

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS CON TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD (TDAH)

David Lorenzo Morillas Fernández

(Coordinador)



Dykinson, S.L.

**LA RESPONSABILIDAD PENAL
DE LAS PERSONAS CON
TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN
E HIPERACTIVIDAD
(TDAH)**

David Lorenzo MORILLAS FERNÁNDEZ
(Coordinador)

David Lorenzo MORILLAS FERNÁNDEZ
(*Coordinador*)

**LA RESPONSABILIDAD PENAL
DE LAS PERSONAS CON
TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN
E HIPERACTIVIDAD
(TDAH)**

MARTA MARÍA AGUILAR CÁRCELES

FERNANDO DE BRITO ALVES

ÁNGEL COBACHO LÓPEZ

PILAR FERNÁNDEZ PANTOJA

AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ

MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ-DÍAZ

LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK

BELÉN MACÍAS ESPEJO

DAVID LORENZO MORILLAS FERNÁNDEZ

MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ

JANNA DA NÓBREGA SOUZA

JACINTO PÉREZ ARIAS

FÁTIMA PÉREZ FERRER

ALBERTO PINTADO ALCÁZAR



Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407

La presente obra recoge el resultado de la investigación realizada en el marco del Proyecto de Investigación (DER 2016-80604-P) “La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH)”, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad y dependiente en la actualidad del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, bajo la dirección del Dr. Morillas Fernández, como investigador principal.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

© Los autores
Madrid

Editorial DYKINSON, S.L.
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 915442846 - (+34) 915442869
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1377-336-0

Preimpresión:
Besing Servicios Gráficos, S.L.
besingsg@gmail.com

Índice

Comprendiendo el TDAH y la importancia de su estudio integral: Generalidades	13
MARTA MARÍA AGUILAR CÁRCELES	
I. INTRODUCCIÓN.....	13
II. TIPOLOGÍA.....	16
1. Evolución tipológica	16
2. Criterios diagnósticos	19
III. PREVALENCIA.....	23
IV. ORIGEN.....	25
V. DETECCIÓN	29
1. Relevancia diagnóstica	29
2. Diagnóstico diferencial y comorbilidad clínica.....	30
VI. INTERVENCIÓN.....	34
VII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS DE MEJORA.....	36
El papel de las disfunciones ejecutivas en el nuevo modelo de TDAH y consecuentes implicaciones	39
JANNA DA NÓBREGA SOUZA	
I. FIJACIÓN DE LA CUESTIÓN	39
II. NUEVO MODELO DE TDAH Y LAS DISFUNCIONES EJECUTIVAS.....	40
III. RELACIÓN ENTRE FUNCIONES EJECUTIVAS, AUTORREGULACIÓN Y AUTOCONTROL.....	44
IV. BAJO AUTOCONTROL COMO POTENCIADOR DEL RIESGO DE CRIMINALIDAD EN LOS INDIVIDUOS CON EL TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD	49

V. TDAH Y ATENUACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL: COMPARATIVO CON LOS CASOS DE LESIÓN CEREBRAL TRAUMÁTICA Y MENORES EN E.E.U.U.	52
VI. CONCLUSIONES.....	57
Imputabilidad de las personas con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH)	61
MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ-DÍAZ	
I. EL TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD (TDAH): PREMISAS PARA EL ANÁLISIS PENAL.....	61
1. Introducción	61
2. TDAH y manuales internacionales de diagnóstico y clasificación	63
3. Prevalencia, síntomas, comorbilidad, presentaciones y etiología	65
4. El TDAH en la edad adulta	71
II. COMPORTAMIENTO CRIMINAL Y TDAH.....	72
III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPUTABILIDAD	77
1. Introducción	77
2. Momento de valoración de la imputabilidad. La preordenación al delito (“<i>actio libera in causa</i>”)	79
3. Causas de inimputabilidad	81
IV. IMPUTABILIDAD Y TDAH.....	91
V. CONCLUSIONES.....	99
La responsabilidad penal de los menores con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH).....	105
FÁTIMA PÉREZ FERRER	
I. CONSIDERACIONES PREVIAS E IDENTIFICACIÓN DEL TRASTORNO	105
II. LA DIFICULTAD EN EL DIAGNÓSTICO DEL TDAH EN LOS MENORES	107

III. EL TDAH Y SUS COMORBILIDADES.....	110
IV. LA INCIDENCIA DEL TDAH EN LA APRECIACIÓN DE CIRCUNSTANCIAS EXIMENTES O ATENUANTES	114
V. MEDIDAS DE INTERVENCIÓN CON LOS MENORES INFRACTORES CON TDAH.....	126
VI. A MODO DE CONCLUSIÓN	133
Aseguramiento penal en sujetos con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad.....	137
JACINTO PÉREZ ARIAS	
I. CONSIDERACIONES GENERALES.....	137
II. LA PELIGROSIDAD Y SUS MEDIDAS DE SEGURIDAD	140
III. DERECHO PENAL Y TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD	148
IV. VISIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TDAH EN EL ÁMBITO PENAL.....	153
V. CONCLUSIÓN	156
Los fines de la pena: prevención especial y TDAH	159
PILAR FERNÁNDEZ PANTOJA	
I. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN	159
II. LAS RESPUESTAS PENALES: FINALIDAD DE LAS PENAS Y LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD.....	161
III. LA APLICACIÓN DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL EN LOS CASOS DE TDAH.....	166
1. El Derecho Penal sustantivo: aplicación y apreciación del TDAH a efectos de la imposición de penas y medidas de seguridad.....	167
2. TDAH y sistema penitenciario español.....	174
3. Recomendaciones de actuación e intervención desde dife- rentes ámbitos e instituciones.....	176
IV. CONCLUSIONES.....	177

La reeducación y reinserción en el ámbito penitenciario de los reclusos con TDAH.....	181
ÁNGEL COBACHO LÓPEZ	
I. INTRODUCCIÓN: LOS DESAFÍOS JURÍDICOS Y CRIMINOLÓGICOS DE LA INÉDITA SOCIEDAD DEL CANSANCIO	181
II. ALGUNAS CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL TDAH....	184
III. EL MANDATO DEL ART. 25.2 CE Y SU RELACIÓN CON LOS RECLUSOS AFECTADOS POR TDAH	187
1. El mandato del art. 25.2 CE.....	187
2. ¿Cómo garantizar la reinserción de los reclusos afectados por TDAH? Algunas propuestas	196
IV. CONSIDERACIONES FINALES	200
Responsabilidad civil derivada del delito cometido por personas con TDAH.....	205
MARTA MORILLAS FERNÁNDEZ	
I. INTRODUCCIÓN	205
II. RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADA DEL DELITO.....	208
1. Sobre la responsabilidad civil.....	208
2. Responsabilidad civil de adultos con TDAH	213
3. Responsabilidad civil de menores.....	230
III. CONCLUSIONES.....	234
Factores que inciden en el perfil delictivo de sujetos diagnosticados con TDAH.....	239
ALBERTO PINTADO ALCÁZAR	
I. FIJACIÓN DE LA CUESTIÓN.....	239
1. Breve referencia al significado de delincuencia.....	239
2. Interacción existente entre la delincuencia y el TDAH.....	241
II. DESCRIPCIÓN DEL ESTUDIO	243
III. ANÁLISIS DE VARIABLES.....	248
1. Características personales.....	248
2. Circunstancias penales, criminológicas y psicológicas.....	255
IV. CONCLUSIONES.....	266

TDAH y delincuencia: un análisis criminológico	269
BELÉN MACÍAS ESPEJO	
I. INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN DEL ESTUDIO	269
II. PREMISA GEOGRÁFICA: ÍNDICE DE TDAH POR CENTRO PENITENCIARIO	271
III. CARACTERÍSTICAS PERSONALES.....	275
1. Edad	275
2. Nacionalidad	277
3. Estado civil	279
4. Situación familiar	280
5. Nivel estudios	281
IV. CARACTERÍSTICAS PISCOPATOLÓGICAS	282
1. Diagnóstico inicial y sintomatología en el momento de la entrevista	282
2. Consumo de alcohol y drogas antes de la comisión del delito	285
3. Tratamiento	288
V. VARIABLES PENITENCIARIAS	290
1. Concurrencia entre el lugar de cumplimiento de la pena de prisión y lugar de residencia	290
2. Prisión preventiva anterior	293
VI. CONCLUSIONES.....	294
 Aspectos penales y penitenciarios del TDAH	 297
AIXA GÁLVEZ JIMÉNEZ	
I. INTRODUCCIÓN: METODOLOGÍA Y OBJETO DE ESTUDIO ..	297
II. VARIABLES TIPOLÓGICAS Y TDAH.....	299
1. Tipos penales más habituales	299
2. Especial referencia a los delitos relacionados con la seguridad vial	303
III. REINCIDENCIA	308
IV. VARIABLES PENOLÓGICAS	311
1. Penas impuestas	311
2. Suspensión y sustitución de la pena	315

V. SALIDAS DEL CENTRO	318
VI. CONCLUSIONES.....	319
Delincuencia, responsabilidad penal y trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad en España.....	321
DAVID LORENZO MORILLAS FERNÁNDEZ	
I. CONSIDERACIONES GENERALES Y PRIMEROS DATOS	321
II. DELINCUENCIA Y TDAH.....	327
III. RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS CON TDAH..	337
1. Consideraciones doctrinales.....	338
2. Tratamiento jurisprudencial.....	347
IV. CONCLUSIONES.....	370
La responsabilidad penal de las personas con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad en Brasil	377
FERNANDO DE BRITO ALVES - LUIZ FERNANDO KAZMIERCZAK	
I. INTRODUCCIÓN	377
II. LA CULPABILIDAD EN EL CÓDIGO PENAL BRASILEÑO	378
1. El concepto de culpabilidad.....	378
2. Lo que se entiende por imputabilidad en el contexto del sistema jurídico penal brasileño.....	381
III. COMO LA DOCTRINA ANALIZA EL TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD EN BRASIL.....	386
IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS CON TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD EN BRASIL	388
V. CONCLUSIONES.....	391
Bibliografía.....	393
Anexo I. Cuestionario para estudio de campo.....	411
Anexo al documento. Codificación B14/B15.....	417

Imputabilidad de las personas con Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH)

MARÍA JOSÉ JIMÉNEZ-DÍAZ

Catedrática de Derecho Penal. Universidad de Granada

Sumario: I. El Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH): premisas para el análisis penal: 1. *Introducción*. 2. *TDAH y manuales internacionales de diagnóstico y clasificación*. 3. *Prevalencia, síntomas, comorbilidad, presentaciones y etiología*. 4. *El TDAH en la edad adulta*. II. Comportamiento criminal y TDAH. III. Consideraciones generales sobre la imputabilidad: 1. *Introducción*. 2. *Momento de valoración de la imputabilidad. La preordenación al delito (“actio libera in causa”)*. 3. *Causas de inimputabilidad*: 3.1. Anomalía o alteración psíquica (artículo 20.1.º CP). 3.1.1. *Introducción*. 3.1.2. Anomalía o alteración psíquica de carácter temporal: el trastorno mental transitorio. 3.2. Alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia (artículo 20.3.º CP). 3.2.1. *Introducción*. 3.2.2. Supuestos subsumibles en la eximente. 3.3. Eximente incompleta y otras circunstancias atenuantes. 3.3.1. *Atenuación cualificada: la eximente incompleta (artículo 21.1.ª CP)*. 3.3.2. Otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de carácter atenuante. IV Imputabilidad y TDAH. V. Conclusiones.

I. EL TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD (TDAH): PREMISAS PARA EL ANÁLISIS PENAL

1. Introducción

El trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH), pese a ser uno de los trastornos que más interés ha despertado en la comunidad científica en los últimos años¹ y que ha sido objeto de numerosos trabajos que

¹ Como pone de relieve MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: “Imputabilidad y trastorno por déficit de atención e hiperactividad”, *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 3 (2013), p. 2.

lo han examinado desde las más diferentes perspectivas (fundamentalmente médica, psicológica y jurídica), sigue estando muy necesitado de estudios que contribuyan a su mejor tratamiento integral. En particular, por lo que se refiere al ámbito jurídico-penal, aunque ya existen magníficos trabajos en esta materia que han abierto una importante línea de investigación, se hace preciso continuar con su análisis para seguir avanzando en su conocimiento y poder consolidar unos resultados y conclusiones que sean útiles a los tribunales en su nada fácil tarea de aplicar el Derecho. Bien es verdad que, aunque sea imprescindible abundar científicamente en esta interesante temática, se ha avanzado notablemente desde que hace dos años MORILLAS FERNÁNDEZ y PERIS RIERA, denunciaron que el TDAH seguía siendo uno de los grandes desconocidos para los profesionales del Derecho². Precisamente fue entonces cuando el segundo calificó de “desnortado” el tratamiento jurisprudencial del TDAH, fruto del desconocimiento del problema, poniendo de relieve que entre las no muy abundantes resoluciones sobre este trastorno no es infrecuente encontrar “las que lo hacen de modo insustancial, superficial, incluso defectuosas”³. Solo un año después, en 2018, el primero de los citados autores reconoció, sin embargo, que “cada vez aparecen más casos y mejores resoluciones judiciales que abordan de una forma correcta su verdadera simbiosis”⁴.

