorio vale y funciona en penal ¿por qué no en civil? Entendemos, que una mirada técnica y sin apasionamientos ante esta perspectiva nos ayudaría a eliminar no pocos prejuicios que se han instalado ante este tipo de tratamiento.

BIBLIOGRAFIA

Campos, Ricardo. “La construcción del sujeto peligroso en España (1880-1936). El papel de la psiquiatría y la Criminología.” *Asclepio*, 65(2), julio-diciembre 2013, p017. ISSN-L: 0210-4466. <http://dx.doi.org/10.3989/asclepio.2013.17>.

Cañas de Paz; Franco Lovaco. *Análisis y valoración clínica de la peligrosidad del enfermo mental*, en Tratado de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Psiquiatría Legal y Forense. Coordinadores: Santiago Delgado Bueno y José Manuel Maza Martín. Ed. Bosch. 2013. Pp. 289-307.

Carrasco J.J.; Maza J.M. Tratado de Psiquiatría Legal y Forense. Ed. La Ley. 2010.

Cleckley H. *The mask of sanity*. 5.a ed. St Louis: Mosby; 1994.

Cuquerella A, Genís F, López M, Navarro JC, Pardo Y, Andión O, et al. *Reliability and validity of the Hare Psychopathy Checklist: Screening Version in a Spanish prison sample*. Biannual Conference of the Society for the Scientific Study of Psychopathy; Vancouver (Canadá); 28-30 de julio de 2005.47.

Fazel, Danesh. *Serious mental disorder in 23.000 prisoners: a systematic review of 62 surveys*, en *Lancet*, núm. 359, 2002; pp. 545-550.

Fazel, Gulati, Linsell, Geddes, Grann. *Schizophrenia and violence: systematic review and meta-analysis*. *PLoS Med* 2009;6(8): e1000120.

Lorenzo F.; Agustina J.R.; Gómez-Durán E.; Martín-Fumadó C. *Trastornos de la personalidad en la jurisprudencia española*. *Rev Esp Med Legal*. 2016;42(2): 62-66.

Foucault, Michel (2001), *Los anormales*, Madrid, Akal.

Foucault, Michel (1990b), “La evolución de la noción de individuo peligroso en la psiquiatría legal”. En: Foucault, Michel, *La vida de los hombres infames*, Madrid, La Piqueta, pp. 260-264.

Guija J.A. *Indicadores de la violencia en las enfermedades mentales. Trascendencia psiquiátrico-forense*, en *Violencia, Psiquiatría y Ley de Medina*, Moreno, Lillo y Guija. Tricastela, Madrid, 2009, pp. 40-42.

Hare RD. *Hare Psychopathy Checklist-Revised manual*. 2ª ed. Toronto: Multi-Health Systems; 2003.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Hemphill J, Hare RD, Wong S. *Psychopathy and recidivism: A review*. Legal Criminol Psychol. 1998; 3:141-72.37.

López, M; Saavedra, F.J.; LOPEZ, A.; Laviana, M. *Prevalencia de problemas de salud mental en varones que cumplen condena en centros penitenciarios de Andalucía (España)*. Rev Esp Sanid Penit 2016; 18: 76-85.

Lopez Magro C.; Robles J.I.; *Aproximación histórica al concepto de psicopatía*. Psicopatología Clínica, Legal y Forense, Vol 5, 2005, pp 137-168.

Moltó J, Poy R, Torrubia R. *Standardization of the Hare Psychoopathy Checklist-Revised in a Spanish prison sample*. J Personal Disord. 2000; 14:84-96.

Monahan et. al. *Rethinking Risk Assessment. The MacArthur Study of Mental Disorder and Violence*, Oxford University Press, 2001, pp. 37 y ss.

Pemment, J. *Psychopathy versus sociopathy: Why the distinction has become crucial*. Aggression and Violent Behavior 18 (2013) 458–461 <http://dx.doi.org/10.1016/j.avb.2013.07.001>.

Pichot P. *Psychopathic behaviour: a historical overview*. En: Hare RD, Schalling D, editores. *Psychopathic behaviour: Approaches to research*. Chichester: John Wiley & Sons; 1978; p. 55-70.

PRECA Estudio: *“Informe prevalencia de trastornos mentales en centros penitenciarios españoles”*. 2011. <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=2505>. Consultado 8 de noviembre 2017-11-08.

Pritchard JC. *A treatise on insanity and other disorders affecting the mind*. London: Sherwood, Gilbert and Piper; 1835.

ROSEP (Red de Organizaciones Sociales del Entorno Penitenciario). Observatorio del Entorno penitenciario. *“Estudio de la realidad penal y penitenciaria: una visión desde las entidades sociales. 2015”*. <http://www.solidarios.org.es/wp-content/uploads/Estudio-de-la-realidad-penal-y-penitenciaria.-Una-visión-desde-las-entidades-sociales.pdf>. Consultado 8 de noviembre 2017.

Ruiz Maya, Manuel (1928), *“La peligrosidad de los alienados en sus aspectos teórico y práctico”*. Segunda Reunión Anual de la Asociación Española de Neuropsiquiatras, Madrid, 22, 23, 24 de octubre de 1927, Archivos de Neurobiología, 8, pp. 63-97.

Torrubia R; Cuquerella A. *Psicopatía: una entidad clínica controvertida pero necesaria en psiquiatría forense*. Rev esp med legal. 2008;34(1):25-35.

Neuroderecho: implicaciones para el derecho penal

M^a ISABEL GONZÁLEZ TAPIA ¹

Ni la angustia ni la euforia que pueden brindar el amor o el arte se devalúan porque se comprendan algunas de las miríadas de procesos biológicos que los hacen ser lo que son. La verdad, debería ser, precisamente, lo opuesto: nuestra admiración tendría que aumentar ante los intrincados mecanismos que posibilitan esa magia

(Antonio Damasio, 1999:16)

Our view of what it means to be human is changing and our view of justice will likely change in conformity with it"

(Michael S. Gazzaniga, 2008:414)

I. INTRODUCCIÓN: EL CONTEXTO CIENTÍFICO ACTUAL

El criminólogo italiano Cesare Lombroso, en su conocido trabajo *L'uomo delinquente* (1876), sugirió que los rasgos fenotípicos de los individuos, la manifestación externa de su perfil genético, eran susceptibles de revelar la actitud y la peligrosidad criminal del sujeto en cuestión...

La recuperación de la tan denostada referencia a Lombroso en la Ciencia y en el Derecho puede no parecer el mejor punto de partida para analizar el presente y, menos aún, para plantearse potenciales escenarios futuros. Parece que debiera pedirse perdón inmediatamente. Pero el denominado "Neurolaw", como se le conoce generalmente en inglés, y entendido en sentido amplio, implica aceptar que, tal vez, había mucha razón (y sinrazones también) en lo que este doctor fundador de la Criminología intuyó hace casi 150 años: las bases biológicas del delito. Y ello, no debe esconderse.

Este punto de partida, y aquí viene el perdón por anticipado del que resulta tan difícil sustraerse, no implica posicionarse en una visión determinista del ser humano. Tampoco condiciona que se puedan rechazar al mismo tiempo clasificaciones de seres humanos racistas o propuestas político-criminales eugenésicas o discriminatorias. De hecho, como aludiremos en otras partes de este trabajo, la visión siquiera compatibilista en cuanto al libre albedrío del ser humano es ampliamente aceptada, aunque sólo sea, para algunos, por el momento. De otra parte, la genética del comportamiento es epigenética, admitiendo, por tanto, la plasticidad del cerebro y que el ambiente ejerce una trascendental influencia en la manifestación externa de la herencia genética recibida, desde el

¹ Quiero agradecer al Prof. Juan José González Rus, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Córdoba su apoyo en este trabajo y sus enseñanzas a lo largo de mi trayectoria universitaria.

También quiero agradecer al Prof. Antonio Medina León, Catedrático de Psiquiatría de la Universidad de Córdoba, su confianza y la oportunidad de presentar este trabajo en el Congreso Documentos Córdoba 2016.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

período prenatal y a lo largo de toda la vida. Lógicamente, con una influencia progresivamente menor en la etapa adulta.

De otra parte, el Neuroderecho también implica posicionarse en el debate, ya un clásico, de lo que Feijoo (2012) ha llamado las “tormentosas” relaciones entre las ciencias empíricas y la Dogmática (cfr. tb, Frisch, 2012 o Hassemer, 2011, por todos), a favor de un necesario entendimiento y coherencia entre el saber científico dominante, el mejor conocimiento del momento, y las soluciones adoptadas por el Derecho.

La Neurociencia es una disciplina de las ciencias de la vida cuyo objeto de estudio es el cerebro y la mente y, por ende, también el comportamiento. Irrumpió con fuerza en los años noventa, a raíz del desarrollo de las técnicas de neuroimagen, particularmente por resonancia magnética funcional (IRMf)–, que han permitido contemplar el interior un cerebro vivo y verlo “pensando” (ver Jones et al. 2009). Desde múltiples perspectivas, los neurocientíficos están tratando de proporcionar un mapa anatómico y funcional del cerebro pensante, con el arduo objetivo de esclarecer cómo funciona y también, lo que resulta aquí resulta de suma importancia, de establecer lo que puede ser considerado “normal” o standard, lo que serían meras diferencias individuales dentro de esta normalidad y lo que definitivamente sería una estructura o funcionamiento patológicos del cerebro.

La Neurociencia tiene diversas ramas. En lo que aquí más nos concierne, la neurociencia del comportamiento, en concreto, tiene como misión fundamental analizar cómo la estructura y los procesos funcionales que tienen lugar en el cerebro, y su desarrollo, afectan o determinan nuestro comportamiento. De otra parte, la neurociencia cognitiva tiene como objeto el estudio de la mente a través del cerebro, tratando de proporcionar explicaciones acerca de cómo pensamos, cómo sentimos, cómo decidimos... a partir de operaciones físicas del cerebro (ver, por todos, Gazzaniga y Rakoff, 2010).

De otra parte, en los últimos años también ha sido crucial el desarrollo de la genética, con la decodificación completa del genoma humano, descubriéndose que el 99,99 del material genético es común en todos los seres humanos y que las diferencias individuales se sustentan, por tanto, a nivel microcelular o bioquímico, de nucleótidos, en los polimorfismos o versiones de un mismo gen que tenemos los distintos individuos. Pero más aún, las técnicas de neuromagen han propiciado macroproyectos como el denominado Consorcio ENIGMA (<http://enigma.ini.usc.edu>), inicialmente diseñado para establecer las influencias genéticas en las estructuras cerebrales y que ha ido evolucionando con otros subproyectos dirigidos a establecer mapas cerebrales de enfermedades mentales como la esquizofrenia o la depresión, o a definir un mapa de riesgos para el desarrollo futuro de la enfermedad genética predispuesta, más allá de variables culturales, de edad, étnicas... (Cfr. Thompson et al., 2017)

También, en cuanto a la genética del comportamiento, ha sido trascendental que dicha investigación esté progresivamente demostrando que nuestros genes (no sólo uno de ellos, salvo rarísimas excepciones –Cfr. Zhu et al. 2013; Gunther et al. 2010; Meyer-Lindenberg y Weinberger, 2006–) influyen en nuestro comportamiento. Y en este sentido, una hipótesis sugiere dicho proceso tiene lugar a través de la influencia de los genes sobre la fisiología y funcionalidad inmediata del cerebro (y del cuerpo) –*fenotipo 1*–, la cual, a su vez, afecta a nuestra manera de pensar y a nuestra personalidad –*fenotipo 2*– y, éstas, finalmente, a nuestro comportamiento exteriorizado, incluyendo al

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

comportamiento antisocial, que viola las normas vigentes en la sociedad, cualquiera que estas pudieran ser (Buckholtz y Meyer- Lindenber, 2008; Raine, 2008; Jones, 2006, entre otros).

Cada una desde su perspectiva, por supuesto, tanto la neurociencia, entendida en sentido amplio e incluso de la genética del comportamiento, como el Derecho confluyen en un objeto de estudio común desde la perspectiva ontológica: el comportamiento humano. El Derecho no pretende otra cosa que regular y controlar el comportamiento humano en sociedad, tratando de garantizar el cumplimiento de las normas penales establecidas y con la finalidad última de proteger los bienes jurídicos o las bases esenciales para la convivencia pacífica en una determinada sociedad. Es, sin duda alguna, un instrumento central en el proceso más amplio de socialización, tratando de contramotivar *ex ante* y *ex post* aquella clase de comportamiento humano que, de acuerdo con la “etiqueta” de la Ley, es considerado contrario a las normas penales, lo que supone centrarse en una especie del más amplio comportamiento antisocial. Así pues, el Derecho tiene interés en el modo en que funciona la mente humana, también como “cerebro social”, como aspecto esencial de las estrategias preventivo generales.

Con relación al hecho delictivo individual, y al sujeto que lo ha llevado a cabo, al Derecho le interesan también, en determinadas ocasiones, los motivos de dicho comportamiento. En esencia, las cuestiones básicas para el Derecho Penal serían: si el comportamiento fue o no “voluntario” en el momento de cometerse la infracción, el “estado mental” en que se encontraba el sujeto en el momento de comisión del delito, en los términos requeridos de acuerdo con un concepto normativo de imputabilidad, que mira esencialmente a la capacidad del sujeto para hacer frente al imperativo que se le dirige; la “forma de culpabilidad” concreta que puede apreciarse en la realización delictiva, esto es, si el acto fue “doloso” o intencionado o fruto de un proceder “negligente”; o el análisis de la situación motivacional del sujeto, en orden a dilucidar la legítima “exigibilidad” del comportamiento adecuado a Derecho o de modular adecuadamente la responsabilidad criminal. Pero, más allá de la definición concreta de la responsabilidad penal, el Derecho Penal seguirá interesado en el estado mental del sujeto en cuanto pueda seguir manteniéndose su capacidad para conocer el sentido de la pena que se le está imponiendo, o se le va a imponer, por razón de la infracción penal (“inimputabilidad sobrevenida”). Así mismo, en el ámbito propio de la ejecución de la pena y de las medidas de seguridad o de las alternativas a la misma, para el Derecho Penal sigue siendo relevante el estado mental del sujeto en orden a concretar su peligrosidad criminal o, tal vez más correctamente hoy: los factores de riesgo asociados a la comisión de futuros (Pueyo y Redondo, 2007)

Como puede apreciarse, los ámbitos de potencial confluencia del Derecho con la Neurociencia (como con la Psiquiatría) son inicialmente muy amplios, sin perjuicio de que la perspectiva de estudio sea también, sin duda alguna, radicalmente diversa. En cualquier caso, parece del todo lógico siquiera preguntarse, si los nuevos avances de esta ciencia pudieran ser útiles, y en qué medida, al Derecho. Y en este sentido, con una opinión claramente a favor, Goodenough y Tucker (2010:62) señalan que: “El Derecho y la Neurociencia cognitiva son con socios por naturaleza”, puesto que los posibles descubrimientos de ésta, en cuanto a cómo decidimos o cómo afrontamos un problema, unas veces vendría a reforzar la psicología subyacente en nuestras leyes y otras, sin embargo, vendrán a desafiar nuestras creencias tradicionales acerca de nuestros procesos mentales y a dar soporte y estímulo a cambios fundamentales en la Ley.

De otra parte, tanto la Criminología como el Derecho Penal del siglo XX prácticamente desterraron cualquier aproximación biológica en la explicación del comportamiento criminal o en su tratamiento.

Sin embargo, en los últimos quince o veinte años este panorama está cambiando sustancialmente hacia un modelo criminológico complejo de comportamiento criminal en el que comienza a admitirse que los factores biológicos desde el nacimiento y la infancia juegan un papel muy relevante en el comportamiento criminal adolescente y adulto futuros (Cfr. Moffitt, 2005; Smith y Farrington, 2004, entre otros).

Estos cambios han abierto la puerta a una nueva rama denominada Neurocriminología, cuyo máximo exponente es, a mi juicio, el Prof. Adrian Raine, en cuya monografía titulada *The anatomy of violence: the biological roots of crime* (2014) ofrece una panorámica general sobre lo que la investigación científica ha venido apuntando como potenciales influencias neurobiológicas del comportamiento criminal. Así, sin ánimo de ser exhaustivos y remitiéndonos a la amplia bibliografía especializada ya existente, la literatura científica apunta una serie de posibles influencias o factores de riesgo del comportamiento antisocial y criminal: 1) Influencias pre- y perinatales: como complicaciones en el parto, rechazo materno durante el primer año, malformaciones físicas menores y neurológicas unidas a un cuidado parental pobre y a factores sociales de adversidad, el consumo materno de alcohol y tabaco durante el embarazo, niveles inadecuados minerales como el plomo o el manganeso, deficiente nutrición. 2) Factores relativos a neurotransmisores y hormonas: como deficiencias detectadas en el denominado eje hipotálamico-hipofisario-adrenal (Eje HHA-HPA axis) relacionado con la respuesta del cuerpo al estrés o también niveles inadecuados de cortisol, testosterona o serotonina... 3) Desde el punto de vista fisiológico, por ejemplo, se apuntan a marcadores que se relacionan con una elevada necesidad de búsqueda de sensaciones y una disminuida respuesta hacia el miedo, con factores la baja frecuencia cardiaca, con una reducida conductividad de la piel, con hipo o hiperreactividad de la amígdala y otras estructuras y circuitos... 4) Anormalidad estructurales: como volúmenes reducidos en el lóbulo frontal, particularmente en el córtex orbitofrontal, el anterior cingulado y el dorsolateral y que se vinculan a una mayor desinhibición, deficiencias en la regulación emocional, en el sistema de recompensa-castigo... También reducciones en la amígdala o en el giro anterior cingulado o, por supuesto, anomalías derivadas de daños cerebrales adquiridos 5) por último, con relación a los denominados delitos de cuello blanco o en la psicopatía primaria, y en sentido opuesto, se ha señalado capacidades funcionales y estructurales superiores en el córtex prefrontal.

Ahora bien, al propio tiempo, los avances científicos han puesto también sobre la mesa que la manifestación externa de tales factores biológicos depende, como se ha dicho, directamente del entorno o ambiente en el que se desarrollen, en una interdependencia recíproca prácticamente indisoluble (*genes x environment interaction*). Así, aun cuando el perfil genético es, por así decirlo un *hardware* que traemos de serie, el *software* que pueda desarrollarse a través de él va a depender directamente de factores ambientales de una importancia radical, como la malnutrición o el abandono, abuso o maltrato severos desde la infancia... (Cfr. Caspi et al. 2002; Kim-Cohen et al., 2006; Kishiyama et al. 2009; Byrd y Manuck 2013; Ferguson et al., 2011; Barnes y Jakobs, 2013) pero también, aun en menor medida, de otras experiencias en la edad adulta, del tratamiento o de daños y enfermedades sobrevenidas... A su vez, esta interdependencia entre lo que somos como individuos y lo que experimentamos en el entorno próximo y en la sociedad que nos ha tocado vivir se mantendrá a lo largo de nuestra vida y condicionará nuestro comportamiento, también, no iba a ser una excepción, en lo que se refiere al comportamiento criminal (Cfr. en este sentido, Caspi et al. 2002; Raine, 2014:7 y ss; o Barnes y Jakobs, 2013, entre otros).



Elaboración propia: González-Tapia y Obsuth, 2015.

II. EL NEURODERECHO

Desde esta confluencia científica actual, con nuevos paradigmas investigadores, es desde donde surge el Neuroderecho (*Neurolaw*), ocupado en analizar los nuevos avances científicos en el campo de la neurociencia y de la genética del comportamiento, en reflexionar acerca de sus implicaciones para el Derecho, en particular para el Derecho Penal, y en proponer eventuales modificaciones o adaptaciones en el campo del Derecho Penal material y procesal.

No es que el debate de la relación entre las ciencias empíricas y el derecho sea nuevo; en absoluto. Y en el derecho penal sabemos mucho de ello... Pero sí es nuevo, como vemos, el contexto; y también la ciencia empírica que trata de incidir en el Derecho, la neurociencia, con una exuberancia que deslumbra, que multiplica su credibilidad (Keehner et al., 2011), merecida o no, y también su potencial uso y mal uso en los Tribunales. Es lo que Morse (2006) ha bautizado como "*neuroexhuberance*" de los operadores jurídicos (y del público en general) respecto de la neurociencia y que justifica apostar por investigaciones jurídicas que analicen este fenómeno.

En opinión de Goodenough y Tucker (2010), el Neuroderecho se está ocupando de tres ámbitos de estudio esenciales:

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

En primer lugar, la normativa que es aplicable a la neurociencia, que incluyen las reglas relativas a la investigación. También la normativa reguladora de los tratamientos y de las intervenciones en orden a tratar y curar las enfermedades y, de forma creciente, también para la mejora de la salud pública y las conductas desviadas y sociopáticas.

En segundo lugar, el conocimiento y el comportamiento del propio Derecho, esto es, su proceso de creación, eficacia y aplicación del Derecho. En este campo, por ejemplo, se enmarcaría el interesante trabajo de Goodenough (2001), sobre la distinción entre el razonamiento basado en la justicia o en el derecho y la proyección de ello en la distinción entre la ley natural y la positiva; pero también otras cuestiones relativas a cómo valoramos, pensamos y decidimos acerca del cumplimiento de las normas o del castigo (por ejemplo, también Hinde, 2006; o Buckholtz et al., 2008, entre otros) y que forman el grupo de aspectos englobados por la Neurociencia Social. Ello podría tener implicaciones, por ejemplo, con relación a la diversa percepción individual y social en torno al merecimiento de castigo en los supuestos de dolo o de imprudencia en la causación de daño a otro (p.e. Walter et al., 2012). También se relaciona con los análisis neuroeconómicos del Derecho, contruidos a partir de un modelo probabilístico del cerebro y de la toma de decisiones, o de explicaciones acerca de las motivaciones para elegir rechazar opciones económicas por ser percibidas como injustas... (cfr. Hoffman, 2006), que parecen apuntar hacia mejores estrategias preventivo generales del Derecho Penal (Chorvat y McCabe, 2006).

En tercer lugar, el estudio de la cognición y del comportamiento relevante para el derecho en su aplicación, pilar donde se enmarcarían las principales relaciones que se establecen con el Derecho Penal. En este ámbito, podría establecerse una bifurcación básica entre aquellas cuestiones que incidirían más propiamente en el Derecho Procesal Penal, de aquellas otras que se relacionan de forma más directa con el Derecho Penal material.

1.- Neuroderecho del proceso penal

El objeto de estudio del Neuroderecho con relación al proceso penal analiza, en esencia, el uso e implicaciones que se derivarían de la utilización de pruebas neurocientíficas y genéticas en el proceso penal, contemplando este objeto no sólo desde un punto de vista normativo, sino de una forma global, con especial incidencia en el análisis de la verdad (*credibilidad*) y de la memoria y en la toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos.

Se analizan las implicaciones y preocupaciones que genera el uso incipiente de la neurociencia en los juzgados, con relación a aspectos muy importantes que aquí sólo cabe enumerar. Por ejemplo, las reglas para la admisibilidad de la prueba científica y el problema de los diferentes estándares que utilizan y las dificultades intrínsecas para que éstas puedan “informar” al Derecho (Schauer, F., 2010; Meixner, 2015). También, la credibilidad del testimonio de los testigos o del propio imputado, a través, por ejemplo, del uso de detectores de mentiras sofisticados. En este momento, existen dos compañías en Estados Unidos que están usando en términos comerciales instrumentos de detección de mentiras y que han sido utilizados sin éxito en los Tribunales por diversos problemas, como la indefinición del margen de error, particularmente en un escenario ajeno al laboratorio o por invadir las competencias legalmente asignadas al Juez o al: la *Cephos Corporation* y *No-Lie MRI*.

De otra parte, también es un tema emergente la relevancia de las pruebas neurocientíficas con relación a la memoria y su aplicación en el ámbito jurídico, que nos permitirían saber si, por ejemplo, las imágenes mostradas a un sujeto le resultan familiares por haberlas experimentado personalmente

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

con anterioridad. Lo cierto es que, hasta ahora, en los escasos supuestos en los que se han llevado tales pruebas a los tribunales, todas conducidas por la empresa Brain *Fingerprinting*, tampoco han tenido aceptación, fundamentalmente por la falta de reconocimiento suficiente en el ámbito científico (cfr. Meixner, 2015). Y para concluir, sin ánimo exhaustivo, también pueden citarse otras potenciales aplicaciones, como en la concreción de los daños neurológicos “invisibles” a efectos indemnizatorios, la cuantificación del dolor (Pustilnik, 2012), los problemas derivados del uso de pruebas genéticas o del uso de escáneres cerebrales con relación al derecho a la “intimidad mental” o al derecho a no declarar contra uno mismo; la sobrevaloración o “sobrepeso” que tales pruebas pueden en la toma de decisiones que puedan tomar jueces o jurados o la propia forma de tomar decisiones por parte de estos operadores jurídicos....

2.- Neuroderecho penal

Con relación al Derecho Penal material, el Neuroderecho irrumpiría, al menos, en tres ámbitos de estudio fundamentales: el paradigma de la libertad de la voluntad del ser humano, la toma de decisiones de naturaleza moral, como la que, en parte, constituiría la decisión de cometer un delito; y en sentido estricto, las bases neurobiológicas del comportamiento antisocial.

Del estado de la cuestión, con relación a estas tres cuestiones, nos ocupamos con más detalle en el siguiente epígrafe. Pero, antes de adentrarnos en ellas, y en un aspecto que resulta común también para lo relativo a la denominada neurociencia social -referida en el apartado anterior- hemos de subrayar que cualquier planteamiento de las bases neurobiológicas del comportamiento, de cualquier clase que sea, tiene también su base última en una teoría evolutiva del comportamiento, que también ha irrumpido en la Criminología (cfr. Walsh y Bolen, 2012: 4 y ss.).

Muy brevemente, dejando las cuestiones también aquí sólo apuntadas. Este nuevo paradigma neurocientífico, que anuda inescindiblemente el cerebro y la mente en el razonamiento y el comportamiento humano, introduce, se quiera o no, a la biología y a la teoría evolutiva del comportamiento en el rompecabezas. Si los mecanismos neurológicos primarios del ser humano, como animal y como especie social, son el soporte físico y funcional de las funciones cognitivas, y viceversa, se está afirmando que una entidad ontológica como el cerebro, el fruto más perfecto de la evolución de la especie, incide en la mente: que están íntimamente interrelacionados. La evolución, pues, tiene todo que ver en lo que somos como especie animal y en lo que somos como “seres que piensan” y, por tanto, en lo que somos como seres que se reconocen y se gobiernan socialmente con principios éticos. Si la mente es una entidad esencialmente moral, si el cerebro en tanto que entidad ontológica está configurada a partir de la evolución, y si mente y cerebro conforman una inescindible unidad de procesos neurológicos esencialmente coincidentes: la moralidad, los principios éticos y nuestras decisiones morales también deben tener un substrato último esencialmente biológico y evolutivo. Pero, es más, aun cuando pueda aceptarse que la moralidad es esencialmente un constructo social, no sería menos cierto, se dice, que tal producto estaría diseñado por el “hardware” básico (o, por así decirlo, “de serie”) y el “software” (constructo biológico y ambiental) con que vienen provistos y se desarrollan individualmente los distintos seres humanos que conforman una determinada sociedad. En última instancia, la moralidad, los valores sociales tendrían un substrato común y último que se fundamenta en la propia naturaleza del ser humano (cfr. en una posición claramente filosófico-naturalista los planteamientos de Churchland, 2011 o Mikhail, 2009 entre otros).

Si todo ello es así, no debe extrañar que la neurociencia, como la genética, sean ciencias que se fundamentan en una teoría biologicista y darwiniana del comportamiento humano, que apuntan hacia las causas últimas del comportamiento y cuyos planteamientos conducirían, como señalan Walsh y Bolen (2012: IX) a que todos los comportamientos, los rasgos y los trastornos que aparecen en los seres humanos serían el fruto de una intrincada interacción genético-ambiental capturada en el cerebro. No obstante, como matiza O'HARA (2006:27): "los neurocientíficos están aprendiendo mucho sobre el cerebro humano y cómo funciona, y de camino nosotros estamos recordando que la biología del comportamiento tiene sus limitaciones, pero también sus poderosas aplicaciones al comportamiento humano. En otras palabras, estamos aprendiendo cómo nuestro cerebro parece predisuesto a funcionar, pero también estamos aprendiendo mucho sobre la plasticidad en respuesta a factores ambientales. Un gran conocimiento sobre la plasticidad de nuestro proceso cognitivo puede ayudar a identificar los límites de las implicaciones que pueden ser obtenidas de la teoría evolutiva. Presumiblemente, el conocimiento de la plasticidad cerebral emparejado con el conocimiento sobre sus predisposiciones nos ayudará a generar una teoría más robusta del comportamiento humano, que la que generaría una individual dependencia de la teoría evolutiva". De otra parte, Jones (2006:61) subraya también la necesidad de evitar conclusiones puramente deterministas de tales planteamientos, o que la biología del comportamiento pueda conducir; ni aspirar tampoco, a establecer o excluir la responsabilidad criminal de un sujeto, en tanto que ello obedece en última instancia, a razones de índole normativa. A lo sumo, concluye, un análisis evolutivo en el derecho puede contribuir a desmontar presunciones injustificadas y a descubrir patrones útiles de comportamiento que puedan informar mejores y más eficaces soluciones de política criminal.

3.- "Neuropredicción": Evaluación del riesgo de comisión de futuros delitos

El desarrollo de la Neurociencia y de la Genética, por supuesto, también ha derivado en la discusión acerca de la introducción progresiva de tales medios neurocientíficos en la evaluación de la peligrosidad criminal y en la predicción individual de la reiteración y de la reincidencia.

Cómo señalábamos en la introducción de este trabajo, la investigación neurocientífica está apuntando una serie de factores de riesgo de carácter neurobiológico hacia el comportamiento antisocial entendido en sentido amplio y que englobaría al comportamiento criminal. Vistos en su conjunto, tales factores de riesgo apuntarían en su mayoría a déficits que en la capacidad de autocontrol emocional del sujeto y en sentido más amplio, al papel de la emoción en la racionalidad humana. Particularmente, se apuntan deficiencias relacionadas con la impulsividad, con un insuficiente temor a las consecuencias negativas, con el consiguiente deficitario aprendizaje emocional; con déficit emocionales que dificultan el razonamiento moral y, por tanto, la inhibición del comportamiento del sujeto a favor de un comportamiento prosocial, con una incrementada necesidad de "búsqueda de sensaciones"... En definitiva, tales factores de riesgo psicobiológicos confluían en el bajo autocontrol del sujeto, que se vincularía con la capacidad volitiva de la imputabilidad, y en una revalorización del papel de la emoción en la racionalidad humana (aspecto este al que nos referiremos, a propósito de la psicopatía, en un momento posterior). Desde otra perspectiva, dichos factores de riesgo podrían progresivamente aportar información útil para materializar programas más efectivos de intervención y prevención temprana; y para una más precisa predicción del riesgo de reiteración delictiva o, incluso, de la predicción predelictual; además de permitir mejorar la respuesta al tratamiento resocializador (Cfr. Glen y Raine, 2014).