Ciertamente, no existe un elevado número de resoluciones judiciales que, de forma nuclear, se pronuncien sobre los efectos del trastorno por déficit de atención e hiperactividad en el sujeto activo del delito, aunque tampoco es cometido de este trabajo revisarlas, dado que ese el objeto de otro de los capítulos de esta monografía⁵. Lo que la presente investigación se propone es profundizar en el examen de la repercusión que el TDAH puede tener en la imputabilidad del sujeto que lo padece (según su diferente tipología) y, de acuerdo con la misma, analizar la institución penal que, en su caso, resultaría aplicable (anomalía o alteración psíquica o alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia) y a través de qué fórmula (eximente completa, incompleta o atenuación).

² MORILLAS FERNÁNDEZ, D.L.: “La responsabilidad penal de las personas con TDAH desde una perspectiva práctica”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal* (J. Peris Riera –Dir.–), Dykinson, Madrid, 2017, p. 81; PERIS RIERA, J. M.: “TDAH y responsabilidad penal: anomalía o alteración psíquica y su valoración a efectos de imputabilidad”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal* (J. Peris Riera –Dir.–), Dykinson, Madrid, 2017, p. 66.

³ *Ibidem* cit., p. 66 y nota 1 en esa misma página.

⁴ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: “Valoración del grado de inimputabilidad de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad”, *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad* (REDS), n.º 13, 2018, p. 83.

⁵ Al respecto vid. en esta obra MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: “Delincuencia, responsabilidad penal y trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad en España”, pp. 321 y ss.

Para desarrollar dicha tarea se hace absolutamente indispensable realizar de forma previa un breve repaso de los rasgos esenciales del trastorno, puesto que solo así se estará en condiciones de apreciar su hipotética incidencia en la actuación criminal de la persona que lo sufre y de valorar si realmente puede afectar o no a su capacidad de culpabilidad.

2. TDAH y manuales internacionales de diagnóstico y clasificación

La *catalogación y evaluación de los trastornos*, y por supuesto también la del TDAH, debe realizarse conforme a los manuales internacionales de diagnóstico y de clasificación de las enfermedades mentales más usados por los especialistas (CIE-10 y DSM-V), dado que recogen la etiología, rasgos y criterios clasificatorios que se han consensuado a nivel mundial sobre cada uno de los diferentes trastornos mentales.

La CIE-10 es la décima revisión de la *Clasificación Internacional de las Enfermedades* (en inglés, ICD, siglas de International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems) realizada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1992 y recoge todas las enfermedades, entre ellas las patologías mentales. El 18 de junio de 2018, la OMS emitió un comunicado de prensa titulado “La Organización Mundial de la Salud (OMS) publica hoy su nueva Clasificación Internacional de Enfermedades (CIE-11)”. En dicho comunicado se anunciaba que la misma sería presentada a la Asamblea Mundial de la Salud que tendría lugar en mayo de 2019 para su adopción por los Estados Miembros, y que entraría en vigor el 1 de enero de 2022. Tal presentación, en palabras de la OMS, constituía “un avance que permitirá a los países planificar cómo usar la nueva versión, preparar las traducciones y capacitar a los profesionales de la salud de todo el país”⁶.

El trastorno en análisis, dentro de los “Trastornos Mentales y del Comportamiento”, se cataloga tanto en la CIE-8 (1967) como en la CIE-9 (1978), como “Síndrome Hiperkinético en la Infancia”. La todavía vigente CIE-10 varía ligeramente, utilizando la nomenclatura de “Trastornos Hiperkinéticos (atencional, disocial, otros, sin especificación). Trastorno de la Actividad y de la Atención”.

Por su parte, el DSM es el *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales* (Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders) de la Asociación Americana de Psiquiatría (American Psychiatric Association, APA)

⁶ Disponible en internet: <https://www.who.int/es/news-room/detail/17-06-2018-who-releases-new-international-classification-of-diseases-icd-11>.

y contiene descripciones, síntomas y otros criterios para diagnosticar, exclusivamente, trastornos mentales.

El antecedente inmediato del trastorno por déficit de atención e hiperactividad fue el incluido en 1968 en el DSM-II como “Trastorno de Reacción Hiperkinética en la Infancia o Síndrome Hiperkinético Infantil”, siendo el DSM-III en 1980 el que le otorga su primer reconocimiento oficial al incorporarlo como trastorno mental dentro de su sistema de clasificación, referenciándolo con una denominación (“Trastorno por Déficit de Atención con o sin Hiperactividad”) que se asemeja a la actual. En el DSM-III-TR (1987), pasa a designarse como “Trastorno Hiperactivo con Déficit de Atención”, en tanto que en el DSM-IV (1994) emplea la nomenclatura de “Trastorno Hiperactivo con Déficit de Atención”. En la edición revisada del año 2000 (DSM-IV-TR) se le denomina “Trastorno por Déficit de Atención y Comportamiento Perturbador” y en la última versión de 2013 (DSM-V), se categoriza como “Trastorno por Déficit de Atención/Hiperactividad” y lo incluye entre los “Trastornos del Neurodesarrollo”, a diferencia de su predecesor que lo hacía entre los “Trastornos de Inicio en la Infancia, la Niñez o la Adolescencia”⁷. Sin duda este cambio de ubicación constituye la mayor innovación llevada a cabo por el DSM-V en relación con este trastorno⁸.

Sentadas tales premisas nos preguntamos cuál de las dos clasificaciones anteriores debe tomarse como punto de referencia. Pues bien, aunque la OMS es la autoridad directiva y coordinadora de la acción sanitaria en el sistema de las Naciones Unidas, y en España, el sistema sanitario sigue la CIE para el registro de las atenciones en Salud Mental y Psiquiatría⁹, paradójicamente, en nuestro

⁷ Para una revisión de sus orígenes y posterior reconocimiento en el DSM-III, DSM-IV y DSM-IV-TR (este último, antecesor del actual DSM-V), vid. AGUILAR CÁRCELES, M. M.: *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH). Aspectos jurídico-penales, psicológicos y criminológicos*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 34 y ss.

⁸ *Ibidem* cit., p. 494.

⁹ En 1989 el Ministerio de Sanidad publicó la 1ª edición en castellano de la CIE-9-MC. Con su 9ª edición en 2014 se cumplieron 25 años de su uso en España. La CIE-9 se dejó de actualizar en su fuente original en 2013, dejando paso a la CIE-10. En España, el grupo técnico que se encarga de consensuar las reglas que unifican los criterios de la codificación clínica es la *Unidad Técnica de Codificación del Sistema Nacional de Salud*, en funcionamiento desde 1984, integrada por todos expertos de todos los Servicios de Salud. En enero de 2016 entró en vigor para la codificación clínica una nueva clasificación de diagnósticos y procedimientos, la CIE-10-ES. Esta nueva clasificación supone un importante cambio cualitativo y cuantitativo en la codificación clínica que implica el aprendizaje y adopción de una nueva metodología para la codificación de diagnósticos y procedimientos. Con objeto de facilitar dicho aprendizaje, para garantizar la precisión y exactitud en la asignación de códigos se elaboró por dicha *Unidad Técnica*, el *Manual de Codificación. CIE-10-ES Diagnósticos*, Unidad Técnica de Codificación CIE-10-ES, Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, 2016, en cuya Presentación (pp. 8 y 9) se manifiesta lo anteriormente indicado. Disponible en internet: https://www.msbs.gob.es/estadEstudios/estadisticas/normalizacion/CIE10/UT_MANUAL_DIAG_2016_prov1.pdf

país, el uso del DSM es casi exclusivo en los programas de formación de psicólogos e igualmente en la práctica profesional, de forma que apenas se utiliza aquella. Así lo afirma Gualberto Buela-Casal (Catedrático de Personalidad, Evaluación y Tratamiento Psicológico de la UGR y director de la AEPC) en varias de las preguntas de la entrevista que realiza a Geoffrey M. Reed (director de la Clasificación de los trastornos mentales y del comportamiento de la Clasificación Internacional de Enfermedades, CIE-11, OMS)¹⁰. Para este último, la afirmación de que en distintos países, entre ellos España, apenas se utiliza el texto de la OMS, refleja una subestimación del grado en que se usa la CIE a nivel global. Ciertamente, nos dice, “el DSM ha sido más usado en la investigación y por lo tanto tiene mayor representación en publicaciones. Sin embargo, encontramos el patrón opuesto en la práctica clínica. El Gobierno de España está obligado a presentar sus estadísticas de salud a la OMS usando la CIE”.

Por lo que se refiere al ámbito jurídico-penal, tanto la doctrina especializada en esta materia como la jurisprudencia, se decantan por el empleo del DSM, tanto en lo que se refiere a su denominación (es común referir el trastorno en estudio como trastorno por déficit de atención e hiperactividad –TDAH– y no como trastorno hiperactivo -o, específicamente, trastorno de la actividad y de la atención-¹¹) como en sus criterios diagnósticos. Debe quedar claro, que las diferencias de tratamiento en una y otra clasificación no se ciñe únicamente a su nomenclatura, sino que las mismas presentan un carácter sustancial, como por ejemplo, los mencionados criterios diagnósticos (más estrictos en la CIE-10 que en el DSM-V) o las distintas presentaciones o subtipos en los que se clasifica al trastorno¹².

Siguiendo a la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, como ya ha quedado patente por la denominación empleada hasta el momento, en este trabajo se utilizará como base el DSM-V.

3. Prevalencia, síntomas, comorbilidad, presentaciones y etiología

Señala el *Libro Blanco sobre el TDAH*¹³ que “es un trastorno multifacético, heterogéneo, que varía ampliamente de tipo e intensidad de su im-

¹⁰ Disponible en: http://www.infocop.es/view_article.asp?id=3922.

¹¹ Algunos especialistas proponen la denominación de “Síndrome de Déficit de Atención e Hiperactividad (SDAHA) por entender que en realidad es mucho más que un trastorno, es un síndrome de dimensiones enormes que alcanza una gran cantidad de facetas (PASCUAL-CASTROVIEJO, I.: “Trastornos por déficit de atención e hiperactividad (TDAH)”, *Protocolos Diagnóstico Terapéuticos de la AEP: Neurología Pediátrica*, 20, p. 140).

¹² Extensamente AGUILAR CÁRCELES, M. M.: *El trastorno por déficit...*, cit., p. 71 y ss.

¹³ El Libro Blanco se desarrolló con motivo de una mesa redonda europea sobre TDAH celebrada en Bruselas el 27 de noviembre de 2012, con la participación de médicos, asociacio-

pacto”¹⁴, que como ya se ha indicado, es catalogado por el DSM-V como un trastorno del neurodesarrollo. Puede definirse como un patrón persistente de déficit de atención y/o hiperactividad-impulsividad que resulta desadaptativo e incoherente en relación al nivel de desarrollo del sujeto, interfiere en la actividad diaria y aparece antes de los 12 años de edad¹⁵. Suele aflorar muy precozmente ya que antes de los 4 años aparecen sus principales características, aunque es con la escolarización del niño e inicio del aprendizaje de la lectoescritura cuando presenta sus manifestaciones más relevantes¹⁶. Representa un importante problema de salud, entre otras razones, por su alta prevalencia durante la infancia, ya que afecta al 5-7% de la población escolar, siendo más frecuente entre los varones¹⁷. En una estadística de la población general, el número de casos de niños varones afectados, es tres veces mayor al de las niñas, aunque si la muestra es de la población derivada hacia la consulta para el TDAH, la ratio es aún mayor, de cinco niños por cada niña. La razón por la que se derivan más niños que niñas a consultas psiquiátricas y psicológicas puede deberse a que los primeros presentan comportamientos más conflictivos que las segundas. Lo cierto es que, sea como sea, el TDAH se diagnostica en un número más elevado de niños que de niñas¹⁸. No faltan, sin embargo,

nes de pacientes y familias y representantes de los sistemas de educación y de justicia penal. En la mesa se trataron problemas y dificultades específicos relativos al manejo del TDAH, y sirvió como foro de discusión de recomendaciones para políticas de actuación. Los tres coautores, recogieron las conclusiones en el Libro Blanco, enriqueciéndolas con sus puntos de vista, procedentes de sus experiencias científicas y clínicas, en tanto que otros colaboradores realizaron aportaciones adicionales. El Libro Blanco ha sido avalado por el European Brain Council (EBC) y GAMIAN-Europe (Global Alliance of Mental Illness Advocacy Networks). Vid. YOUNG, S.; FITZGERALD, M.; POSTMA, M. J.: *TDAH: hacer visible lo invisible. Libro Blanco sobre el trastorno por déficit de atención con hiperactividad (TDAH): propuestas políticas para abordar el impacto social, el coste y los resultados a largo plazo en apoyo a los afectados*, 2013. Disponible en internet: <https://www.aepap.org/sites/default/files/documento/archivos-adjuntos/libroblancotdah.pdf>.

¹⁴ *Ibidem*, cit., p. 6.

¹⁵ HIDALGO VICARIO, M. I. y SÁNCHEZ SANTOS, L.: “Trastorno por déficit de atención e hiperactividad. Manifestaciones clínicas y evolución. Diagnóstico desde la evidencia científica”, *Pediatría Integral*, 2014, XVIII (9), p. 610.

¹⁶ LÓPEZ-SOLER, C.; ALCÁNTARA LÓPEZ, M.; CASTRO SÁEZ, M.: “El TDAH a lo largo de la vida”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal* (J. Peris Riera –Dir.–), Dykinson, Madrid, 2017, p. 106.

¹⁷ HIDALGO VICARIO, M. I. y SÁNCHEZ SANTOS, L.: “Trastorno por déficit...”, cit., p. 610. Estas cifras varían de unos estudios a otros: entre un 7-10% (HERVÁS ZÚÑIGA, A. y DURÁN FORTEZA, O.: “El TDAH y su comorbilidad”, *Pediatría Integral*, 2014, XVIII (9), p. 643); prevalencia media en torno al 5-8% (SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J.; SOUTULLO ESPERÓN, C.; FIGUEROA QUINTANA, A.: “Trastorno por déficit de atención e hiperactividad”, *Manual de psiquiatría del niño y del adolescente* (C. Soutullo Esperón y M. J. Mardomingo Sanz –Coords.–), Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2010, p. 56).

¹⁸ BARKLEY, R. A.: “TDAH: diagnóstico, demografía y clasificación en subtipos”, Curso para profesionales, Capítulo 1, Educación Activa-Fundación Mapfre, 2011, p. 12. Disponible en internet: <https://www.aepap.org/sites/default/files/profesionales-cap-01.pdf>.

quienes defienden que la teoría de que el TDAH predomina en varones va perdiendo fuerza a medida que pasa el tiempo, aunque sí que habría diferencia de síntomas, puesto que en los niños predominaría la hiperactividad/impulsividad y en las niñas el déficit de atención¹⁹.

Según el DSM-V²⁰, este trastorno presenta un patrón persistente de inatención y/o hiperactividad-impulsividad que interfiere con el funcionamiento o el desarrollo y que se caracteriza de la siguiente forma:

1. *Inatención*: Seis (o más) de los siguientes síntomas se han mantenido durante al menos 6 meses en un grado que no concuerda con el nivel de desarrollo y que afecta directamente las actividades sociales y académicas/laborales. Tratándose de adolescentes y adultos (17 años o más) se requieren un mínimo de cinco síntomas. Estos síntomas no son solo una manifestación de una conducta oposicionista, desafiante, hostil o dificultad para comprender las tareas o instrucciones.

Con frecuencia:

- a. No presta atención suficiente a los detalles o incurre en errores por descuido en las tareas escolares, en el trabajo o en otras actividades.
- b. Tiene dificultades para mantener la atención en tareas o en actividades lúdicas.
- c. Parece no escuchar cuando se le habla directamente.
- d. No sigue las instrucciones y no termina las tareas escolares, encargos o deberes laborales.
- e. Tiene dificultades para organizar tareas y actividades.
- f. Evita, le disgusta o es renuente a iniciar tareas que requieren un esfuerzo mental sostenido.
- g. Extravía objetos necesarios para tareas o actividades.
- h. Se distrae fácilmente por estímulos externos.
- i. Es descuidado en las actividades cotidianas.

2. *Hiperactividad e impulsividad*: Seis (o más) de los siguientes síntomas se han mantenido durante al menos 6 meses en un grado que no concuerda con el nivel de desarrollo y que afecta directamente las actividades sociales y académicas/laborales. Tratándose de adolescentes y adultos (17 años o más) se requieren un mínimo de cinco síntomas. Estos síntomas no son solo una

¹⁹ PASCUAL-CASTROVIEJO, I.: "Trastornos por déficit...", cit., p. 140.

²⁰ Los datos que se presentan a continuación han sido extraídos del siguiente texto: *Guía de consulta de los criterios diagnósticos del DSM-5™*, American Psychiatric Publishing, Washinton, DC-London, England, 2014, pp. 33 y ss.

manifestación de una conducta oposicionista, desafiante, hostil o dificultad para comprender las tareas o instrucciones.

Con frecuencia:

- a. Mueve en exceso manos o pies o se remueve en el asiento.
- b. Se levanta del asiento en situaciones en que se espera que permanezca sentado.
- c. Corre o salta excesivamente en situaciones en que las que no resulta apropiado (en adolescentes o adultos puede limitarse a estar inquieto).
- d. Tiene dificultades para jugar o dedicarse tranquilamente a actividades de ocio.
- e. Está “ocupado” actuando como si lo “impulsara un motor”.
- f. Habla excesivamente.
- g. Responde inesperadamente o antes de que haya concluido la pregunta.
- h. Tiene dificultades para esperar su turno.
- i. Interrumpe o se inmiscuye en las actividades de otros.

Los anteriores síntomas deben presentarse cumpliendo los siguientes parámetros:

- Varios síntomas de inatención o hiperactividad-impulsividad estaban presentes antes de los 12 años²¹.
- Varios síntomas de desatención o hiperactividad-impulsividad están presentes en dos o más contextos (casa, escuela, etc.).
- Existen pruebas claras de que los síntomas interfieren con el funcionamiento social, académico o laboral o reducen su calidad.
- Los síntomas no ocurren exclusivamente en el transcurso de una esquizofrenia u otro trastorno psicótico y no se explican mejor por la presencia de otro trastorno mental²².

El último parámetro, mediante el que se exige que los síntomas descritos con anterioridad no obedezcan a la presencia de otros trastornos, nos lleva a tratar una cuestión de sumo interés a los efectos de valorar la imputabilidad del sujeto con TDAH, el de su *comorbilidad*, que se define como la presencia de dos o

²¹ En el DSM-IV-TR tales síntomas debían presentarse antes de los 7 años. Obviamente, tal elevación de la edad para la presentación de los mismos ha supuesto un incremento de los casos de TDAH.

²² Es decir, que los síntomas no obedecen a la presencia de otros trastornos e, incluso, a la ingesta de tóxicos.

más condiciones nosológicas simultáneas, y que en el TDAH puede considerarse la norma más que la excepción²³. Está demostrado científicamente que es frecuente que el trastorno por déficit de atención e hiperactividad no se presente puro, sino conjuntamente con otros trastornos diferentes. En torno a un 70% de los pacientes con TDAH presentan al menos un trastorno psiquiátrico asociado y aproximadamente un 40% sufren un mínimo de dos²⁴. Esta situación de comorbilidad (presencia conjunta de dos o más trastornos) dificulta, de un lado, el propio diagnóstico del TDAH, que se hace más complicado de detectar cuando queda enmascarado con los síntomas de un trastorno distinto; de otro, su progreso y respuesta al tratamiento, ya que no es lo mismo tratar un trastorno que se presenta puro, que uno que tiene que convivir con otro u otros diferentes, que cursan su propia evolución y responden a otros tratamientos; y, por último, obstaculiza la determinación de cuál sea la verdadera incidencia del TDAH en la imputabilidad del sujeto, puesto que al confluir varios trastornos será complejo separar nítidamente la repercusión de unos y de otros en su capacidad intelectual y/o volitiva. En todo caso, como después se analizará, esa comorbilidad es la que va a permitir unos mayores efectos atenuatorios en la responsabilidad criminal del sujeto. Siguiendo a FIGUEROA, DÍEZ; SOUTULLO, las comorbilidades más frecuentes se producen entre el TDAH y los trastornos del comportamiento, trastornos del humor (depresión o enfermedad bipolar), trastornos de ansiedad y trastornos del aprendizaje. Asimismo, es muy usual la asociación entre TDAH y abuso de sustancias como alcohol y cannabis (sobre todo en adolescentes). Otros trastornos que se asocian, aunque con menor presencia, son: trastornos por tics (motores o vocales-fónicos), síndrome de Tourette, trastorno obsesivo-compulsivo, trastornos del espectro autista y trastorno de coordinación²⁵. Para HERVÁS y DURÁN, hay que mencionar también como trastorno comórbido frecuente el trastorno negativista desafiante²⁶.

Por lo que se refiere a la clasificación de los tipos de TDAH en función de cuál sea la conducta prevalente, se diferencian *tres presentaciones*²⁷:

²³ HERVÁS ZÚÑIGA, A. y DURÁN FORTEZA, O.: “El TDAH y...”, cit., p. 643.

²⁴ FIGUEROA, A.; DÍEZ, C.; SOUTULLO, C.: “Trastornos por déficit de atención e hiperactividad y del comportamiento disruptivo”, en *Lecciones de Psiquiatría* (F. Ortuño Sánchez-Pedreño –Dir.– y R. Martín Lanas –Coord.–), Editorial Médica Panamericana, 2009, p. 455. También en SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J.; SOUTULLO ESPERÓN, C.; FIGUEROA QUINTANA, A.: “Trastorno por déficit...”, cit., p. 58.

²⁵ FIGUEROA, A.; DÍEZ, C.; SOUTULLO, C.: “Trastornos por déficit...”, cit., pp. 455 y 456. Para un amplio catálogo de comorbilidades, vid. BROWN, T., *Comorbilidades del TDAH: manual de las complicaciones del trastorno por déficit de atención con hiperactividad en niños y adultos*, Barcelona, Elsevier Health Sciences Spain, 2010, pp. 97 y ss.

²⁶ HERVÁS ZÚÑIGA, A. y DURÁN FORTEZA, O.: “El TDAH y...”, cit., p. 644.

²⁷ Nomenclatura propia del DSM-V. La utilizada en el DSM-IV-TR, más extendida en los trabajos científicos, se refiere a *tipos*, y es la siguiente: tipo combinado, tipo con predominio del déficit de atención y tipo con predominio hiperactivo-impulsivo.

- *Presentación combinada*: Si se cumplen los criterios tanto de inatención como de hiperactividad-impulsividad, durante los últimos 6 meses.
- *Presentación predominante con falta de atención*: Si se cumplen los criterios de inatención pero no los de hiperactividad-impulsividad, durante los últimos 6 meses.
- *Presentación predominante hiperactiva/impulsiva*: Si se cumplen los criterios de hiperactividad-impulsividad y no se cumplen los de inatención, durante los últimos 6 meses.

Con posterioridad se revisará cómo incide la modalidad padecida en la posible actividad criminal del sujeto.

En cuanto la *etiología* del TDAH, se trata de un trastorno multifactorial que no puede explicarse por una única causa, sino que convergen causas genéticas y neurobiológicas, con una modulación ambiental²⁸. Más concretamente, como factores relacionados con dicha etiología deben mencionarse los siguientes: neuroquímicos (disregulación en los neurotransmisores, principalmente dopamina y noradrenalina, que explicarían los síntomas nucleares del TDAH), neuroanatómicos (volúmenes significativamente inferiores de la corteza prefrontal dorsolateral y de regiones conectadas con esta), factor genético y neurobiológico, y ambientales²⁹.

Por lo que se refiere al factor genético, se ha demostrado que los familiares de personas con TDAH tienen un mayor riesgo de padecerlo. Por ejemplo, si uno de los padres lo presenta, la probabilidad de que su hijo también lo padezca aumenta entre 2-8 veces, pudiendo transmitirse hasta al 40% de los hijos³⁰. Según muestran estudios recientes, también existen elementos tardíos que pueden desencadenarlo, lo que sugiere que el TDAH es un fenotipo complejo del desarrollo, caracterizado por una continuidad y cambio de las influencias genéticas a través del ciclo de la vida³¹.

Entre los factores ambientales, pueden mencionarse los gestacionales (exposición a tabaco, alcohol, determinados tratamientos farmacológicos, etc. durante el embarazo, prematuridad, bajo peso al nacer o complicaciones perinatales) o los traumatismos cráneo-encefálicos³².

²⁸ QUINTERO, J. y CASTAÑO DE LA MOTA, C.: "Introducción y etiopatogenia del trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH)", *Pediatría Integral*, 2014, XVIII (9), p. 605.

²⁹ Para una amplia explicación de cada uno de ellos, *ibidem*, cit., pp. 603 y ss.

³⁰ FIGUEROA, A.; DÍEZ, C.; SOUTULLO, C.: "Trastornos por déficit...", cit., p. 460.

³¹ SAUCEDA GARCÍA, J.M.: "Trastorno por déficit de atención con hiperactividad: un problema de salud pública", *Revista de la Facultad de Medicina de la UNAM*, vol. 57, n° 5, 2014, p. 16. Disponible en internet: <https://www.medigraphic.com/pdfs/facmed/un-2014/un145c.pdf>.

³² Vid. QUINTERO, J. y CASTAÑO DE LA MOTA, C.: "Introducción y etiopatogenia...", cit., pp. 604 y 605; FIGUEROA, A.; DÍEZ, C.; SOUTULLO, C.: "Trastornos por déficit...", cit., pp. 460 y ss.

4. El TDAH en la edad adulta

Tal y como se ha indicado, el TDAH aparece durante la infancia y aunque tradicionalmente se ha sostenido su remisión clínica al llegar a la adolescencia o edad adulta (según los supuestos), lo cierto es que numerosas investigaciones han demostrado que en un alto porcentaje de casos (entre un 30 y un 70%) se mantienen los síntomas³³. Estudios internacionales realizados en diferentes contextos culturales y económicos, entre ellos el nuestro, muestran una prevalencia en torno a un 3-4%, habiéndose afirmado que es uno de los trastornos psiquiátricos prevalentes en la población general adulta³⁴. Concretamente, en torno a un 50% de los adolescentes siguen manifestando el trastorno, de entre los cuales un 25% lo mantendría hasta la adultez. Pues bien, la cuarta parte de este 25% se vincula con un comportamiento antisocial que, lógicamente, no siempre será delictivo³⁵.

Sin embargo, a pesar de todas las evidencias científicas, el TDAH en adultos sigue siendo un trastorno poco identificado en la práctica clínica diaria, lo que repercute negativamente en la atención que reciben. Que los adultos estén infradiagnosticados se debe fundamentalmente a dos razones: de un lado, a la extendida creencia de que se trata de un trastorno propio de niños y adolescentes³⁶; y, de otro, a la notable disminución con la edad de los síntomas de hiperactividad e impulsividad, lo que dificulta su detección³⁷.