En lo que ahora más nos interesa, y aun reconociendo que hoy por hoy es un futuro, lo cierto es que la genética del comportamiento y la neurociencia podrían aportar en el futuro factores socio-biológicos de carácter mixto (estático-dinámico), que vendrían a contribuir a una mejor explicación y a dotar de un mayor valor predictivo a los factores de riesgos estáticos que se valoran en la evaluación de la peligrosidad criminal, a los que hasta ahora se les ha venido concediendo un menor valor predictivo (Cfr. Handbook of Forensic Psychology, 2003:89 y ss.; o Monahan y Skeem, 2014). Al mismo tiempo, los procedimientos de “big data” o “machine learning” podrían aportar en el futuro un cuerpo mucho más vasto de información estructural y funcional acerca del cerebro que podrían mejorar sustancialmente los instrumentos de naturaleza actuarial que, junto a la evaluación clínica, se están utilizando hoy en día en la evaluación del riesgo de reincidencia o reiteración (cfr. Gkotsi y Gasser, 2016). En definitiva, la neuropredicción podría venir en un futuro a mejorar la precisión del diagnóstico de peligrosidad criminal y a dar renovada fuerza a la tan denostada peligrosidad social, compartiendo problemas con otros instrumentos de evaluación del riesgo, como el de los “falsos positivos” o planteando problemas específicos derivados sobre todo del mayor riesgo de estigmatización por razones genéticas o biológicas, de los límites al tratamiento... (Cfr. Nadelhoffer et al. 2012).

III. INTERSECCIÓN NEUROCIENCIA Y DERECHO PENAL: PRINCIPALES IMPLICACIONES DOGMÁTICAS

“¿Puede decirse que tuviera libre arbitrio? ¿Tenía un concepto claro del bien y del mal o era una víctima de su nuevo diseño cerebral, de manera que las decisiones se le imponían de modo inevitable? ¿Era responsable de sus actos? Si nos inclinamos por la negativa, ¿Qué nos enseña esto sobre la responsabilidad en términos más amplios? Estamos rodeados de Phineas Gage, de gente cuya caída de la gracia social resulta perturbadoramente parecida. Algunos presentan daño cerebral por crecimientos tumorales, heridas en la cabeza u otras afectaciones neurológicas. Y hay los que no tienen una enfermedad neurológica evidente y sin embargo se comportan como Gage por motivos vinculados con su cerebro o con el tipo de sociedad en que nacieron. Necesitamos entender la naturaleza de esos seres cuyas acciones pueden ser destructivas para ellos o para los demás, si queremos resolver humanamente los problemas que plantean.”

Antonio Damasio (1999:38)

1.- Libre albedrío

Benjamin Libet et al. (1972) planteó con sus experimentos que procesos neuronales inconscientes preceden en un lapso variable y son el origen de la sensación consciente de haber tomado una decisión respecto de una acción motora. Es decir, que el cerebro, de forma inconsciente, habría tomado ya la decisión antes incluso de que el individuo fuera consciente de que la había tomado. En 1985 Libet afirmaba (1985:536) que “el cerebro ‘decide’ iniciar o, como mínimo, preparar para iniciar (ciertas acciones) antes de que haya ninguna conciencia subjetiva registrada de que dicha decisión ha sido tomada” (Ver también, Soon et al. 2008; Bode et al. 2011).

A partir de ahí, la neurociencia ha retomado la cuestión del libre albedrío en el ser humano y se ha reeditado un interesantísimo debate entre los neurocientíficos y los penalistas de todas las orientaciones posibles: neurodeterministas, no deterministas y posiciones intermedias o compatibles (Cfr. Kane, 2011; Crespo y Maroto (Coords.), 2013).

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

En las opciones moderadas, en verdad, la identificación mente y cerebro permitiría sostener una perspectiva compatibilista en cuanto al mantenimiento de la libertad de la determinación del ser humano. Se daría soporte fundacional, por ejemplo, a la distinción entre responsabilidad y comportamiento excusable, sobre la idea de que el libre albedrío se correspondería con la elección, cuando el agente estuviera en control de su comportamiento, porque su cerebro funciona adecuadamente (Churchland, 2011: 11-15). En las opciones más radicales, que niegan en esencia el libre albedrío del ser humano (por ejemplo, Greene y Cohen, 2004), se plantea, directamente, la crítica externa de fundamentar el Derecho Penal en la culpabilidad. Bajo el tamiz de un causalismo naturalista extremo, se niega la existencia real de la mente más allá del cerebro, de la propia responsabilidad, de la posibilidad de actuar de otro modo o de conceptos como el “merecimiento” de pena y, como en un “castillo de naipes” (Gimbernat, 1971), los pilares del sistema penal de base retributiva, simplemente, se “caen” y se recurre a un sistema puramente consecuencialista que, lógicamente, habría que definir.

Ni la idea, ni las implicaciones que para la dogmática penal tendría construir un Derecho Penal ajeno al indemostrable libre albedrío no son nuevas. Ya lo han planteado otros antes, como por ejemplo Gimbernat entre nosotros. Este es un problema que incide en la columna vertebral de nuestro sistema de atribución de responsabilidad y la consecuencia que se derivaría es dinamitar el sistema desde dentro, eliminando el elemento intencional del sistema (cfr. Blanco Picabia, 2015), en tanto que se eliminaría tal explicación del comportamiento (Denis y Patterson, 2013:41) y dirigiéndonos hacia un Derecho Penal funcional de la peligrosidad, cuyo fundamento y finalidad habrían de ser: neutralizar dicha peligrosidad.

Probablemente, lo “hovedoso” del sistema sería, en verdad, retrotraernos a planteamientos propios de opciones como la *Scuola Positiva*, al *Programa de Marburgo* de Von Liszt o a planteamientos del Correccionalismo, que se superpondrían en un diseño mixto en sus fundamentos a las bases actualmente existentes del Derecho Penal. Tras la incorporación de la prevención general en el Derecho Penal de la culpabilidad, y por simple adición, se vendría a incorporar progresivamente en el sistema la prevención especial, en un proceso que realmente ya se ha iniciado, y estableciéndose abiertamente un sistema preventivo decididamente dualista, en el que las fronteras entre la penas y medidas de seguridad estarían diluidas y en el que consideraciones preventivo especiales se insertarían también en el ámbito del injusto típico y en la concreción de la responsabilidad del sujeto. Así como, ya puede observarse en nuestro Derecho Penal vigente, primero se ha incorporado una prevención especial de corte sociológico, donde las particularidades del delincuente se orientan hacia factores de riesgo dinámicos y situacionales, y que se traduce, dentro incluso del ámbito propio de la responsabilidad, por ejemplo, en tipos criminológicos de autor como “el maltratador”, “el extranjero”, el “terrorista” o “delincuencia organizada”. Y en el futuro, muy probablemente, con la aceptación de los avances de la neurociencia, incorporándose también factores estáticos de corte neurobiológico; no ya, claramente, en la valoración del riesgo, sino también, incluso, en la concreción de la responsabilidad penal, más allá de las características personales de esta naturaleza que hasta ahora se habían contemplado en las causas de exclusión y/o atenuación de la responsabilidad.

Y, en cualquier caso, aparte de las dificultades vinculadas a la definición concreta de ese nuevo Derecho Penal, lo cierto es que el problema fundamental seguiría siendo el conjugar este sistema de pura defensa social con los derechos fundamentales del ser humano y con el sistema de garantías materiales y procesales que conforman el modelo socio-liberal de derecho vigente.

2.- Toma de decisiones de naturaleza moral

“Cuando llegamos al mundo y nos desarrollamos, empezamos siendo y sólo después pensamos. Somos, y después pensamos, y pensamos sólo en la medida que somos, porque las estructuras y las operaciones del ser causan el pensamiento.

“No sólo es mítica la separación entre cerebro y mente: también parece serlo la disociación entre cuerpo y mente. La mente está imbricada en el cuerpo –en sentido pleno de la expresión– no sólo en el cerebro”.

Antonio Damasio (1999:276)

El objeto de estudio de la neurociencia con relación al juicio moral o normativo (“moral judgement”) es, en esencia, el estudio sobre el modo en que los humanos pensamos con relación a lo que es correcto o no, a lo que debe hacerse y lo que no. Ello comporta, como señalan Goodenough y Prenz (2006:78) en primer lugar, la construcción de un sistema (o sistemas) de normas, valores y expectativas; y, en segundo, en la evaluación de las acciones de otro agente, o de nuestras propias acciones, con respecto a estas normas, valores y expectativas.

Con relación al proceso de cognición y de toma de decisiones del ser humano, la neurociencia está trabajando sobre la base de un **nuevo paradigma epistemológico**, que podría sintetizarse como **cerebro-mente emocional**. Antonio Damasio, en su trascendental libro *“Descartes’ error: emotion, reason and the human brain”* (1994, 1999), puso de manifiesto que el planteamiento tradicional, según el cual la mente y el cerebro eran entidades separadas y la racionalidad humana o capacidad de pensar y tomar decisiones residía en la primera de ellas, estaba equivocado (también Glimcher, 2003; o Hoffmann, 2006).

A partir del célebre caso de Phineas Gages (1848) comprobaron que los daños en el cerebro se traducían en cambios radicales de la personalidad. Este sujeto sufrió un daño neurológico muy importante, como consecuencia de un accidente laboral, y el resultado fue que, de ser un sujeto ampliamente integrado, reconocido y exitoso socialmente, pasó a tener una personalidad sociopática, conduciendo su vida mediante decisiones inmorales e irracionales. Sin embargo, lo más significativo era que los daños sufridos no habían dañado, aparentemente, otras funciones cognitivas básicas, como el lenguaje, conocimientos, memoria o la capacidad de resolución de problemas abstractos... Lo que había quedado dañado era su capacidad emocional, esto es, su habilidad para experimentar sentimientos (Damasio, 1999:11-12), dando como resultado un deterioro del carácter, que se materializó, a su vez, en un grave deterioro en su capacidad de razonar moralmente y de tomar decisiones adecuadas, por ser incapaz de salvaguardar su propio interés, de prever las consecuencias de su comportamiento o de actuar conforme a la experiencia anterior. Y esa correlación le sugirió Damasio (op. cit.) que los sentimientos, las emociones y la regulación biológica guiarían nuestra racionalidad, en una interrelación constante y recíproca, resultando que “los engranajes más primarios de nuestro organismo están implicados en las más altas funciones cognitivas del ser humano, en lo más genuinamente humano, el acto moral” (Damasio, 1999:13). Y así parecería confirmarse también a partir de como del enorme caudal de relaciones que se establecen entre la amígdala y el hipocampo y el papel mediador que ejerce el giro angulado (Cfr. WALSH/BOLEN, 2012:4).

El caso de Phineas Gage permitió descubrir también que, de alguna forma, en nuestro cerebro habría sistemas especializados en el razonamiento, en su dimensión personal y social, y que un daño cerebral podía alterarlos, resultando que el cerebro controlaría las características cognitivas esencialmente humanas (Damasio, 1999:30). Estos sistemas implicarían particularmente las regiones ventromedial del lóbulo frontal y la amígdala, tal y como han venido confirmando otros estudios posteriores, insistiendo en la existencia de dos tipos de razonamiento moral (utilitario y deontológico), regulado por distintos circuitos (no estancos, lógicamente) neurológicos (emocionales y cognitivos) y en el papel crucial que jugaría la emoción en esta clase de decisiones; y en que los daños en estos circuitos neurológicos darían lugar a soluciones de marcado carácter utilitario (Greene et al. 2004; Shenhav y Greene, 2010; Koenig et al. 2007; Fumagally y Priori, 2012, entre otros).

En definitiva, que la racionalidad humana, las más altas funciones cognitivas y la toma de decisiones que impulsan nuestro comportamiento tendrían una base neurológica. Que la mente y el cerebro son un todo inescindible, que no existe ningún “humúnculo” que rija nuestra mente, y que las decisiones no se toman de una forma puramente racional, en un agotador proceso de análisis de costes y beneficios. Así lo harían, precisamente, sus pacientes con lesiones en el lóbulo frontal y como ellos, al final: o decidimos a destiempo, o no decidimos, o lo hacemos mal. (Damasio, 1999:198).

Si nuestros cerebros pueden decidir adecuadamente, debe ser porque lo hacen con algo más que la razón pura, lo que se explicaría a partir de su hipótesis del “marcador somático”, en el sentido de señal o marca que tu cuerpo (cerebro y el resto) te hace para detectar, a través de una sensación placentera o displicente, que estás optando por una buena o mala solución. La presencia de este marcador somático, generado a partir del proceso de educación y socialización, favorecería la toma de decisiones y el que lo hagamos correctamente, al menos, disminuyendo drásticamente las alternativas entre las que debemos proceder al proceso de razonamiento. Cuando no aparece este indicador, o estamos inhabilitados para tenerlo, por ejemplo, por un daño cerebral, la decisión es mucho más difícil, por no tener este marco de referencia subjetivo o no haber sido éste entrenado-educado. “Los marcadores somáticos son un caso especial de sentimientos generados a partir de emociones secundarias. Estas emociones y sentimientos se han conectado, mediante el aprendizaje, a futuros resultados, previsibles en ciertos escenarios. Cuando un marcador somático negativo se yuxtapone a un resultado futuro posible, la combinación funciona como un campanazo de alarma”; y a la inversa (Damasio, 1999: 199-200, con particular referencia al caso del paciente Elliot en pp. 60 y ss. y 158). En conclusión, que, al igual que un exceso de emotividad puede conducirnos a soluciones erróneas (decisiones tomadas “en caliente”), un defecto o déficit de la capacidad emocional también puede conducir a la conducta irracional (Damasio, 1999:74).

Existe, no obstante, una discusión filosófica entre los partidarios de un naturalismo a ultranza, esto es, de quienes reducirían y fundirían completamente mente y cerebro, a favor de esta última realidad ontológica (neuroreduccionismo), en la línea de la posición de Damasio; y quienes apuestan por lo que se ha denominado un naturalismo moderado o pragmático -con distintas variantes-, rechazando que la mente pueda ser reducida al cerebro y que, en consecuencia, el pensamiento pueda ser completamente explicado en términos de procesos físicos del cerebro. Para esta tendencia, además, la confusión conceptual vendría derivada de considerar la mente como una sustancia y a los estados mentales como procesos neurológicos, cuando las relaciones entre mente y cerebro son sumamente complicadas y están todavía pendientes de ser aclaradas; y que se complican aún más, si cabe, cuando se introduce también en la ecuación al Derecho. (Cfr. Pardo y Paterson, 2013: 23 y ss.).

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

De entre las distintas implicaciones que pueden extraerse de este nuevo paradigma, nos permitimos llamar aquí la atención de dos de ellas. La primera es, lógicamente, que, si mente y cerebro se identifican, los estados mentales de un sujeto pudieran ser “leídos” con técnicas de neuroimagen, diciéndonos, por ejemplo, si una persona está mintiendo en su declaración o si cometió el hecho con intención. La segunda, con también implicaciones centrales en el Derecho Penal, se referiría al papel crucial que la emoción, la capacidad para experimentar sentimientos, juega en la socialización de un individuo y en la toma de decisiones de carácter moral. De acuerdo con ello, la capacidad emocional (la empatía), junto con la capacidad cognitiva, serían esenciales para la capacidad racional de un ser humano (Cfr. Raine y Yang, 2006), estableciéndose unas extraordinariamente complejas relaciones entre la emoción y el derecho (Pardo y Paterson, 2013, p. 59).

Todo ello nos lleva, con relación al Derecho Penal, a una consecuencia inmediata, como es la de la necesidad de reflexionar en torno al modelo de racionalidad sobre el que se sustenta nuestra imputabilidad. Ello, además, suscita una problemática específica con relación a la psicopatía, pues este perfil psiquiátrico y criminológico se caracteriza, precisamente, por la carencia (graduable) de empatía emocional (Cfr. Blair et al. 2005; Hare, 1999, por todos). Con relación a esta cuestión, Gazzaniga (2010:414) concluía que estamos ante una “encrucijada crucial”. Y en los últimos tiempos, ciertamente, han corrido ríos de tinta con relación a la psicopatía en el ámbito de la investigación científica y, entre otras cuestiones, se ha reabierto el debate del tratamiento legal de estos individuos y, por tanto, de la necesidad o no de replantear la base puramente cognitiva de la imputabilidad (Cfr. González-Tapia y Obsuth 2017, en prensa).

El replanteamiento del tratamiento legal de la psicopatía requeriría, en primer lugar, poder contar con un perfil psicológico claro y bien definido del psicópata (ampliamente discutido en la doctrina), así como su eventual marcador neurobiológico, que pudiera considerarse como una “anomalía o alteración psíquica” en esta clase de sujetos (también en discusión y con claras contradicciones), a los efectos de la eventual aplicación del art. 20.1 del Código Penal (o del 20.3 como sugiere Cancio Meliá, 2013). Aun así, sin embargo, la aplicación de cualquier eximente o atenuante derivada del art. 20 a la psicopatía chocaría frontalmente con un modelo de racionalidad puramente cognitiva de la imputabilidad penal. Al menos en su entendimiento tradicional. Lo que nuestro modelo legal requiere, de forma paralela a lo establecido en el sistema del *common law*, tan sólo es que el sujeto “comprenda” (lo que se equipara a que “conozca”) la ilicitud del hecho realizado (su carácter antijurídico) y que sea capaz también de controlar sus impulsos y actuar de acuerdo con esta comprensión.

Sin embargo, la pregunta lógicamente aparece tras cuestionarse que la racionalidad humana se sustente únicamente en una base cognitiva y tras afirmar que la toma de decisiones, al menos de carácter moral o valorativo, se guíe solo por parámetros de “razón pura”, sino también por las “razones” derivadas del aprendizaje emocional, que serían la base de nuestra socialización. Y si el psicópata parece caracterizarse por una carencia de empatía emocional (graduable), que incidiría en su proceso de aprendizaje emocional y, por tanto, en su socialización: ¿debe ser considerado con capacidad plena para responder penalmente? En este sentido, y sin dejar de reconocer que es una cuestión ciertamente polémica, todo parece indicar que, hoy por hoy, las razones que avalan esta conclusión no pueden ser desgranadas aquí por evidentes razones de espacio (para mayor detalle, cfr. González Tapia y Obsuth, 2017).

3.- Bases neurológicas del comportamiento antisocial

De otra parte, con relación al comportamiento antisocial y salvo algunas investigaciones aisladas relativas a la propiedad intelectual, al asociacionismo criminal, o a la delincuencia financiera, lo cierto es que el grueso de la investigación neurocientífica se ha centrado hasta ahora en el comportamiento antisocial de naturaleza violenta o agresiva en sentido amplio. Ello puede explicarse, entre otras razones, por el alto consenso existente acerca de la naturaleza familiar y heredable de la violencia (Cfr. Farrington et al. 1996, por todos).

En este campo, se aprecia un enorme esfuerzo investigador en torno a los aspectos genéticos y del desarrollo con relación al comportamiento antisocial y criminal (Developmental Neuroscience). Así, deben destacarse los estudios que han estado dirigidos a analizar el desarrollo neurológico del ser humano en sus distintas etapas y, en particular en la pubertad y adolescencia, caracterizada por una "reconfiguración" cerebral que se prolongaría hasta los 20 o 25 años. Con relación a esta cuestión, además, se ha tratado de dar un soporte probatorio al desarrollo asimétrico del cerebro adolescente, que explicaría el comportamiento altamente emocional y la elevada asunción de riesgo. Ello vendría motivado, al parecer, por el desarrollo temprano de la amígdala, asociada a las emociones, mientras que el córtex prefrontal, de una extraordinaria relevancia para la modulación del comportamiento, en cuanto que está relacionado con el raciocinio, con el juicio moral, con la toma de decisión y con el control de la impulsividad y con la anticipación de las consecuencias... sería la zona del cerebro que más tarda en desarrollarse completamente (Gogty et al., 2004).

Desde la Neurociencia del Desarrollo, en definitiva, se han añadido nuevos argumentos para avalar el castigo menos severo y diverso de la delincuencia juvenil. En países ciertamente reacios a esta posibilidad y con un marcado sistema retributivo y punitivista, como por ejemplo Estados Unidos, se ha logrado, al menos..., que se declare inconstitucional la pena de muerte para quienes hubieran cometido un delito capital con menos de 18 años (Roper vs. Simmons, 2005) y que tampoco pueda condenárseles a cadena perpetua sin posibilidad de libertad condicional, salvo para casos de homicidio... (Graham vs. Florida, 2010. Cfr. Jones y Shen, 2011).

Con relación a este aspecto, como ya hemos señalado, probablemente el caso más y mejor estudiado, con resultados positivos en replicaciones posteriores, ha sido el conocido como "gen guerrero" o alelo de baja intensidad del gen MAOA, regulador de la serotonina, y cuya interacción con el maltrato severo desde la infancia, solo en varones, da lugar a alteraciones neurológicas y a un patrón psicológico impulsivo agresivo (Cfr. Ferguson, 2011; González-Tapia y Obsuth, 2015). De otra parte, como ya hemos expuesto, en la literatura está progresivamente estableciendo un "mapa de riesgos" de corte biológico con relación al comportamiento antisocial y criminal que en caso de consolidarse en el futuro conllevaría que en el sistema de responsabilidad penal se hiciera necesario incorporar una visión más amplia de los factores bio-sociales que pueden modular la responsabilidad penal, a la baja; pero también, como el "arma de doble filo" que es (Aspinwall et al., 2012), que irrumpiera en sentido contrario la noción de peligrosidad criminal de base biológica.

IV.- LA CRÍTICA AL NEURODERECHO

1.- Posiciones en cuanto a la neurociencia

Como puede intuirse en este breve repaso, el Neuroderecho y la relaciones entre el Derecho y la Neurociencia han hecho correr ríos de tinta y se han puesto sobre la mesa numerosos problemas de

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

naturaleza empírica, como el cuestionamiento de la fiabilidad de los estudios de IRMf, por ejemplo; o de carácter práctico, como las condiciones de uso del conocimiento científicos en el ámbito judicial como evidencias; y también éticos, relativos a las dudas que se suscitan en la protección de la intimidad, la no discriminación... entre otros muchos.

El estado de la cuestión en la actualidad sigue oscilando entre una inmensa mayoría de posiciones escépticas, cautelosas y a la expectativa, particularmente entre los juristas; y una posición optimista, particularmente entre neurocientíficos, que ve en el futuro la posibilidad de cambios radicales en nuestro sistema.

De entre las primeras, probablemente la posición más conocida y emblemática es la Stephan Morse. En opinión de este autor (2011a:595), en torno a la neurociencia se ha generado, lo que él ha llamado, un "*brain overclaim syndrome*". Al igual que otras ciencias antes, últimamente también la genética (2011b), se ha especulado con la posibilidad de que pudieran suponer una auténtica revolución para el Derecho. De la genética se decía, una vez completada la secuenciación del genoma humano, que iba a ser un revulsivo extraordinario para el conocimiento científico. Pero no ha sido así, ni siquiera en el campo natural de la misma como es en la Medicina. Mucho menos, pues, en el campo del Derecho. Miedos tales como que la genética vendría a amenazar nuestra privacidad, acabar con nuestra autonomía o con la heterogeneidad social... la verdad es que, hoy por hoy, no se han cumplido. Y tales miedos, por ejemplo, con relación a la neurociencia tampoco van a cumplirse, a su juicio; o no al menos en un futuro a corto plazo. La neurociencia no va a implicar una radical transformación de las estructuras jurídicas básicas, ni está en condiciones, al menos no en un futuro próximo, de decirnos la clase de cosas que la gente está esperando que diga, particularmente con relación al Derecho. Por ahora, concluye, sólo puede ofrecer modestas contribuciones, que pueden ser útiles para mejorar ciertos aspectos de la práctica en los tribunales, sin necesidad de modificar las bases del derecho penal

Como explica Morse (2011a:600), el Derecho es un campo normativo, cuyas nociones de responsabilidad y competencia hacen referencia al comportamiento y al estado mental del individuo, asentadas sobre la base de una psicología popular ("*folk-psychology*"), y que, no requieren, en verdad, prueba alguna sobre el libre albedrío en el caso particular. De acuerdo con esta psicología popular, el concepto de persona es el de un agente racional, capaz de autodeterminarse de acuerdo a sentido, de acuerdo a razones, a intenciones. Este punto de vista puede ser considerado por algunos científicos o filósofos como primitivo o pre científico, pero, lo cierto es que, en tanto que la ciencia no sea capaz de demostrarnos que es radicalmente incorrecto, el aparato explicativo básico de la psicología popular va a seguir siendo el pilar del Derecho.

A juicio de Morse (2011a:604), y dejando aparte aquellos planteamientos que no ven posible ninguna clase de relación a causa de la disparidad epistemológica subyacente (cfr. Pardo y Patterson, 2013:38-39), las relaciones entre la Neurociencia y el Derecho deben establecerse de forma interna. Es decir, una clase de colaboración que tiene como premisa la aceptación de la general coherencia y legitimidad del conjunto de doctrinas, prácticas o instituciones del Derecho y que se formalizaría a partir del intento de explicar mejor o de mejorar diferentes cuestiones que puedan no estar funcionando adecuadamente. En una relación de crítica interna, en definitiva, no se pretende subvertir el sistema básico establecido, sino contribuir a su mejora.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Probablemente, en la actualidad, ningún neurocientífico realmente, ningún psiquiatra, ni tampoco ningún jurista, afirma que en el presente o en el futuro inmediato, la genética o la neurociencia vayan a revolucionar el panorama legal, particularmente el del Derecho Penal. Pero algunos de ellos piensan que eso es solo “por el momento”. Así, frente a posiciones como la de Morse, convive otra opinión según la que la neurociencia estaría planteando al derecho un auténtico desafío con relación a la libertad de la voluntad y, por tanto, con respecto a la noción de responsabilidad sobre la que se asienta el vigente Derecho Penal.

Paradigmático es el artículo trabajo de Joshua Greene y Cohen (2004), titulado “*For the Law, Neuroscience changes everything and nothing*”, quienes apuestan porque en el futuro la Neurociencia tendrá un efecto transformador del Derecho y lo hará no minando directamente las actuales premisas sobre las que se asienta. A juicio de estos autores, efectivamente, la posición escéptica mantenida por Morse es en la actualidad esencialmente correcta, en tanto que, hoy por hoy, las bases legales de la responsabilidad penal no hacen suposición alguna respecto de las bases neurológicas del comportamiento criminal. Por esta razón, la neurociencia podrá aportar detalles, nuevas evidencias con las que probar reglas legales establecidas... pero poco más; puesto que las bases del Derecho Penal se asientan, efectivamente, en un intuitivo sentido popular de la justicia y en su forma actual de atribución de la responsabilidad. Sin embargo, al mismo tiempo mantienen que la legitimidad de la ley depende de que refleje adecuadamente las intuiciones morales y los compromisos de la sociedad y que, por tanto, si la neurociencia es capaz de cambiar éstos, la neurociencia podrá cambiar el Derecho (Greene y Cohen (2004:1778.)). La neurociencia cognitiva, a través del descubrimiento de los mecanismos específicos responsables de nuestro comportamiento, podrá ilustrarnos y hacernos comprender que hay algo “sospechoso” en nuestras concepciones ordinarias, de marcado carácter retributivo, acerca de la acción humana y de la responsabilidad; y como resultado de ello, que los principios jurídicos vigentes pudieran no ser adecuados a este nuevo entendimiento (op. cit p. 1775).

2.- Críticas e implicaciones: canalización ética y correcta de la neurociencia

Sin cuestionar dogmáticamente el sistema, con la neurociencia y la genética está ocurriendo como con tantas otras cosas: que se están introduciendo en el sistema por las “vías de hecho”, particularmente en Estados Unidos. Y tal vez, la respuesta a ello no debiera ser la de “negar la mayor” o la de formular un “sí” o un “no” categóricos a esta realidad. Posiblemente, la mejor estrategia (o la más conveniente siquiera) sea la de analizar la situación y tratar de canalizarla ética y funcionalmente de la mejor manera posible.

En Estados Unidos, por ejemplo, este es el sentido del informe *Gray Matters 2* (2015) emitido para el presidente Obama por la Comisión Presidencial para el Estudio de asuntos bioéticos. Y en el Reino Unido, en 2011, también se encargó a la Royal Society un informe sobre Neurociencia y Derecho (*Brain Waves 4*) para que analizara este fenómeno desde una perspectiva esencialmente práctica, ética y *ad futurum*. Y debo anticipar que, en ambos casos, con conclusiones orientadas hacia la necesaria cautela en el presente con respecto al uso de estas técnicas en los tribunales y la modesta expectativa que, hoy por hoy, debe tenerse respecto de las mismas.

Ciertamente, los problemas e implicaciones que se suscitan son muchos, ya nos referimos a un número significativo de ellos a lo largo de estas páginas, si bien es cierto que, como señala Nadelhofer (2012) algunos no son realmente específicos de las pruebas neurocientíficas y genéticas, sino comunes a otras pericias científicas. Al hilo de las consideraciones de este texto se han

apuntado ya muchos, a los que podría sumarse a la mesa una preocupación ética de primer orden que genera la posibilidad de utilizar biomarcadores para predecir el comportamiento humano o los trastornos mentales, con las potenciales consecuencias negativas con respecto a la salvaguarda de la intimidad o la discriminación (Singh y Rose, 2009). También, la relevancia que las pruebas neurológicas y genéticas puedan realmente tener para probar hechos relevantes para el Derecho Penal (Jones et al., 2009) y para probarlos en el pasado, al tiempo de la comisión del delito. De otra parte, se han señalado también las potenciales diferencias de tratamiento entre varones y mujeres; o entre razas o etnias; o los riesgos de manipulación del conocimiento experto a favor de parte. Incluso, desde un punto de vista técnico, se ha cuestionado la propia fiabilidad de los estudios de resonancia magnética funcional hasta ahora (Eklund et al. 2016) y sobre lo que estos estudios, en verdad, pueden decirnos sobre conceptos complejos y normativos; la dificultad de aplicar el conocimiento derivado de estudios generales al caso individual (*G2i problem*) o del laboratorio ("*scenarío studies*") al "banquillo" de los Tribunales... (cfr. sobre la discusión en cuanto a estos estudios, Abend, 2012).

A la vista de todo ello, tal vez la neurociencia pudiera ser más útil para orientar la política criminal que para resolver un caso individual (*Gray Matters*, 2015); y tal vez muchos estemos presos del "*overclimbed syndrome*" del que nos prevenía Morse (2006), pidiendo a la ciencia respuestas que no puede dar al Derecho o que no puede darlas en el formato requerido.

V.- CONCLUSIÓN

De lo expuesto en este trabajo podrían extraerse las siguientes conclusiones básicas:

- 1.- La neurociencia puede ser de gran utilidad, junto con otras pruebas, para múltiples cuestiones legales y entiendo que ésta ha "venido a los Tribunales, para quedarse".
- 2.- Con relación al Derecho Penal material, también creemos que puede pensarse que, "ha venido para quedarse" y parece estar reclamando una revisión profunda de las bases del Derecho Penal actual de la culpabilidad.
- 3.- Sin embargo, no creemos estar en presencia de un cambio, ni inminente, ni traumático de paradigma.

En primer lugar, porque, hoy por hoy, y a pesar de los prodigiosos avances de la neurociencia, estamos lejos de que ésta pueda proporcionarnos respuestas inequívocas o formular conclusiones sobre el comportamiento, sobre nuestras motivaciones e intenciones, o sobre cómo decidimos. La Neurociencia fascina, pero realmente está todavía "en su infancia".

En segundo lugar, porque no es función de la ciencia "escribir" las soluciones legales, "a golpe de hallazgos". La política criminal es normativa, esto es, valorativa y funcional, y asentada en lo que cada sociedad entiende como aceptable y conveniente. Y hay cuestiones estructurales, como la racionalidad humana basada en un entendimiento no determinista de la voluntad humana, que están todavía profundamente arraigadas en la psicología popular. Es decir, que el potencial de la neurociencia en el Derecho es muy importante, pero hace falta "buen conocimiento" científico, su difusión y un cambio en la sociedad, lo que como reconocían Greene y Cohen (2004) todavía no se vislumbra; o al menos a esos niveles radicales.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

En tercer lugar, la neurociencia, hoy por hoy, tampoco está en condiciones de aportar conclusiones, mucho menos definitivas, en torno al comportamiento, imputabilidad o volición en el caso particular. Aunque tampoco creo que ninguna ciencia, ningún jurado, ni ningún juez pueda hacerlo, realmente. Todos podemos aportar, simplemente, nuestro mejor conocimiento disponible. Sin desplazar otras ciencias, particularmente a la Psiquiatría, la neurociencia puede contribuir a mejorar y a hacer más justa la práctica judicial y la política criminal.

Con relación a esta última, podemos concluir con un sentido “piensa mal y acertarás”, porque la entrada en escena de la Neurociencia, con todo su potencial y su exuberancia, parece que fácilmente pueda suponer un potente refuerzo y justificación para la transformación del derecho penal hacia un modelo aún más defensivo de peligrosidad criminal de corte neurobiológico, manteniendo tal vez solo nominalmente, los principios y estructuras del Derecho Penal de la culpabilidad. Y a nuestro juicio, como tantas veces, el mayor peligro está en que los legisladores pudieran apoyarse en un conocimiento científico prematuro y no verificado para establecer agendas políticas sesgadas, populistas e injustas.

VI.- REFERENCIAS

Abend, G. What the Science of morality doesn't say about morality. *Philosophy of the Social Sciences*, Vol. 43, Issue 2, 2012, 157-200.

Aspinwall, L. G., Brown, T. R., & Tabery, J. The Double-Edged Sword: Does Biomechanism Increase or Decrease Judges Sentencing of Psychopaths? *Science*, 2012, 337(6096), 846 LP-849.

Aspinwall, L. G., Brown, T. R., & Tabery, J. The Double-Edged Sword: Does Biomechanism Increase or Decrease Judges' Sentencing of Psychopaths? *Science*, 2012, 337(6096), 846 LP-849.

Barnes J., & Jacobs B.A. Genetic Risk for Violent Behavior and Environmental Exposure to Disadvantage and Violent Crime. The Case for Gene–Environment Interaction. *J Interpers Violence*, 2013, 28(1):92–120.

Baum, M. L. The Monoamine Oxidase A (MAOA) Genetic Predisposition to Impulsive Violence: Is It Relevant to Criminal Trials? *Neuroethics*, 2013, 6(2), 287–306.

Bernet, W., Vnencak-Jones C.L., Farahani, N. & Montgomery S.A., Bad Nature, Bad Nurture, and Testimony regarding MAOA and SLC6A4 genotyping at murder trials. *J. Forensic Sci.*, 2007, 52(6), 1362-71.

Blair, J., Mitchell, D., & Blair, K. *The Psychopath – Emotion and the Brain*. Blackwell Publishing, 2005.

Blanco Picabia, A. *Psicología y psicopatología de la voluntad*. Medina A., Moreno M.J., Lillo R. & Guija J.A. (Edits.) *Voluntad, capacidad y autonomía de la persona en el mundo actual*. Psiquiatría y ley. Documentos Córdoba 2013, FEPSM, 2015, 12-30.

Bode S, He AH, Soon CS, Trampel R, Turner R, & Haynes J-D. Tracking the Unconscious Generation of Free Decisions Using Ultra-High Field fMRI. *PLoS ONE*, 2011, 6(6): e21612.

Buckholtz, J. W., & Fagman, D. L. Promises, promises for neuroscience and law. *Current Biology*, 2014, 24(18), R861–R867.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Buckholtz, J. W., Asplund, C. L., Dux, P. E., Zald, D. H., Gore, J. C., Jones, O. D. & Marois, R. The Neural Correlates of Third-Party Punishment. *Neuron*, 2008, 60(5), 930–940.

Buckholtz, J.W., & Meyer-Lindenberg, A. MAOA and the neurogenetic architecture of human aggression. *Trends in Neurosciences*, 2008, 31 (3), pp. 120-129.

Byrd, A.L., & Manuck, S. B. MAOA, Childhood Maltreatment, and Antisocial Behavior: Meta-analysis of a Gene-Environment Interaction. *Biological psychiatry*, 2013, 1–9.

Cancio Meliá, M. Psicopatía y Derecho Penal: algunas consideraciones introductorias. Feijoo Sánchez (Ed.), *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 261 y ss.

Caspi, A., McClay, J., Moffitt, T. E., Mill, J., Martin, J., Craig, I. W., & Poulton, R. Role of Genotype in the Cycle of Violence in Maltreated Children. *Science*, 2002, 297(5582), 851 LP-854.

Chorvat, R. & McCabe, K., *The brain and the law*. Seki S. & Goodenough O. (Eds.) *The brain and the law*. Oxford University Press, 2006.

Churchland, P.A. *Braintrust: What Neuroscience Tells Us about Morality*.

Princeton. NJ: Princeton University Press, 2011.

Crespo, D. (Dir.) & Maroto Calatayud, M. (Coord.), *Neurociencias y Derecho Penal. Nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Edisofer-BdeF, 2013.

Damasio, A. *Descartes' error: emotion, reason and the human brain*. GP Putnam's Sons, 1994. Edición en español: Editorial Andrés Bello, 1999.

Eccleston, L., & Ward, T., *Assessment of Dangerousness and Criminal Responsibility*. O'Donohue, W., & Levensky E.R. (Eds.). *Handbook of Forensic Psychology. Resource for Mental Health and Legal Professionals*, San Diego: Academic Press, 2004, 85–101.

Eklund, A., Nichols, T.A., & Knutsson, H. Cluster failure: Why fMRI inferences for spatial extent have inflated false-positive rates? *PNAS*, 2016, 113 (28), 7900-7905.

Farah, M. Neuroethics: the ethical, legal and societal impact of neuroscience. *The Annual Review of Psychology*, 2012, 63, 571-591.

Farahani, N. (Ed.) *The impact of behavioral sciences on Criminal Law*. Oxford University Press, 2009.

Farrington, D., Barnes. G., Lambert, S., *The concentration of offending in families*, *Legal and criminological psychology*, 1996, 1, 47-63.

Feijoo Sánchez, B. (Ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*. Civitas-Thomson Reuters, 2012.

Feijoo Sánchez, B. *Derecho Penal y Neurociencias ¿Una relación tormentosa?* Feijoo Sánchez, B. (Ed.) *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias* Civitas-Thomson Reuters, 2012, 71 y ss.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Fergusson, D., Boden, J., Horwood, J., Miller, A., & Kennedy, M., MAOA, abuse exposure and antisocial behaviour: 30-year longitudinal study. *The British Journal of Psychiatry: The Journal of Mental Science*, 2011, 198(6), 457-463.

Frish, W., Sobre el futuro del Derecho Penal de la culpabilidad. Feijoo Sánchez, B. (Ed.). *Derecho Penal de la culpabilidad y neurociencias*, Civitas-Thomson Reuters, 2012, 19 y ss.

Fumagalli, M., & Priori, A. Functional and clinical neuroanatomy of morality. *Brain. A Journal of Neurology*, 2012, 135 (7): 2006-2021.

Gazzaniga, M. The Law and Neuroscience. *Neuron*, 2017, 60(3), 412–415.

Gazzaniga, M., & Rakoff, J.S. (Eds.). *A judge's guide to Neuroscience: a concise introduction*. University of California, 2010.

Gazzaniga, M. S. The Law and Neuroscience. *Neuron* 60 (6), 2008, 412-415.

Gimbernat Ordeig, E. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídicopenal? *Problemas actuales de Derecho penal y procesal*. Salamanca, 1971, 87-109.

Gkotsi, G. M., & Gasser, J. Neuroscience in forensic psychiatry: From responsibility to dangerousness. Ethical and legal implications of using neuroscience for dangerousness assessments. *International Journal of Law and Psychiatry*, 2016, 46, 58–67.

Glenn, A. L., & Raine, A. Neurocriminology: implications for the punishment, prediction and prevention of criminal behaviour. *Nat Rev Neurosci*, 2014, 15(1), 54–63.

Glimcher, P.W. *Decisions, uncertainty, and the brain. The science of neuroeconomics*. Cambridge, MIT Press, 2003.

Gogtay, N., Giedd, J. N., Lusk, L., Hayashi, K. M., Greenstein, D., Vaituzis, A. C., & Thompson, P. M. Dynamic mapping of human cortical development during childhood through early adulthood. *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2004, 101(21), 8174–8179.

González-Tapia M.I., & Obsuth I. A new legal treatment for psychopaths? Perplexities for legal thinkers. *International Journal of Law and Psychiatry*, 2017, en prensa.

González-Tapia, M.I., & Obsuth, I. "Bad genes" and criminal responsibility. *International Journal of Law and Psychiatry*, 2015, 39, 60–71.

Goodenough O. R., & Tucker, M. Law and Cognitive Neuroscience. *Annual Review of Law and Social Science*, 2010, 6, 61-92.

Goodenough, O.R. Mapping cortical areas associated with legal reasoning and moral intuition. *Jurimetrics J.*, 2001, 41 (5), 429-442.

Greely, H.T. Neuroscience and Criminal Justice: not responsibility but treatment. *Kansas Law Review*, 2007-2008, 1103, 56, 1103 y ss.

Greene J., & Cohen J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. *Philosophical Transactions of the Royal Society B.*, 2004, 359, 1775-1785.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Greene J., Nystrom L., Engell A., Darley J., & Cohen, J. The neural bases of cognitive conflict and control in moral judgment. *Neuron*, 2004, 44 (2), 38-40.

Gunther, T.D., Vaughn, M. G. et al. Behavioural genetics in antisocial spectrum disorders and psychopathy: a review of the recent literature. *Behavioural Sciences and the Law*, 2010, 28, 148-173.

Hare, R. D. *Without Conscience: The Disturbing World of the Psychopaths Among Us*. New York: Guilford Press. 1999.

Hassemer, W. Neurociencias y culpabilidad en Derecho Penal. *InDret*, 2/2011, 1-15.

Hoffman, M.B. The neuroeconomic path of the law. Zeki, S., Goodenough, O. (Eds.), *Law and the brain*. Oxford University Press, 2006.

John B. Meixner Jr., *Applications of Neuroscience in Criminal Law: Legal and Methodological Issues*. *Curr Neurol Neurosci Rep*, 2015, 15:513.

John M. Moral Grammar and Intuitive Jurisprudence: A Formal Model of Unconscious Moral and Legal Knowledge. Ross B.H. (Ed.) *Psychology of Learning and Motivation*. Academic Press, 2009, Vol. 50, 27-100.

Jones, O. D., Behavioral genetics and crime, in context. *Law and Contemporary Problems*, vol. 69, nº ½: The impact of Behavioral Genetics on the Criminal Law. 2006, 81-100.

Jones, O. & Shen, F. Law and Neuroscience in the United States. *Vanderbilt University Law School Public Law and Legal Theory*, 2011, Working Paper 12-5, 2012:349.

Jones, O.D., Buckholtz J.W., Shall J.D., & Marois R. Brain imaging for legal thinkers: a guide for the perplexed. *Stan. Tech. L. Rev.* 2009, 5. *Law and Neuroscience in the United States*, Vanderbilt University Law School Public Law and Legal Theory, 2011, Working Paper 10-09, 2010.

Kane, R. (Ed.). *The Oxford Handbook of Free Will*. Oxford University Press Inc., New York, 2011.

Keehner, M., Mayberry, L., & Fischer, M. Different clues from different views: The role of image format in public perceptions of neuroimaging results. *Psychonomic Bulletin & Review*, 2011, 18(2), 422–428.

Kim-Cohen, J., Caspi, A, Taylor, A., Williams, B, Newcombe, R, Craig, I. W., & Moffitt, T.E. MAOA, maltreatment, and gene-environment interaction predicting children's mental health: new evidence and a meta-analysis. *Molecular psychiatry*, 2006, 11(10), 903–13.

Kishiyama, M.M., Boyce, W.T., Jimenez, A.M., Perry, L.M., & Knight, R.T. Socioeconomic disparities affect prefrontal functioning in children. *Journal of Cognitive Neuroscience*, 2009, 21, 1106-1115.

Koenigs M., Young L., Adolphs R., Tranel D., Cushman F., Hauser M., & Damasio A. Damage to the prefrontal cortex increases utilitarian moral judgements. *Nature*, 2007, 446, 908-911.

Libet, B. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. *The behavioral and brain sciences*, 1985, 8, 529-566.

Libet, B., Alberts, W. W., Wright, E. W., & Feinstein, B. Somjen G.G. (Ed.) *Neurophysiology Studied in Man*. Excerpta Medica, Amsterdam, 1972, 156-168.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Lombroso, C. *L'uomo delinquent*. In rapport all'antropologia, alla giurisprudenza ed alle discipline carcerarie. 5ª ed., Fratelli Bocca Editori, Torino, 1896.

Meyer-Lindenberg, A., & Weinberger, D. Intermediate phenotypes and genetic mechanisms of psychiatric disorders. *Nature reviews Neuroscience*. 2006, 7(10), 818-827.

Meyer-Lindenberg, A., Buckholtz, J., Kolachana B., Hariri A.R., Pezawas L., Blasi G., Wabnitz A., Honea R., Verchinski B., Callicott J.H., Egan M., Mattay V., & Weinberger D.R. Neural mechanisms of genetic risk for impulsivity and violence in humans. *Proceedings of National Academy of Science*, 2006, Vol. 103 (16), 6269-6274.

Moffitt, T. E. The new look of behavioral genetics in developmental psychopathology: gene-environment interplay in antisocial behaviors. *Psychological Bulletin*, 2005, 131, pp. 533-534.

Monahan, J., & Skeem, J. The evolution of violence risk assessment. *CNS Spectrums*, 2014, 19(5), 419-424.

Morse, S. Brain overclaim syndrome and criminal responsibility: A diagnostic note, *Ohio State Journal of Criminal Law*, 2006, 3, 397-412.

Morse, S. Psychopathy and Criminal Responsibility. *Neuroethics*, 2008, 1, 205-212.

Morse, S. The status of Neurolaw: a plea for current modesty and future cautious optimism. *Journal of Psychiatry & Law*, Winter- 2011, 595-626.

Morse, S. Avoiding irrational neurolaw exuberance: a plea for neuromodesty. *Mercer L. Rev.*, 2011, 837-859.

Nadelhoffer, T., & Sinnott-Armstrong, W. Neurolaw and neuroprediction: potential promises and perils. *Philosophy Compass*, 7/9 2012, pp. 631-642.

Nadelhoffer, T., Bibas, S., Grafton, S., Kiehl, K. A., Mansfield, A., Sinnott-Armstrong, W., & Gazzaniga, M. Neuroprediction, violence, and the law: Setting the stage. *Neuroethics*, 2012, 5(1), 67-99.

Pardo, M.S., & Patterson, D. *Minds, brains, and law: the conceptual foundations of law and neuroscience*. Oxford: Oxford University Press, 2013.

Prehn, K., & Goodenough O. A neuroscientific approach to normative judgment in law and justice. Zeki, S., & Goodenough O. (Eds.), *Law and the Brain*. Oxford University Press, 2006.

Presidential Commission for the Study of Bioethical Issues. *Gray Matters. Topics at the intersections of Neuroscience, Ethics, and Society*. Vol. 2, Washington D.C., March, 2015. <https://bioethicsarchive.georgetown.edu/pcsbi/node/4704.html> (últ. vis. 06/05/2017)

Pueyo, A. & Redondo, S. Predicción de la violencia: entre la peligrosidad y la valoración del riesgo de violencia, *Papeles del Psicólogo*. 2007. Vol. 28(3), 157-173.

Pulstilnik, A. *Violence on the brain: a critique of neuroscience in criminal law*, Harvard Law School. Faculty Scholar Series, Paper 14, 2008.

Pulstilnik, A. Pain as fact and heuristic: how pain neuroimaging illuminates moral decisions of law. *Cornell Law Review*, 97, 2012, 801 y ss.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

- Raine, A. *Anatomy of violence. The biological roots of crime*, Penguin Books, 2013.
- Raine, A. From genes to brain to antisocial behavior. *Current Directions in Psychological Science*, 2008, 17 (5), 323-328.
- Raine, A., & Yang Y. Neural foundations to moral reasoning and antisocial behavior. *Social cognitive and affective neuroscience*, 2006, 1(3), 203-213.
- Schauer, F., Can bad science be good evidence? *Neuroscience, lie detection and beyond*, Cornell Law Review, 2010, 95(6), 1191-1220.
- Shenhav A., & Greene J. Moral Judgments Recruit Domain-General Valuation Mechanisms to Integrate Representations. *Neuron*, 2010, 67, 667–677.
- Singh, I., & Rose, N. Biomarkers in psychiatry. *Nature*, 2009, 460(7252), 202–207.
- Smith C., & Farrington D. Continuities in antisocial behavior and parenting across three generations. *J Child Psychol Psychiatry*, 2004, 45:230-47
- Soon, C. S., Brass, M., Heinze, H.-J., & Haynes, J.-D. Unconscious determinants of free decisions in the human brain. *Nat Neurosci*, 2008, 11(5), 543–545.
- The Royal Society. *Brain Waves Module 4: Neuroscience and the law*. December 2011. <https://royalsociety.org/topics-policy/projects/brain-waves/> (últ. vis. 06/05/2017).
- Thompson, P.M., Andreassen, O., Arias-Vasquez A., Bearden C.E., Boedhoe, P., Brouwer, R... et al. ENIGMA and the individual: Predicting factors that affect the brain in 35 countries worldwide. *NeuroImage*, Vol. 145, Part B, 15, 2017, 389-408.
- Walsh, A., & Bolen, J. *The neurobiology of Criminal Behavior. Gene-Brain-Culture interaction*. Ashgate, 2012.
- Walter N., Montag G., Markett S., Ferlten A., Voigt G., & Reuter M. Ignorance is not excuse: moral judgements are influenced by a genetic variation on the oxytocin receptor gene. *Brain and Cognition*, 2012, 78, 268-273.
- Yang, Y., Glenn, A., & Raine, A. Brain abnormalities in antisocial individuals: implications for the Law. *Behavioral Sciences and the Law*, 2008, 26, 65-83.
- Zeki, S., & Goodenough, O. (Eds.), *Law and the brain*. Oxford University Press, 2006.
- Zhu, X., Need, A. C., Petrovski, S., & Goldstein, D. B. One gene, many neuropsychiatric disorders: lessons from Mendelian diseases. *Nature Neuroscience*, 17(6), 773–781.

El espacio de reclusión y/o tratamiento de los responsables peligrosos

LUIS DE ARCOS PÉREZ

I. LA INSTITUCIÓN PENITENCIARIA Y LA ENFERMEDAD MENTAL

Establece el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria que “las instituciones penitenciarias reguladas en la presente ley tienen como fin primordial la reeducación y la reinserción social de los sentenciados a penas y medidas penales privativas de libertad, así como la retención y custodia de los detenidos, presos y penados”.

El asunto al que vamos a hacer referencia no es otro sino tratar de responder a una cuestión cual es: si resulta adecuada dicha institución penitenciaria, atendiendo a sus fines, para la intervención cuando confluyen en una persona la condición de sujeto activo de un hecho calificado o previsto como delito y la condición de enfermo mental que padece una enfermedad mental calificada como grave.

A este respecto existe una opinión prácticamente generalizada de que la respuesta a la anterior cuestión ha de ser un rotundo: “No”, y ello por cuanto a tenor de lo dispuesto en el artículo 101.1 del Código Penal la medida de seguridad de internamiento debe realizarse para tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie, y, como tendremos ocasión de comprobar, la medicina comunitaria ha entendido de forma igualmente generalizada que el internamiento del enfermo mental en un centro cerrado está lejos de constituir la mejor solución en orden a la superación de su patología, resultando notoriamente más exitosa la solución de potenciar mecanismos socializadores.

La siguiente cuestión a responder sería: si existe el consenso de que el internamiento no es la solución terapéutica adecuada para procurar la salvación del enfermo mental grave que comete un hecho susceptible de ser tipificado como delito, ¿por qué se sigue utilizando este sistema?

La respuesta podría venir dada por la suma de dos factores, por un lado, el hecho de que socialmente se asocia enfermedad mental a peligrosidad, por lo que el internamiento constituye una forma de apaciguar la alarma social que produce el delito, cuando éste es cometido por una persona que padece enfermedad mental. De esta manera, se pone el acento de la pena más en su fin de prevención especial, que en su fin rehabilitador en el sentido que prevé el artículo 25 de nuestra Carta Magna. El segundo factor sería la mera comodidad.

Los jueces de vigilancia penitenciaria han venido manteniendo como criterio de actuación, que el principio general en el supuesto del cumplimiento de penas y medidas por parte de enfermos mentales graves debe ser el intento de derivación a recursos comunitarios, siendo el aislamiento la excepción aplicable a casos extremos. La realidad, sin embargo, dista mucho de esta prevención, y lo cierto es que un porcentaje nada desdeñable de los internos en hospitales psiquiátricos penitenciarios

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

lo constituye el de enfermos mentales con trastornos de personalidad, socialmente desestructurados, funcionando los centros penitenciarios como un recurso asilar que cubre las carencias de una deficiente asistencia sanitaria comunitaria, habiéndose convertido, en buena medida, el centro penitenciario en el “manicomio del siglo XXI”, operándose el fenómeno al que más adelante nos referiremos de la transinstitucionalización. Éste no es un fenómeno exclusivo de España, sino general de todo el mundo occidental.

En la legislación penitenciaria el término “enfermo” aparece únicamente respecto de enfermos “contagiosos” y de “enfermos muy graves con padecimientos incurables”, silenciándose cualquier referencia a enfermos mentales o discapacitados. Al conjugar el binomio prisión enfermo mental aparecen innumerables contradicciones e incoherencias. De esta manera, prisión es sinónimo de castigo y al enfermo se le cura no se le castiga; el tratamiento no puede ser nunca un castigo, y la prisión no es un lugar idóneo para curar o mejorar a nadie. Por otro lado, al referirnos a los que en un centro penitenciario cumplen una medida de seguridad: ¿qué debemos llamarlos internos o pacientes? Otra gran incoherencia constituye hablar de cumplimiento de medidas de seguridad consistente en tratamiento psiquiátrico, ¿acaso se puede “cumplir” un tratamiento?

El artículo 20 de la Ley General de Sanidad equipara al enfermo mental al resto de los enfermos. De igual manera se pronuncian las recomendaciones del Consejo de Europa dirigidas a la protección del enfermo mental, que recoge la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al interpretar el artículo 5.1 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, de donde cabe destacar que el paciente tiene derecho a recibir el tratamiento y la asistencia adecuados bajo las mismas condiciones éticas científicas y ambientales que cualquier otro paciente. Sin embargo, cada vez son más los pacientes que ingresan en los centros penitenciarios con una liquidación de medida de seguridad de corta o muy corta duración, lo que en buena lógica permitiría concluir que una esquizofrenia paranoide puede curarse en tres meses o en tres años o en diez dependiendo del tipo normativo apreciado. Los conceptos jurídicos y médicos tienen muy mal encaje. Lo básico es apartar temporalmente al sujeto peligroso no resultando razonable sostener que una vez cumplida la medida de seguridad han desaparecido las causas que les hicieron ser criminalmente peligrosos. Por otro lado, en buena lógica, si los pacientes salen una vez llegado el máximo tiempo contemplado para la medida de seguridad, ¿significa que el tratamiento médico no ha surtido el efecto deseado?, esto es, ¿que la peligrosidad criminal continúa existiendo lo mismo que el primer día?, ello qué duda cabe, supone una manifiesta contradicción. Si se trata de enfermedades crónicas difícilmente se puede igualmente hablar de curación al llegar al final del tiempo previsto de finalización de la medida.

Todo lo expuesto nos conduce a afirmar que se trata de un inmenso fraude legal carente de la más mínima racionalidad. La atención a la salud mental, como atención especializada, está contenida en el apartado segundo artículo 13 de la Ley 16/2003 de Cohesión y Calidad y, por su parte, el artículo 209.2 del Reglamento Penitenciario señala que dicha atención especializada se asegurará, preferentemente, a través del Sistema Nacional de Salud, y si es en régimen de hospitalización, se realizará en los hospitales que la autoridad sanitaria designe. El Real Decreto 1030/2006, que establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, regula las condiciones básicas para la atención integral y continuada, incluyendo la atención especializada, y en el anexo tres apartado siete trata de la atención a la salud mental que incluye el tratamiento de trastornos mentales agudos y crónicos mediante hospitalización y, por tanto, incluye a los pacientes internos en

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

centros penitenciarios que deberían ser atendidos por el Sistema Nacional de Salud. De todo ello se desprende que los internos aquejados de una enfermedad mental grave no deberían estar en un centro penitenciario si queremos cumplir con los principios de equidad y de salud que establece el artículo 43 de nuestra Constitución.

II. TRATAMIENTO PENITENCIARIO DE LOS ENFERMOS MENTALES IMPUTABLES

1.- Necesidad de un tratamiento específico: PAIEM

Actualmente, en la realidad penitenciaria nos encontramos internos que han sido declarados exentos de responsabilidad penal, y no habiendo recurso asistencial adecuado, deben cumplir la medida de seguridad en un centro penitenciario. Igualmente existe otro grupo de internos que no habiendo sido declarados inimputables cumple una pena privativa de libertad en un centro penitenciario y presentan un trastorno mental grave.

Son numerosos los estudios que han demostrado que las tasas de trastornos psiquiátricos son más elevadas en la población penitenciaria que en la población general. La mayoría de los estudios cifran entre un 13% y un 15% la demanda de atención psiquiátrica de internos en centros penitenciarios. Se trata de una población joven, la mayor parte solteros que viven solos o con su familia de origen y las víctimas suelen ser personas cercanas o familiares. Los diagnósticos más frecuentes son trastornos adaptativos, trastornos psicóticos y trastornos afectivos.

La confluencia de enfermedad mental y actividad delictiva dificulta en gran medida el tratamiento. La enfermedad mental y la actividad delictiva son entidades que por sí solas demandan un tratamiento individual específico y acorde a las necesidades de cada sujeto. La confluencia de enfermedad mental y actividad delictiva dificulta extraordinariamente el tratamiento y la intervención. El interno en estos casos debe ser atendido tomando en consideración la patología existente, pero sin olvidar el espíritu rehabilitador que propugna la modificación de aquellos aspectos que han llevado al individuo a delinquir.

No menos importante resulta la consideración de que existe un importante porcentaje de población que ingresa en centros penitenciarios con sintomatología psiquiátrica que no ha sido diagnosticada y carece de tratamiento farmacológico específico. Asimismo, existe un porcentaje de población que aún el trastorno mental grave con discapacidades psíquicas que le hacen o le harían acreedor de un certificado de minusvalía que en ocasiones no tienen reconocido.

Por otro lado, no resulta discutible que el internamiento del enfermo mental en un centro penitenciario puede resultar un factor añadido a la dificultad de su tratamiento general, por la dificultad que implica la convivencia del interno en un módulo ordinario, así como el aislamiento social, la pérdida de vínculos familiares y otros factores semejantes.

Para atender a estas necesidades se ha diseñado el Programa de Atención Integral de Enfermos Mentales en centros penitenciarios (PAIEM), que encuentra su apoyo legislativo en la Ley Orgánica General Penitenciaria en artículos como el 36, que establece que en cada centro existirá al menos un médico general con conocimientos de psiquiatría encargado de cuidar de la salud física y mental de los internos o el artículo 37, que obliga al establecimiento penitenciario a estar dotado de una dependencia destinada a la observación psiquiátrica. Resulta igualmente importante destacar que los diagnósticos psiquiátricos, que afecten a la situación penitenciaria de los internos, deberán realizarse por un equipo técnico integrado por un especialista en psiquiatría y un médico forense, que se han de

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

acompañar de un informe del equipo de observación y ellos, según lo dispuesto en el artículo 39 del referido cuerpo legal.

2.- Finalidad del Programa

El Programa de Atención Integral tiene como objetivo una intervención general y unificada atendiendo las necesidades clínicas, farmacológicas y psicosociales que presentan los internos.

Son tres las grandes áreas de intervención que realizan los equipos de tratamiento PAIEM: detectar, diagnosticar y tratar clínicamente a todos los internos que sufran algún tipo de trastorno mental, efectuando derivación al equipo de intervención. En segundo lugar, mejorar la calidad de vida de los internos aumentando su autonomía personal y la adaptación personal al entorno. Y finalmente, optimizar la reincorporación social y la derivación adecuada a un recurso socio-sanitario comunitario.

Los objetivos específicos del programa, una vez detectados los internos con trastorno mental grave y tras el diagnóstico y establecimiento del tratamiento, son la mejora del funcionamiento cognitivo, la mejora de los hábitos de vida saludable, la enseñanza del autocuidado, la toma de conciencia de la propia enfermedad, el fomento del contacto del interno con el exterior, el impulso del soporte familiar para facilitar la reinserción, y finalmente, la gestión de las posibles prestaciones socioeconómicas a las que pudiese el interno tener derecho.

El **procedimiento de intervención** que desarrolla el equipo se articula en torno a tres momentos: la detección de casos, la intervención y, finalmente, la derivación a recursos asistenciales externos. Veamos cada uno de ellos.

La detección de casos se realiza en el momento del ingreso. El médico, encargado de examinar a los internos durante el ingreso, derivará aquellos casos que sean susceptibles de participar a los servicios sanitarios específicos del programa PAIEM. En caso de internos sometidos a medidas de seguridad, la detección de éstos tiene lugar en la oficina de gestión con ocasión de la recepción de la sentencia o, en su caso, del propio expediente al ingreso del interno procedente de otro centro, comunicándose por parte de la subdirección de régimen a la subdirección de tratamiento la existencia de la medida, poniéndola dicha subdirección en conocimiento del jurista del equipo para el estudio de los términos de la medida y su relación con la pena de prisión. Resulta igualmente posible que la detección se produzca a lo largo del cumplimiento de la condena, pues cualquier profesional del área de tratamiento o sanitario puede derivar, para su estudio y evaluación por el equipo, a los internos que por su comportamiento o conducta considere que pueden ser susceptibles de intervención.