Un 70-80% de los adultos muestran otros trastornos psiquiátricos comórbidos, como los trastornos derivados del consumo de drogas, los trastornos depresivos o los de ansiedad³⁸. Más concretamente, la comorbilidad del TDAH en el adulto afecta a 3 de cada 4. Siguiendo a ANDREU, LETOSA, LÓPEZ y MINGUEZ puede afirmarse que entre el 19 y el 37% de los adultos con TDAH tienen también algún trastorno del estado de ánimo o depresivo; para los trastornos de ansiedad la comorbilidad oscila del 25 al 50%; el abuso de alcohol se presenta entre el 32 y el 53% de los sujetos; para otros tipos de abuso de

³³ ANDREU, C.; LETOSA, J.; LÓPEZ, M.; MÍNGUEZ, V.: "Implicaciones forenses en adultos con trastorno por déficit de atención con hiperactividad", *Revista Española de Medicina Legal*, 2015, 41 (2), p. 66.

³⁴ RAMOS-QUIROGA, J. A. y CASAS BRUGUÉ, M.: "¿Prestamos suficiente atención al déficit de atención con hiperactividad en adultos?", *Atención Primaria*, 2009, 41 (2), p. 67.

³⁵ AGUILAR CÁRCELES, M. M.: *El trastorno por déficit...*, cit., p. 497. Para un análisis más exhaustivo según la etapa del desarrollo, vid. pp. 81 y ss.

³⁶ ANDREU, C.; LETOSA, J.; LÓPEZ, M.; MÍNGUEZ, V.: "Implicaciones forenses en adultos...", cit., p. 66.

³⁷ RAMOS-QUIROGA, J. A. y CASAS BRUGUÉ, M.: "¿Prestamos suficiente atención...", cit., p. 67.

³⁸ *Ibidem*, cit.

sustancias, si se incluyen la marihuana y la cocaína, la comorbilidad es del 8 al 32%; la prevalencia de los trastornos de la personalidad es del 10 al 20%, y para la conducta antisocial del 18 al 28%³⁹.

La usual coexistencia con otras patologías psiquiátricas, complica el diagnóstico del TDAH en adultos ya que sus síntomas se pueden solapar con los de los otros trastornos.

II. COMPORTAMIENTO CRIMINAL Y TDAH

Refiere GRATCH que los adultos con TDAH muchas veces son transgresores y no cumplen con las reglas básicas de convivencia⁴⁰, lo que lleva a diferentes estudios a observar una mayor frecuencia de conductas delictivas y antisociales en los pacientes que lo padecen, en comparación con sujetos sin el trastorno⁴¹. Pese a ello, es importante destacar con MORILLAS FERNÁNDEZ que las variables TDAH y comportamiento criminal no tienen que concurrir necesariamente, aunque sí se encuentran muy próximas al desarrollo de conductas, al menos, antisociales⁴².

Partiendo, pues, de que sufrir TDAH no determina sin más la tendencia delictiva del sujeto, sin embargo puede establecerse una *mayor probabilidad de riesgo de comisión de ilícitos debido a las manifestaciones que presenta el trastorno*⁴³, por lo que resulta determinante identificar aquellos *factores* que pueden contribuir a que aparezca o se incremente la probabilidad de que un sujeto con TDAH ejecute ilícitos penales. En este sentido podrían mencionarse prioritariamente dos: a) padecer el síntoma de la impulsividad; y b) la comorbilidad con determinados trastornos.

- a) Por lo que se refiere al *primer factor*, el *síntoma de la impulsividad* es el más propicio para influir en la posible ejecución de una conducta criminal

³⁹ ANDREU, C.; LETOSA, J.; LÓPEZ, M.; MÍNGUEZ, V.: "Implicaciones forenses en adultos...", cit., p. 66. También incluyen asimismo la comorbilidad con el trastorno bipolar, HIDALGO VICARIO, M. I. y SÁNCHEZ SANTOS, L.: "Trastorno por déficit...", cit., p. 619.

⁴⁰ GRATCH, L. O.: *El trastorno por déficit de atención (ADD-ADHD). Clínica, diagnóstico y tratamiento en la infancia, la adolescencia y la adultez*, 2ª ed., Editorial Médica Panamericana, Buenos Aires, 2009, p. 158.

⁴¹ RAMOS-QUIROGA, J. A.: *TDAH en adultos: factores genéticos, evaluación y tratamiento farmacológico*, tesis doctoral, Barcelona, 2009, P. 43. Disponible en internet: <https://www.tdx.cat/handle/10803/5585.jsessionid=D6170780B18FE2C56C536D1E0D1E691F#page=1>.

⁴² MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: "Valoración del grado...", cit., p. 81.

⁴³ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: "La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad", en *Luces y sombras de la reforma penal y procesal penal en Iberoamérica*, La Habana, 2017, p. 153.

por parte del afectado, debido a la incapacidad que le produce para controlar las acciones inmediatas o su inclinación al desarrollo de comportamientos irreflexivos. Esa dificultad que experimentan para controlar los impulsos les hace tendentes a pelearse (agresividad y violencia), a insultar, a involucrarse en conductas de riesgo como el consumo de drogas o conducir a gran velocidad (accidentes de tráfico)⁴⁴.

Merece una atención destacada la relación entre TDAH y *sinistralidad vial*, que no solo se relaciona con la impulsividad, aún cuando sea el síntoma más influyente, sino que se asocia también al de la hiperactividad, puesto que como advierte RAMOS-QUIROGA, tanto uno como otro alteran las funciones básicas en el proceso de conducción y les predisponen a sufrirlos⁴⁵. Se incrementa pues la frecuencia de los accidentes de tráfico⁴⁶ y también su gravedad. Asimismo, aumenta el número de multas de tráfico por exceso de velocidad. También el síntoma de la inatención puede influir en la producción de accidentes de tráfico, tanto por sí solo (al determinar la tendencia a conducir con distracción), como sobre todo si lo unimos a la antedicha alteración de las funciones básicas de la conducción (derivado de la impulsividad o hiperactividad). No debemos olvidar que, como destaca CALATAYUD ESTRADA, la conducción de vehículos es una multitarea compleja en la que una breve distracción puede tener consecuencias devastadoras tanto para el propio conductor como para el resto de actores que se encuentran en la vía⁴⁷. En consecuencia, tanto la deficiencia en la atención sostenida eficiente (inatención), como el incremento en el nivel de actividad (hiperactividad), así como la incapacidad para el control de los impulsos (impulsividad), máxime si se dan todos (como ocurre en la presentación o tipo combinado), son un peligroso caldo de cultivo para los accidentes de tráfico, por lo que puede afirmarse que la vinculación entre TDAH y el mayor riesgo de sinistralidad vial es más que evidente, lo que se agrava aún más si se suma al consumo de sustancias, que a su vez se incrementa por la ausencia de capacidad para inhibir impulsos⁴⁸. Sin embargo, como

⁴⁴ SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J.; SOUTULLO ESPERÓN, C.; FIGUEROA QUINTANA, A.: "Trastorno por déficit...", cit., p. 58.

⁴⁵ RAMOS-QUIROGA, J. A.: *TDAH en adultos...*, cit., p. 44.

⁴⁶ Se puede llegar a incrementar por cuatro veces la probabilidad de tener un accidente de tráfico cuando conduce una persona con TDAH (AGUILAR CÁRCELES, M. M.: *El trastorno por déficit...*, cit., p. 359).

⁴⁷ CALATAYUD ESTRADA, M. L. *Velocidad de anticipación y trastorno por déficit de atención e hiperactividad*, tesis doctoral, Madrid, 2016, p. 26.

Disponible en internet: <http://eprints.ucm.es/38840/1/T37655.pdf>.

⁴⁸ En este sentido, AGUILAR CÁRCELES, M. M.: *El trastorno por déficit...*, cit., p. 360.

destaca MUÑOZ RUIZ, para el Reglamento General de Conductores, tener TDAH no es un impedimento para la obtención de la licencia de conducción⁴⁹, lo que sin duda debería replantearse, no para imposibilitar la posibilidad de obtener el carnet, pero sí para someter a rigurosos criterios de control y vigilancia administrativa su obtención y renovación⁵⁰. No en vano, los jóvenes diagnosticados con TDAH están sobrerrepresentados en las estadísticas de muertes por accidentes de tráfico comparados con otros jóvenes sin TDAH⁵¹, lo que debe asociarse a que tienen:

- un riesgo de dos a cuatro veces mayor de sufrir un accidente de tráfico;
- tres veces más riesgo de sufrir un accidente de tráfico con lesiones físicas;
- cuatro veces más probabilidades de ser los causantes de un accidente de coche⁵².

En cuanto a la tipología de los ilícitos penales más frecuentes en este ámbito, al margen de los delitos naturalmente vinculados a dicha siniestralidad (conducción con exceso de velocidad o bajo la influencia de sustancias –art. 379 CP–; conducción temeraria –art. 380 CP–, homicidios y lesiones, normalmente imprudentes –art. 382, art. 142 y art. 152, todos ellos del CP), también les son propios otras infracciones, como la de negarse a las pruebas de comprobación de las tasas de alcohol o drogas (art. 383 CP) y la conducción sin permiso (art. 384). Señalar finalmente que pese a todo lo expuesto, los pacientes con TDAH parecen mostrar una baja conciencia de las dificultades que tienen en la conducción de vehículos, ya que autoevalúan sus habilidades igual que los sujetos sin TDAH⁵³.

Retomando la conexión entre impulsividad y posible ejecución de comportamientos relevantes para el Derecho penal, SAN SEBASTIÁN, SOUTULLO y FIGUEROA han dado con la clave para explicarla: la *alteración de la función ejecutiva* que tiene lugar. Estos

⁴⁹ MUÑOZ RUIZ, J.: “TDAH y delitos contra la seguridad vial: reflexiones sobre las alternativas a la prisión”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal* (J. Peris Riera –Dir.–), Dykinson, Madrid, 2017, p. 190.

⁵⁰ La Fundación CADAH (Fundación Cantabria Ayuda al Déficit de Atención e Hiperactividad) advierte que el mismo diagnóstico de TDAH puede ser factor de exclusión de cobertura en algunas compañías de seguro. Vid: <https://www.fundacioncadah.org/web/articulo/tdah-y-el-carne-de-conducir.html>.

⁵¹ CALATAYUD ESTRADA, M. L. *Velocidad de anticipación...*, cit., pp. 26 y 27.

⁵² Vid. <http://www.tdahytu.es/conductores-jovenes-con-tdah-como-reducir-los-riesgos/>

⁵³ RAMOS-QUIROGA, J. A.: *TDAH en adultos...*, cit., p. 44.

autores se refieren genéricamente a que el TDAH es una alteración de la función ejecutiva, pero a poco que nos adentremos en el concepto que ellos mismos aportan, parece que se está aludiendo fundamentalmente de la impulsividad. Así, indican que el concepto de función ejecutiva engloba las capacidades necesarias para atender a un estímulo, planificar y organizar una acción, reflexionar sobre las posibles consecuencias de las acciones e inhibir la primera respuesta automática cambiándola por otra más apropiada⁵⁴. Justamente, esta alteración de la función ejecutiva es para MORILLAS FERNÁNDEZ la respuesta a las preguntas ¿qué hay detrás del comportamiento criminal desarrollado por una persona que presenta TDAH? y ¿qué motiva la realización de un delito en un individuo que actúa bajo la influencia del trastorno por déficit de atención e hiperactividad? De ahí que le asista la razón cuando concluye que sería la *impulsividad la predictora de posteriores conductas problemáticas*, por encima de otros elementos como, por ejemplo, la hiperactividad⁵⁵.

- b) El *segundo factor* que puede contribuir a que aparezca o se incremente la probabilidad de que un sujeto con TDAH ejecute ilícitos penales es su *comorbilidad con otros trastornos*, incluido el consumo de sustancias antes mencionado. Al margen de que, como ya ha sido indicado, las comorbilidades dificultan el diagnóstico del TDAH, lo cierto es que resulta lógico que si se suman dos o más trastornos, el sujeto sea más proclive a realizar comportamientos criminales. Como también lo es que, la respuesta penal atenuatoria, en el sentido que después se verá, sea más intensa cuando la conducta delictiva está relacionada con varios trastornos. Hay que advertir, sin embargo, que la mayor eficacia atenuante de la comorbilidad no es algo propio del TDAH, sino que resulta consustancial a cualquier supuesto en que coexisten dos o más trastornos⁵⁶.

Del análisis realizado por PINTADO ALCÁZAR sobre cuarenta sentencias condenatorias dictadas por Audiencias Provinciales, se extraen los siguientes datos referidos a la comorbilidad⁵⁷:

⁵⁴ SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J.; SOUTULLO ESPERÓN, C.; FIGUEROA QUINTANA, A.: “Trastorno por déficit...”, cit., p. 55.

⁵⁵ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: “Valoración del grado...”, cit., p. 82.

⁵⁶ Así se puso de relieve al analizar los trastornos de la personalidad en un trabajo anterior (vid. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. y FONSECA MORALES, G. M: *Trastornos de la personalidad (psicopatías) Tratamiento científico y jurisprudencial*, 2ª ed., CESEJ, Madrid, 2007, pp. 93 y ss.).

⁵⁷ PINTADO ALCÁZAR, AL.: “Análisis criminológico de la relación TDAH/delinuencia en España”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal* (J. Peris Riera –Dir.–), Dykinson, Madrid, 2017, pp. 159 y 179.

- Mayor frecuencia: Los trastornos relacionados con sustancias y trastornos adictivos son los que más se interrelacionan con personas con TDAH y cometen algún delito (casi la mitad de los supuestos examinados).
- Frecuencia media: Ocupan la segunda posición los trastornos de la personalidad con un 25% de los casos analizados, predominando el antisocial y el límite.
- Escasa frecuencia: Con discapacidades intelectuales, trastorno bipolar, trastornos depresivos, trastornos disruptivos, del control de los impulsos y de la conducta.

Es conveniente insistir en que tener TDAH no lleva aparejado, ni muchísimo menos, que se vaya a delinquir de forma obligada, o lo que es lo mismo, no existe relación directa entre TDAH y criminalidad⁵⁸, pudiendo afirmarse que la mayor parte de los sujetos con TDAH nunca cometerán ningún delito⁵⁹, lo que no obsta a que exista un mayor riesgo de comisión de ilícitos debido a las manifestaciones que presenta el trastorno, dado que determinados comportamientos con relevancia penal se pueden encontrar directamente vinculados a la sintomatología del TDAH, en especial a la impulsividad. Recordar asimismo que con la edad se modifica la expresión de los síntomas y disminuye la hiperactividad y, en menor medida, la impulsividad⁶⁰, lo que no significa que no se presenten en adultos elevando su probabilidad de delinquir.

La determinación de los factores de riesgo delictivo en sujetos con TDAH, como manifiesta AGUILAR CÁRCELES, debería dirigirse a *dos objetivos fundamentales*: el establecimiento de medidas preventivas que permitan rebajar las tasas de delincuencia y la delimitación de los tratamientos más idóneos a efectos de evitar reincidencias futuras⁶¹. En línea con esto hay quien afirma que se ha comprobado que los niveles elevados de criminalidad asociados al TDAH disminuyen con el empleo de medicamentos, por lo que es lamentable que, por falsas creencias, muchos padres y no pocos profesionales de la salud eviten la utilización de estimulantes y fármacos de otro tipo⁶².

⁵⁸ PINTADO ALCÁZAR, AL.: “Análisis criminológico...”, cit., p. 173.

⁵⁹ Según AGUILAR CÁRCELES “la mayor parte de los sujetos con TDAH nunca llegarán a involucrarse en la carrera criminal” (*El trastorno por déficit...*, cit., p. 503).

⁶⁰ RAMOS-QUIROGA, J. A. y CASAS BRUGUÉ, M.: “¿Prestamos suficiente atención...”, cit., p. 67.

⁶¹ AGUILAR CÁRCELES, M. M.: *El trastorno por déficit...*, cit., pp. 321 y 322.

⁶² SAUCEDA GARCÍA, J.M.: “Trastorno por déficit de atención...”, cit., p. 14.

III. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA IMPUTABILIDAD

1. Introducción

La *imputabilidad* consiste en la capacidad del sujeto para que puedan serle atribuidas y, por tanto, reprochadas jurídico-penalmente las conductas criminales que realiza. De acuerdo con lo anterior, imputabilidad es capacidad de culpabilidad (capacidad para ser declarado culpable y responsable penal del acto ilícito realizado). Así pues, para que un sujeto pueda ser declarado culpable y, consecuentemente, responsable criminal del hecho ilícito, el mismo debe ser imputable cuando lo ejecuta. Contrariamente, el inimputable (quien carece de dicha capacidad) no puede responder criminalmente de sus actos, aunque los mismos constituyan un ilícito penal. La razón radica en que la afirmación de la culpabilidad solo es factible cuando dicho sujeto presenta un determinado desarrollo o madurez de la personalidad y unas determinadas condiciones biopsíquicas que le permitan, de un lado, comprender la licitud o ilicitud de sus acciones u omisiones y, de otro, obrar conforme a esa comprensión. A grandes rasgos puede decirse que la *imputabilidad* es el conjunto de condiciones o facultades mínimas requeridas para poder considerar a una persona culpable (responsable) del comportamiento típico (descrito por la ley como delito) y antijurídico (contrario a Derecho) que ha realizado. Tales condiciones son dos: la *capacidad intelectual o cognoscitiva* y la *capacidad volitiva*. La primera supone que el sujeto tiene capacidad para valorar la licitud o ilicitud de un hecho, esto es, para comprender que un determinado comportamiento es ilícito, es contrario a Derecho. La segunda, por su parte, hace referencia a la capacidad para actuar conforme a esa comprensión, a la posibilidad que tiene el sujeto de dirigir su actuación de acuerdo con dicho entendimiento. En definitiva, a la capacidad del sujeto para manejar su voluntad y encaminarla al cumplimiento de lo dispuesto por el Derecho. Por lo tanto, para que pueda afirmarse la imputabilidad de una persona que ha realizado un comportamiento antijurídico se requiere que la misma sea capaz de comprender ese significado antijurídico, es decir, que sea capaz de entender que lo que hace es ilícito, y de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión. *Falta la capacidad intelectual o cognoscitiva* cuando el sujeto del injusto se halla en una situación mental en la que no puede percatarse suficientemente de que el hecho que realiza se halla prohibido por el Derecho. *Falta la capacidad volitiva* cuando es incapaz de autodeterminarse, de autocontrolarse, con arreglo a la comprensión del carácter ilícito del acto⁶³. De acuerdo

⁶³ MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 10ª ed. actualizada y revisada (con la colaboración de V. Gómez Marín y V. Valiente Iváñez), Reppertot, Barcelona, 2015 (2ª reimpresión, agosto 2016), pp. 581 y 582.

con el significado de esa doble capacidad, puede *definirse la imputabilidad* como la capacidad del sujeto para comprender la ilicitud del hecho y para actuar conforme a esa comprensión.

Los legisladores suelen partir de la base de que el adulto que realiza un injusto penal, normalmente, es imputable⁶⁴, de ahí que, como sucede en la mayor parte de los textos punitivos europeos, en el español *tampoco se define de forma expresa la imputabilidad*. Por esta razón, es necesario extraer negativamente esta categoría a través de la enumeración de las causas que la excluyen y que impiden atribuir a su autor el hecho declarado ilícito. Nuestro Código Penal, pues, no regula la imputabilidad, sino su falta excepcional: la incapacidad de culpabilidad o inimputabilidad.

Mediante las *causas de inimputabilidad* (así denominadas por doctrina y por jurisprudencia, aunque en ningún momento sea utilizada dicha expresión por la Legislación penal) reguladas en los tres primeros números del artículo 20 CP, se describen aquellos supuestos de exención de responsabilidad criminal que son susceptibles de afectar la capacidad de comprensión o de autodeterminación personal⁶⁵. En particular, se trata de las *anomalías o alteraciones psíquicas* (art. 20.1.º CP), las *intoxicaciones plenas por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos y síndrome de abstinencia* (art. 20.2.º CP) y las *alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia* (art. 20.3.º CP)⁶⁶. Quiere decirse que

⁶⁴ ROXIN, C.: *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, traducción de la 2ª ed. alemana y notas por D-M. Luzón Peña; M. Díaz y García Conlledo; y J. de Vicente Remesal, Civitas, Madrid, reimpresión 2006, p. 822.

⁶⁵ Mostramos nuestro expreso desacuerdo con GIBERT CALABUIG para quien también la eximente de miedo insuperable (artículo 20.6.º CP) constituye una causa de inimputabilidad (GIBERT GRIFO, S.; GIBERT GRIFO, M.; GIBERT CALABUIG, J. A. en GIBERT CALABUIG, J.A.: *Medicina legal y toxicología*, editor E. Villanueva Cañadas, 7ª ed. Elsevier, Barcelona, 2018, pp. 1153 y 1166). En nuestra opinión (acorde con la doctrina penal mayoritaria) dicha eximente, aunque también forma parte del juicio de culpabilidad (de manera que si concurre determina la exculpación del sujeto, por no afirmarse su culpabilidad) disfruta de una naturaleza jurídica distinta, cual es la de ser una causa de inexigibilidad de conducta adecuada a la norma.

⁶⁶ Por lo que se refiere a la eximente de minoría de edad penal, recogida en el artículo 19 CP y fijada en la actualidad para los menores de 18 años, estimamos con MIR PUIG que su fundamento actual es doble: por una parte, se basa en la suposición de que antes de cierta edad no concurre la imputabilidad (niños de corta edad); por otra, respecto de los menores de mayor edad que pudieran ser efectivamente imputables en los términos clásicos, se funda en la idea político-criminal de que es más adecuado someterlos a un tratamiento educativo especial que imponerles un castigo (MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 612). Quiere decirse que aun no constituyendo una causa de inimputabilidad *stricto sensu* (a diferencia de lo que sucedía en el anterior CP que sí la consideraba como tal), también lo es “en cierto modo y dentro de ciertos límites” (MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M.: *Derecho Penal. Parte General*, 9ª ed., rev. y puesta al día conforme a las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo, Tirant lo

un sujeto va a ser declarado inimputable si, cuando ejecuta el hecho criminal, se encuentra inmerso en alguno de los tres supuestos enumerados, de manera que, efectuando una interpretación en contrario, será imputable si no le resulta aplicable ninguno de ellos.

Es importante resaltar que aun cuando, como se ha indicado, el *CP no ofrece una definición en positivo de la imputabilidad*, es posible *deducir su concepto* de la regulación otorgada a las dos primeras causas (artículo 20. 1.º y 2.º), ya que tanto una como otra exigen que, como consecuencia de encontrarse el sujeto en una determinada situación (padecer una anomalía o alteración psíquica, en el primer caso; estar en un estado de intoxicación plena por el consumo de ciertas sustancias o bajo la influencia de un síndrome de abstinencia, en el segundo), el mismo sufra un determinado efecto psicológico: que se encuentre incapacitado para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión. Luego si lo que según tales preceptos determina la inimputabilidad es dicha incapacidad de comprensión de lo ilícito y/o de autodeterminación, interpretando en contrario, se extrae que la imputabilidad ha de consistir en el disfrute de ambas capacidades, lo que sin duda constituye un concepto legal que viene a refrendar el que doctrinal y jurisprudencialmente se venía utilizando.

2. Momento de valoración de la imputabilidad. La preordenación al delito (“*actio libera in causa*”)

El *momento* en que debe ser *valorada dicha capacidad de culpabilidad* y, por tanto, si el sujeto es o no imputable, es aquel en que el mismo ejecuta el acto

Blanch, Valencia, 2015, p. 363). La misma se construye sobre la base de que, normalmente, el menor de cierta edad, por falta de madurez, carece de capacidad de culpabilidad. Ahora bien, con objeto de evitar la inseguridad jurídica que generaría un sistema que valorara supuesto por supuesto la capacidad de culpabilidad de cada menor en función de su madurez mental, se establece un límite cronológico que fija el momento desde el que el sujeto es considerado responsable criminal con arreglo al CP (de adultos). Quiere decirse que dicho menor de 18 años no responderá penalmente de sus actos conforme al CP, aun cuando se pruebe que goza de la necesaria capacidad de culpabilidad, quedando no obstante sujeto a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (aplicable a los comprendidos entre 14 y 18 años). Cuando el ilícito penal fuera cometido por un menor de 14 años, según establece el artículo 3 de la mencionada Ley Orgánica 5/2000, no se le exigirá responsabilidad con arreglo a la misma, sino que se le aplicará lo dispuesto en las normas sobre protección de menores previstas en el Código Civil y demás disposiciones vigentes. En tal caso, el Ministerio Fiscal deberá remitir a la entidad pública de protección de menores testimonio de los particulares que considere precisos respecto al menor, a fin de valorar su situación, y dicha entidad habrá de promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquel conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero.

criminal (ni antes ni después). Si el autor del hecho, en dicho instante de ejecución del comportamiento ilícito, se encontraba inmerso en alguna de las situaciones descritas en los tres primeros números del artículo 20, será considerado inimputable y no responderá criminalmente⁶⁷.

Que el momento de valoración de la imputabilidad es exclusivamente aquel en que se ejecuta el hecho criminal, queda *reflejado legalmente* tanto el número 1.º como el 2.º del artículo 20, preceptos que comienzan su redacción con la frase: “El que al tiempo de cometer la infracción penal...”. Ambas causas incluyen esta referencia debido a que tanto una como otra eximen de responsabilidad en virtud de unas circunstancias específicas que pueden ser transitorias en el tiempo, razón por la que el legislador quiso dejar claro que solo desencadenarían dicho efecto eximente si el momento de inimputabilidad coincide con el de ejecución del delito. Dado que las alteraciones en la percepción (nº 3 del artículo 20) afectan al sujeto de forma permanente, no fue necesaria la introducción de una referencia de tales características en su regulación.

De otro lado, a la *potencial transitoriedad* de las situaciones previstas en los números 1.º y 2.º anteriormente citados se suma la posibilidad de que dichas situaciones sean *preordenadas al delito*, esto es, producidas voluntariamente por el propio sujeto. Pues bien, para excluir de forma expresa la exención de responsabilidad criminal en estos supuestos, en los que el autor se produce a sí mismo el estado transitorio de inimputabilidad, ambos preceptos establecen, aunque con una redacción algo diferente⁶⁸, que no habrá exención si el trastorno mental transitorio o la intoxicación plena han sido provocados por el sujeto con el propósito de cometer el delito o hubiera previsto o debido prever su comisión⁶⁹.