Una vez detectado un posible caso se pone en conocimiento del equipo que integra el programa de atención integral a los enfermos mentales.

3.- El equipo PAIEM

La actividad del Programa de Atención Integral al Enfermo Mental se realiza a través de un equipo técnico que se constituye en cada centro penitenciario donde se lleva a cabo el programa.

El equipo PAIEM se integra por: un jurista, un psiquiatra, un médico responsable del módulo de enfermería, un ATS que realiza las funciones de coordinador, un psicólogo, dos trabajadores sociales, dos educadores, un monitor deportivo, un funcionario de interior, una maestra y una colaboradora externa vinculada a servicios sociales. Se cuenta igualmente con la colaboración de otros

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

profesionales penitenciarios organizaciones no gubernamentales e incluso la colaboración de otros internos que actúan como internos de apoyo asistiendo y cuidando aquellos internos que lo requieran.

Las principales funciones del equipo son: tomar decisiones relativas a las altas y bajas de los internos en el programa, evaluar las capacidades y necesidades de cada interno, asignar las actividades que correspondan según el plan individualizado de cada interno, emitir informes a la junta de tratamiento en relación a revisión de grados, valoración de permisos, etcétera y emitir, igualmente, informes semestrales o anuales en relación a la necesidad de sustitución cese o suspensión de la medida que se hubiese acordado y, en su caso, sobre el pronóstico de peligrosidad.

Todas estas funciones las realiza el equipo a través de sus sesiones extraordinarias que tienen lugar con carácter mensual y se realizan en el módulo de enfermería, pudiéndose incluso llamar de manera individualizada a cada participante en el programa. Por otra parte, la subdirección de tratamiento puede convocar reuniones extraordinarias cuando lo considere oportuno.

Cada interno tiene, asimismo, designado un tutor que será su persona de referencia dentro del programa y a quien el interno puede dirigirse para expresarle sus inquietudes o quejas, así como los problemas que afecten al internamiento. Cualquier miembro del equipo puede asumir funciones de tutor.

4.- Destinatarios

Junto a los internos declarados imputables, que padecen una enfermedad mental grave, el programa también incluye a internos declarados inimputables que cumplen una medida de seguridad y, que por el motivo que fuere, carecen de espacio en un hospital psiquiátrico, por lo que el cumplimiento se realiza en un centro penitenciario ordinario.

Resulta de suma importancia que los internos entiendan y estén de acuerdo con las condiciones del programa, siendo el educador quien les entrevistará inicialmente al objeto de valorar si entienden y están de acuerdo con las condiciones establecidas, pudiéndose incluso establecer la firma de un contrato terapéutico.

5.- Desarrollo del Programa

En un primer momento, los miembros sanitarios (psiquiatra, médico y ATS), tienen un papel fundamental, ya que, se encargarán de discriminar la asistencia del trastorno mental grave de cualquier otra patología que no sea susceptible de tratamiento desde el programa de atención integral al enfermo mental.

Una vez que se ha decidido incluir al interno en el programa de atención integral se procede a la intervención individual. En la primera reunión del equipo se procede a realizar la evaluación a través de una escala de habilidades y discapacidades y se diseña un plan individualizado de rehabilitación (PIR), determinándose las actividades a desarrollar por el interno en función de sus capacidades, asignándosele un tutor y concretándose el nivel de intervención o módulo al que debe ser asignado.

En general, en el programa se distinguen tres niveles.

Nivel uno: en este nivel se ubican internos que se encuentran compensados asintomáticos, con buena respuesta al tratamiento farmacológico y que realicen vida normal en el módulo. Pueden ser ubicados en cualquier módulo residencial, incluyendo los módulos de respeto.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Nivel dos: en este nivel se clasifican los internos parcialmente compensados, con síntomas que interfieren con el funcionamiento e integración en el medio y con respuesta parcial a tratamiento médico. Pueden hacer una vida normal en el módulo con algunas limitaciones funcionales. Se ubican en un módulo donde simultáneamente conviven con internos de apoyo en igual número que internos incluidos en el programa de atención integral, siendo objeto de un seguimiento más intenso.

Nivel tres: internos descompensados con síntomas que interfieren significativamente con el funcionamiento de la integración en el medio, con persistencia de conductas de riesgo y mala respuesta al tratamiento médico. Éstos internos se ubican en el módulo de enfermería.

La intervención dura todo el tiempo que se considere necesario, siendo flexible, ya que se modifica en función de las necesidades de cada interno. En cada reunión mensual de los miembros del equipo se modifican las actividades o exigencias requeridas por cada interno en función de la evolución de la patología.

La última etapa del proceso asistencial es la derivación. Por parte del equipo PAIEM, se intenta derivar a los internos a recursos asistenciales externos, así como potenciar y fomentar el contacto del interno con sus familiares más cercanos. Se trata, en definitiva, de poner al interno en contacto con recursos clínicos sanitarios que faciliten una progresiva adaptación a la libertad.

Para llevar a cabo esta intervención existen distintos mecanismos jurídicos, específicamente los previstos en los artículos 117 y 100.2 del Reglamento Penitenciario.

El artículo 100.2 del Reglamento Penitenciario dispone: "No obstante, con el fin de hacer el sistema más flexible el equipo técnico podrá proponer a la junta de tratamiento, que respecto de cada penado se adopte un modelo de ejecución en el que puedan combinarse aspectos característicos de cada uno de los mencionados grados siempre y cuando dicha medida se fundamente en un programa específico de tratamiento que de otra forma no puede ser ejecutado. Esta medida excepcional necesitará de la ulterior aprobación del juez de vigilancia correspondiente, sin perjuicio de su inmediata ejecutividad." Es decir, que en este tipo de enfermos mentales aunque estén clasificados en segundo grado en régimen ordinario se puede acordar que disfruten de salidas como si estuviesen en régimen abierto.

Y por su parte, el 117 del Reglamento Penitenciario bajo el título "Medidas regimentales para la ejecución de programas especializados para penados clasificados en segundo grado", establece:

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

2. Esta medida requerirá haber sido planificada con el interno por la Junta de Tratamiento y estará condicionada a que aquel preste su consentimiento y se comprometa formalmente a observar el régimen de vida propio de la institución y las medidas de seguimiento y control que se establezcan en el programa, que no podrán consistir en control personal por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

3. La duración de cada salida diaria no excederá de ocho horas, y el programa del que forme parte requerirá la autorización del juez de vigilancia. Si el programa exigiera salidas puntuales o irregulares, la autorización corresponderá al Centro directivo.

4. La Junta de Tratamiento realizara la coordinación necesaria con la institución para el seguimiento del programa.

5. La participación en el programa podrá ser revocada por decisión voluntaria del interno, por el cumplimiento de las condiciones establecidas o por circunstancias sobrevenidas que justifiquen esta decisión”.

Junto a estas medidas se puede hacer un uso adecuado de los permisos de salida y las salidas programadas como mecanismos igualmente previstos en el Reglamento Penitenciario y la ley Orgánica General Penitenciaria.

6.- Fases del Programa

El programa se viene articulando en tres grandes fases que no son estáticas, sino interrelacionadas entre sí: en primer lugar, la atención clínica, una segunda etapa de rehabilitación psicosocial y finalmente, la reinserción social.

La atención clínica se lleva a cabo por el personal sanitario del centro y su papel se concreta en detectar los casos y tratarlos con objeto de estabilizar la enfermedad.

El primer contacto de los servicios sanitarios con los internos tiene lugar en el módulo de ingresos. En este momento, si se tratase de un interno previamente incluido en un programa de atención integral PAIEM se le volvería a incluir de manera directa en el programa, en otro caso se realizaría una valoración clínica y se decidiría si se solicita consulta con psiquiatra para diagnóstico y posterior ingreso en el programa integral. Puede también ocurrir que la necesidad de atención especializada se detecte en un momento posterior durante la estancia en un módulo, en cuyo caso, la iniciativa parte del médico del módulo que consulta con el psiquiatra. Finalmente, cualquier personal del centro puede también ponerse en contacto con el coordinador del equipo o con el médico del módulo donde resida un interno que pudiera ser susceptible de tratamiento específico.

En cualquier caso, la inclusión del interno en el programa se realiza siempre tras la valoración de un psiquiatra del centro que debe diagnosticar el trastorno mental como grave.

Llegados a este punto puede ocurrir que el paciente se considere estabilizado o desestabilizado clínicamente siendo la actuación diferente en uno u otro caso.

En el caso de interno clínicamente desestabilizado se procede a su ingreso en la enfermería del centro donde se le prescribe un tratamiento adecuado con seguimiento personalizado por el médico y el psiquiatra. En estos casos, la medicación se suministra de manera directamente observada y se realiza un control directo del enfermo, tanto por el personal de enfermería como por parte de los internos de apoyo. La duración de esta fase depende de la evolución clínica del paciente, y en el caso de que no se consiga la estabilización se procede a derivación a unidad de agudos de la medicina comunitaria o al hospital psiquiátrico penitenciario, cuando se ve afectado el normal desarrollo de la vida regimental en el centro.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

En los casos de enfermos clínicamente estabilizados que puedan adaptarse a la vida cotidiana se les ingresa en un módulo ordinario específicamente previsto para acoger a este tipo de internos, donde los enfermos mentales convivirán con otros internos en un régimen de vida ordinario, pudiendo ser la medicación administrada sin tratamiento directamente observado, las consultas médicas o de psiquiatría se realizará semanalmente, y en el caso de no adaptación se procede a su reingreso en enfermería.

Una vez estabilizado clínicamente el interno se procede a efectuar la segunda fase, esto es la rehabilitación psicosocial.

El área de rehabilitación psicosocial se responsabiliza de llevar a cabo las actividades específicamente diseñadas en el plan individualizado de cada interno. Resulta de suma importancia el trabajo de rehabilitación cognitiva teniendo en cuenta que el deterioro cognitivo es uno de los efectos más importantes del trastorno mental grave y dicho deterioro se agudiza por el internamiento en prisión. Entre estas actividades de rehabilitación cognitiva se pueden destacar los talleres de lectura, la escuela, los cursos de formación profesional, cursos de educación para adultos etc.

Dentro de este grupo de actividades de rehabilitación psicosocial se incluyen también actividades dirigidas a evitar los efectos nocivos del internamiento y a preparar la futura vida en libertad. Usando el mecanismo legal de las salidas programadas, se programan paseos por la ciudad o por la naturaleza, salidas que se complementan con la realización de talleres formativos del deporte, teatro, motivación a la lectura y encuentros con la música, así como, talleres de informática, pintura marquetaría, papiroflexia, carpintería, etc.

Finalmente, desde el área de reinserción social se realizan iniciativas para coordinar las actividades internas con recursos externos potenciando las relaciones del interno con su familia o agilizando la tramitación de documentación. Dentro de esta área, se llevan a cabo labores de gestión, tales como la tramitación de reconocimiento de minusvalías, la ayuda en tramitación de prestaciones no contributivas por invalidez, en el caso de que el reconocimiento de la minusvalía sea igual o superior al 65%. La tramitación de otras prestaciones económicas a las que tuviera derecho el interno, tales como prestaciones no contributivas de jubilación, orfandad, prestación familiar por hijo a cargo, o incluso prestaciones de desempleo o subsidios. Dentro de esta área de actuación, también se realizan acciones de coordinación con entidades bancarias, así como, derivación de casos a asociaciones externas que apoyan la solución de problemas de salud mental, la coordinación en la derivación de casos a servicios sociales comunitarios o incluso coordinación y preparación de la acogida por parte de la familia del interno.

7.- Evaluación

Como hemos visto el Programa de Atención Integral de Enfermos Mentales, es un programa intenso y continuo, que abarca múltiples aspectos del tratamiento. Una vez incluido el interno en el programa se procede al seguimiento y evolución del mismo, hasta su progresión a tercer grado con la derivación al recurso asistencial adecuado o la libertad definitiva.

Durante la realización del programa la evaluación se realiza mediante el registro de asistencia a las distintas actividades. Dicho registro de asistencia lo realiza cada profesional responsable dando cuenta al coordinador en la reunión mensual ordinaria. Se realizan igualmente cuestionarios de evaluación de conocimientos y de aprovechamiento de las diversas actividades, así como informes

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

sobre el resultado del tratamiento farmacológico médico y finalmente psicosocial, tratándose de evaluaciones protocolizadas que permiten, en la medida de lo posible, objetivar los resultados.

III. EL HOSPITAL PSIQUIÁTRICO PENITENCIARIO

1.- Regulación legal.

Sabido es que el artículo 20 del código penal, declara exentos de responsabilidad criminal aquellos que, al tiempo de cometer la infracción penal, a causa de cualquier anomalía o alteración psíquica, no puedan comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión. A su vez, el artículo 95 del mismo cuerpo legal, en relación al artículo 96, establece la imposición de medidas de seguridad a los inimputables y entre estas el internamiento en centros psiquiátrico (artículo 96).

El capítulo VII del título VII del Reglamento Penitenciario en los artículos 183 y siguientes regula el internamiento en un establecimiento o unidad psiquiátrica penitenciaria, y define estos establecimientos o unidades como aquellos centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativa de libertad aplicadas por los tribunales correspondientes.

En dichos centros procede el ingreso de los detenidos o presos con patología psiquiátrica cuando la autoridad judicial decida su ingreso para observación de acuerdo con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Criminal durante el tiempo que requiera la misma y la emisión del oportuno informe. También de las personas que por aplicación de las circunstancias eximentes establecidas en el Código Penal les haya sido aplicada una medida de seguridad de internamiento en centros psiquiátricos. Y finalmente, los penados que por enfermedad mental sobrevinida se les haya impuesto una medida de seguridad por el tribunal sentenciador en aplicación de lo dispuesto en el Código Penal y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deba ser cumplida en establecimientos o unidad psiquiátrica penitenciaria (artículo 184 del Reglamento Penitenciario).

En la ley se establece la obligatoriedad de que estos centros psiquiátricos dispongan de equipos multidisciplinares de psiquiatras y psicólogos, médicos generales, enfermeros, trabajadores sociales, etcétera. Asimismo, establece que la Administración Penitenciaria debe solicitar la colaboración de otras administraciones públicas para que después de la puesta en libertad se garantice una asistencia social pospenitenciaria de carácter psiquiátrico (artículo 185).

Los restantes y siguientes preceptos regulan la atención, destino e informe que debe darse a la autoridad judicial en el momento del ingreso, la necesidad de revisiones semestrales por el equipo multidisciplinar, el régimen de los establecimientos o unidades psiquiátricas -que presentan como particularidades entre otras la excepcionalidad del empleo de medios coercitivos y la no aplicación del régimen disciplinario-, la obligatoriedad de programar actividades rehabilitadoras, de prever un régimen de comunicaciones con el exterior y la compulsión a que los centros psiquiátricos penitenciarios se ubiquen lo más próximo posible al domicilio de los internos con objeto de preservar el arraigo familiar.

2.- Visión crítica

Hoy en día, el modelo asistencial basado en recursos axilares en materia de salud mental como son los tradicionales hospitales psiquiátricos se puede entender superado. La atención al enfermo mental se aborda mediante un sistema de atención global e intervención múltiple sobre el enfermo.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Sin embargo, en el ámbito de la Administración Penitenciaria persisten los hospitales psiquiátricos penitenciarios con la función genérica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de retención y custodia de las personas sometidas a medidas de seguridad por eximente completa o incompleta. Estos enfermos, considerados inimputables en mayor o menor grado, deben permanecer retenidos en el centro y recibir un tratamiento a su dolencia de igual calidad que recibirían usando los recursos asistenciales comunitarios.

En los hospitales psiquiátricos no existe el sistema de clasificación en grados de tratamiento previsto para los centros ordinarios de cumplimiento de penas, y el objetivo principal es conseguir la estabilización psicopatológica de los pacientes y la reducción de su peligrosidad, todo ello como paso previo a una posible sustitución de la medida de seguridad privativa de libertad por una medida de tratamiento ambulatorio en la comunidad. La permanencia de un paciente en un hospital psiquiátrico penitenciario no puede sobrepasar en ningún caso el tiempo máximo de pena fijado en la sentencia. Como vimos, el artículo 101.1 del Código Penal establece que la medida de internamiento lo es para tratamiento médico. El legislador penal no contempló un espectro más amplio de intervención. La medida privativa de libertad debemos entenderla en ausencia de otra que pueda ser más adecuada.

Resulta comprensible que la víctima de un delito solicite para el infractor la pena de prisión, sin embargo, es evidente que en casos de enfermos mentales existen medidas más efectivas que el encarcelamiento, porque proporcionan una mayor seguridad a la hora de evitar la reincidencia en el delito.

La vida en un centro psiquiátrico penitenciario de un enfermo mental, sin duda, aumenta los riesgos de que su proceso mental empeore, al margen de la consideración de reclusos vulnerables a sufrir abusos o sanciones tanto hetero, como autoagresivas, elevándose notablemente el riesgo de suicidio.

El aislamiento, como tratamiento terapéutico, ha sido descartado por la psiquiatría comunitaria que, por el contrario, observa que la solución pasa por incrementar los mecanismos de socialización del enfermo mental. Por ello, en pura coherencia, los enfermos en los que se manifieste un bajo riesgo criminal deberían ser derivados a recursos comunitarios, con una custodia compatible con ese riesgo, aplicándose terapias personalizadas que contribuirían a mejorar los trastornos psíquicos parecidos.

Tras la reforma psiquiátrica existe un consenso generalizado en que la base del tratamiento del enfermo mental consiste en el intento de su rehabilitación no aislándolo y apartándolo de la sociedad mediante una reclusión en instituciones especiales.

La reclusión en centros cerrados debería ser la excepción aplicable solo a aquellos supuestos de enfermos que presenten un deterioro cognitivo importante, un alto índice de dependencia o un elevado riesgo de conducta violenta. Esto debe resultar aplicable tanto a los centros psiquiátricos cerrados dependientes del sistema penitenciario, como a los dependientes del sistema sanitario general.

3.- El perfil del interno

Resulta importante tratar de definir lo que debe entenderse por un trastorno mental grave o severo. La definición de Goldman resulta una de las más aceptadas para definir las características que conforman la definición: "Personas que sufren trastornos psiquiátricos graves y crónicos como: esquizofrenia, trastornos maniaco-depresivo y depresivos graves, trastornos paranoides y otras psicosis, así como algunos trastornos graves de la personalidad que dificultan o impiden el desarrollo

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

de sus capacidades funcionales en relación a aspectos de la vida diaria tales como: autocuidado, autocontrol, relaciones interpersonales, higiene personal, interacciones sociales, aprendizaje, actividades recreativas y de ocio, trabajo, etc. Y que además dificultan el desarrollo de su autosuficiencia económica. Asimismo, muchas de estas personas han estado hospitalizadas en algún momento de sus vidas, variando según los casos, la duración del internamiento”.

Llegados a este punto, se hace necesario realizar una distinción entre personas condenadas por la comisión de un hecho delictivo aquejados de un trastorno mental grave descrito en el párrafo anterior, teniendo dicho delito una relación directa con su enfermedad mental y en los que se les aplica una medida de seguridad en atención a la apreciación de una eximente completa, y aquellos otros que pese a padecer una enfermedad mental cometieron un delito sin relación con el trastorno parecido. Mientras que los primeros integran el grueso de los reclusos en hospitales psiquiátricos penitenciarios, los segundos, sin embargo, cumplen su condena en establecimientos penitenciarios ordinarios pudiendo beneficiarse del programa de asistencia integral de enfermos mentales a la que se hizo referencia en un apartado anterior.

A los grupos anteriores debe añadirse aquel integrado por condenados a penas privativas de libertad, tras haberse declarado su completa imputabilidad, y que posteriormente hayan sufrido una enfermedad mental sobrevenida que les impida comprender el sentido de la pena que están cumpliendo pudiéndose en este caso suspender la pena, en el sentido que dispone el artículo 60 apartado primero del Código Penal: “Cuando después de pronunciada sentencia firme, se aprecie en el penado una situación duradera de trastorno mental grave que le impida conocer el sentido de la pena, el juez de vigilancia penitenciaria suspenderá la ejecución de la pena privativa de libertad que se le hubiera impuesto, garantizando que reciba la asistencia médica precisa, para lo cual podrá decretar la imposición de una medida de seguridad privativa de libertad, en ningún caso, más gravosa que la pena sustituida. Si se tratase de una pena de distinta naturaleza, el juez de vigilancia penitenciaria apreciará si la situación del penado le permite conocer el sentido de la pena y, en su caso, suspenderá la ejecución imponiendo las medidas de seguridad que estime necesarias. El juez de vigilancia comunicará al ministerio fiscal con suficiente antelación, la próxima extinción de la pena o medida de seguridad impuesta, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este código”.

4. La transinstitucionalización

Instituciones penitenciarias viene reclamando de forma constante una mayor implicación de los recursos comunitarios en el tratamiento de los enfermos mentales reclusos. Al margen de algunas comunidades autónomas como Navarra, País Vasco o Cataluña en las que sí se ha apreciado una actuación en materia de reinserción y rehabilitación de estos enfermos, en la mayoría de los casos todo el peso asistencial de estos pacientes se ha descargado en el sistema penitenciario cuyo cometido, como sabemos, se orienta más al control y vigilancia que a la curación y a la actividad terapéutica en la medida que son requeridas por este complejo grupo de enfermos.

Una característica destacada en numerosos estudios es que en la población de internos las tasas de trastornos psiquiátricos son más elevadas que en la población general. Los estudios epidemiológicos demuestran el incremento progresivo de enfermos mentales en instituciones penitenciarias, con la consiguiente carga asistencial que provoca y la repercusión social que este hecho motiva. El cierre de camas hospitalarias psiquiátricas se ha producido de una forma más rápida que la implantación de

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

recursos asistenciales en la comunidad. Ello ha producido la circunstancia de que muchos enfermos mentales han abandonado su centro de internamiento de origen y se han reubicado en instituciones psiquiátricas penitenciarias.

Según la Organización Mundial de la Salud, alrededor de un 12% de la carga de morbilidad en el mundo corresponde a trastornos mentales y del comportamiento, mientras que los presupuestos de salud mental, de la mayoría de los países, es inferior al 1% del gasto total en salud. Aquel porcentaje se puede trasladar a los centros penitenciarios, existiendo informes de la Unión Europea que cifran en alrededor de un 13% los reclusos que necesitan tratamiento psiquiátrico especializado, siendo notable, en general, la falta de recursos para la atención de este tipo de enfermos que se manifiesta, no solo, en insuficiencia de camas psiquiátricas, sino en la falta de personal adecuadamente formado para el tratamiento en la escasez de programas de detección temprana, ausencia de seguimiento posterior después de la medida de internamiento, etc.

Aquellos que conocen la realidad penitenciaria saben de las deficiencias de coordinación entre la Administración Judicial, Sanitaria y Servicios Sociales. Así como que la reforma de la psiquiatría comunitaria que cerró la mayoría de los recursos axilares no supo dar una alternativa asistencial a un gran número de enfermos mentales crónicos que han sufrido una verdadera transinstitucionalización, pasando de instituciones psiquiátricas a instituciones penitenciarias. Esta realidad no es patrimonio exclusivo de España, sino que se está planteando en toda Europa, obligando al planteamiento de un debate profundo del modelo asistencial de este tipo de trastornos.

El artículo 101 apartado primero del Código Penal se refiere a “establecimiento adecuado”: “Al sujeto que se ha declarado exento de responsabilidad criminal conforme al número 1 del artículo 20 se le podrá aplicar, si fuese 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”.

Existen en la actualidad en España dos hospitales psiquiátricos penitenciarios, uno en Sevilla y otro en Alicante, que como tales tienen una doble condición. Por un lado, son centros penitenciarios con funciones de retención y custodia de los internos y por otro, centros sanitarios. Ambos centros padecen los mismos problemas básicos, una sobreocupación por falta de control efectivo sobre los ingresos y sobre las altas médicas, una estructura orgánica inapropiada más penitenciaria que sanitaria y la dificultad para reclutar personal técnico especializado.

Resulta extremadamente complejo garantizar la necesaria seguridad en los centros y armonizar dicha seguridad con el correcto desenvolvimiento de las terapias adecuadas, obligando la situación a buscar un difícil equilibrio entre las necesidades asistenciales del enfermo y sus responsabilidades judiciales.

Lo cierto es que como ya se ha apuntado los centros penitenciarios vienen a suplir una importante carencia de la medicina comunitaria en lo relativo a la salud mental y a la inexistencia de centros adecuados, por lo que no resulta exagerado mantener que los centros psiquiátricos penitenciarios se están convirtiendo actualmente en los sustitutos de los antiguos y denostados “manicomios”.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

La respuesta que en muchas ocasiones las administraciones públicas dan a los casos de enfermos mentales con problemas de convivencia a causa de su deterioro cognitivo es insuficiente y descoordinada, lo que abocará a estos enfermos a la Comisión de algún delito o, en ocasiones, pequeños delitos reiterados hasta que alguno de ellos llega a ser de tal gravedad que el sistema judicial termina por imponer una medida de seguridad privativa de libertad. Aunque esta medida tiene como objetivo la curación del trastorno mental, la administración nuevamente da una respuesta inadecuada y el sistema penitenciario es el único que el enfermo encuentra para hacer frente a sus específicas necesidades de salud, muchas veces reconocidas en la propia sentencia.

Resulta evidente que ocuparse de los enfermos mentales antes de que entren en conflicto con la justicia debe ser una prioridad para todos los servicios sociosanitarios.

Resultaría interesante realizar un análisis comparativo de los costes que genera la intervención judicial con los que generaría una política preventiva, incluyendo en aquellos los costes sociales y morales difícilmente cuantificables, tales como el daño causado a las víctimas y a la propia sociedad. No debe olvidarse que estos delitos están causados por personas que padecen una enfermedad y que forman parte de la comunidad y, por tanto, tienen derecho a recibir una asistencia de igual calidad que recibe cualquier otro ciudadano.

5.- Perspectivas de futuro

En el Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante los primeros pacientes ingresaron en 1984. Dicho hospital se ocupa de la asistencia psiquiátrica penitenciaria al conjunto del territorio nacional salvo Extremadura, Canarias, Andalucía, Ceuta y Melilla, así como de la población penitenciaria femenina de todo el territorio, con la excepción de Cataluña que tienen transferidas competencias en esta materia.

El Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Sevilla se abrió en junio de 1990 tras producirse el cierre del Sanatorio Psiquiátrico Penitenciario de Madrid y proporciona asistencia a la población penitenciaria masculina de Andalucía, Extremadura y Canarias, así como a las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla.

El Hospital Psiquiátrico Penitenciario de Alicante tiene prevista una capacidad máxima de 371 camas residenciales y el de Sevilla de 158. Ambos hospitales psiquiátricos presentan problemas de sobreocupación crónica, lo cual obedece a que, pese a ser instalaciones sanitarias, predomina, sin embargo, el criterio judicial de ingreso y de alta. Esta sobreocupación actual es un importante factor de desmotivación para el personal que presta servicios en los mismos. Los psiquiatras y el resto del personal asistencial mantienen una queja constante sobre los criterios clínicos de alta, pues la salida del psiquiátrico está condicionada a una decisión judicial. Los pacientes se encuentran además con el serio problema de reubicación en el ámbito social una vez abandonado el centro. Las familias son, por lo general, el único recurso disponible, y no es difícil imaginar el problema que se genera cuando el hecho delictivo ha tenido lugar precisamente en el ámbito familiar, que como vimos es lo frecuente. Los servicios socio sanitarios públicos plantean todo tipo de dificultades para asumir a pacientes residentes en su ámbito territorial. Todo ello viene produciendo que la mayor parte de los enfermos agoten el tiempo de su medida de seguridad en el psiquiátrico, independientemente de la evolución de su trastorno y que el índice de reincidencia sea muy elevado.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

El perfil del personal de custodia e incluso asistencial viene a ser el mismo que el de otros centros penitenciarios prevaleciendo una cultura custodial sobre la asistencial. Las funciones de seguridad, vigilancia y control están más presentes que las de rehabilitación y tratamiento. El personal de vigilancia carece de una formación específica para prestar servicios en un establecimiento psiquiátrico.

Por todo ello, la necesidad de mejorar no se concreta exclusivamente en aspectos materiales de las instalaciones y evitación de la sobreocupación, sino que abarca la mejora de la estructura organizativa, la especialización del personal incrementando las habilidades asistenciales del mismo y la mejora de criterios de calidad asistencial estableciendo parámetros para medir dichos criterios.

Resulta importante definir qué tipo de pacientes deben ser subsidiarios de ingresos en dichos establecimientos. Éstos deberían ser los pacientes inimputables o semi imputables con enfermedad mental grave y con un alto riesgo de conducta violenta, que requieran de contención y que no sea posible el tratamiento en otro lugar. Debería ser el propio hospital o un dispositivo ambulatorio externo actuando con criterios objetivos el que tuviera la capacidad de decidir quién debe ingresar o no y no, por tanto, la autoridad judicial. De igual forma sería ideal poder establecer criterios de alta hospitalaria de los enfermos que no precisan ya medidas de contención y que pudieran ser derivados por tanto a otros recursos.

La institución penitenciaria no puede convertirse en una institución sanitaria que supla las deficiencias de recursos asistenciales especializados en la comunidad, sino que debe jugar un papel subsidiario para un concreto y muy determinado tipo de pacientes a los que hemos hecho referencia. Debería evitarse el ingreso de pacientes con trastornos de personalidad o discapacidad mental.

Todo esto requeriría de un proceso previo de concienciación y formación del Poder Judicial, a la par que una voluntad política para dotar al Sistema Nacional de Salud de un número adecuado de plazas para enfermos, que por mandato judicial deben permanecer en ellas el tiempo preciso para su estabilización, curación y rehabilitación.

Si un delito se ha cometido a consecuencia de un comportamiento causado por una enfermedad mental mal controlada es evidente que para que no se repita el castigo no es la solución, sino más bien, un mejor control de la enfermedad. Mientras no se produzca un cambio importante de paradigma en esta materia, los hospitales psiquiátricos penitenciarios continuarán siendo los "manicomios del siglo XXI".

Prevención del riesgo delictivo derivado de ciertos estados de trastorno mental y secreto médico. Los casos Tarasoff y Germanwings

IGNACIO FLORES PRADA

Los datos íntimos revelados por el paciente en el curso de la relación médico-asistencial deben estar protegidos por el secreto. Este principio, aplicable a todos los sectores de la actividad profesional, es paradigmático en el ejercicio de la medicina, en la que el juramento hipocrático establece que “lo que, en el tratamiento, o incluso fuera de él, viere u oyere en relación con la vida de los hombres, aquello que jamás deba trascender, lo callaré, teniéndolo por secreto”¹.

El fundamento del secreto médico descansa en la necesidad de garantizar la confidencialidad de datos íntimos que el paciente se ve obligado a revelar para el adecuado diagnóstico y tratamiento de la enfermedad que padece². En este contexto, el secreto garantiza que la revelación de datos de la privacidad del paciente, siendo imprescindible, se circunscriba a la función médica, en lo objetivo, y a los profesionales que deban intervenir en su tratamiento, en lo subjetivo o personal. Puede decirse así que el secreto médico actúa como límite o garantía de contención de una confidencialidad compartida por necesidad y limitada a aquellos datos necesarios para facilitar la relación asistencial³.

Sin embargo, el derecho fundamental a la intimidad, del que emana la garantía del secreto médico no es, como puede imaginarse, un derecho absoluto. Ni si quiera es, como sucede por ejemplo con el secreto a las comunicaciones o con la inviolabilidad del domicilio, un derecho fundamental sujeto a

¹ Según se afirma en *El secreto profesional médico y la protección a terceros. Reflexiones y propuestas a raíz del accidente de aviación de Germanwings ocurrido en los Alpes franceses el 24 de marzo de 2015*, documento de posición colegial emitido por el Colegio de Médicos de Barcelona el 31 de marzo de 2016, “El secreto profesional, lejos de ser un privilegio de los médicos, es un deber contraído para preservar el derecho de la persona a su intimidad y privacidad, derecho especialmente valioso al tratarse de temas de salud. Un deber que no solo tiene el médico hacia su enfermo, sino la profesión hacia la sociedad, en virtud del compromiso o pacto tácito —denominado también “contrato social”— que implica no solo la garantía de conocimientos y aptitudes técnicas adecuados, sino también la de actitudes específicas. Estas actitudes específicas forman parte de los valores que elevan el oficio a la categoría de profesión. El deber de guardar secreto de “todo lo que el paciente le ha confiado, lo que haya visto y deducido y toda la documentación producida en el ejercicio profesional” es uno de esos valores de la profesión, profundamente arraigado desde hace milenios”.

² Como señala GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal del médico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 646, “Desde el momento en que el paciente comunica al médico datos que afectan a algo tan íntimo y personal como son las circunstancias relativas a su salud, le está convirtiendo en receptor de una información que entra de lleno en el ámbito de su privacidad [...] el enfermo nunca, o al menos no en los supuestos normales, revela al médico esos datos de forma voluntaria o libre, sino que lo hace por padecer una enfermedad que le obliga a buscar ayuda. No es porque desee que otros sepan, sino solo porque tiene necesidad de hacerlo, por lo que ofrece una información que, como pocas, afecta a aspectos de carácter singularmente personal”.

³ Sobre el fundamento y proyección del secreto médico vid. McHALE, Jean, *Medical Confidentiality and Legal Privilege*, Routledge, London-New York, 1993, págs. 39 y ss.

limitación mediante control judicial anticipado. Se trata de un derecho fundamental que, en determinados casos o frente a determinados intereses, puede —y debe— ceder, permitiéndose entonces la revelación de datos personales conocidos en el curso de la relación médico-asistencial⁴.

En términos generales, el problema consiste en saber cuándo debe ceder el secreto médico frente a otros intereses de protección preferente. Una proyección concreta de este problema es la que ahora nos interesa en nuestro trabajo.

El problema consiste en valorar y concretar si frente a la confidencialidad de los datos médicos amparada por el secreto profesional puede oponerse un deber también profesional de protección social exigible en los casos en los que el paciente presente una peligrosidad futura, concreta y de entidad suficiente como para poner en riesgo la vida o la integridad física de terceros. En suma, se trata de saber en qué casos debe el profesional sanitario comunicar a las autoridades la potencial peligrosidad de un paciente con trastorno mental. Si no a la solución, sí al menos a la reflexión sobre este problema contribuyen los dos excursos que se proponen a continuación: la doctrina sentada por la jurisprudencia norteamericana en el caso Tarasoff, y las recomendaciones emanadas de los organismos competentes encargados de investigar el accidente del vuelo de Germanwings. Concluiremos el epígrafe con una síntesis del —difuso y complejo— marco jurídico vigente en España sobre esta materia, centrados fundamentalmente en la perspectiva penal.

I. EL CASO TARASOFF

El problema que plantea la colisión entre el deber de confidencialidad del psiquiatra y la peligrosidad que reviste el estado de su paciente para sí mismo o para terceras personas, fue abordado por primera vez por la jurisprudencia norteamericana en el conocido caso Tarasoff. La importante doctrina establecida en este caso por la Corte Suprema del Estado de California en 1976, seguida con matices y algunas contradicciones en pronunciamientos posteriores de diferentes tribunales norteamericanos, básicamente sostiene que el deber de confidencialidad de los datos obtenidos por el psiquiatra en el ejercicio de su actividad profesional cede ante el peligro que su paciente puede representar para la salud o integridad propia o de terceros, siempre que el riesgo sea grave e inminente, existiendo una verdadera obligación por parte del médico de advertir de dicho peligro a las autoridades competentes, procurando además la seguridad de las víctimas potenciales de su paciente.

En un excelente trabajo, PARDO LÓPEZ⁵ plantea la trascendencia de la doctrina jurisprudencial norteamericana sentada en el caso Tarasoff en los siguientes términos: "Imaginemos a un psiquiatra

⁴ De acuerdo con constante doctrina del Tribunal Constitucional, la limitación de los derechos fundamentales, señaladamente del derecho a la intimidad, es posible ante la necesidad de protección de un interés prevalente, siendo requisitos imprescindibles: 1) La existencia de una finalidad constitucionalmente legítima; 2) La previsión legal de la medida a través de ley orgánica; 3) La observancia del principio de proporcionalidad que exige, a su vez, un triple juicio de: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

⁵ Vid. "Intimidad personal, protección de datos sanitarios e intromisiones legítimas: una proyección hipotética de la doctrina Tarasoff sobre el ordenamiento jurídico español», en *Anales de Derecho. Universidad de Murcia*, núm. 25, 2007, pág. 185. Adelantando una de las conclusiones del trabajo (pág. 202), la autora citada señala que, respecto a la comunicación a terceros, incluida la víctima potencial, de información sanitaria relativa a enfermos mentales, "nada expreso dice la legislación española. La interpretación puede llegar a resultar tremendamente compleja para el intérprete/aplicador del Derecho y distintas posiciones pudieran resultar igualmente defendibles. El último inciso del art. 7.6 LOPD expresamente alude a la posibilidad de proceder al tratamiento de datos sanitarios prescindiendo del consentimiento del interesado cuando esto resulte necesario para "salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona", pero es una referencia demasiado vaga e imprecisa".

que, con ocasión de su profesión, adquiere constancia de que uno de sus pacientes representa un peligro grave para una tercera persona, ¿puede advertir a la víctima potencial de su paciente del riesgo por ella corrido, sin incurrir en violación del secreto profesional y sin vulnerar la legislación sobre protección de datos?, ¿debe, incluso, hacerlo?, ¿debe, por el contrario, mantener el secreto profesional? La respuesta ha de ser meditada cuidadosamente, ya que del sentido de la misma dependerá la existencia o no de una muy remotamente posible responsabilidad penal y de una más probable responsabilidad civil [...] la cuestión central que verdaderamente subyace es la colisión entre la intimidad personal del paciente y la vida o integridad de la víctima potencial, esto es, un conflicto entre derechos fundamentales [...] que, para ser resuelto, exige una ponderación entre derechos y, en ocasiones, el posterior sacrificio de uno de ellos para la salvaguarda del otro. Este conflicto concreto entre la vida (o integridad) de un tercero y la intimidad de un paciente ya ha sido afrontado y resuelto por la denominada doctrina Tarasoff⁶.

Prosenjit Poddar y Tanya Tarasoff eran, en 1968, estudiantes de la Universidad de Berkeley (California). Poddar pretendió que la relación de amistad que ambos mantenían se convirtiera en una relación más íntima, a lo que Tarasoff se negó. Como consecuencia de este rechazo, Poddar comenzó a padecer un trastorno mental del que fue tratado por el Dr. Moore, psiquiatra del Hospital Universitario de Berkeley, y que fue diagnosticado —en dictamen coincidente con los Dres. Gold y Yandell— como reacción esquizofrénica paranoide aguda y severa. De las entrevistas mantenidas con Poddar, el Dr. Moore dedujo que existía un grave e inminente peligro para la vida de Tarasoff, por lo que avisó a la policía del campus universitario con el propósito de que Poddar fuera detenido y sometido a una medida de internamiento psiquiátrico involuntario prevista en el art. 6, secciones 5300 y ss. de la Ley Lanterman-Petris-Short (Welfare and Institutions Code de 1969, del Estado de California). Poddar fue detenido por la policía, pero tras su declaración, y con el informe favorable del Dr. Powelson (psiquiatra), fue puesto en libertad, ordenándose la destrucción de las notas médicas del Dr. Moore y sin tramitar aviso alguno a la víctima potencial (Tanya Tarasoff). Poco tiempo después de su puesta en libertad —octubre de 1969—, Poddar acudió a la casa de Tanya Tarasoff y la asesinó asestándole múltiples puñaladas⁶.

La jurisprudencia del caso Tarasoff⁷ es compleja, en primer lugar por la multiplicidad de sentencias dictadas en el caso —dos sentencias penales, de primera instancia y apelación —relativas a la responsabilidad penal del autor material de los hechos—, y tres sentencias en materia de responsabilidad civil, una de primera instancia y dos de apelación con diferentes pretensiones por parte de los demandantes (familiares de Tanya Tarasoff)—⁸ contra los médicos y los policías por falta del deber de advertencia —la primera— y por falta del deber de protección de la víctima —la segunda—. La complejidad de la doctrina Tarasoff aumenta, además, porque en la sentencia clave

⁶ Sobre el caso Tarasoff vid. también SANCHEZ CARAZO, *La intimidad y el secreto médico*, Díaz de Santos, Madrid, 2000, págs. 34 y ss.

⁷ La jurisprudencia del caso Tarasoff está contenida, esencialmente y en lo que hace a la responsabilidad del psiquiatra respecto de pacientes con peligrosidad en: Tarasoff vs. Regents of the University of California, 551 P.2d 334 (Cal. 1976).

⁸ En materia penal, la jurisprudencia del caso Tarasoff está contenida en los siguientes pronunciamientos: People vs. Poddar, 103 Cal. Rptr. 84 (Cal. App. 1972), y People vs. Poddar, 518 P.2d 342 (Cal. 1974). En materia de responsabilidad civil, las sentencias son: Tarasoff vs. Regents of the University of California, 108 Cal. Rptr. 878 (Cal. App. 1973); Tarasoff vs. Regents of the University of California, 118 Cal. Rptr. 129 (Cal. 1974), y Tarasoff vs. Regents of the University of California, 551 P.2d 334 (Cal. 1976). Sobre la comparación entre las distintas sentencias dictadas en materia de responsabilidad civil, vid. PARDO LÓPEZ, "Intimidad personal...", cit., pág. 189.

sobre el problema de la responsabilidad del psiquiatra —segunda sentencia de apelación ante la Corte Suprema de California con demanda de responsabilidad civil contra los médicos y policías por la omisión del deber de protección de la víctima— figuran, junto al voto mayoritario, dos votos particulares que contribuyen a difuminar en cierto modo el núcleo esencial de la doctrina sobre la responsabilidad médica por peligro potencial del paciente. Junto a lo dicho, debe tenerse en cuenta que lo mollar de la doctrina Tarasoff se extrae de las demandas de responsabilidad civil dirigidas por la familia de la víctima (Tanya Tarasoff) contra los psiquiatras y contra los policías que detuvieron a Poddar, pretensiones que como hemos señalado no pretenden la depuración de responsabilidad penal sino civil por omisión de los "pretendidos" deberes de advertencia y protección a la víctima.

Sintéticamente, la doctrina del caso Tarasoff puede concretarse en la imposición de una doble obligación a los psiquiatras cuando advierten que el estado de su paciente entraña un peligro real, grave e inminente para sí o para terceros. En tales casos, cede el deber de confidencialidad, estando obligados los psiquiatras a comunicar dicho peligro a las autoridades competentes y a las víctimas identificadas⁹, asumiendo además los psiquiatras la obligación de adoptar las medidas adecuadas para hacer frente a dicho peligro a través de los instrumentos legales disponibles, como puede ser la adopción de la medida de internamiento involuntario. En suma, el derecho a la intimidad cede ante la peligrosidad pública que representa el paciente, debiendo el psiquiatra advertir a la policía y también a la víctima potencial, asumiendo además un deber de cuidado y protección en caso de que el peligro sea concreto, determinado, cierto, y siempre que la víctima esté identificada¹⁰.

En una deliberación judicial controvertida, el juez Tobriner, que representó la posición mayoritaria, sostuvo la responsabilidad —civil— concurrente y matizada de los médicos en el asesinato de Tanya Tarasoff. Cuando un médico establece, en función de criterios profesionalmente reconocidos, que un paciente representa un peligro serio de violencia para otras personas, tiene la obligación de proporcionar un cuidado razonable para proteger a la posible víctima contra ese peligro¹¹. Según la

⁹ Una ponderación de intereses, la relatividad de la confidencialidad en la relación médico-paciente y la aplicación caso a caso del principio de proporcionalidad es la posición que apunta ante al problema del secreto profesional y riesgo del paciente psiquiátrico el Informe emitido por el Colegio de Médicos de Barcelona, de 31 de marzo de 2016 al hilo del accidente de aviación del vuelo de Germanwings, al señalar que: "La confidencialidad no es un derecho absoluto, y podemos encontrar diferentes contextos en los que prevalezca la protección a terceros por encima de la obligación de confidencialidad. En esta circunstancia, nuestra decisión debe respetar el principio de proporcionalidad".

¹⁰ Sobre la doctrina jurisprudencial norteamericana en materia de secreto médico y peligrosidad, vid. más ampliamente GÓMEZ RIVERO, *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico*, Comares, Granada, 2007, págs. 289 y ss.

¹¹ Siguiendo el razonamiento del juez Tobriner (recogido por SÁNCHEZ CARAZO, *La intimidad...*, cit., pág. 35) "La eliminación de esa obligación puede requerir que el terapeuta siga varios pasos dependiendo de la naturaleza del caso. Puede avisar directamente a la víctima, puede notificarlo a la policía o puede seguir otros pasos razonables según las circunstancias. El terapeuta tiene una obligación legal no solo hacia su paciente, sino también hacia las probables víctimas del paciente y en ambos casos, si no se avisa al paciente o a la víctima, puede ser sujeto de investigación penal. Se reconoce el interés público de llevar a cabo un tratamiento a los enfermos mentales y también se reconoce su privacidad y la importancia de salvaguardar la confidencialidad entre terapeuta y paciente, pero el que una posible víctima esté a salvo es más importante". La opinión disidente en este caso la mantuvo el juez Clark, quien apostó por primar la confidencialidad, basada esencialmente en tres motivos: "1) Si no existiera confidencialidad sustancial, muchas personas de las que necesitan tratamiento no acudirían a buscar asistencia sanitaria. La estigmatización del paciente psiquiátrico disminuye cuando se garantiza la confidencialidad de la consulta. 2) La garantía de la confidencialidad es fundamental para alcanzar el nivel de comunicación necesario para que pueda haber un tratamiento efectivo. 3) Incluso si el paciente se decide a comunicar todos sus

posición mayoritaria, cuando el demandado tiene una relación especial con una persona peligrosa y existe una previsión real de daño, la ley impone tradicionalmente una obligación de cuidado y advertencia. "Dado que la relación entre un terapeuta y su paciente satisface este requisito, cuando surge la previsibilidad del daño, dicha previsibilidad es por sí sola suficiente para crear el deber de ejercer un cuidado razonable a fin de proteger a una víctima potencial de la conducta del otro". No siendo el deber de cuidado un deber general, resulta justificado y exigible cuando existe una relación especial de la que deriva un deber de cuidado, control y protección, como sucede en la relación entre el terapeuta y su paciente. "Establecida una relación médico-paciente, el terapeuta se convierte en sujeto comprometido a asumir parte de la responsabilidad por la seguridad, no solo del propio paciente, sino también de cualquier tercero que, a criterio del médico, pueda resultar amenazado por el paciente".

En cuanto a la predicción de la peligrosidad, reconoce la mayoría del tribunal la dificultad de establecer un juicio preciso sobre conductas futuras, pero señala que no se exige un juicio o pronóstico certero e infalible, sino una predicción razonable sobre la base de las evidencias con las que cuenta el terapeuta: "Reconocemos la dificultad de que un terapeuta pronostique que un paciente presenta un peligro grave de violencia. Obviamente, no requerimos una determinación o un juicio perfecto; el terapeuta solo tiene que ejercer "ese grado razonable de habilidad, conocimiento y cuidado ordinario poseído y ejercido por los miembros de [esa especialidad profesional] en circunstancias similares." (Bardesson v. Michels (1970) 3 Cal.3d 780, 788 [91 Cal Rptr 760, 478 P.2d 480, 45 ALR3d 717.]; Quintal v. Laurel hospital Grove (1964) 62 Cal.2d 154, 159 -160 [41 Cal Rptr 577, 397 P.2d 161.]. Una vez determinado que un paciente representa un peligro grave de violencia para terceros, surge para el terapeuta el deber de ejercer un cuidado razonable para proteger a la víctima previsible de ese peligro¹². En función de las circunstancias de cada caso, la adecuación de la conducta del terapeuta debe ser medida conforme a las normas sobre negligencia tradicionales de la interpretación de un cuidado razonable (acuerdo de Cobbs v. Grant (1972) 8 Cal.3d 229, 243 [104 Cal Rptr 505, 502 P.2d 1..])".

Advierte, sin embargo, la mayoría que el deber de cuidado no debe conllevar necesariamente la privación de libertad del sujeto; "en ocasiones no será necesaria la privación de libertad del sujeto peligroso, sino que bastará con la advertencia del terapeuta a la víctima potencial, asumiendo en todo caso el margen de error que puede concurrir en el juicio de peligrosidad del médico y en las consecuencias negativas que dicho error puede suponer para la víctima".

pensamientos, es necesario que tenga la seguridad de que la comunicación va a ser confidencial y de esta forma confiará a su médico toda la información necesaria para que el tratamiento resulte adecuado y efectivo".

¹² En este punto surge la discrepancia del juez J. Mosk, quien sostiene la imposibilidad de castigar a un terapeuta por no haber llegado a un juicio de peligrosidad cuando otros colegas sí lo habían formulado. El juicio de peligrosidad no es una conclusión objetiva, a la que haya que llegar necesariamente tras un examen de los datos y circunstancias del caso. No puedo estar de acuerdo, sostiene el juez Mosk, "con la regla de la mayoría de que un terapeuta puede ser considerado responsable por no predecir la tendencia de su paciente a la violencia si otros profesionales, de conformidad con las "normas de la profesión", lo habrían hecho". Apoyado en la jurisprudencia sentada en el caso *people v. Burnick* (1975) 14 Cal.3d 306 [121 Cal. Rptr. 488, 535 P.2d 352], el juez Mosk afirma que "Un diagnóstico de enfermedad mental no nos dice nada acerca de si la persona por lo que es diagnosticada es o no peligrosa. Algunos pacientes mentales son peligrosos, algunos no lo son. Tal vez el psiquiatra es un experto en decidir si una persona padece una enfermedad mental, pero ¿es un experto en la predicción de la peligrosidad de las personas diagnosticadas de enfermedad mental?".

Por último, aborda la mayoría el problema de la colisión entre los derechos a la intimidad—confidencialidad de los datos y revelaciones del paciente en el contexto de la relación terapéutica—y el derecho a la seguridad e integridad personal. En esta concurrencia de intereses, comienza el tribunal por reconocer “el interés público en el apoyo a un tratamiento eficaz de la enfermedad mental y en la protección de los derechos de los pacientes a la privacidad (ver *In re Lifschutz*, supra, 2 Cal.3d en p. 432), y la consiguiente importancia pública de salvaguardar el carácter confidencial de la comunicación psicoterapéutica”. Sin embargo, también señala el tribunal que “frente a este interés, hay que sopesar el interés del público en la seguridad frente a la violencia [por lo que no hay infracción o desequilibrio cuando] el psicoterapeuta tiene causa razonable para creer que el paciente se encuentra en tal estado mental o emocional que resulta peligroso para él mismo o para la persona o propiedad de otro y que la divulgación de la comunicación es necesaria para evitar el peligro amenazado”¹³.

Finalmente, señala el tribunal que “la política pública a favor de la protección del carácter confidencial de las comunicaciones paciente-psicoterapeuta debe ceder cuando la divulgación es esencial para evitar el peligro para los demás. El privilegio de protección de la confidencialidad termina donde empieza el peligro público”¹⁴.

¹³ La opinión discrepante del Juez Clark se refiere al problema de la colisión entre la confidencialidad y la seguridad, entendiendo que, a pesar de la previsión de peligrosidad, debe prevalecer el derecho a la intimidad del paciente: “Tanto el legislador como los médicos han acordado que la confidencialidad es esencial para tratar con eficacia a los enfermos mentales, y que el derecho de los médicos a revelar las amenazas de los pacientes a las víctimas potenciales puedan menoscabar en gran medida el tratamiento. Además, en los casos de conflicto entre el tratamiento eficaz y la seguridad de la sociedad, el legislador ha apostado por la preferencia de la confidencialidad sobre la obligación de advertir. La cuestión de si un tratamiento eficaz para los enfermos mentales se debe sacrificar a un sistema de avisos está, en mi opinión, adecuadamente resuelto por el legislador a favor de la confidencialidad”.

¹⁴ En relación con el problema de la confidencialidad, el juez Clark planteó la formulación legal de los deberes de observancia del deber de confidencialidad en los tratamientos de los pacientes psiquiátricos, con base en el *Welfare and Institutions Code* de 1967 del Estado de California. En efecto, en la conocida como *Ley Lanterman-Petris-Short* (regulación estatutaria específica de los derechos de los pacientes y terapeutas en la relación médico-psiquiátrica) se establece un deber general de confidencialidad sobre los datos, informaciones y revelaciones facilitados por los pacientes en el curso de la relación asistencial (§ 5001 en materia de derechos y garantías generales, y más específicamente § 5150 en relación con la detención y § 5300 con la información clínica). En concreto el § 5150 que regula el internamiento involuntario para observación dispone que “Cuando una persona, como resultado de un trastorno de salud mental, es un peligro para los demás, o para sí mismo, o presenta una discapacidad grave, un oficial de paz, profesional a cargo de un centro designado por el condado para la evaluación y tratamiento, miembro del personal que atiende, tal como se define en la regla, de un centro designado por el condado para la evaluación y el tratamiento, los miembros designados de un equipo móvil de crisis o persona profesional designado por el condado puede, cuando exista causa probable, tomar a la persona en custodia por un período de hasta 72 horas para la evaluación, y la intervención en crisis, o colocación para la evaluación y el tratamiento en un centro designado por el condado para la evaluación y el tratamiento y aprobado por el Departamento de Salud del Estado. Como mínimo, la evaluación, tal como se define en la Sección 5150.4, y evaluación, como se define en la subdivisión (a) de la Sección 5008, se llevarán a cabo y siempre de manera continua. La intervención en casos de crisis, como se define en la subdivisión (e) de la Sección 5008, se puede producir simultáneamente con la evaluación o cualquier otra actividad médica. Pero debe tenerse en cuenta, muy señaladamente, lo dispuesto en el § 5328, dedicado a los derechos de las personas con enfermedad mental retenidas contra su voluntad, en el que se señala que: “La información y registros obtenidos en el curso de la prestación de servicios sanitarios será confidencial. No obstante, la información y los registros serán conocidos únicamente en cualquiera de los siguientes casos: (R) *Cuando el paciente, en opinión de su psicoterapeuta, presenta un peligro grave de violencia a una víctima razonablemente previsible o de las víctimas, a continuación, cualquiera de la información o los registros especificados en esta sección puede ser comunicado a la persona o personas y a los organismos policiales y agencias de bienestar infantil del condado siempre que el terapeuta determine que es necesaria para la protección de esa persona o personas.*”

En conclusión, el tribunal señaló la responsabilidad de los psiquiatras Moore, Gold, Yandell y Powelson "porque, de conformidad con las normas de su profesión, determinaron, o debieran haberlo hecho [caso de Powellson] que Poddar presentaba un peligro grave de violencia contra Tatiana Tarasoff, pero sin embargo no ejercieron el cuidado razonable para protegerla de ese peligro".

Sin embargo, y como adelantamos, conviene notar que la doctrina jurisprudencial norteamericana en los supuestos de colisión entre la confidencialidad de los datos médico-psiquiátricos y el derecho a la seguridad de las víctimas potenciales no es pacífica ni uniforme¹⁵. La tesis adoptada en el caso Tarasoff no se ha impuesto, al menos tan claramente, en pronunciamientos posteriores, en los que ha ido resultando concretada y matizada en función de las circunstancias, como lo demuestra por ejemplo la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de Texas en el caso Thapar M.D. vs. Lyndall Zezulka (de 18 de noviembre de 1998)¹⁶. En esta sentencia, en la que se enjuiciaba a un psiquiatra que no reveló la voluntad revelada por un paciente de asesinar a su padrastró, algo que el paciente finalmente hizo, el Tribunal Supremo de Texas defendió la configuración del deber de denuncia como una *potestad* o una *facultad* del médico. Si bien pudiera entenderse que dicha facultad resulta admisible cuando no aparece claro el riesgo o peligro, la gravedad o la inminencia del mismo, el tribunal se encargó de precisar que, "aun en el caso de que el psiquiatra hubiera apreciado un riesgo inminente y serio de matar a la persona que le había revelado su voluntad, la vigencia del secreto médico en el estatuto profesional de los psiquiatras determina que fuera potestativo para el profesional proceder o no a revelarlo".

Sin embargo, se trata de una doctrina que aparece relativamente asentada en los casos en los que, en los supuestos de trastorno psiquiátrico que evidencia una peligrosidad razonable, previsible, inminente, grave y dirigida contra personas concretas, exigen necesariamente la comunicación a las potenciales víctimas del sujeto por parte del equipo médico que atiende al sujeto. Así se reconoce en la Vargas v. Gromko, 977 F. Supp. 996 (ND Cal. 1997), en la que un trabajador del departamento de obras públicas del condado de Monterrey (California) despedido de su trabajo y en tratamiento por trastornos mentales graves, advierte a su médico de la intención de disparar contra las personas que le habían "hecho la vida imposible en su trabajo". Aplicando la doctrina Tarasoff, el equipo de salud mental del hospital que trataba al paciente, sometido a una medida de internamiento de 72 horas, decidió advertir por escrito a las potenciales víctimas y a la policía acerca del riesgo que suponía el estado mental del paciente.

¹⁵ Como ha señalado PARDO LÓPEZ, "Intimidación personal...", cit., pág. 191, "Este "deber de proteger" a terceros frente al riesgo representado por pacientes psiquiátricos peligrosos ha sido posteriormente¹⁷ interpretado y aplicado de forma unas veces extensiva, otras restrictiva, en la jurisprudencia norteamericana¹⁸, de modo que no resulta posible hablar de una auténtica doctrina Tarasoff uniforme: pudiera no ser necesario que la víctima potencial esté perfectamente identificada; el deber de proteger puede surgir incluso en supuestos en los que la relación médico paciente es puntual, accidental o de emergencia; la responsabilidad se ha extendido a daños materiales, no sólo personales; el deber desaparece si la víctima conoce o tiene motivos para conocer el peligro potencial; se exige la amenaza previa a una víctima identificable para establecer la existencia de dicho deber de protección; tal deber no existe cuando el facultativo no tiene posibilidad de ordenar un internamiento; existen discrepancias jurisprudenciales sobre el lapso temporal en el que la concreción del daño puede resultar imputable a la negligencia del profesional médico; en los supuestos de internamiento voluntario por el paciente pudiera no apreciarse la existencia de deber alguno; los estándares para determinar la peligrosidad son muy distintos.... demasiadas ambivalencias y divergencias respecto a la sentencia originaria, si bien es cierto que ninguna de las sentencias posteriores niega la existencia de un duty to protect como categoría abstracta en la relación psiquiatra-paciente, simplemente modulan las circunstancias en las que el mismo se concreta".

¹⁶ Anotada por GÓMEZ RIVERO, *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico*, Comares, Granada, 2007, pág. 289.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

La doctrina del caso Tarasoff se ha vinculado, en posteriores sentencias, con el complejo problema del deber de evitar la comisión de delitos, o con el más amplio deber ciudadano de evitar daños, sobre la base del difícil concepto de la previsibilidad del daño y de la posibilidad de una actuación preventiva sin un riesgo elevado para el actor. En este sentido, los argumentos del caso Tarasoff han sido usados, en el marco de la doctrina general de la responsabilidad por omisión en los casos de daños, en la sentencia *Soldano v. O'Daniells*, [Civ. N° 5900. Corte de Apelaciones de California, Quinto Distrito de Apelación. Sentencia de 28 de marzo de 1983.].

Sobre la regla general de falta de una responsabilidad directa por acción, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha venido señalando el nacimiento de una obligación de actuación ante riesgos inminentes, previsibles y fácilmente evitables por el actor: “la previsibilidad del daño a demandante, el grado de certeza de que el demandante sufriría una lesión, la cercanía de la conexión entre la conducta del demandado y el daño sufrido, la culpa moral unida a la conducta del acusado, la política de prevención daños en el futuro, la medida de la carga para el acusado y las consecuencias para la comunidad de imponer el deber de ejercer cuidado con la responsabilidad resultante en caso de incumplimiento, la disponibilidad, costo, y la prevalencia de seguro para el riesgo involucrado” son factores a tener en cuenta en el nacimiento de la obligación de actuar en la evitación de daños futuros.

El problema de determinar hasta dónde resulta exigible el deber de cuidado en relación con sujetos peligrosos se plantea en el caso *Thomson v. County of Alameda* [S.F. No. 24006. Corte Suprema de California. 14 de julio de 1980]. Las autoridades de custodia juvenil del condado de Alameda pusieron en libertad temporal a James F, un menor de edad cuyo internamiento había sido ordenado por un tribunal como consecuencia de la comisión de varios delitos menos graves de amenazas y agresiones a otros menores. A pesar de haber dirigido amenazas explícitas hacia un vecino menor de edad antes de su internamiento, y de la constancia de su condición violenta y peligrosa, las autoridades del condado de Alameda ordenaron su libertad condicional sin advertir a los vecinos y a posibles víctimas. Dentro de las primeras veinticuatro horas de su liberación, James F. asesinó al hijo menor de edad de sus vecinos, a quien había amenazado antes de su internamiento. La Corte Suprema de California —el mismo tribunal que resolvió el caso Tarasoff— tuvo en este caso la oportunidad de profundizar en su doctrina sobre el deber de advertencia en casos de peligrosidad, señalando que la doctrina sentada en el caso Tarasoff no resultaba aplicable a todos los supuestos en los que cabía apreciar un riesgo de peligrosidad en un sujeto, sino únicamente cuando dicho riesgo era grave, inminente e individualizado¹⁷, y cuando existía una relación especial de garantía que hacía nacer un deber de advertencia específico y personalizado, sin que dicho deber pueda extraerse de una peligrosidad difusa que pueda afectar a una generalidad indeterminada de personas¹⁸.