Esta cuestión nos sitúa ante una figura tradicionalmente denominada *actio libera in causa*, institución doctrinalmente muy debatida en lo referente a

⁶⁷ No responderá criminalmente, incluso aun cuando con posterioridad a dicha ejecución criminal, el sujeto recobre la capacidad de culpabilidad. Por su parte, cuando la inimputabilidad sobreviene después de la ejecución del acto ilícito, subsiste plenamente la responsabilidad penal del sujeto, si bien tales supuestos deberán ser tratados conforme a lo dispuesto en los artículos 383 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 60 del CP (ej. sujeto que realiza el comportamiento en una fase inicial de demencia, que aún no le ha privado de la capacidad de culpabilidad, pero que determina su inimputabilidad en un momento posterior).

⁶⁸ En la primera eximente se formula en negativo, puesto que el legislador declara que no cabrá la exención por trastorno mental transitorio cuando el mismo haya sido preordenado al delito; en la segunda, en cambio, se recoge en positivo, dado que establece cuándo tendrá lugar la exención, la que exige que el estado de intoxicación plena no haya sido buscado con el propósito de cometer la infracción o “no se hubiese previsto o debido prever su comisión”.

⁶⁹ En la causa segunda, la imposibilidad de exención como consecuencia de la preordenación voluntaria al delito solo se prevé para las hipótesis de intoxicación plena y no respecto de la actuación bajo un síndrome de abstinencia.

la determinación del fundamento de la responsabilidad criminal de quienes delinquen en tales condiciones. La misma tiene lugar cuando el sujeto, en el momento de ejecución del ilícito penal, carece de capacidad de culpabilidad (es inimputable), pero fue el propio sujeto el que, cuando gozaba de dicha capacidad, dio lugar (ya de forma dolosa, ya de manera imprudente) a esa situación de inimputabilidad, inmersa en la cual realizó el hecho criminal. La acción pues se considera que fue “libre (responsable) en su causa” (de ahí el nombre que recibe) y comporta como consecuencia que la imputabilidad del sujeto sea valorada, no en el instante de ejecución del acto penal (en el que, sin duda, es inimputable), sino en ese momento previo en el que dicha persona se provoca de forma voluntaria el trastorno mental transitorio o el estado de intoxicación plena. Se trataría, pues, de una excepción a la regla general en la valoración de la imputabilidad del sujeto que delinque. La regla es que toda persona responderá criminalmente por el hecho realizado si en el instante de la ejecución es imputable. La excepción, por su parte, consiste en que se podrá exigir responsabilidad penal al mismo, aunque fuera inimputable en el momento de realización del acto ilícito, si se comprueba que dicho estado de incapacidad de culpabilidad fue provocado por el sujeto para cometer el delito o, al menos, el mismo previó su posible ejecución o debiera haberlo previsto.

La *actio libera in causa* será *dolosa* (preordenación dolosa) cuando el autor haya provocado su inimputabilidad con la finalidad o propósito de cometer la infracción penal, en cuyo caso, el sujeto responderá por un delito doloso, exactamente igual que si lo hubiera cometido siendo imputable⁷⁰. Será, en cambio, *imprudente* o *culposa* (preordenación, asimismo, imprudente o culposa) cuando el sujeto no hubiere producido su estado de inimputabilidad con dicho propósito pero, sin embargo, el mismo había previsto la posible comisión de la infracción penal (o, al menos, debiera haberla previsto) y, consecuentemente, tenía que haberla evitado⁷¹. En estos supuestos, el autor responderá a título de imprudencia por el delito cometido.

3. Causas de inimputabilidad

Antes de entrar específicamente en el estudio de la posible incidencia que pueda tener el TDAH en la responsabilidad penal del sujeto, resulta obligado

⁷⁰ Ej.: sujeto que se emborracha para ser capaz de matar a otra persona.

⁷¹ Ej.: persona que es consciente de que cuando se emborracha desarrolla una actitud muy agresiva bajo la que, de manera incontrolada, es capaz de matar; con previsión o sin ella, tenía que haber evitado la situación (no emborrachándose).

seleccionar qué causa de inimputabilidad es la que, en su caso, correspondería aplicar, ya sea con plenos efectos eximentes, como eximente incompleta, o simplemente como atenuante. En este sentido, la elección debe efectuarse entre la 1ª (padecer anomalía o alteración psíquica)⁷² y la 3ª (sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o infancia)⁷³ del artículo 20, respecto de las cuales se realizará una breve revisión.

3.1. Anomalía o alteración psíquica (artículo 20.1.º CP)

3.1.1. Introducción

Cuando el legislador debe regular los supuestos de inimputabilidad por padecimiento de alguna clase de alteración o anomalía psíquica o mental, puede optar entre tres *fórmulas* diferentes: la *biológica o psiquiátrica* (la descripción legal mencionará únicamente el trastorno, padecimiento, anomalía o enfermedad que sufre la persona, sin hacer referencia alguna al efecto que debe producir en la misma), la *psicológica* (plasmará el efecto psicológico que debe sufrir el sujeto sin aludir al trastorno psíquico que va a desencadenarlo) o la *mixta* (que recogerá ambos extremos). El vigente CP ha utilizado una *fórmula mixta*, dado que para declarar exento de responsabilidad al sujeto exige la comprobación de dos elementos que suelen referirse como *biológico y psicológico*: con el llamado *elemento biológico* se describe el *padecimiento* que el sujeto debe tener (“cualquier anomalía o alteración psíquica”) y que deberá ser el causante del otro elemento, el *psicológico*, mediante el que se establece el *efecto psicológico* que dicho padecimiento debe producirle en el momento de ejecutar la infracción penal (es decir, que por su causa “no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”).

Esta nueva formulación legal permite realizar *tres importantes afirmaciones*:

- a) La primera, que la exención tendrá lugar siempre y cuando el sujeto haya sufrido el *efecto psicológico* requerido en el momento de cometer la infracción penal, como consecuencia del padecimiento de una anomalía o alteración psíquica. Así pues, *no basta* con que exista la

⁷² Para un exhaustivo análisis de esta eximente, vid. FONSECA MORALES, G. M.: *La anomalía o alteración psíquica como eximente o atenuante de la responsabilidad criminal*, Dykinson, Madrid, 2009.

⁷³ Para un exhaustivo análisis de esta eximente, vid. NÁQUIRA RIVEROS, J.: *Inimputabilidad y alteración de la percepción: exención y atenuación de la responsabilidad criminal*, tesis doctoral, Granada, 2013. Disponible en internet: <https://digibug.ugr.es/bitstream/handle/10481/31344/22777611.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

anomalía o alteración psíquica, sino que es necesario que debido a su existencia, el sujeto sea incapaz de comprender la ilicitud del hecho que realiza o de dirigir su actuación conforme a esa comprensión.

- b) La segunda, que *resulta indiferente la clase de anomalía o alteración psíquica* que sufra el sujeto (catalogada –o no– como enfermedad mental), siempre y cuando la misma produzca el efecto psicológico requerido legalmente. Lo relevante es la producción del efecto psíquico, por lo que puede aplicarse la exención tanto cuando haya sido producido por una enfermedad mental propiamente dicha, como cuando lo haya sido por cualquier otro tipo de anormalidad psíquica que no tenga ese carácter. En definitiva, las expresiones “anomalía psíquica” o “alteración psíquica” presentan un contenido equivalente, pudiendo subsumirse indistintamente en cualquiera de ellas todo tipo de perturbación mental capaz de desencadenar en el sujeto el efecto psicológico exigido por el precepto⁷⁴. La amplitud de la fórmula utilizada por el artículo 20.1.º permite, además, englobar en ella determinados trastornos que planteaban problemas de subsunción a través de la antigua fórmula de la enajenación mental⁷⁵.
- c) La tercera, resaltar que únicamente es posible aplicar la eximente cuando la anomalía o alteración psíquica produce en el sujeto el *efecto psicológico* de incompreensión de la ilicitud del acto realizado o de incapacidad para actuar conforme a esa comprensión, precisamente en el *momento de ejecución de la conducta delictiva* (“al tiempo de cometer la infracción penal”).

Puntualizar dos últimas cuestiones generales sobre las *anomalías o alteraciones psíquicas*. En primer lugar, que la *catalogación y evaluación de dichas alteraciones*

⁷⁴ Hay autores que defienden que las enfermedades mentales quedarían comprendidas en la expresión “alteraciones psíquicas” en tanto que el resto de perturbaciones psíquicas que no constituyan enfermedad mental (pero capaces de producir el efecto psicológico necesario) se reconducirían a través de la locución “anomalías psíquicas”. En cualquier caso, como se ha indicado, resulta indiferente esa calificación, habida cuenta de que ambas expresiones se encuentran recogidas en el artículo 20.1.º y dan lugar, de igual forma, a la declaración de inimputabilidad del sujeto.

⁷⁵ Se trataba de los retrasos mentales (antiguas oligofrenias) y los trastornos de la personalidad (antes psicopatías). Los primeros requerían para poder incluirlos en el derogado art. 8.1.º CP una interpretación correctiva que iba más allá del sentido literal posible de dicho precepto. Los trastornos de la personalidad eran sistemáticamente excluidos de su ámbito de aplicación por considerarse que, ni siquiera mediante una interpretación forzada de la eximente, cabía que los afectados fueran considerados enajenados mentales. Sobre la problemática jurisprudencial de los trastornos de la personalidad, vid. JIMÉNEZ DÍAZ, M. J. y FONSECA MORALES, G. M: *Trastornos de la personalidad...*, cit., en particular, pp. 65 y ss.

ciones o anomalías psíquicas debe realizarse conforme a los manuales internacionales de diagnóstico y de clasificación de las enfermedades mentales CIE 10 o DSM-V, dado que recogen la etiología, rasgos y criterios clasificatorios que se han consensuado a nivel mundial sobre cada uno de los diferentes trastornos mentales. Las mismas permiten la realización de un adecuado diagnóstico y la unificación del lenguaje forense⁷⁶. En segundo orden, que aun cuando es normal deducir determinadas reglas generales asociadas a un tipo de trastorno concreto (por ej.: que la esquizofrenia suele producir la inimputabilidad de la persona que la padece), resulta imprescindible *valorar cada supuesto en particular* para establecer su específica repercusión en la actuación del sujeto. No es correcto asociar con carácter general a una determinada perturbación psíquica (sea la que sea) una específica consecuencia sobre la imputabilidad del sujeto que la sufre, sino que cada caso concreto requiere una evaluación singular.

3.1.2. Anomalía o alteración psíquica de carácter temporal: el trastorno mental transitorio

El derogado artículo 8 del antiguo CP declaraba exento de responsabilidad criminal al enajenado y al que se hallaba en situación de *trastorno mental transitorio* (en adelante TMT), estableciendo con dicha redacción que enajenación mental y TMT constituían causas de inimputabilidad diferentes. Que el legislador los concibió como supuestos independientes quedaba confirmado en tanto en cuanto el citado precepto limitaba la posible aplicación de medidas de seguridad a los casos de enajenación mental. El vigente artículo 20.1.º, párrafo primero, no enumera ningún otro concepto junto a la anomalía o alteración psíquica, sino que se limita a señalar en su párrafo segundo que el TMT no eximirá de pena en determinadas circunstancias, lo que implica que el legislador parte de considerar que la expresión “cualquier anomalía o alteración psíquica”, empleada en el primer párrafo, comprende tanto a los trastornos que tienen un carácter duradero como a aquellos otros cuya duración es breve⁷⁷. En conclusión, las anomalías o alteraciones psíquicas pueden tener carácter duradero o transitorio, quedando ambas reguladas en el pri-

⁷⁶ Sorprendentemente, a día de hoy todavía se publican trabajos que emplean una terminología inadecuada y obsoleta. Como muestra valga la referencia a la oligofrenia, sin más precisión, que la siguiente obra de 2019 realiza al enumerar las enfermedades que pueden causar una alteración psíquica con incidencia en la imputabilidad: MAGRO SERVET, V.: *Manual práctico sobre eximentes y atenuantes de la responsabilidad criminal y determinación de la pena*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, pp. 37 y 38. Actualmente, lo que antes se conocía como oligofrenia se cataloga por la CIE-10 como retraso mental y por el DSM-V como discapacidad intelectual.

⁷⁷ En este sentido MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 602.

mer párrafo del artículo 20.1.º, si bien tratándose de las segundas reciben la denominación de TMT y están sujetas a lo dispuesto en el párrafo segundo (que impide la exención por su causa cuando han sido provocadas para cometer el delito o, al menos, el sujeto hubiera previsto o debido prever su comisión –*actio libera in causa*–)⁷⁸.

Así pues, el TMT no es sino un supuesto de padecimiento de anomalía o alteración psíquica de carácter temporal. Ahora bien, al igual que en el caso de las que tienen carácter permanente, para que produzca la exención de responsabilidad criminal, dicho trastorno temporal debe generar en el sujeto afectado *idéntico efecto psicológico* de incapacitación para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión. Quiere decirse que el efecto psicológico que ha de producir tanto la anomalía o alteración psíquica duradera como el TMT es el mismo y, por supuesto, en ambos casos, dicho efecto debe tener lugar en el momento de ejecución del hecho criminal.