¹⁷ No obstante, otra línea jurisprudencial amplió el deber de protección a supuestos en los que la identidad de la víctima no era conocida, pues el paciente representaba un riesgo amplio, general, indiscriminado en cuanto a la persona, aunque altamente probable en cuanto al resultado (vid. PARDO LÓPEZ, “Intimidad personal...”, cit., pág. 198, y la relación de jurisprudencia citada por la autora en la nota 39: *Lipari vs. Sears, Roebuck & Co.* 497 F. Supp. 185 (D. Neb. 1980); «duty to protect society from dangerous patients». En el mismo sentido, *Petersen vs. State* 671 P.2d 230 (Wash. 1983) y *Petersen vs. Washington* 100 Wa. 2d. 421 (1983); *Metlow vs. Spokane Alcoholic Rehabilitation Center* 781 P. 2d 498 (Wash. App. 1989); *Cox vs. Malcom* 808 P. 2d 758 (Wash. App. 1991); *Johnson vs. State* 841 P. 2d 1254 (Wash. App. 1992); *Reisner vs. Regents of the University of California* 37 Cal. Rptr. 2d 518 (Cal. App. 1995).

¹⁸ En parecidos términos vid. *Johnson v. Estado de California*, 69 Cal.2d 782, de 4 de diciembre de 1968.

Uno de los elementos de la doctrina Tarasoff que ayuda a entender la compleja línea jurisprudencial posterior radica en la valoración de la "actuación futura del paciente", de tal manera que la colisión con el derecho a la intimidad y a la confidencialidad de los datos médico facilitados por el paciente en el curso del tratamiento debe abordarse teniendo en cuenta la utilidad de esa información, no para sancionar a un sujeto por hechos pasados, sino para evitar el peligro inminente potencial y grave de una conducta futura. Así, la sentencia de la corte de apelación de Nueva York dictada en el caso *People v. Rivera* 2015 NY03764, rechaza la aplicación de la doctrina Tarasoff porque los hechos se referían a la información facilitada por un paciente a su psiquiatra en relación con abusos que ya habría cometido sobre un menor, y que el psiquiatra había puesto en conocimiento de las autoridades competentes. Si bien el tribunal de primera instancia admitió las revelaciones del psiquiatra como prueba, permitiendo su testimonio en juicio, la corte de apelación rechazó la revelación de la información médica como fuente de prueba al entender que en tal caso prevalecía la confidencialidad médico-paciente, sin que la revelación pudiera ser considerada un error invencible del terapeuta.

Desde la perspectiva del Derecho español, conviene señalar que la doctrina Tarasoff parte de un presupuesto indiscutible en Estados Unidos, pero ausente de regulación clara y específica en España: el deber de confidencialidad del médico-psiquiatra cede ante la peligrosidad que representa el paciente. La duda —y el valor de la doctrina Tarasoff— está en determinar el alcance del deber del psiquiatra al ponderar el riesgo, la inminencia, la gravedad y la probabilidad: si debe advertir solo a la policía, si debe advertir también a la víctima y, en último caso, si su deber alcanza a la protección efectiva de terceros mediante la orden de internamiento médico. La doctrina Tarasoff es clara al señalar que, siendo el peligro evidente y determinado, y estando identificada la víctima, la responsabilidad de los terapeutas se inscribe en un deber específico de protección social, que no se agota con la mera comunicación a la policía, sino que, en el marco de la responsabilidad civil, debe extenderse a las víctimas potenciales del paciente, incluyendo además la eventual actividad médica preventiva en relación con las posibles medidas de internamiento¹⁹.

II. EL CASO GERMANWINGS

El 24 de marzo de 2015 el vuelo 4U 9525 operado por la compañía Germanwings despegó del aeropuerto de Barcelona con destino Düsseldorf. Poco antes de llegar a su destino, el avión, un Airbus A320-211, se estrelló en el macizo de Estrop —Alpes franceses—, ocasionando la muerte de 150 personas (tripulación y pasajeros). Según señala la Oficina de Investigación y Análisis para la Seguridad Aérea de Francia (BEA)²⁰, encargada de la investigación del accidente, el copiloto Andreas

¹⁹ Como advierte PARDO LÓPEZ, "Intimidad personal...", cit., pág. 194, el interés de la doctrina Tarasoff excede del mero problema de colisión entre la confidencialidad de los datos médicos y el derecho a la vida e integridad física de terceros; la extensión de los deberes de protección y seguridad en relación con la peligrosidad de determinados pacientes suscita el ensanchamiento del campo de determinadas responsabilidades públicas, hasta no hace mucho limitadas a conductas de abstención o contención: "Las autoridades públicas no sólo tienen el deber de abstenerse de cualquier violación de dichos derechos (obligación negativa de respetarlos o no interferir, respect), sino que deben, además, intentar satisfacer o garantizarlos (obligación positiva, fulfill) y ahora, también, deben proteger (obligación positiva, protect) los derechos fundamentales de sus ciudadanos de ataques o violaciones procedentes de terceras partes, incluidos otros particulares." La traducción positiva de los Derechos fundamentales y las responsabilidades promocionales de los poderes públicos, no solo en el orden social y económico, sino también en lo que a seguridad y paz pública se refiere, constituye uno de los fundamentos del moderno Estado social.

²⁰ El informe final del BEA, en lengua española, puede consultarse completo en: <http://www.asociaciongwi9525.org/doc/final-bea.pdf>. Junto al informe del BEA, se emitió otro informe por EASA (Agencia Europea de Seguridad Aérea) "Task force on measures following the accident of Germanwings floght 9525. Final Report".

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

Lubitz, que padecía un trastorno depresivo psicótico diagnosticado y evaluado apenas dos semanas antes del accidente —con recomendación médica de tratamiento en un hospital psiquiátrico—, estrelló deliberadamente el avión aprovechando la ausencia del comandante de la cabina de vuelo.

De conformidad con los datos médicos de Andreas Lubitz recogidos por el informe del BEA, el 9 de abril de 2008, obtuvo un certificado médico de clase 1 sin restricciones y válido hasta el 9 de abril de 2009, expedido por el centro de medicina aeronáutica de Lufthansa. Un año más tarde, el 9 de abril de 2009, el centro de medicina aeronáutica de Lufthansa no revalidó su certificado médico de clase 1 debido a una depresión y a la administración de fármacos para tratarla. El 14 de julio de 2009 intentó la renovación de su certificado médico de aptitud para volar, pero su solicitud fue rechazada por el centro de medicina aeronáutica de Lufthansa, que tramitó la correspondiente notificación a la LBA. El 28 de julio de 2009, obtuvo un nuevo certificado médico de clase 1 válido hasta el 9 de abril de 2010. Desde julio de 2009, obtuvo cada año un certificado médico de clase 1 válido por un año²¹. El último certificado médico de clase 1 válido había sido expedido el 28 de julio de 2014 y disponía de validez hasta el 14 de agosto de 2015²².

Tiene interés detenerse brevemente en el historial médico de Lubitz, porque pone de relieve no solo la relevancia de sus patologías mentales previas al accidente, sino principalmente los fallos en los protocolos de detección anticipada de factores que implican un riesgo para la seguridad aérea derivada de las condiciones físicas y psíquicas de pilotos y personal de vuelo.

Tal y como hemos adelantado, el primer certificado médico obtenido por Lubitz fue expedido por la AeMC (Centro de Medicina Aeronáutica) de la compañía Lufthansa el 9 de abril de 2008, tratándose de un certificado médico de clase 1 sin restricciones para volar. Poco después, en agosto de 2008, Lubitz sufrió un episodio depresivo grave, aún sin síntomas psicóticos. Durante este episodio fue tratado por un psiquiatra, detectándose por el médico ideas de suicidio y realizando varios "pactos de no suicidio" médicamente controlados en el curso de un periodo de hospitalización. En julio de 2009, tras un tratamiento mediante fármacos y psicoterapia, fue dado de alta con indicación médica de una plena recuperación.

Con conocimiento de la enfermedad precedente y del tratamiento seguido, el centro de medicina aeronáutica de Lufthansa rechaza en julio de 2009 la solicitud del copiloto para la renovación de su certificado médico de clase 1, informándose de ello a la LBA (autoridad de aviación civil de Alemania). En su lugar, y tras examinar la documentación clínica de la enfermedad precedente de Lubitz, el centro médico de la compañía aérea expide un certificado de clase 1 (el 28 de julio de 2009) con la mencionada exención FRA 091/09, que advierte de la invalidez del certificado si se diagnosticara una recaída en la depresión. Hasta el 28 de julio de 2014, el centro de medicina aeronáutica de Lufthansa renovó anualmente el certificado de vuelo de Lubitz de clase 1 con restricciones, consistentes en su suspensión caso de manifestarse un nuevo brote depresivo.

²¹ Todos ellos aprobados con la nota "Note the special conditions/restrictions of the waiver FRA 091/09 -REV-" ("Tener en cuenta las condiciones/restricciones especiales de la exención FRA 091/09 -REV-").

²² En este último certificado su PPL(A) no incluía ninguna nota o limitación. Su MPL(A) incluía la limitación "****SIC**incl. PPL****", que significa "Reconocimientos médicos regulares específicos - ponerse en contacto con la autoridad emisora de la licencia". Esta limitación requiere que el examinador médico aeronáutico (AME) se pusiera en contacto con la autoridad emisora de la licencia antes de proceder con una evaluación médica relacionada con cualquier ampliación o renovación del certificado médico.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

En noviembre de 2011 se produce una recaída depresiva de Lubitz, de la que es tratado por dos psiquiatras privados, ajenos a la compañía aérea. Durante esta recaída, la historia clínica del copiloto revela problemas de visión y trastornos de sueño, sin causa orgánica para ello. El médico privado expide en febrero de 2015 una baja por enfermedad que el copiloto no tramita ante Germanwings. En el curso de este nuevo brote, ya diagnosticado como trastorno psicossomático y trastorno de ansiedad, se le prescribe Zoplicona 3,75 mg y Mirtazapina. En febrero de 2015, el médico privado firma una baja por enfermedad, certificado que tampoco fue remitido a Germanwings. Un mes más tarde, el 10 de marzo de 2015, el psiquiatra privado, tras un examen del copiloto, prescribe tratamiento psiquiátrico hospitalario por posible psicosis, expidiendo un nuevo certificado de baja por enfermedad por un periodo de 19 días, que tampoco llega a Germanwings. El 18 de marzo de 2015 es evaluado por un nuevo psiquiatra privado, que expide un certificado de baja por enfermedad durante cinco días, que tampoco cumple ni tramita ante su compañía aérea.

Según se indica en el informe de la BEA, todos los AME (examinadores médicos aeronáuticos) del AeMC (Centro Médico Examinador) de Lufthansa que evaluaron al copiloto para las revalidaciones del certificado médico de clase 1 tenían conocimiento de la restricción que pesaba sobre el copiloto. Todos ellos evaluaron su adecuación psicológica y psiquiátrica mediante la observación del comportamiento y las conversaciones. Sin embargo, y pese a que en un mensaje de correo electrónico enviado por el copiloto a su psiquiatra responsable en marzo de 2015, mencionaba haber tomado medicación adicional: Mirtazapina 15 mg y Lorazepam 1 mg., ninguna de las respuestas proporcionadas por el copiloto despertaron preocupación entre los examinadores médicos aeronáuticos acerca de un trastorno del estado de ánimo, neurótico, de personalidad, mental o de comportamiento que hubieran requerido de una evaluación psiquiátrica adicional.

Según sigue señalando el informe del BEA, la historia clínica del copiloto obtenida por la Oficina Federal Alemana de Accidentes Aéreos (BFU) y compartida con el BEA, recopila los documentos de los exámenes de los reconocimientos médicos aeronáuticos, así como aquellos procedentes de los médicos privados. La documentación fue analizada en profundidad por un experto alemán en medicina aeronáutica y un psiquiatra alemán. Sus análisis se compartieron y debatieron con un equipo de expertos, formados por el BEA, y compuesto por expertos en medicina aeronáutica y psiquiatras británicos, así como psiquiatras franceses. Los limitados datos médicos y personales disponibles para la investigación de seguridad hicieron imposible, según apunta el BEA, la conclusión de un diagnóstico psiquiátrico inequívoco. En particular, no fue posible una entrevista con los familiares del copiloto y sus médicos privados, ya que ejercieron su derecho a rehusar ser entrevistados por el BEA o el BFU. Sin embargo, la mayoría del equipo de expertos consultados por el BEA coincidían en que la limitada información disponible podía estar en consonancia con el hecho de que el copiloto hubiera sufrido un episodio depresivo psicótico que comenzó en diciembre de 2014 y que duró hasta el día del accidente. No podían excluirse otras formas de enfermedad mental, así como la posibilidad de un trastorno de personalidad.

El caso Germanwings plantea, una vez más, los términos en los que debe establecerse el equilibrio entre confidencialidad de datos médicos y seguridad pública, así como el alcance de las medidas preventivas que en determinadas actividades y profesiones deben adoptarse frente a estados

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

conocidos y diagnosticados de trastorno mental capaces de generar una potencial y objetiva peligrosidad para el paciente y para terceros²³.

Tal y como hemos adelantado, sobre el accidente se han realizado dos informes oficiales. Uno, por el ya mencionado BEA, y el segundo, por la Agencia Europea sobre Seguridad Aérea (EASA). Ambos informes incluyen aportaciones de interés en materia de prevención de la peligrosidad de trastornos mentales padecidos por pilotos de líneas aéreas, abordando en términos propositivos el espinoso problema de la colisión entre seguridad y secreto médico.

Según las conclusiones del informe del BEA, en las que sustancialmente coincide el informe de EASA, el proceso de certificación médica de los pilotos, en concreto, la notificación propia en caso de disminución de la idoneidad médica entre dos evaluaciones médicas periódicas, no fue satisfactoria a la hora de impedir que el copiloto, que había experimentado un trastorno mental con síntomas psicóticos, ejerciera el privilegio de su licencia. Los siguientes factores pueden haber contribuido al fallo de este principio:

-El probable temor del copiloto a perder su derecho a volar como piloto profesional si hubiera informado a un AME de su degradación en términos de idoneidad médica.

-Las posibles consecuencias económicas generadas por la falta de cobertura de seguros específica que cubriera los riesgos de la pérdida de ingresos en caso de incapacidad para volar.

-La falta de directrices claras en las normativas alemanas acerca de cuándo una amenaza a la seguridad pública supera los requisitos de la confidencialidad médica.

Las conclusiones de los informes²⁴, que resultan complementarias entre sí, coinciden en los siguientes aspectos²⁵:

1. Es precisa una evaluación médica más intensiva de los pilotos con problemas de salud mental, partiendo de la base de que la incapacidad mental no debe ser tratada en la misma forma que la incapacidad física.

2. Deben establecerse análisis rutinarios de los riesgos de incapacitación en vuelo.

²³ En la Unión europea, todos los aspirantes a piloto civil deben obtener un certificado médico que garantice un estado adecuado de salud física y psíquica (Reglamento 1178/2011 de la UE). En España, el organismo encargado de expedir las licencias de piloto de líneas comerciales es la Dirección General de Aviación Civil, que tiene establecido un modelo de reconocimiento médico inicial especialmente exhaustivo. Dentro del ámbito psiquiátrico, el examen médico contempla una entrevista extensa con el aspirante y un examen completo de su historial clínico personal y familiar relacionado con posibles trastornos psiquiátricos. En la valoración psicológica está establecido el uso de diversos test que valoran ítems como la ansiedad, la personalidad, la asertividad, la empatía, la tolerancia al estrés, etc. El problema, sin embargo, está en las revisiones periódicas psiquiátricas, que no son exigidas por la normativa europea. De hecho, Lufthansa, matriz de Germanwings, ha reconocido tras la tragedia de 2015, que no realizaba controles psicológicos ni psiquiátricos rutinarios a los pilotos una vez que estos eran contratados por la compañía, salvo que detectara la evidencia o sospecha de algún trastorno mental.

²⁴ Pueden consultarse en: www.bea.aero/uploads/tx_elydrappports/BEA2015-0125.en-LR.pdf; y en www.easa.europa.eu

²⁵ Para analizar las conclusiones de ambos informes he consultado la ponencia de ELORZA GUERRERO, "El control de la salud de los pilotos de líneas aéreas", presentada al *IX Congreso Internacional de Derecho Aéreo* (UNIA), Baeza, 24 de junio de 2016 (inédito). Sobre la relación entre intimidad, protección de datos y prevención de la seguridad me ha sido de gran utilidad el texto de la ponencia que MENDOZA CALDERÓN, presentó al workshop sobre celebrado en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla los días 4 y 5 de junio de 2017 con el título "Protección de datos y riesgo permitido en Derecho Penal: el caso Germanwings" (inédito).

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

3. Conviene mitigar las consecuencias socioeconómicas de la pérdida de la licencia de vuelo.
4. Deben regularse por la UE los supuestos en que se permitirá a los pilotos ser declarados aptos para volar mientras toman antidepresivos bajo supervisión médica. Es imprescindible definir reglas claras en relación con la obligación de los servicios de salud de informar a las "autoridades apropiadas", cuando la salud de un paciente pueda tener un impacto sobre la seguridad pública, incluso cuando el paciente rehúsa dar su consentimiento, pero sin riesgo legal para dichos servicios de salud, en tanto se protegen los datos privados del paciente de una divulgación innecesaria.
5. Resulta oportuno establecer un fuerte programa de supervisión del rendimiento de los examinadores médicos. Las legislaciones nacionales deben garantizar, en este sentido, un adecuado equilibrio entre la confidencialidad en relación al paciente y la protección de la seguridad pública.
6. Debe crearse un fichero europeo de datos médicos para facilitar el intercambio de información médica y abordar la cuestión de la no declaración del piloto.
7. Conviene implementar grupos de apoyo entre pilotos, familiares y compañeros, para el tratamiento de problemas personales y mentales, con garantía de que la información se mantendrá confidencialmente en un ambiente de cultura justa.

Como puede advertirse, los dos informes oficiales sobre el accidente de Germanwings coinciden en la necesidad de replantear el equilibrio entre secreto médico por trastorno psiquiátrico —confidencialidad-intimidad— y seguridad aérea desde posiciones suficientemente garantistas para ambos polos de la tensión. En este sentido, las recomendaciones de las agencias oficiales que parecen más significativas se refieren a la imprescindible intensificación de los controles médicos y a la necesidad de regular con precisión los supuestos en los que los médicos tendrán el deber de informar a las autoridades competentes, aun en contra del consentimiento del paciente, sobre el riesgo o la peligrosidad del piloto²⁶.

Un informe que, minimizando el impacto negativo profesional sobre el piloto, garantice suficientemente la seguridad aérea, que es en estos casos el interés, no único, pero sí prevalente. A ello cabe añadir la extensión progresiva del "deber" de advertir sobre la potencial peligrosidad del piloto al entorno del mismo —familiares, compañeros de cabina, tripulaciones— así como a los servicios médicos privados y públicos que traten al piloto fuera de los controles periódicos en el ámbito profesional.

En esta misma línea se ha situado el interesante informe emitido por el Colegio de Médicos de Barcelona el 31 de marzo de 2016 a propósito del debate entre la confidencialidad médica y la protección de terceros. En primer lugar, el análisis de las causas últimas del accidente del vuelo de Germanwings deben situarse en el amplio marco del debate entre la libertad y seguridad en las modernas sociedades democráticas. Este debate, a juicio de la institución colegial, es muy actual en distintas situaciones en nuestra sociedad moderna, la seguridad ciudadana y la lucha contra el terrorismo son los ejemplos más paradigmáticos. El debate, siempre en estado latente, "resurge a menudo ante hechos concretos y da lugar a reacciones en caliente, no siempre ponderadas y

²⁶ En esta recomendación coincide el Informe emitido por el Colegio de Médicos de Barcelona de 31 de marzo de 2016 (cit.) a propósito del accidente de aviación del vuelo de Germanwings, al señalar que "ocasionalmente deberemos avisar de una situación potencialmente peligrosa, y advertir al paciente de que no podemos mantener la confidencialidad dada la implicación de terceras personas a las que hay que proteger".

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

proporcionadas. Esto es lo que ha pasado con el accidente de la aerolínea Germanwings, que ha provocado que se cuestione el deber de confidencialidad médica. Este caso nos lleva, por lo tanto, a deliberar sobre los límites de la libertad individual frente a la seguridad ciudadana, haciéndonos la pregunta de si se han de plantear nuevos límites a la confidencialidad”.

Entre las conclusiones del informe colegial merecen ser destacadas, por su importancia, y por la coincidencia con las tesis que este trabajo de sostiene, las siguientes:

-La eficacia de la relación médico-enfermo para alcanzar el objetivo de ambas partes (alivio o curación de la enfermedad) se basa en la confianza. El enfermo hace al médico depositario de su intimidad, conociendo —y confiando— que tiene y respeta el deber del secreto médico. Una priorización sistemática de la seguridad, sin una ponderación cuidadosa de cada caso, podría dañar la confianza en el profesional y provocar consecuencias negativas para la salud del enfermo.

-En el caso del enfermo psiquiátrico, hay que actuar con extrema delicadeza, para no favorecer la grave estigmatización que ya sufre este colectivo —que se refleja a menudo en la consideración errónea que se les otorga de seres diferentes y potencialmente peligrosos— y para preservar la confianza necesaria de la eficacia del tratamiento. Como medida preventiva del conflicto, ante la posible necesidad de romper el secreto, se recomendaría incorporar en el acto —y eventualmente en el documento— de consentimiento informado una explicación con los límites de la confidencialidad, a fin de que el paciente esté informado al inicio de la relación. Si el médico que atiende a un paciente con algún tipo de trastorno mental sea del ámbito público o privado, detecta un elevado riesgo para su seguridad o para la de terceros, tiene la posibilidad de instar un ingreso involuntario.

-La protección de la intimidad y la obligación del secreto pueden ceder ante situaciones en las que hay un interés prevalente, y el vigente ordenamiento legal ya requiere que la injerencia en la intimidad tenga una finalidad constitucionalmente legítima (como la protección de la salud y de la vida), que exista previsión legal para la medida limitativa propuesta y que esta observe el principio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad. Además, el Código de Deontología, en la norma 32, especifica aquellas situaciones en las que el médico podrá revelar el secreto, pero siempre con discreción, exclusivamente a quien haya de hacerlo y en los justos límites necesarios.

-Se debe considerar una eventual regulación específica del secreto profesional en la Unión Europea, a pesar de que hay diferencias de marco legal entre sus miembros. En este sentido, hay que tener presente que en nuestro país, en el que la colegiación es obligatoria y que contempla los límites del secreto profesional en el Código de Deontología del Colegio de Médicos —de obligado cumplimiento para los médicos—, la comunicación justificada y a quien corresponda de manera mesurada, discreta y proporcionada encontraría amparo en el mismo y el correspondiente apoyo de este Colegio. El médico, ante la duda de romper el secreto profesional para proteger el propio paciente o a terceras personas, podrá consultar el Colegio de Médicos, que le orientará y le apoyará en términos legales y deontológicos para poder tomar la mejor decisión y, si fuera el caso, darle el amparo corporativo.

-Es recomendable que se establezca un marco normativo que facilite canales de comunicación estables entre la medicina asistencial (tanto pública como privada) y la medicina de empresa, que deben verse no como una ruptura de la confidencialidad, sino como una ampliación del círculo del secreto profesional, para un mejor servicio a la sociedad y al trabajador.

En esta misma línea, y en términos conclusivos, resultan de particular interés las reflexiones de GÓMEZ RIVERO²⁷, en relación con la colisión entre el derecho a la intimidad del paciente y el deber del médico de impedir la comisión de hechos delictivos derivados de la previsibilidad del riesgo fundado en las condiciones médicas del paciente.

Según la autora citada, puede formularse en estos casos una regla general conforme a la cual “la primacía del derecho a la intimidad del paciente habrá de mantenerse en todos aquellos casos en los que el interés a ella contrapuesto ni se traduzca en la evitación de un riesgo para la vida o salud de las personas, ni se implique con intereses de carácter general”. Como ejemplo de esto último —seguimos a la autora citada— puede manejarse aquel en el que, registrada una anomalía psíquica, esta afectase al desarrollo de una profesión de implicación social, como pueda ser el ejercicio de la docencia. De manera más clara, concluye la autora, podría justificarse la revelación del secreto cuando, además de concurrir un interés general, se afectase de forma directa la vida o salud de un colectivo indeterminado de sujetos, al incidir, por ejemplo en actividades que conllevan una potencialidad lesiva para la vida o la salud de terceros, tales como el ejercicio de la medicina, la conducción de vehículos por un profesional, o incluso el manejo o porte de armas por los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad.

III. SECRETO MÉDICO Y PELIGROSIDAD DEL PACIENTE CON TRASTORNO PSIQUIÁTRICO: ESQUEMA NORMATIVO

De la compleja inteligencia del secreto profesional —y médico en particular— en relación con los derechos fundamentales a la intimidad, seguridad, vida e integridad física, da idea el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico carece en la actualidad de una ley que desarrolle de forma completa y adecuada el alcance, contenido y límites del secreto profesional (arts. 20 y 24 CE)²⁸.

Dada la relación entre secreto médico y peligrosidad de pacientes con trastorno mental, conviene, al menos, partir de algunas claves básicas que nos permitan señalar en qué términos se plantea jurídicamente la tensión entre confidencialidad y seguridad, que es la que en el fondo late bajo el problema de la responsabilidad médica en los casos de peligrosidad de pacientes psiquiátricos²⁹.

²⁷ Vid. *La responsabilidad...*, cit., págs. 685 y 686.

²⁸ Sobre el secreto, y el deber de secreto que alcanza a determinados profesionales, vid., ampliamente, MORENO CATENA, *El secreto en la prueba de testigos del proceso penal*, Montecorvo, Madrid, 1980, págs. 123 y ss.

²⁹ En relación con la tensión entre confidencialidad y seguridad en materia de secreto médico, el Informe emitido por el Colegio de Médicos de Barcelona a raíz del accidente de aviación de Germanwings (ya citado supra), contiene unas interesantes reflexiones que conviene transcribir para situar convenientemente el problema: “1- La deliberación sobre el dilema “privacidad versus seguridad” debe hacerse desde la equidistancia entre los perjuicios que se pueden derivar de priorizar una u otra. Debemos deliberar como si no supiéramos en cuál de las dos posiciones nosotros mismos —como personas— nos podemos encontrar en un futuro. 2- Hay que ponderar, no solo los beneficios que puede introducir considerar nuevos límites a un derecho consolidado (como es el de confidencialidad), sino también los perjuicios que pueden derivarse de ello. El paciente viene a la consulta con sus problemas y los explica conocedor de que el médico tiene la obligación de secreto médico. Pensemos en los efectos positivos de este convencimiento: ¿cuántas personas dejarían de depositar la confianza en su médico si dudaran de este deber de confidencialidad, de este derecho a la intimidad en el acto asistencial y cuáles serían los perjuicios sobre su salud? 3- Hay que ponderar las consecuencias de orden general de las decisiones que tomemos, es decir, no solo los efectos sobre la seguridad de terceras personas, sino también lo que puede tener de simbólico un ordenamiento social que anula o reduce esferas relevantes de decisión y responsabilidad personal. Pensemos, pues, en cómo determinadas medidas pueden aproximarnos a sociedades paternalistas o autoritarias. 4- Y, no menos importante, hay que tener en cuenta que la justicia forma parte de la ética “de mínimos”, es decir, como gran regulador que es de la vida social, la justicia debe quedar preservada en la decisión final que tomemos. Esto

Con propósito sintético puede afirmarse que estamos, en primer término, ante un problema constitucional³⁰, concretado en la concurrencia, por un lado, del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE) y por otro, de los derechos fundamentales a la seguridad (art. 17 CE), a la vida y a la integridad física (art. 15 CE). El secreto médico —uno de los pilares del código deontológico sanitario— se configura como un deber profesional que constituye una proyección del derecho a la intimidad del paciente, concretado en la obligación del facultativo de garantizar la confidencialidad de los datos contenidos en la historia clínica, que son datos calificados como especialmente protegidos (art. 7.3 de la LO 5/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal)³¹.

Sin embargo, sabido es que los derechos fundamentales no se configuran como derechos absolutos, sino que admiten limitaciones fruto de la concurrencia con otros derechos fundamentales. Así sucede con el derecho a la intimidad cuando la confidencialidad de ciertos datos puede poner en riesgo o lesionar otros derechos fundamentales, como por ejemplo la seguridad, la salud o la vida e integridad física de terceros. En tales casos, debe alcanzarse un adecuado equilibrio, ponderando cuál de ambos derechos debe primar sobre el otro, y hasta qué punto debe hacerlo.

Esta tarea le corresponde a la Ley Orgánica, que es en nuestro sistema constitucional la encargada de desarrollar normativamente el contenido, alcance y la posible limitación de los derechos fundamentales (art. 81.1 CE). Sin embargo, y como adelantamos, el legislador postconstitucional no ha abordado la tarea de desarrollar unitariamente el contenido y límites del secreto profesional, que en la actualidad es objeto de regulación a través de disposiciones fragmentarias, sectoriales e incompletas³², que vienen generando no pocas dudas en los supuestos de conflicto de concurrencia entre intereses de trascendencia constitucional³³.

equivale a introducir un elemento de ponderación nada fácil para el profesional: ocasionalmente deberemos avisar de una situación potencialmente peligrosa, y advertir al paciente de que no podemos mantener la confidencialidad dada la implicación de terceras personas a las que hay que proteger. Este hecho excepcional requiere también ser tratado con justicia; más adelante insistiremos en ello al hablar del principio de proporcionalidad.

³⁰ Vid. SANCHEZ CARAZO, *La intimidad...*, cit., págs. 33 y ss. También GÓMEZ RIVERO, *La protección penal...*, cit., págs. 275.

³¹ Vid Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, de 6 de julio de 2001: “El *secreto profesional*, en cuanto justifica, por razón de una actividad, la sustracción al conocimiento ajeno de datos o informaciones obtenidas que conciernen a la vida privada de las personas, está estrechamente relacionado con el derecho a la intimidad que el art. 18.1 CE garantiza, en su doble dimensión personal y familiar, como objeto de un derecho fundamental. En tales casos, la observancia del *secreto profesional* puede ser garantía para la privacidad, y el respeto a la intimidad, una justificación reforzada para la oponibilidad del secreto, de modo que se proteja con éste no sólo un ámbito de reserva y sigilo en el ejercicio de una actividad profesional que, por su propia naturaleza o proyección social se estime merecedora de tutela, sino que se preserve, también, frente a intromisiones ajenas, la esfera de la personalidad que el art. 18.1 CE garantiza. Ello adquiere especial relevancia en el caso del secreto médico, habida cuenta de la particularidad de la relación que se establece entre el profesional de la medicina y el paciente, basada firmemente en la *confidencialidad* y *discreción* y de los diversos datos relativos a aspectos íntimos de su persona que con ocasión de ella suelen facilitarse. De ahí que el *secreto profesional* sea concebido en este ámbito como norma deontológica de rigurosa observancia, que encuentra una específica razón de ser no ya en la eficiencia misma de la actividad médica, sino en el respeto y aseguramiento de la intimidad de los pacientes”.