Por otra parte, señalar que tradicionalmente se ha venido discutiendo si el TMT requería o no una determinada *base patológica* para eximir de responsabilidad criminal. Existen ciertas perturbaciones temporales que están motivadas por factores externos al sujeto y que por tanto no presentan ningún fondo patológico, por ejemplo, las producidas por ingesta de alcohol o drogas. Conforme al anterior CP, cabía aplicar el TMT para estos supuestos (art. 8.1.º), de forma que, con la antigua regulación, el TMT podía tener un sustento patológico o, contrariamente, provenir de un factor desencadenante externo. En la actualidad esta discusión ha perdido su razón de ser debido a la doble vía abierta por la nueva causa de inimputabilidad recogida en el artículo 20.2.º del actual CP, puesto que de acuerdo con el vigente texto punitivo, cuando el trastorno temporal tenga su origen en el consumo de determinadas sustancias (causa externa), podrá quedar exento de responsabilidad criminal a través de la aplicación de la citada causa del artículo 20.2.º y no tendrá la consideración *stricto sensu* de TMT (aun cuando en realidad goce de esa naturaleza). Dicha denominación queda reservada para aquellos casos en que la perturbación transitoria sea producida por una anomalía o alteración psíquica de carácter pasajero (artículo 20.1.º), en cuyo caso, la existencia o no de una base patológica dependerá del tipo de anomalía o alteración psíquica

⁷⁸ Los supuestos previstos en el artículo 20.2.º (*intoxicación plena o síndrome de abstinencia*) son casos de inimputabilidad transitoria, cuya única diferencia radica en la fuente que produce el episodio de inimputabilidad: que en las hipótesis del artículo 20.1.º procede del padecimiento de una anomalía o alteración psíquica de carácter temporal (causas endógenas), en tanto que en las del artículo 20.2.º tiene lugar por ingestión de determinadas sustancias o como consecuencia de la dependencia que ha generado su consumo (causas exógenas). Los mismos, aun cuando sean casos de inimputabilidad transitoria, no pueden ser calificados técnicamente de TMT al estar regulados al margen del n.º 1 del art. 20 CP.

padecida y de su consideración o no como enfermedad mental. Salvo que, en sentido amplio, quepa entender que, en sí mismo, el padecimiento de dicha anomalía o alteración psíquica transitoria ya constituye un fondo patológico (con independencia de su consideración o no de enfermedad mental) por presentar un origen endógeno.

3.2. Alteraciones en la percepción desde el nacimiento o la infancia (artículo 20.3.º CP)

3.2.1. Introducción

El número 3.º del artículo 20 del CP declara exenta de responsabilidad criminal a aquella persona que, por *sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad*. La redacción de esta causa de inimputabilidad es idéntica a la que en su día otorgó al artículo 8.3.º ACP la *LO 8/1983, de Reforma Urgente y Parcial del Código penal, de 25 de junio de 1983*, que vino a sustituir la anterior fórmula de exención de responsabilidad del “sordomudo de nacimiento o desde la infancia, que carezca en absoluto de instrucción”. Así pues, la Reforma de 1983 supuso la ampliación de esta causa, que pasó de eximir solamente al sordomudo (desde el nacimiento o la infancia) carente de instrucción, a desplegar tal efecto eximente respecto de toda aquella persona que sufriera alguna alteración en la percepción que comportara una alteración grave de su conciencia de la realidad. Con ello se introdujo en su descripción una *fórmula mixta* (que se mantiene hoy día, pues la misma redacción permanece hoy vigente en el artículo 20.3.º), que al igual que en el resto de causas de inimputabilidad requiere, de un lado, el *elemento biológico o padecimiento* que el sujeto debe tener (“sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia”) y, de otro, el *elemento o efecto psicológico* que dicho padecimiento debe producirle en el momento de ejecutar la infracción penal (es decir, que por su causa “tenga gravemente alterada la conciencia de la realidad”).

3.2.2. Supuestos subsumibles en la eximente

Antes de repasar los posibles supuestos que cabe subsumir en esta eximente, cuya base común ha de ser la existencia de una “alteración en la percepción”, debe aclararse lo que hay que entender por “*tener gravemente alterada la conciencia de la realidad*”, puesto que la concreción de dicho *efecto psicológico* condiciona, sin duda, el catálogo de alteraciones perceptivas capaces de producirlo. Con el término “realidad” se está haciendo referencia a la “*realidad*”

normativa o jurídica”, lo que implica que el sujeto, como consecuencia de la alteración perceptiva que padece, tiene gravemente afectada su capacidad valorativa frente al Derecho, lo que le impide comprender de forma adecuada el significado jurídico del comportamiento realizado, o lo que es lo mismo, *le incapacita para comprender la ilicitud del hecho*. Dado que su significado es idéntico, de forma parcial, al efecto psicológico exigido por las eximentes 1ª y 2ª del artículo 20, sería recomendable que el legislador reformara la redacción del n° 3 para darle uniformidad legal a sus tres números, lo que redundaría en la obtención de una mayor seguridad jurídica en la interpretación de la tercera causa de inimputabilidad.

Pasando ya a la concreción de las *alteraciones de la percepción* susceptibles de dar cumplimiento a lo exigido por el precepto, debe tratarse de alteraciones que han de cumplir con dos exigencias: que sean capaces incomunicar al sujeto del mundo circundante, privándole de un acceso normal a las reglas y valores jurídicos; y que se sufran *desde el nacimiento o desde la infancia* para que, en efecto, el afectado haya sido privado de la intercomunicación con la realidad jurídica, puesto que si sobrevienen con posterioridad, el sujeto ya habría adquirido de forma previa una adecuada capacidad valorativa frente al Derecho.

Partiendo, de que la alteración perceptiva debe padecerse desde el nacimiento o la infancia y de que, en cualquiera de los casos, ha debido incapacitarle para acceder de forma adecuada a la realidad jurídica (en el sentido anteriormente indicado), parece indubitado que siguen integrándola determinados casos de sordomudez, así como algunos supuestos de ceguera que se presentan combinados con otras alteraciones (ceguera-sordera; ceguera-mudez), de carácter congénito o precozmente adquiridas, susceptibles de producir el efecto psicológico⁷⁹.

De lo que se trata es de valorar la posible subsunción en ella de *otros casos* que también impliquen un anormal desconocimiento del hecho ilícito, debido al aislamiento o incomunicación que la alteración en la percepción ha producido al sujeto respecto del mundo jurídico circundante. En esta línea, CARMONA SALGADO⁸⁰ ha apuntado la posibilidad de reconducir por esta vía determinadas detenciones precoces del desarrollo intelectual por motivaciones psicosociales, tales como los casos de los “*niños lobos*” (que han crecido en un ambiente privado de relaciones humanas, sin acceso a la educación) o el *síndrome de Kaspar Häuser*, actualmente conocido como *autismo* (definido

⁷⁹ El estado puro de ceguera es uno de los que mayores reparos ha ofrecido como causa de inimputabilidad (CARMONA SALGADO, D.: “Causas de inimputabilidad: alteración de la percepción”, en *Actual doctrina de la imputabilidad penal* (F. Pantoja García y F. Bueno Arús – Dirs.-), Estudios de Derecho Judicial, 110, Consejo General del Poder Judicial, 2007, p. 493.

⁸⁰ *Ibidem*, cit., p. 495.

como el síndrome infantil caracterizado por la incapacidad congénita de establecer contacto verbal y afectivo con las personas y por la necesidad de mantener absolutamente estable su entorno).

Al menos en teoría, la eximente 3ª del artículo 20 permitiría incluir ambos casos si se presentan de forma extrema y privan al sujeto de la intercomunicación con la realidad jurídica. Sin embargo, no pueden soslayarse los inconvenientes que en la práctica podrían plantearse, derivados de la dificultad de delimitar esta eximente, de una parte, de la de padecer anomalía o alteración psíquica y, de otra, del error de prohibición (que opera precisamente sobre el desconocimiento o conocimiento equivocado del sujeto acerca de la ilicitud del hecho realizado). Entre los problemas de delimitación que genera y la escasa aplicación que en la práctica tiene la tercera causa de inimputabilidad prevista por nuestro Código Penal, reclamamos de *lege ferenda* su supresión del texto punitivo⁸¹.

3.3. Eximente incompleta y otras circunstancias atenuantes

El análisis efectuado hasta el momento ha sido realizado sobre lo que se denominan *causas de exención completas* de la responsabilidad criminal. Esto es, cuando concurriendo plenamente los requisitos exigidos por alguna de las causas de inimputabilidad descritas en el artículo 20.1.º y 3.º, el sujeto queda exento de responsabilidad criminal. Ahora bien, entre la *inimputabilidad* de la persona afectada por una anomalía o alteración psíquica o una alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia (que determina la irresponsabilidad criminal), y la *imputabilidad* (que comporta justo lo contrario, la plena responsabilidad penal), existe una *franja intermedia* a la que cabe denominar como *semiimputabilidad* en la que el sujeto, aunque no va a quedar exonerado de forma completa de responsabilidad criminal, sí que la va a ver considerablemente disminuida. Dicho de otra forma, entre la plena inimputabilidad y la total imputabilidad, caben *estados intermedios* en los que la persona, aunque no tiene perturbadas de forma plena las capacidades intelectual o volitiva como para permitir la exención completa, sí que las tiene notablemente afectadas.

3.3.1. Atenuación cualificada: la eximente incompleta (artículo 21.1.ª CP)

El instrumento jurídico que se emplea para “modular” la responsabilidad criminal del sujeto en estos casos de semiimputabilidad es la denominada *eximente incompleta*, cuya regulación legal se contiene en el número 1º del artícu-

⁸¹ En este sentido, *ibidem*, cit., pp. 503 y 504.

lo 21⁸². Tal y como se ha visto *supra*, ambas causas de inimputabilidad han sido configuradas conforme a una fórmula mixta que exige un *elemento biológico*, que será el causante de que el sujeto sufra el *elemento o efecto psicológico* determinante de su inimputabilidad. Esto es, según cuál sea la eximente aplicable, la persona habrá de padecer, al tiempo de ejecutar la infracción criminal, bien una anomalía o alteración psíquica (artículo 20.1.º), bien una alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia (artículo 20.3.º), que en cualquiera de los casos ha de afectar de forma plena a su capacidad intelectual o volitiva, hasta el punto de producirle el efecto psicológico consistente en dar lugar a su incapacidad para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión (artículo 20.1.º) o una alteración grave de la conciencia de la realidad (artículo 20.3.º). Solo cuando se den ambos extremos se habrán cumplido los requisitos necesarios para declarar la exención completa de responsabilidad criminal.

Pues bien, cabrá aplicar la *eximente incompleta* del artículo 21.1.^a, según dispone el precepto, cuando no concurrieren los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad criminal, lo que aplicado a las causas en estudio supone que será factible apreciarla cuando *se cumpla el elemento biológico* (que variará en función de la causa de inimputabilidad que se tome como referente), pero *no concurra de forma plena* sino meramente *parcial*, aunque con una determinada intensidad, el *elemento o efecto psicológico*. El *elemento biológico* se exige de forma necesaria puesto que constituye un *requisito esencial* de inexorable cumplimiento. En cambio, el *efecto psicológico*, imprescindible por supuesto para exonerar de responsabilidad de forma plena, se considera *requisito no esencial*, de manera que si tan solo se manifiesta de forma parcial, el sujeto responderá criminalmente, aunque dicha responsabilidad será atenuada de forma cualificada por aplicación de la primera atenuante del artículo 21 (eximente incompleta). Lo anterior produce como necesaria consecuencia que si el elemento que falta es el biológico, entonces se exigirá responsabilidad criminal al sujeto con plena normalidad (no siendo posible aplicar tampoco la exención incompleta), cosa que, por otra parte, resulta lógica, habida cuenta de que si dicho sujeto no cumple con tal elemento, tampoco tendrá lugar el efecto psicológico que el mismo debe desencadenar, no existiendo base alguna para activar la aplicación de la eximente que, en cada caso, corresponda.

⁸² En realidad, la eximente incompleta no funciona solamente respecto de las causas de inimputabilidad previstas en los tres primeros números del artículo 20, sino que despliega sus efectos en relación a cualquiera de las eximentes reguladas en tal precepto: legítima defensa (nº 4.º), estado de necesidad (nº 5.º), miedo insuperable (nº 6.º) y, por último, cumplimiento de un deber y ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo (nº 7.º). No obstante, el análisis de la eximente incompleta en este trabajo se circunscribe, obviamente, a su relación con las causas de inimputabilidad que están siendo estudiadas.

En definitiva, el elemento biológico, al constituir el *requisito esencial* de la eximente debe cumplirse de forma necesaria, tanto para aplicarla en su forma completa como incompleta, de manera que si no se satisface, se exigirá responsabilidad criminal al sujeto por gozar el mismo de plena imputabilidad. En cambio, cuando no concorra de forma total el efecto psicológico (*requisito no esencial*, aunque imprescindible para aplicar la exención completa) si bien el sujeto responderá criminalmente, dicha responsabilidad será atenuada de forma cualificada por aplicación de la primera atenuante del artículo 21 (eximente incompleta), cuya pena se establece en el artículo 68 del Código Penal, conforme al cual, no despliega unos efectos atenuantes simples, sino que genera unos *efectos atenuatorios cualificados*, dado que supone la rebaja de la pena en uno o dos grados. Debe dejarse constancia de que la apreciación de la eximente incompleta no resulta de carácter obligado para el juez o tribunal, quien según su prudente arbitrio, en aquellos casos en los que se dé el elemento biológico y se presente solo de forma parcial el efecto psicológico, deberá decidir si concurre la suficiente base como para declarar una responsabilidad criminal disminuida, que comporta un tratamiento punitivo cualificadamente privilegiado. Ahora bien, si finalmente opta por su aplicación, el artículo 68 sí que le obliga a rebajar la pena en uno o dos grados respecto de la que hubiera correspondido de estimarse una responsabilidad criminal plena. No en vano, dicho precepto utiliza el término “impondrán” (y no “podrán imponer”) cuyo carácter preceptivo queda fuera de toda duda.