³² Dentro de las normas médico-legales, cabe destacar la ley 41/2002, que establece con carácter general el deber de secreto médico, concretado en la confidencialidad de los datos clínicos relativos a la salud de cada paciente, que no pueden ser revelados ni difundidos salvo en los casos expresamente previstos por la ley (art. 7). Para el acceso a la historia clínica con fines judiciales, la ley 41/2002 remite a las disposiciones de la LO 15/1999, de protección de datos, garantizando la separación entre datos de identificación del paciente y datos clínicos, excepto en los casos en que la autoridad judicial considere imprescindible la unificación de dichos datos, supuestos en los cuales se estará a lo que dispongan los jueces y tribunales en el proceso correspondiente. También está prevista la limitación del secreto médico, aunque de modo indirecto, en la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección del derecho al honor,

Desde el punto de vista del esquema de protección de datos en España, debe recordarse que los datos médicos recogidos en el curso de la relación asistencial —sea cual sea su naturaleza pública o privada, su motivo y su duración— son datos especialmente protegidos, de conformidad con lo dispuesto en la LO 5/1999. El art. 7.3 de la citada Ley señala que “Los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente”. Una disposición que se completa con lo previsto en el apartado 6 del propio art. 7, según el cual “podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal a que se refieren los apartados 2 y 3 de este artículo, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médicos, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto. También podrán ser objeto de tratamiento los datos a que se refiere el párrafo anterior cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento”. Sobre la base, pues, de la confidencialidad de los datos médicos, y del régimen de especial protección que rige su obtención, tratamiento y transmisión, solo una cláusula poco precisa permite la “cesión” de dichos datos cuando sea *necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona*. Cláusula que, solo de modo indirecto y con apoyo en una interpretación amplia³⁴ —muy limitada cuando se trata de materias sometidas al principio de restricción por su

intimidad y la propia imagen, al señalar que la intromisión en la intimidad del sujeto no se considerará ilegítima cuando esté prevista en la ley o el propio sujeto preste su consentimiento (art. 2). En art. 8 de la misma Ley se advierte que no se reputarán, con carácter general, intromisiones ilegítimas las actuaciones acordadas o autorizadas por la Autoridad competente de acuerdo con la ley, ni cuando predomine un interés histórico, científico o cultural relevante. En el ámbito internacional, el secreto médico está protegido, entre otras, en la Declaración de Ginebra de la Asociación Médica Mundial; el Código Internacional de Ética Médica; la Carta Médico Social de Nuremberg, el Código Español de Ética y Deontología (señaladamente su art. 18) y los Estatutos Generales de la Organización Médica Mundial. Más ampliamente vid. CASTELLANO ARROYO, “Problemática de la historia clínica”, *Información y documentación clínica*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, Madrid, 1997.

³³ Sobre la protección de la confidencialidad de los datos médicos en el ámbito internacional, vid. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad...*, cit., págs. 658 y ss. A las disposiciones allí citadas deben añadirse las contenidas en la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2011, relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, y en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos. Esta última disposición comunitaria, de trascendencia indudable en la armonización normativa comunitaria sobre el tratamiento de datos personales, toma en consideración el problema de la compatibilidad entre el tratamiento de los datos personales relativos a la salud y el deber de secreto profesional. En los antecedentes del Reglamento, específicamente se señala que “el presente Reglamento debe establecer condiciones armonizadas para el tratamiento de categorías especiales de datos personales relativos a la salud, en relación con necesidades específicas, en particular si el tratamiento de esos datos lo realizan, con fines relacionados con la salud, personas sujetas a la obligación legal de secreto”. Junto a ello, se recuerda “por lo que respecta a los poderes de las autoridades de control para obtener del responsable o del encargado del tratamiento acceso a los datos personales y a sus locales, los Estados miembros pueden adoptar por ley, dentro de los límites fijados por el presente Reglamento, normas específicas con vistas a salvaguardar el deber de secreto profesional u obligaciones equivalentes, en la medida necesaria para conciliar el derecho a la protección de los datos personales con el deber de secreto profesional”. Ya en el articulado, el art. 9 del Reglamento, relativo al tratamiento de categorías especiales de datos personales —la salud física y mental entre ellas—, permite el tratamiento —la transmisión por tanto— excepcional de datos relativos a la salud cuando [art. 9, 2 g)] cuando resulte necesario por razones de interés público conforme al Derecho de la Unión o del Derecho nacional.

³⁴ Como señala PARDO LÓPEZ, “Intimidad personal...”, cit., pág. 22, “La interpretación puede llegar a resultar

estatuto especial y por la potencial afectación de derechos fundamentales— podría resultar aplicable para amparar la comunicación de datos médicos a las autoridades competentes en caso de riesgo potencial derivado de la peligrosidad de un trastorno mental³⁵.

Volviendo al concepto de secreto, como presupuesto de carácter general y en términos normativos, debe considerarse secreto como aquello conocido por un reducido círculo de personas y sobre lo que se tiene legítimo interés en mantener oculto para los demás³⁶. En una perspectiva más concreta, cabe definir con Moreno Catena³⁷ el secreto profesional como “aquellos secretos privados referidos, bien a la intimidad bien al patrimonio de quien acude al profesional, que son confiados a este o conocidos por él por una necesidad o cuasi necesidad en orden a la resolución de aquello que cada uno precisa”.

Desde la perspectiva penal, el secreto médico se aborda en una doble vertiente. Por una parte, el Código Penal tipifica como delito el descubrimiento y revelación de secretos en los arts. 197 a 201 (señaladamente art. 199.2), así como la infidelidad en la custodia de documentos y la violación de secretos de particulares por parte de funcionarios públicos (art. 417.2 CP).

Con carácter específico, el art. 199 CP regula el quebrantamiento del secreto laboral y profesional, esto es, la revelación de datos o hechos que el sujeto activo haya conocido con ocasión del desempeño de su trabajo. Siendo la conducta punible idéntica “la divulgación de secretos ajenos”, distingue el precepto la penalidad dependiendo si el conocimiento del secreto trae causa de una mera relación “laboral” o de una cualificada relación “profesional”. En el primer caso (art. 199.1), estamos ante secretos que el sujeto conoce en el ejercicio de una ocupación, oficio, tarea o relación laboral —puntual o permanente—, resultando agravado el segundo supuesto (art. 199.2)³⁸, en el que el sujeto tiene conocimiento de los secretos ajenos en el desempeño de una actividad profesional, entendiendo por tal aquella que tiene un reconocimiento académico y queda sujeta al deber de colegiación, y a los deberes disciplinarios y deontológicos inherentes a la misma (médicos, abogados, ingenieros, arquitectos, traductores, etc.). Entiende la doctrina penal que son requisitos que

tremendamente compleja para el intérprete/aplicador del Derecho y distintas posiciones pudieran resultar igualmente defendibles. El último inciso del art. 7.6 LOPD expresamente alude a la posibilidad de proceder al tratamiento de datos sanitarios prescindiendo del consentimiento del interesado cuando esto resulte necesario para “salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona”, pero es una referencia demasiado vaga e imprecisa como para deducir, sin más, las consecuencias que implica la doctrina Tarasoff. Aun suponiendo que dicha revelación fuese lícita, muchas dudas se plantean”.

³⁵ Similar problema se plantea en el caso de las enfermedades infectocontagiosas, en las que el tratamiento de datos y la transmisión de la información sobre la salud del paciente parece estar implícitamente prevista en el art. 26 de la Ley 14/1986, General de Sanidad: “1. En caso de que exista o se sospeche razonablemente la existencia de un riesgo inminente y extraordinario para la salud, las autoridades sanitarias adoptarán las medidas preventivas que estimen pertinentes, tales como la incautación o inmovilización de productos, suspensión del ejercicio de actividades, cierres de Empresas o sus instalaciones, intervención de medios materiales y personales y cuantas otras se consideren sanitariamente justificadas. 2. La duración de las medidas a que se refiere el apartado anterior, que se fijarán para cada caso, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas acordadas por resoluciones motivadas, no excederá de lo que exija la situación de riesgo inminente y extraordinario que las justificó.”

³⁶ GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 670 comparte la definición de secreto de la doctrina alemana, conforme a la cual: “secretos son los hechos que solo son conocidos por un círculo limitado de personas y en cuyo mantenimiento secreto el afectado tiene un interés comprensible, esto es, cuya protección está objetivamente fundada”.

³⁷ Vid. *El secreto...*, cit., pág. 127.

³⁸ Art. 199.2 CP: «El profesional que, con incumplimiento de su deber de sigilo o reserva, divulgue los secretos de otra persona, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para dicha profesión por tiempo de dos a seis años».

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

identifican una actividad como "profesional": 1) el ejercicio de empleo, facultad u oficio; 2) el que se trate del ejercicio público de una actividad jurídicamente reglamentada (institución pública) y 3) La necesidad de requerir, por determinadas personas y en determinadas circunstancias, los servicios profesionales de terceros³⁹.

En relación con este último requisito, la cualificación y la agravación del apartado segundo también depende, como se ha señalado, de la obligación que en muchos casos tiene el titular del secreto de revelar datos confidenciales al sujeto activo en el curso de la actividad profesional, convirtiendo a este en una suerte de "confidente necesario", que es lo que da fundamento jurídico, y no simplemente moral, a la obligación de sigilo y reserva que constituye la base del delito previsto en el art. 199.2 CP⁴⁰.

Completa la regulación penal de la protección del secreto de los particulares el art. 417.2 CP, conforme al cual se castiga con prisión de dos a cuatro años, multa de doce a dieciocho meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años, la revelación de secretos de particulares por un funcionario público o autoridad⁴¹ de los que tenga conocimiento por razón de su cargo y que no deban ser revelados. En lo que a nuestro trabajo interesa, abarca el precepto los casos en los que la revelación de secretos médicos se produce por facultativos que forman parte de la administración pública sanitaria, ya sea en la red de salud nacional o autonómica, ya ejerzan como profesionales sanitarios al servicio de otra rama de la Administración pública (Administración de Justicia, ejército, etc.), siendo un precepto de aplicación preferente, por razón de su especialidad, a los casos en los que la revelación del secreto se produzca por quien ha tenido conocimiento del mismo en razón de su condición de funcionario o personal estatutario asimilado⁴².

Con relación al deber de secreto profesional, debe señalarse que no es configurado como absoluto ya que, en el ámbito procesal, se prevé la aportación de información médico-clínica, bien como una obligación del propio médico en el ámbito del proceso penal, bien como una posibilidad de incorporación al proceso en los ámbitos civil, contencioso-administrativo y laboral. En el plano procesal penal, como caso paradigmático, el art. 262 de la LECRIM establece la obligación de los profesores de medicina y cirugía de dar parte de los delitos de que conocieren en el ejercicio de sus cargos, como un deber específico derivado del general de denunciar.

El problema surge, como claramente ha señalado Gómez Rivero, "a la hora de trazar los límites *relativos* de la tutela del secreto, esto es, de determinar el momento a partir del cual el derecho a la intimidad, en lo que aquí interesa, el derecho a que no sea conocida por terceros la enfermedad que

³⁹ Vid. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad...*, cit., pág. 665, con cita de BAJO FERNÁNDEZ, "El secreto profesional en el Proyecto de Código Penal", en *ADPCP*, 1980, págs. 606 y ss.

⁴⁰ Vid. MUÑOZ CONDE, *Derecho penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 266.

⁴¹ El concepto de autoridad y de funcionario público se contienen en el art. 24 CP; "1. A los efectos penales se reputará autoridad al que por sí solo o como miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado tenga mando o ejerza jurisdicción propia. En todo caso, tendrán la consideración de autoridad los miembros del Congreso de los Diputados, del Senado, de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y del Parlamento Europeo. Se reputará también autoridad a los funcionarios del Ministerio Fiscal. 2. Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas".

⁴² Como advierte GÓMEZ RIVERO, *La protección penal de los datos sanitarios. Especial referencia al secreto profesional médico*, Comares, Granada, 2007, págs. 398 y 399, el tipo del art. 417.2 CP habría de considerarse de aplicación preferente al art. 199.2 en virtud de la regla de especialidad consagrada en el apartado 3 del art. 8 del CP.

padece el sujeto, *pueda* decaer ante otros intereses, o incluso, *tener* necesariamente que ceder ante la prevalencia de los mismos”.

En el caso concreto de los psiquiatras que hayan conocido la posible comisión de delitos en el marco de las confidencias realizadas por su paciente, conviene señalar que la obligación impuesta por el art. 262 LECRIM puede resultar discutible. En primer lugar, no es igual la relación que se entabla entre el paciente que acude al médico para la curación de unas lesiones —asistencia obligatoria por el médico, necesaria para el paciente y en la que no suele mediar comunicación confidencial de información del paciente al médico—, y la relación entre psiquiatra terapeuta y paciente, en la que está implícita la comunicación de información del paciente y la confidencialidad de dicha información. En segundo lugar, en los casos de delitos que hayan llegado al conocimiento del psiquiatra en el curso de su atención terapéutica, la obligación de denuncia no debiera ser rígida sino flexible, considerando el tipo de delito de que se trate, la evitación de un peligro futuro con la denuncia, o el daño que generaría al paciente la denuncia del médico, pudiendo encontrarnos ante uno de los supuestos amparados por el estado de necesidad⁴³.

Como ha señalado Muñoz Conde⁴⁴, “la cuestión no puede resolverse de modo general sin tener en cuenta las peculiaridades del caso concreto [...] El derecho a la intimidad debe ser preferente sobre el deber de denunciar o testificar cuando se refiera a datos del pasado (p.ej., el sujeto se la confesado al psiquiatra que una vez violó a una mujer o mató a alguien), pero no cuando se refiera a comportamientos futuros del paciente (p.ej., el paciente revela al médico que piensa matar a alguien, lo que efectivamente lleva a cabo)”.

Por otra parte, el deber de colaboración de profesionales de la medicina, públicos o privados, con la Administración de Justicia, con independencia de la materia procesal de la que se trate, deriva del art. 118 de la Constitución y del art. 17 LOPJ, excluyendo el CP la calificación de delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando la información confidencial se revele en los casos permitidos por la ley, aún sin mediar causa legal por delito.

⁴³ En el caso de los psiquiatras, la doctrina está dividida, entendiendo un sector que sólo pesa sobre el médico la obligación de denuncia cuando se trate de delitos de sangre, de los que haya tenido conocimiento directo a través del ejercicio de su profesión y no como receptor de confidencias sino como interviniente necesario en su proceso de sanidad. Sólo en el caso de delitos futuros, cuya comisión haya anunciado el paciente al psiquiatra, cabría la divulgación del secreto con la finalidad de impedir su comisión. En otros casos, este sector doctrinal entiende que el médico psiquiatra estaría amparado por un estado de necesidad; vid., en este sentido, HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, *Enjuiciamiento Criminal. Ley y Legislación complementaria, doctrina y jurisprudencia*, (Conde-Pumpido dir.), vol. I, Madrid, 1998, pág. 1087. Esta situación, de extremada relevancia en el caso de ciertos especialistas médicos, psiquiatras, psicólogos, ginecólogos ha sido estudiada por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso de *Carrie Jaffee vs. Mary Lu Redmond*; 518 V.S. - 135 L. Ed. 2d. 337, 116 St Ct., sentencia de 13 de junio de 1996. En él, ante una demanda por homicidio, los Jueces han dado prevalencia al derecho al sigilo de un psiquiatra respecto a las confidencias de su paciente, sobre el deber de denunciar estos hechos ante el Tribunal. El argumento de los Jueces fue rotundo. A juicio del Tribunal “la efectividad del tratamiento depende de la atmósfera de confianza y confianza en la que el paciente accede a hacer un descubrimiento franco y completo de los hechos, sus emociones, recuerdos y temores”. El privilegio de estos profesionales se concibe como un servicio al interés público, pues garantizan un adecuado tratamiento a los individuos que sufren un trastorno emocional o mental. En el Derecho español supondría, al menos, un supuesto de estado de necesidad, previsto en el Código Penal, como circunstancia que exime de la responsabilidad criminal.

⁴⁴ Vid. *Derecho penal...*, cit., pág. 268. También MUÑOZ CONDE, “Falsedad documental y secreto profesional en el ámbito sanitario”, *Derecho y Salud*, vol. 4, núm. 2, págs. 147 y ss. Si se trata de un delito pasado, el psiquiatra no tendría obligación de denunciar en función del secreto, aunque sí debiera colaborar en la investigación iniciada desde otras instancias. Cuando se trata de un delito futuro, la intimidad del paciente cede para la protección del bien jurídico de posible futura lesión.

Ello significa que, si bien la regla general es la reserva y la confidencialidad de los datos médico-clínicos generados en el curso de la relación asistencial sanitaria, excepcionalmente debe permitirse la ruptura de la confidencialidad, en unos casos debido a un deber legal expreso de colaborar con la autoridad judicial, en otros mediando la autorización expresa del paciente o, como hemos señalado, cuando el médico, atendiendo a la peligrosidad del paciente a la entidad, inmediatez y seriedad del riesgo, entienda como necesario romper la confidencialidad para evitar la futura comisión de hechos delictivos⁴⁵.

A juicio de Gómez Rivero, la obligación surgirá en todos aquellos casos en los que la confrontación de intereses no sea entre el derecho a la intimidad y la obligación de denuncia de un hecho cometido, sino entre la intimidad y la obligación de impedir determinados delitos en los términos del art. 450 CP. Frente a aquellos supuestos⁴⁶, la obligación de denunciar debe ceñirse a los casos en que con ella el profesional pueda impedir la comisión futura de un hecho delictivo. El ejemplo paradigmático viene representado por aquél en el que el enfermo haya comunicado al médico que, de forma intencional, va a realizar actividades de riesgo que puedan poner en peligro la vida o salud de terceros. La pretensión de seguir manteniendo en tales supuestos el derecho a la intimidad como término de un conflicto que solo pudiera ceder por los cauces de un estado de necesidad, esto es, en términos meramente potestativos, no supondría sino una forma de potenciar actitudes de pasividad ante conductas lesivas de intereses superiores de terceros.

Cuando el médico evalúe la peligrosidad del sujeto con base en sus manifestaciones y confidencias realizadas en el curso de la relación asistencia, y en el diagnóstico producto de la observación y valoración sintomática del sujeto, y concluya en que existe un riesgo grave, concreto, específico e inminente para bienes jurídicos básicos de terceras personas, estén o no individualizadas, parece

⁴⁵ En todos estos casos late un interés general, que conviene poner en relación con el secreto médico, y que hace que en ocasiones el secreto sea sacrificado; sobre el conflicto de intereses entre la colectividad y la intimidad del paciente vid. CRIADO DEL RÍO, *Aspectos médico-legales de la historia clínica*, (con SEOANE PRADO), Colex, Madrid, 1999, pág. 156.

⁴⁶ Vid. GÓMEZ RIVERO, *La responsabilidad penal...*, cit., págs. 687 y ss.: "Por lo que a lo primero se refiere, esto es, los casos en los que el término contrapuesto a la intimidad es el deber de denuncia, hay que recordar que dicha obligación viene consagrada con carácter general en el art. 262 LECrim Conforme a dicho artículo, "Los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio fiscal, al Tribunal competente, al Juez de Instrucción y, en su caso, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante. De dicha obligación dispensa el art. 263 a determinados sujetos, en concreto a los Abogados, Procuradores, eclesiásticos y ministros de cultos disidentes. Pese a que el precepto no se refiere de forma expresa a la profesión médica, entiendo que razones básicas de coherencia fuerzan a interpretar que la dispensa que contempla el art. 263 LECrim es extensible también a la misma. Así lleva a pensarlo el hecho de que la razón de ser de dicha cláusula no es otra que el respeto a la confidencialidad de los datos conocidos en función del oficio; y no cabe duda de que ese mismo fundamento está presente no sólo en relación con profesiones como la abogacía, sino también respecto al médico, en cuanto que ambos comparten la misma relación de confianza con su cliente. Todo ello sin olvidar que de otra forma se le atribuiría al médico una tarea que le es ajena y que, si algo hace, es desnaturalizar el vínculo de confianza que le liga con su paciente para reemplazarlo por una suerte de deber de fidelidad hacia el Estado. Mantener a ultranza la interpretación de que dicho enunciado tiene el carácter de *numerus clausus* sólo sería posible mediante una interpretación formal que cerrara los ojos a la razón de ser que motiva el precepto. De admitirse la interpretación propuesta, dicho deber de declarar se traduce a la postre en una habilitación al profesional para que en tales circunstancias pueda optar por la denuncia, con la consecuencia de que si decide acogerse a la misma estará actuando amparado por el cumplimiento de un deber.

razonable sostener que el secreto médico debe ceder en atención al interés general de protección de la vida, integridad y seguridad de los potenciales afectados.

En tales casos, como señalan Muñoz Conde y Gómez Rivero, no es que el profesional de la sanidad *pueda* quebrantar la obligación de secreto, sino que *viene obligado a hacerlo* en función del deber que le impone el art. 450 CP de impedir la comisión de determinados delitos —contra la vida, integridad o salud, libertad o libertad sexual—. No estaríamos pues, en estos supuestos, ante una causa de justificación que se concreta en un estado de necesidad, en el que el sujeto activo puede elegir entre una u otra opción —mantener el secreto o divulgarlo—. En efecto, cuando se trata de hechos futuros, la denuncia del médico constituye el cumplimiento de una obligación legal que excluye el deber de sigilo sobre el que se basa la prohibición de divulgación de secretos contenida en el art. 199.2 CP. Como afirma Gómez Rivero⁴⁷, “el injusto penal lo cometería [el médico] si no procediera a la denuncia de los hechos, supuesto en el que tendría que responder por el art. 450 CP. Por ello, debido a la ausencia de una colisión de obligaciones, en estos casos no habrá espacio ni para apreciar un estado de necesidad que justificara a lesión del deber aún vigente de guardar silencio, ni para amparar la conducta por el cumplimiento de un deber, expedientes que conceptualmente presuponen la justificación de los hechos que previamente se han calificado como típicos”.

Debe tenerse en cuenta, por último, que la responsabilidad del médico por incumplimiento del art. 450 CP se contrae a dicho incumplimiento, sin que resulte posible la imputación penal de las eventuales consecuencias lesivas derivadas de la actuación de su paciente.

Desde una perspectiva jurisprudencial, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 28 de octubre de 1998, caso *Osman vs. Reino Unido*, recuerda el deber de los Estados de afrontar políticas activas y positivas de seguridad de los ciudadanos para prevenir los riesgos y peligros que pudieran provenir de terceros, conforme a lo dispuesto en el art. 2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Ante un caso similar al resuelto en la sentencia *Tarasoff* —deberes de los poderes públicos y los profesionales ante el peligro potencial de una persona con trastorno mental—, el TEDH establece una doctrina más restrictiva que la mantenida por la sentencia *Tarasoff*, aunque comparte un claro deber de las autoridades nacionales a la hora de prevenir la peligrosidad de ciertas patologías psiquiátricas cuando existe “un riesgo cierto, real e inminente para la vida o la integridad física de terceros”, y siempre que la víctima resulte identificable⁴⁸.

En la citada sentencia, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos comienza formulando la doctrina general, emanada del art. 2 del Convenio, conforme a la cual, el Estado tiene obligaciones positivas —no solo negativas— con la finalidad de proteger la vida y la integridad física de los ciudadanos cuando sean objeto de amenaza por parte de terceros, incluyendo medidas legislativas y medidas preventivas de protección específica respecto de determinados peligros.

“La primera frase del artículo 2.1 obliga al Estado no solamente a abstenerse de provocar la muerte de manera voluntaria e irregular, sino también a tomar las medidas necesarias para la protección de la vida de las personas que dependen de su jurisdicción (Sentencia L.C.B. contra el Reino Unido de 9

⁴⁷ Vid. *La protección penal...*, cit., págs. 293 y 294.

⁴⁸ Un análisis del contenido y de las dificultades que plantea la doctrina del TEDH en el caso *Osman* pueden verse en PARDO LÓPEZ, “Intimidad personal...”, cit., págs. 195 y ss.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

de junio de 1998). Nadie discute que la obligación del Estado a este respecto va más allá del deber primordial de asegurar el derecho a la vida estableciendo una legislación penal concreta que disuada de cometer atentados contra la persona y basándose en un mecanismo de aplicación concebido para prevenir, reprimir y sancionar sus violaciones. Los comparecientes también aceptan que el artículo 2 del Convenio pueda, en ciertas circunstancias bien definidas, poner a cargo de las autoridades la obligación positiva de tomar preventivamente medidas de orden práctico para proteger al individuo cuya vida está amenazada por las actuaciones criminales de otro”.

La cuestión más compleja, sin embargo, radica en la extensión de dicha obligación de protección y en los casos y circunstancias que determinan la puesta en marcha de medidas concretas de prevención que puedan afectar a la libertad de terceras personas. En el caso Osman, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que las actuaciones preventivas de los poderes públicos que supongan privación o restricción de derechos individuales (registros, detenciones, internamientos médicos, vigilancia personal) únicamente están justificados cuando concurra y se demuestre razonablemente un peligro real e inmediato para la vida o la integridad física de una persona.

“En opinión del Tribunal, los demandantes no han conseguido indicar, en el desarrollo de los acontecimientos que condujeron al trágico tiroteo, el momento decisivo a partir del que se puede considerar que la policía sabía o habría debido saber que la vida de los Osman estaba real e inmediatamente amenazada por el señor Paget-Lewis. Los demandantes mencionaron ciertamente una serie de ocasiones que hubieran permitido a la policía neutralizar el riesgo que presentaba el señor Paget-Lewis, por ejemplo, registrando su domicilio para buscar en él elementos susceptibles de demostrar un vínculo entre él y el incidente de las pintadas, o haciéndole internar en virtud de la Ley de 1983 sobre la salud mental, o incluso contemplando medidas de investigación más activas tras su desaparición. Sin embargo, no se puede decir que esas medidas, apreciadas de manera razonable, habrían, en efecto, producido ese resultado ni que un Tribunal interno hubiera condenado al interesado u ordenado su internamiento en un hospital psiquiátrico a la vista de las pruebas presentadas. Como ya se ha indicado, (apartado 116 supra), la policía debe cumplir sus funciones de una manera compatible con los derechos y las libertades de los individuos. En las circunstancias del caso, no podría ser criticada por haber concedido importancia a la presunción de inocencia, o por no haber usado su poder de arrestar, de registrar y de incautar teniendo en cuenta el carácter razonable de su punto de vista según el cual, al no haberse alcanzado el grado de sospecha requerido en los momentos determinantes, no podía ejercer esos poderes, o que ninguna acción por su parte habría producido resultados concretos”.

En el derecho interno español, el problema de la responsabilidad del psiquiatra en relación a la potencial peligrosidad de su paciente plantea, al menos, una doble proyección de naturaleza penal. Por una parte, y como ya hemos tenido la oportunidad de señalar, debe ofrecerse una solución clara y razonable a la colisión entre el deber de confidencialidad de la información obtenida por el psiquiatra en el curso de la relación médico-asistencial y la peligrosidad que representa su paciente respecto de sí mismo o de terceros.

Coincidimos con la opinión sostenida por Gómez Rivero⁴⁹ y Muñoz Conde⁵⁰, en el sentido de entender que, ante la concurrencia de un peligro inmediato, real, verosímil, concreto, objetivo y grave

⁴⁹ Vid. *La responsabilidad...*, cit., págs. 687 y ss.

⁵⁰ Vid. “Falsedad documental...”, cit., pág. 152.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

contra la vida, la libertad —incluyendo la libertad sexual— o integridad física de terceras personas, el médico-psiquiatra tiene la obligación de denunciarlo, cumpliendo de este modo el deber impuesto por el art. 450 CP. Se trata de una obligación que no colisiona con el deber de secreto impuesto por el art. 199.2 CP, en la medida en que dicho deber queda anudado al “cumplimiento de su obligación de reserva o sigilo”, siendo esta obligación de reserva o sigilo un elemento que excluye la tipicidad del art. 199.2 CP cuando dicha obligación desaparece por la aplicación restringida del art. 263 LECrim en lo que hace a la probable comisión futura de hechos delictivos⁵¹.

⁵¹ Como señala GÓMEZ RIVERO, *La protección penal...*, cit., pág. 293, “si, por una parte, la dispensa del art. 263 debe extenderse a los profesionales solo en lo que se refiere a la obligación de denunciar hechos pasados, pero no futuros, cuando sea ese el caso, el profesional no tiene otra opción que la denuncia; y, por otra, si la cláusula de incumplimiento de la obligación de sigilo debe comprenderse como una norma penal en blanco que remite a aquella normativa extrapenal, la conclusión no puede ser otra que cuando el médico denuncia la comisión de un hecho intencional futuro en cumplimiento de una obligación legal, no estaría violando el deber de sigilo, y con ello no se realizaría injusto penal alguno por lo que a la revelación de secretos se refiere. Al contrario, el injusto penal únicamente lo cometería si no procediera a la denuncia de los hechos, supuestos entonces en los que tendría que responder por el art. 450 CP”.

Conclusiones

CONCLUSIONES DERIVADAS DE LA DISCUSIÓN GENERAL DE LAS PONENCIAS DE DOCUMENTOS 2016

I.

1.- La particular manera de nacer la Psiquiatría y el Derecho Penal se comprueba al apreciar que la primera no surge de la necesidad de parcelar conocimientos del *corpus médico*, sino como elemento derivado del desarrollo de las ideas ilustradas de la Revolución Francesa y, muy especialmente, del principio de libertad inherente a todo individuo integrado en las normas de convivencia y de producción de riqueza. Por su parte, el Derecho Penal se hace necesario para la salvaguarda de los valores de felicidad y seguridad de la individualidad burguesa. En consecuencia, tanto la Psiquiatría como los Códigos Penales, aún sin proponérselo, nacen como elementos de control, de higiene y prevención social.

2.- El Alienismo (denominación recibida por la Psiquiatría en sus orígenes) tiene por misión la clasificación y custodia de individuos sin capacidad para disfrutar de los derechos ni cumplir con los deberes de ciudadanía.

3.- El papel que juega el Alienismo, en el nacimiento de los peritajes psiquiátricos, se entiende desde el momento en que está llamado a dilucidar sobre el principio de culpabilidad (responsabilidad o irresponsabilidad) ante los tribunales de justicia.

4.- En el último tercio del siglo XVIII se consolida el Estado burgués. La ciudad se convierte en el espacio de convivencia frente al medio rural y se asiste a un aumento de la criminalidad. En estas circunstancias, tanto la judicatura (Derecho Penal coercitivo) como la Psiquiatría (convirtiéndose en especialista para la observación y estudio de la criminalidad) adquieren su auge en el reparto del poder estatal y en su presencia en la sociedad.

5.- Pueden destacarse algunos hechos que facilitaron y exigieron la entrada del psiquiatra (peritaciones) en los tribunales de justicia:

a) La progresión evolutiva en la legislación correspondiente, que comenzando en la Constitución de Cádiz de 1812 termina en la LECrim de 1882, introduciéndose el modelo acusatorio como sustitución del inquisitivo imperante hasta entonces.

b) La cientificidad adquirida por la Psiquiatría con la creación de las cátedras y laboratorios de Medicina Legal, así como la inauguración del manicomio penal y la cárcel Modelo de Madrid.

c) La promulgación de la nueva Ley de Prensa de 1883, con la que el periodismo termina con el aislamiento social de las salas de justicia, haciendo partícipe a la sociedad de lo que en ellas ocurre.

6.- Resulta particularmente interesante comprobar como tres elementos aparentemente no conexiones: los tribunales (con nuevas formas de entendimiento en la aplicación de los códigos penales), la Psiquiatría (garantizando la idoneidad del procesamiento) y la prensa (como medio para trasladar a la sociedad el proceso policial y judicial) configuran, al interactuar, las relaciones entre las

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

pericias psiquiátricas, la aplicación de la ley y las influencias ideológicas del colectivo social sobre el poder ejecutivo.

7.- Lo adecuado es realizar un análisis que abarque tanto una perspectiva descriptiva como interpretativa, apoyándonos en la psicohistoria como metodología investigadora, para así tratar de aproximarnos al *qué* histórico y también al *por qué* y al *cómo* se han producido los diversos avatares (determinación de responsabilidad, tipo y lugar de custodia–tratamientos seguidos a la irresponsabilidad, medidas para detectar y prevenir la peligrosidad y señalamiento de perfiles de peligrosidad anteriores al delito) que han tenido lugar en el periodo transcurrido desde que se produjo la interrelación entre Psiquiatría y Derecho.

Siguiendo la línea investigadora expuesta, son determinados momentos históricos los que merecen nuestra atención preferente, advirtiéndolos en ellos las tendencias doctrinales que en cada uno han conllevado cambios de metodología práctica, tanto en el ámbito de lo psiquiátrico como en el de lo penal: la locura como demencia total, las enfermedades mentales y la enajenación parcial, las causas del enfermar mental como evidencia probatoria (la locura es degeneración), la alarma social y los peritajes de peligrosidad social, la psicopatología y los peritajes del síntoma mental y los peritajes en la época de los consensos nosotáticos. De cada uno de ellos pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) La Psiquiatría en sus inicios (alienismo) significa al “loco”, apoyándose en las ideas que la Medicina sostiene en el siglo XVIII, por su total irrazonabilidad. La alienación era considerada como una sola enfermedad con cuatro formas posibles, en la mayoría de los casos con secuencia progresiva: la Manía, la Melancolía, la Idiocia y la Demencia. Estamos pues ante una concepción unitaria de la locura que tiene por signo patognomónico al delirio y ante la que solo caben medidas paliativas, mediante el aislamiento social permanente, el trabajo ocupacional y la atención psicológica a las partes sanas del sujeto.

Una vez determinada la alienación (por perito alienista ante los tribunales) el sujeto es declarado irresponsable penal y recluso en establecimientos para alienados, sin posibilidad de controversia ni impedimentos legales. Se trataba pues de un procedimiento extraordinariamente simplificado.

b) La aplicación del contenido teórico de la medicina anatomo-clínica del siglo XIX, llevada a cabo por los continuadores del alienismo, supuso transformar a la alienación en las enfermedades mentales. Así pues, cada enfermedad tendrá su etiología, su semiología, su particular profundidad y extensión lesional sintomatológica y una evolución determinada.

De la unicidad se pasa a la multiplicidad clínica y patogénica del enfermar mental, con la descripción de las Monomanías o Locuras Parciales con numerosas variantes patoplásticas (homicida, suicida, razonante, embriaguez, instintiva ...) lo que supuso un grave inconveniente para los peritajes judiciales, llegándose a equiparar conductas aberrantes con diagnósticos psiquiátricos y desprestigiándose el diagnóstico de Monomanía en los tribunales.

c) Ante el abandono del informe pericial de Monomanías la aparición de las teorías etiopatogénicas psiquiátricas impulsa una nueva metodología en las pericias psiquiátricas que se basaban en la observación de signos corporales y mentales de *degeneración psicopatológica*, siendo estos indicadores de enfermedad mental. La causalidad se convierte en la piedra angular de la

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

cientificidad y en Psiquiatría será la anormal composición corporal, por degeneración hereditaria, la causa de las enfermedades mentales.

Los informes periciales se centran en el señalamiento en el cuerpo del acusado de signos indubitables de degeneración mental y física. Estos signos explican la conducta que se está enjuiciando poniéndola en conexión con una anomalía mental y también se convierten en predictores de conductas criminales futuras.

d) Los muchos atentados criminales que tienen lugar en Europa, incluida España, en los últimos veinte años del siglo XIX y los primeros del XX, terminan repercutiendo en los gobiernos, los jueces y también los psiquiatras de la época. El problema al que se enfrentan estas diferentes instancias sociales, particularmente jueces y psiquiatras, es dirimir si el terrorista (por lo general de ideología anarquista) debía ser considerado un enfermo mental o un premeditado criminal. En este mismo sentido, no debe olvidarse que para jueces y psiquiatras, comenzó a asociarse el anarquismo, la peligrosidad criminal y la locura.

Esta etapa, marcadamente influenciada por aspectos al margen de lo judicial y psiquiátrico, modificó los métodos y fines de la valoración pericial, la cual se dirige ahora a señalar la supuesta peligrosidad de los encausados, dejando en segundo plano el análisis de la posible irresponsabilidad del acto criminal. La consecuencia de esto es que la peligrosidad se convierte en un factor determinante para la reclusión del sujeto en el manicomio.

e) La decadencia de las teorías degeneracionistas y de las descripciones patocrónicas de los síntomas, hace que la psicopatología (con el protagonismo de la psiquiatría alemana) se torne preeminente desde finales del siglo XIX. Bajo la influencia de la escuela experimental psicológica y el empleo de la fenomenología, se procede a diseccionar lo actos humanos en base a las características cuantitativas y cualitativas de las funciones psíquicas. La psicopatología se instaura como procedimiento de análisis de los síntomas de la enfermedad.

Se produce un cambio radical en los peritajes psiquiátricos dejando de ser esencial el diagnóstico nosotáxico, para centrarse en el nexo causal con el acto delictivo a través del análisis psicopatológico de la sintomatología.

f) Situados ya a mediados del siglo XX, comienza una nueva era en la Psiquiatría marcada por las clasificaciones de enfermedades psiquiátricas de consenso elaboradas por la APA y la OMS. Estas clasificaciones buscan la coincidencia en los diagnósticos, sin embargo, pueden ser parciales induciendo a errores e incluso considerar a las anomalías mentales (trastornos de personalidad) con una visión estructural idéntica a la que poseen las enfermedades.

La sistemática de indagación pericial no se ve alterada respecto de la etapa anterior y continúa basándose en la exploración de las funciones psíquicas. El diagnóstico ahora tendrá una validez sincrónica, sin poder extraer conclusiones forenses sobre acontecimientos pasados. Obtenemos un diagnóstico fiable de la entidad clínica concreta, aunque tenemos que seguir recurriendo al análisis sintomático (origen y cualidad) para poder determinar si estos síntomas viciaron la capacidad de entender y querer en el momento de los hechos que se están enjuiciando.

g) En la actualidad existen dos tipos de pericias, una referente al encausado y otra a la de sus víctimas sobrevivientes. La primera se fundamenta en el nexo causal entre la enfermedad y los hechos delictivos, debiendo ser explicados estos por la fuerza que ejercieron sobre el libre actuar y

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

las capacidades psíquicas que lo sustentan. En el caso de las víctimas, la demostración del nexo causal se basa en la conexión sintomática con el sufrimiento que les han causado, siendo más relevante la vivencia de ese daño que la cantidad e intensidad del mismo. Los peritajes de las víctimas deben recoger el diagnóstico de las lesiones psíquicas, así como su intensidad y posibles secuelas.

II

1.- Los términos de psicopatía y de sociopatías se han utilizado indistintamente porque sus consecuencias desde la perspectiva social no distan mucho uno de otro.

2.- La terminología empleada para referirse a estas personas ha sido variada, aunque tal vez haya destacado el de psicopatía por su elevada frecuencia, aunque en menor medida, y relacionado con la escuela que la utilizara, se ha empleado el de sociopatía, personalidad disocial o trastorno antisocial de la personalidad.

3.- Desde la visión penal, la base para que una persona sea considerada como ética y moralmente responsable de un hecho se fundamenta en su capacidad de decidir, lo cual viene delimitado por su capacidad de conocer y querer (imputabilidad). Esas capacidades, a su vez, se sustentan en la integridad de las funciones psíquicas que conforman el ser humano y que serán las que dotarán al hecho en sí de las características citadas. En definitiva: conciencia del hecho y voluntad para tomar una decisión que dotarán a la acción de la característica de ser libremente determinada.

4.- Michel Foucault (2001) —citado por CAMPOS (2013)— señala a la Psiquiatría como responsable, a través del tiempo, de haber codificado la locura como enfermedad y como peligro. Y que los momentos fuertes de su historia se habrían producido “cuando las dos codificaciones habían estado efectivamente ajustadas” o cuando había existido “un único tipo de discurso, un único tipo de análisis, un único cuerpo de conceptos” que habían permitido “constituir la locura como enfermedad y percibirla como peligro”. Es decir, habría que encontrar a la propia Psiquiatría como responsable de la idea de peligrosidad de la persona con enfermedad mental.

5.- En las primeras décadas del siglo XX comienzan a producirse transformaciones como consecuencia de la influencia de la Psiquiatría y Criminología, dando lugar a considerar la defensa social y la peligrosidad delictual como bases del Derecho Penal, concretándose este pensamiento en la Ley de Vagos y Maleantes del 4 de agosto de 1933, encaminada a la prevención de la delincuencia basada en la peligrosidad potencial de determinados individuos. Se caracterizaba por no incluir penas, pues no sancionaba delitos, intentaba evitar la comisión de futuros delitos (predelictiva) y aplicaba medidas de alejamiento, control y retención de individuos supuestamente peligrosos hasta que se determinase que había finalizado su peligrosidad.

6.- Se confirma la existencia de una clara vinculación entre el Trastorno Mental Grave, la comorbilidad de otros trastornos psiquiátricos y la comisión de actos delictivos. Es en los casos de varones diagnosticados de Esquizofrenia y que además presentan dependencia a sustancias (especialmente alcohol) donde más evidente es la relación con crímenes violentos.

7.- El padecimiento de un trastorno mental sumado al consumo de alcohol aumenta la incidencia de actos violentos que podrían ser constitutivos de delitos. Siendo esto cierto, no lo es menos que el alcoholismo, por sí solo y sin ningún otro trastorno añadido, es el causante de más actos violentos delictuales, que aquellos que se cometen por la totalidad de sujetos con trastorno mental.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

8.- En el estudio MacArthur se evidenció que:

a.- Los factores predictivos más relevantes de violencia eran por este orden: la presencia de psicopatía y los antecedentes biográficos de malos tratos en la infancia.

b.- La tasa de violencia era significativamente más elevada en los sujetos con diagnóstico de esquizofrenia y aún mayor si el enfermo presentaba un trastorno por consumo de sustancias.

c.- Se destaca que el número total de personas con trastornos mentales que cometían delitos violentos no era en modo alguno elevado. Estas conductas violentas están relacionadas con episodios de reagudización del cuadro clínico, ya sea por baja adherencia al tratamiento e incumplimiento total o parcial del mismo, o bien, por la tendencia que estos enfermos tienen a consumir alcohol u otras sustancias tóxicas, con el propósito de mitigar su sintomatología psicótica.

III.

1.- En esencia, las cuestiones básicas clásicas para el Derecho Penal serían: conocer si el comportamiento fue o no “voluntario” en el momento de cometerse la infracción, saber el “estado mental” en que se encontraba el sujeto en el momento de comisión del delito, según los términos requeridos de acuerdo con un concepto normativo de imputabilidad, la “forma de culpabilidad” concreta que puede apreciarse en la realización delictiva, esto es, si el acto fue “doloso” o intencionado o fruto de un proceder “negligente” y, por último, el análisis de la situación motivacional del sujeto, en orden a dilucidar la legítima “exigibilidad” del comportamiento, adecuado a Derecho, o de modular adecuadamente la responsabilidad criminal.

2.- La Criminología como el Derecho Penal del siglo XX prácticamente desterraron cualquier aproximación biológica en la explicación del comportamiento criminal o en su tratamiento. Sin embargo, en los últimos quince o veinte años este panorama está cambiando sustancialmente hacia un modelo criminológico complejo de comportamiento criminal, en el que comienza a admitirse que los factores biológicos desde el nacimiento y la infancia juegan un papel muy relevante en la futura actuación criminal adolescente y adulta. Estos cambios han abierto la puerta a una nueva rama denominada Neurocriminología. Desde esta confluencia científica actual, con nuevos paradigmas investigadores, es desde donde surge el Neuroderecho (*Neurolaw*), ocupado en analizar los nuevos avances científicos en el campo de la neurociencia y de la genética del comportamiento, en reflexionar acerca de sus implicaciones para el Derecho, en particular para el Derecho Penal, y en proponer eventuales modificaciones o adaptaciones en el campo del Derecho Penal material y procesal.

3.- El objeto de estudio del Neuroderecho, en relación al proceso penal, analiza en esencia el uso e implicaciones que se derivarían de la utilización de pruebas neurocientíficas y genéticas en dicho proceso, contemplando este objeto no solo desde un punto de vista normativo, sino de una forma global, con especial incidencia en el análisis de la verdad (credibilidad) y de la memoria y en la toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos.

4.- Con relación al Derecho Penal material, el Neuroderecho irrumpiría, al menos, en tres ámbitos de estudio: el paradigma de la libertad de la voluntad del ser humano, la toma de decisiones de naturaleza moral y las bases neurobiológicas del comportamiento antisocial.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

5.- El desarrollo de la Neurociencia y de la Genética, por supuesto, también ha derivado en la discusión acerca de la introducción progresiva de tales medios neurocientíficos en la evaluación de la peligrosidad criminal y en la predicción individual de la reiteración y de la reincidencia.

6.- Todo ello nos lleva, con relación al Derecho Penal, a una consecuencia inmediata, como es la de la necesidad de reflexionar en torno al modelo de racionalidad sobre el que se sustenta nuestra imputabilidad. Ello, además, suscita una problemática específica con relación a la psicopatía, pues este perfil psiquiátrico y criminológico se caracteriza, precisamente, por la carencia (graduable) de empatía emocional.

7.- La neurociencia no va a implicar una radical transformación de las estructuras jurídicas básicas, ni está en condiciones, al menos no en un futuro próximo, de decirnos la clase de cosas que la gente está esperando que diga, particularmente con relación al Derecho. Por ahora solo se puede ofrecer modestas contribuciones, que pueden ser útiles para mejorar ciertos aspectos de la práctica en los tribunales, sin necesidad de modificar las bases del Derecho Penal.

IV.

1.- La primera cuestión que se debe plantear es si resulta adecuada la institución penitenciaria, atendiendo a sus fines, para la intervención cuando confluyen en una persona la condición de sujeto activo de un hecho calificado o previsto como delito y la condición de enfermo mental, que padece una enfermedad mental calificada como grave. A este respecto existe una opinión prácticamente generalizada de que la respuesta a la anterior cuestión ha de ser un rotundo: "No". Y ello es así por lo dispuesto en el artículo 101.1 del Código Penal la medida de seguridad de internamiento debe realizarse para tratamiento médico en un establecimiento adecuado al tipo de anomalía o alteración psíquica que se aprecie.

2.- Los jueces de vigilancia penitenciaria han venido manteniendo como criterio de actuación que el principio general en el supuesto del cumplimiento de penas y medidas, por parte de enfermos mentales graves, debe ser el intento de derivación a recursos comunitarios, siendo el aislamiento la excepción aplicable a casos extremos. La realidad, sin embargo, dista mucho de esta prevención y lo cierto es que un porcentaje nada desdeñable de los internos en hospitales psiquiátricos penitenciarios lo constituye el de enfermos mentales con trastornos de personalidad, socialmente desestructurados, por lo que los centros penitenciarios se constituyen en un recurso asilar que cubre las carencias de una deficiente asistencia sanitaria comunitaria, habiéndose convertido, en buena medida, el centro penitenciario en el "manicomio del siglo XXI", operándose el fenómeno de la transinstitucionalización. Este no es un fenómeno exclusivo de España, sino general de todo el mundo occidental.

3.- Cada vez son más los pacientes que ingresan en los centros penitenciarios con una liquidación de medida de seguridad de corta o muy corta duración, lo que en buena lógica permitiría concluir que una esquizofrenia paranoide puede curarse en tres meses o en tres años o en diez dependiendo del tipo normativo apreciado. Los conceptos jurídicos y médicos tienen muy mal encaje. Lo básico es apartar temporalmente al sujeto peligroso, no resultando razonable sostener que una vez cumplida la medida de seguridad han desaparecido las causas que les hicieron ser criminalmente peligrosos. Por otro lado, en buena lógica, si los pacientes salen una vez llegado el máximo tiempo contemplado para la medida de seguridad, ¿significa que el tratamiento médico no ha surtido el efecto deseado?, ¿que la peligrosidad criminal continúa existiendo, lo mismo que el primer día? Si se trata de enfermedades

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

crónicas, difícilmente se puede hablar de curación al llegar al final del tiempo previsto de finalización de la medida. Por ello estamos ante una manifiesta contradicción.

4.- En el ámbito de la administración penitenciaria persisten los hospitales psiquiátricos penitenciarios con la función genérica, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, de retención y custodia de las personas sometidas a medidas de seguridad por eximente completa o incompleta. Estos enfermos, considerados inimputables en mayor o menor grado, deben permanecer retenidos en el centro y recibir un tratamiento a su dolencia de igual calidad que recibirían usando los recursos asistenciales comunitarios.

5.- En la actualidad existen en España dos hospitales psiquiátricos penitenciarios. Uno en Sevilla y otro en Alicante que como tales tienen una doble condición: por un lado, son centros penitenciarios con funciones de retención y custodia de los internos y, por otro, centros sanitarios. Ambos centros padecen los mismos problemas básicos: una sobreocupación por falta de control efectivo sobre los ingresos y sobre las altas médicas, una estructura orgánica inapropiada más penitenciaria que sanitaria y la dificultad para reclutar personal técnico especializado.

6.- Existe una distinción entre personas condenadas por la comisión de un hecho delictivo aquejados de un trastorno mental grave, teniendo dicho delito una relación directa con su enfermedad mental, y en los que se les aplica una medida de seguridad en atención a la apreciación de una eximente completa y aquellos otros que pese a padecer una enfermedad mental cometieron un delito sin relación con el trastorno padecido. Mientras que los primeros integran el grueso de los recluidos en hospitales psiquiátricos penitenciarios, los segundos cumplen su condena en establecimientos penitenciarios ordinarios.

7.- Una característica destacada en numerosos estudios es que en la población de internos las tasas de trastornos psiquiátricos son más elevadas que en la población general. Los estudios epidemiológicos demuestran el incremento progresivo de enfermos mentales en instituciones penitenciarias, con la consiguiente carga asistencial que provoca y la repercusión social que este hecho motiva. El cierre de camas hospitalarias psiquiátrica se ha producido de una forma más rápida que la implantación de recursos asistenciales en la comunidad. Ello ha producido la circunstancia de que muchos enfermos mentales han abandonado su centro de internamiento de origen y se han reubicado en instituciones psiquiátricas penitenciarias.

8.- Actualmente, en la realidad penitenciaria nos encontramos internos que han sido declarados exentos de responsabilidad penal y no habiendo recurso asistencial adecuado deben cumplir la medida de seguridad en un centro penitenciario; igualmente, existe otro grupo de internos que no habiendo sido declarados inimputables cumple una pena privativa de libertad en un centro penitenciario y presentan un Trastorno Mental Grave.

9.- La confluencia de enfermedad mental y actividad delictiva dificulta en gran medida el tratamiento. La enfermedad mental y la actividad delictiva son entidades que por sí solas demandan un tratamiento individual específico y acorde a las necesidades de cada sujeto. La confluencia de enfermedad mental y actividad delictiva dificulta extraordinariamente el tratamiento y la intervención. El interno en estos casos debe ser atendido tomando en consideración la patología existente, pero sin olvidar el espíritu rehabilitador que propugna la modificación de aquellos aspectos que han llevado al individuo a delinquir. Existe un programa nacional (PAIEM) que en cierta medida ayuda a paliar las carencias señaladas.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

10.- Son tres las grandes áreas de intervención que realizan los equipos de tratamiento PAIEM: detectar, diagnosticar y tratar clínicamente a todos los internos que sufran algún tipo de trastorno mental, efectuando derivación al equipo de intervención. En segundo lugar, mejorar la calidad de vida de los internos aumentando su autonomía personal y la adaptación personal al entorno. Y, finalmente, optimizar la reincorporación social y la derivación adecuada un recurso o sociosanitario comunitario.

11.- En general en el programa se distinguen tres niveles.

a.- Nivel uno: en este nivel se ubican los internos que se encuentran compensados, asintomáticos, con buena respuesta al tratamiento farmacológico y que realizan vida normal en el módulo. Pueden ser situados en cualquier módulo residencial incluyendo los módulos de respeto.

b.- Nivel dos: en este nivel se clasifican los internos parcialmente compensados, con síntomas que interfieren con el funcionamiento e integración en el medio y con respuesta parcial a tratamiento médico. Pueden hacer una vida normal en el módulo con algunas limitaciones funcionales. Se sitúan en un módulo donde simultáneamente conviven con internos de apoyo en igual número que internos incluidos en el programa de atención integral, siendo objeto de un seguimiento más intenso.

c.- Nivel tres: internos descompensados con síntomas que interfieren significativamente con el funcionamiento de la integración en el medio, con persistencia de conductas de riesgo y mala respuesta al tratamiento médico. Estos internos se ubican en el módulo de enfermería.

V.

1.- En una primera aproximación sobre secreto médico podemos decir que:

a.- Todas las informaciones y datos de carácter íntimo que el enfermo comunica o se derivan de la relación médico-asistencial deberán estar protegidos por el secreto.

b.- Es la garantía de confidencialidad la que fundamenta el secreto médico, sobre todos aquellos aspectos que necesariamente el enfermo debe comunicar a su médico al objeto de que este pueda desarrollar adecuadamente su labor profesional.

c.- El secreto médico se deriva del derecho fundamental a la intimidad, que no es un derecho absoluto ni sujeto a limitación por control judicial anticipado. El secreto médico es un derecho fundamental que puede y debe ceder ante determinadas circunstancias o específicos intereses.

d.- El problema radica en la determinación de las circunstancias o intereses que pueden alterar el secreto médico.

e.- Frente al deber profesional de secreto aparece el deber profesional de protección social, en los casos de enfermos con peligrosidad futura de poner en riesgo la vida o integridad física de terceras personas.

f.- En definitiva, lo relevante es concretar cuándo el profesional sanitario debe comunicar a las autoridades competentes la potencial peligrosidad de un paciente con trastorno mental.

2.- Con la intención de propiciar la reflexión sobre el problema planteado, resulta interesante referirse separadamente a los casos Tarasoff y al de la compañía aérea Germanwings.

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

a.- En relación con la doctrina jurisprudencial sentada sobre el caso Tarasoff, nos interesa destacar:

- El caso que estuvo protagonizado por Prosenjit Poddar y Tanya Tarasoff, estudiantes de la Universidad de Berkeley en el año 1968 y manteniendo una relación de amistad. Poddar pretendió que esa amistad se convirtiera en una relación más íntima, negándose Tarasoff a ello. Ante esta negativa, Poddar padeció un trastorno mental que fue diagnosticado por un psiquiatra y confirmado por otros, como reacción esquizofrénica paranoide aguda y severa, con grave peligro para la vida de Tarasoff. El psiquiatra comunicó el peligro inminente a la policía del campus universitario para que fuera detenido e ingresado involuntariamente en centro psiquiátrico. Tras la detención y declaración del enfermo, fue puesto en libertad en base al informe emitido por un psiquiatra distinto. Una vez en libertad, Poddar asesinó por apuñalamiento múltiple a Tanya Tarasoff.
- Este caso fue abordado por la Corte Suprema del Estado de California en 1976, sosteniendo que el deber de confidencialidad del psiquiatra cede ante el peligro y riesgo grave que su paciente puede suponer para la salud o integridad física de terceros. El tribunal señaló la responsabilidad de los psiquiatras.
- Establece el mismo tribunal que existe una obligación para el psiquiatra de trasladar a las autoridades correspondientes la existencia de ese peligro, debiéndose procurar igualmente la seguridad de las que pudieran ser víctimas potenciales de su paciente.
- La doctrina del caso que se comenta puede resumirse en: el derecho a la intimidad cede ante la peligrosidad ligada al enfermo. Corresponde al psiquiatra advertir a la policía y a la posible víctima del peligro existente, el psiquiatra asume un deber de cuidado y protección de la víctima que debe estar identificada. Además, el tribunal estableció la responsabilidad civil concurrente y matizada de los médicos.
- El tribunal aclara que el establecimiento de la peligrosidad deberá realizarse en base a una predicción razonable, sin exigir seguridad absoluta.
- El deber de cuidado no está ligado inexorablemente a la privación de libertad del sujeto peligroso.
- Si bien, la jurisprudencia norteamericana, en los supuestos que abordamos no es del todo uniforme, la doctrina del caso expuesto parece relativamente asentada en el sentido de establecer que en los supuestos de trastornos psiquiátricos con peligrosidad razonable contra personas concretas debe exigirse la comunicación a las potenciales víctimas. Así, en Estados Unidos, diferentes psiquiatras que son conocedores de peligrosidad y riesgo inminente de posibles actos violentos de sus enfermos, optan por comunicarlo por escrito a la policía y a las potenciales víctimas.
- En sentencias posteriores, la doctrina del caso Tarasoff se ha puesto en relación con el deber ciudadano de evitar la comisión de delitos y también con el deber ciudadano de evitar daños.

b) Del caso vinculado a la compañía aérea Germanwings nos interesa señalar lo siguiente:

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

- Nos referimos al accidente acontecido en marzo de 2015 en el que, según la Oficina de Investigación y Análisis para la Seguridad Aérea de Francia (BEA), el copiloto Andrea Lubitz (que padecía un trastorno depresivo psicótico diagnosticado poco antes de los hechos) estrelló deliberadamente el avión, estando en posesión del certificado médico de clase 1 (con restricciones consistentes en suspensión caso de manifestarse un nuevo brote depresivo). El historial médico del copiloto, en el que se reflejan las diferentes patologías mentales previas al accidente, nos muestra con claridad los fallos en los protocolos destinados a detectar preventivamente las alteraciones físicas y/o mentales de pilotos para desarrollar con seguridad su trabajo.
- Este caso, pone en evidencia los conflictos que se derivan del necesario y difícil equilibrio entre confidencialidad médica y seguridad pública. Al mismo tiempo nos alumbra, en relación a las medidas preventivas a adoptar en situaciones de trastornos mentales capaces de provocar peligrosidad para el enfermo y terceros.
- En los dos informes realizados sobre el accidente, uno de la BEA y otro de la Agencia Europea sobre Seguridad Aérea (EASA), queda claro que el proceso de certificación médica de los pilotos no cumplió sus objetivos, pudiendo haber contribuido a este fallo los siguientes factores: temor del copiloto a perder su derecho a volar, consecuencias económicas por falta de cobertura de seguros que cubran el no poder volar y desconocer con exactitud cuando una amenaza a la seguridad pública debe superar la confidencialidad médica. En este sentido, ambas agencias hacen especial hincapié en la necesidad de replantear el equilibrio entre secreto médico y seguridad aérea.
- Las conclusiones a las que se llegan en ambos informes de las agencias comentadas son: la evaluación médica deberá ser más intensiva en el caso de pilotos con problemas de salud mental, la incapacidad mental no puede ser abordada de igual forma que la física. Es conveniente la implantación de evaluaciones periódicas para establecer la existencia de riesgo de incapacitación para volar, arbitrar fórmulas que hagan menos gravoso económicamente para el piloto una posible incapacidad de desarrollar su trabajo, trabajar por un marco normativo en el seno de la Unión Europea (UE) que establezca los supuestos en que los pilotos en tratamiento con antidepresivos puedan ser declarados aptos para volar, establecer reglas claras relativas a la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes temas relacionados con la salud (aún sin contar con consentimiento del enfermo) que puedan tener trascendencia para seguridad pública, supervisión exhaustiva relativa a la labor desempeñada por quienes realizan los exámenes médicos, facilitar el acceso e intercambio de información médica con la creación de un archivo de datos europeo y fomentar la creación de grupos de apoyo entre pilotos y familiares para propiciar el intercambio comunicacional en relación a problemas personales que incluyan la salud mental.
- También en España se ha trabajado en la línea de encontrar soluciones al enfrentamiento entre confidencialidad médica y protección de terceros. Así, el Colegio de Médicos de Barcelona, elaboró un informe llegando a las conclusiones que esquemáticamente se exponen: la confianza es la clave de la relación médico-enfermo, en los casos de enfermos mentales hay que procurar mitigar la estigmatización, incorporar al acto médico y al documento de consentimiento informado los límites de la confidencialidad, el secreto

LOCURA Y CRIMEN: PSIQUIATRÍA Y LEY

médico puede ceder en los casos de existir un interés superior, tender a la regulación del secreto profesional en la UE y establecer normativamente canales de comunicación entre la medicina asistencial (pública y privada) y la medicina de empresa en bien de la sociedad y del trabajador.

3.- En lo que se refiere al marco normativo sobre el secreto médico y peligrosidad del paciente con trastorno mental, se concluye que:

a.- En el Derecho español no se contempla que el deber de confidencialidad entre psiquiatra y enfermo pueda ceder ante la peligrosidad del paciente.

b.- Estamos ante un problema constitucional al concurrir dos derechos fundamentales contemplados en nuestra Constitución: derecho a la intimidad (secreto médico) y derecho a la seguridad.

c.- El secreto profesional carece en nuestro ordenamiento jurídico de una ley que lo desarrolle, debiendo ser en su caso una Ley Orgánica la encargada de hacerlo.

d.- Los datos médicos que se obtienen en el curso de la relación clínica, son datos protegidos especialmente por la ley.

e.- El deber de secreto profesional no está configurado como absoluto, ya que en el ámbito procesal está prevista la posible aportación de información médico-clínica.

f.- En el caso concreto de psiquiatras que hayan tenido conocimiento, en el marco de la relación médico-paciente, de la comisión de delitos por parte de este último, las características particulares que rodean la asistencia psiquiátrica hacen que la obligatoriedad de denuncia sea discutible.

g.- En el contexto del deber de colaboración entre médicos y la Administración de Justicia, la regla general es la reserva y confidencialidad de los datos médicos derivados de la relación asistencial, pero excepcionalmente debe permitirse la ruptura de la confidencialidad. Así, puede ocurrir cuando el enfermo comunica al médico su intención de realizar alguna actividad de riesgo que ponga en peligro la vida o salud de terceros.

h.- Cuando de la evaluación de peligrosidad realizada por el médico, en base a los datos obtenidos del enfermo y al diagnóstico establecido, se pueda concluir que existe un riesgo grave e inminente para terceras personas, el secreto médico debe ceder.

i.- Entendemos, en coincidencia con otros autores, que cuando nos encontramos ante una situación que implique un peligro inmediato, real, verosímil, concreto, objetivo y grave contra la vida, la libertad o la integridad física de terceras personas, el médico-psiquiatra tiene la obligación de denunciarlo.