3.3.2. Otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de carácter atenuante

Tal y como ha sido indicado con anterioridad, puede suceder que el sujeto no se encuentre incapacitado para comprender la ilicitud del hecho o para actuar conforme a esa comprensión, pero sí tenga *mermadas sus facultades psíquicas en diferente grado e intensidad*. Dependiendo del grado de afectación de las mismas, el texto punitivo ofrece a los tribunales la posibilidad de aplicar, bien la eximente completa que en cada caso corresponda (artículo 20.1.º o 3.º CP), bien la eximente incompleta prevista en el art. 21.1.ª CP (en relación con cada una de las causas de inimputabilidad indicadas) o, por último, alguna atenuación simple, que variará en función de cuál sea la eximente que opere como punto de partida y que dependerá del elemento biológico presente en cada caso.

Si efectuamos un *repaso de las diversas vías existentes*, la cuestión queda de la siguiente forma:

- a) Tratándose de la *eximente de anomalía o alteración psíquica*, si se acredita que el sujeto, cuando ejecutó el acto ilícito, carecía de la capa-

cidad de comprender la ilicitud del hecho o de actuar conforme a dicha comprensión, procederá la *exención completa* (artículo 20.1.º). Cuando la facultad intelectual y/o volitiva afectada aparezca disminuida de forma importante para comprender la ilicitud o actuar conforme a esa comprensión, cabrá aplicar una *eximente incompleta* del art. 21.1.ª CP (en relación con el artículo 20.1.ª). Y, finalmente, si la anomalía o alteración psíquica determina una disminución de menor entidad de la conciencia de la ilicitud o de la capacidad de autodeterminación, podrá ser apreciada la denominada *atenuante analógica*, prevista legalmente en el artículo 21.7.ª del CP (en relación con los artículos 21.1.ª y 20.1.º). En la modalidad de trastorno mental transitorio, algunos autores proponen aplicar asimismo la atenuante de *arrebato u obcecación*, prevista en el artículo 21.3.ª CP (“La de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante”)⁸³.

- b) Cuando la eximente en juego sea la de sufrir una *alteración en la percepción desde el nacimiento o la infancia*, el *iter* ha de ser el mismo que en la hipótesis anterior. Así, si se prueba que el sujeto, cuando ejecutó el acto ilícito, tenía gravemente alterada la conciencia de la realidad (en el sentido indicado *supra*), procederá la *exención completa* de responsabilidad penal (artículo 20.3.º). Cuando dicha alteración de la conciencia, con ser grave, no alcance la plenitud requerida para excluirla, cabrá aplicar la *eximente incompleta* del art. 21.1.ª CP (en relación con el artículo 20.3.ª). Y, finalmente, si la alteración de la percepción determina una alteración de menor entidad de su conciencia de la realidad, podrá ser apreciada la denominada *atenuante analógica*, prevista legalmente en el artículo 21.7.ª del CP (en relación con los artículos 21.1.ª y 20.3.º).

IV. IMPUTABILIDAD Y TDAH

Realizado el repaso general a las causas 1ª y 3ª del artículo 20 CP, procede ahora decantarse por la que puede dar cobijo, en su caso, al trastorno por déficit de atención e hiperactividad. Sin embargo, dicha elección debe quedar condicionada a la previa revisión de la incidencia que el TDAH puede tener

⁸³ Admitiendo la aplicación de la atenuante de arrebato u obcecación en los supuestos de leve afectación de las facultades psíquicas en un caso de TMT, véase MIR PUIG, S.: *Derecho Penal...*, cit., p. 603.

sobre la imputabilidad del sujeto que afectado. Para ello debe recordarse que la imputabilidad es el conjunto de condiciones o facultades mínimas requeridas para poder considerar a una persona culpable (responsable) del comportamiento típico (descrito por la ley como delito) y antijurídico (contrario a Derecho) que ha realizado. Y que tales condiciones son dos: la *capacidad intelectual o cognoscitiva* y la *capacidad volitiva*, suponiendo la primera que el sujeto tiene capacidad para valorar la licitud o ilicitud de un hecho, en tanto que la segunda hace referencia a la capacidad del sujeto para manejar su voluntad y encaminarla al cumplimiento de lo dispuesto por el Derecho.

Conforme a lo anterior, la pregunta sería ¿el sujeto con TDAH goza de la doble capacidad intelectual/cognoscitiva o volitiva o, contrariamente, ve afectada alguna de ellas (o ambas) como consecuencia del trastorno?

Por lo que se refiere a la *capacidad intelectual o cognoscitiva*, se trata de determinar si el sujeto, por efecto del TDAH, puede encontrarse en una situación en la que sea incapaz de conocer que el hecho que realiza es ilícito. La respuesta ha de ser indubitablemente negativa puesto que el trastorno por déficit de atención e hiperactividad no comporta deterioro cognitivo alguno, tal y como se deduce del repaso de los síntomas que se expusieron con anterioridad⁸⁴. Ni la inatención, ni la hiperactividad, ni la impulsividad afectan a la capacidad intelectual de la persona con TDAH que, por tanto, dispone de las herramientas biológico-psicológicas necesarias para diferenciar lo lícito de lo ilícito.

Al respecto, deben realizarse tres reflexiones:

- 1) Es factible que un sujeto con TDAH presente una afectación de su capacidad intelectual como consecuencia del padecimiento de otro trastorno comórbido con aquel. En tal caso, habría que plantear su posible repercusión en la responsabilidad penal, pero no por efecto del trastorno por déficit de atención e hiperactividad.
- 2) La nula incidencia del TDAH en la capacidad intelectual o cognoscitiva del sujeto nos lleva a *descartar* de forma automática la *eximente de alteraciones en la percepción* (art. 20.3.º CP) como institución jurídico-penal a través de la que reconducir los hipotéticos efectos eximentes o atenuatorios que pudiera provocar este trastorno. Recuérdese que dicha causa de inimputabilidad requiere algo que no produce el trastorno por déficit de atención e hiperactividad: que el sujeto, como

⁸⁴ En el mismo sentido, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: “Imputabilidad y trastorno por déficit...”, cit., p. 22; del mismo autor: “La responsabilidad penal de las personas...”, cit., p. 155; “La responsabilidad penal de las personas con TDAH desde...”, cit., p. 86; PERIS RIERA, J. M.: “TDAH y responsabilidad penal...”, cit., p. 73.

consecuencia de la alteración perceptiva (elemento biológico), tenga gravemente afectada su capacidad valorativa frente al Derecho, lo que le impedirá comprender de forma adecuada el significado jurídico del comportamiento realizado (efecto psicológico).

- 3) La tesis de que el TDAH no afecta a la capacidad cognoscitiva del sujeto se refrenda en las resoluciones judiciales recaídas en la materia⁸⁵.

Intacta la capacidad intelectual, corresponde ahora examinar si el trastorno que se analiza puede afectar a la *capacidad volitiva* del sujeto. Nos preguntamos, pues, si el TDAH puede condicionar la capacidad de la persona para manejar su voluntad conforme a la previa comprensión facilitada por aquella.

Al respecto no debe darse una respuesta genérica que sirva para cualquier supuesto, sino que *cada caso habrá de ser valorado de forma individualizada*, atendiendo al tipo o presentación de TDAH que el sujeto padezca. Ello no es obstáculo, sin embargo, para esbozar unas líneas generales de acuerdo con las tres presentaciones que se refirieron *supra*, conforme a las cuales, el sujeto puede presentar síntomas de:

- Inatención e hiperactividad-impulsividad (presentación combinada)
- Inatención (presentación predominante con falta de atención)
- Hiperactividad-impulsividad (presentación predominante hiperactiva/impulsiva)

En relación con dichos síntomas, la *inatención* se traduce fundamentalmente en la dificultad para realizar una misma actividad durante un período largo de tiempo, no prestar atención a los detalles, tener dificultades para finalizar tareas, dificultad para escuchar, seguir órdenes e instrucciones, desorganización en sus tareas y actividades, frecuente pérdida u olvido de objetos, fácil distracción, dificultad para terminar lo que empieza, evitación de actividades que requieren un nivel de atención sostenido, cambio frecuente de conversación, y presentar dificultades para seguir las normas o detalles de los juegos.

La persona que padece *hiperactividad* se caracteriza porque se mueve en momentos en los que no resulta adecuado, le cuesta permanecer quieto cuando es necesario, habla en exceso, hace ruidos constantemente, incluso en acti-

⁸⁵ Para un completo análisis de la jurisprudencia en esta materia, vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: “Imputabilidad y trastorno por déficit...”, cit., p. 24 y ss. Del mismo autor, en trabajos más recientes: “La responsabilidad penal de las personas con TDAH desde...”, cit., pp. 88 y ss.; “La responsabilidad penal de las personas...”, cit., pp. 157 y ss.; “Valoración del grado...”, cit., pp. 86 y ss.

vidades tranquilas, tiene dificultad para relajarse, cambia de actividad sin finalizar ninguna, tiene falta de constancia. Se vincula a una movilidad excesiva y presenta rigidez y falta de coordinación en sus movimientos, lo que determina frecuentes caídas, una verborrea imparable, dar golpes injustificados, etc.

Por último, el sujeto que presenta *impulsividad* es impaciente, tiene dificultades para controlar sus impulsos, tiene problemas para esperar su turno, no reflexiona antes de actuar, interrumpe constantemente a los demás, tiene respuestas prepotentes: espontáneas y dominantes, tiende a “toquetearlo” todo, suele meterse en conflictos. Se asocia fundamentalmente con la incapacidad del sujeto para controlar sus actos, llegando a exteriorizarse como agresividad.

Pues bien, el *déficit de atención* podría afectar al sujeto sobre todo en el ámbito de los comportamientos imprudentes y/u omisivos derivados de la inatención (ej.: conductor de camión que transporta sustancias inflamables que se distrae mientras conduce; ej.: médico que desatiende a su paciente). El TDAH puede afectar en algunos supuestos a la capacidad de respuesta del sujeto, por lo que en actividades complejas puede disminuir la capacidad para atender a todos los estímulos necesarios y provocar desatención a las normas aplicables (por ej. en algunos casos de conducción de vehículos)⁸⁶.

El *hiperactivo* en sentido estricto es la tipología donde más dificultades se dan para apreciar una afectación de la imputabilidad, puesto que su vinculación directa con el comportamiento criminal es más compleja por su naturaleza⁸⁷. Podría pensarse en la causación de unas lesiones debido a los movimientos descontrolados y a la falta de coordinación en los mismos.

Resulta evidente que, como ya se indicó *supra*, el síntoma de la impulsividad es el más propicio para influir en la posible ejecución de una conducta criminal por parte del afectado, debido a la incapacidad que le produce para controlar las acciones inmediatas y la desinhibición que le provoca, lo que desemboca en la realización de comportamientos irreflexivos. La dificultad que experimentan para controlar los impulsos les hace tendentes a desarrollar conductas agresivas o violentas, pelearse, insultar, realizar conductas de riesgo como el consumo de drogas o provocar accidentes de tráfico. Este síntoma es por tanto el que mayor efecto puede operar sobre la *capacidad volitiva* del sujeto en el momento de ejecución del acto ilícito, incidiendo así en su imputabilidad.

⁸⁶ ANDREU, C.; LETOSA, J.; LÓPEZ, M.; MÍNGUEZ, V.: “Implicaciones forenses en adultos...”, cit., p. 69.

⁸⁷ De esta opinión, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L.: “Valoración del grado...”, cit., pp. 84 y 85.

En correspondencia con lo anterior, se observa una proporción mayor en los sujetos con TDAH frente a la población general de los llamados *delitos reactivos*, esto es, aquellos que se caracterizan por ser actos espontáneos y no planeados en los que el individuo se deja llevar por la impulsividad y la respuesta emocional⁸⁸.

Desde un punto de vista neuropsicológico, las personas impulsivas presentan una disfunción en los circuitos prefrontales junto con una alteración de varias estructuras subcorticales, sus conexiones y en el equilibrio relativo de la actividad de estas regiones. Las alteraciones estructurales y funcionales encontradas en sujetos con TDAH en áreas cerebrales relacionadas con los circuitos de recompensa, así como con la regulación de la impulsividad y de las funciones ejecutivas, guardan una estrecha relación con sus síntomas. Lo anterior lleva a concluir que este trastorno puede ser un buen ejemplo de cómo determinados circuitos cerebrales *predisponen a patrones de conducta inadaptativos*⁸⁹.

En definitiva, el TDAH, fundamentalmente a través del síntoma de la impulsividad, puede afectar a la capacidad volitiva del sujeto, siempre dejando claro que el ilícito realizado debe guardar relación con dicho síntoma. Partiendo de esta premisa deben realizarse algunas *consideraciones*:

1) La posible relevancia penal de la afectación de la capacidad volitiva del sujeto en el momento de ejecutar el acto ilícito debe articularse a través de la *eximente de padecer anomalía o alteración psíquica*, dado que cabe la subsunción del trastorno por déficit de atención e hiperactividad en el concepto de “anomalía o alteración psíquica” descrito en el art. 20.1º. del CP. Ahora bien, tomando en consideración que los supuestos más proclives a valorarse en el seno de esta eximente son los relacionados con la impulsividad, cabe preguntarse si sería oportuno recurrir a la fórmula del *trastorno mental transitorio* en lugar de a la anomalía o alteración psíquica de carácter permanente. La conexión que algunos especialistas han mostrado entre tales comportamientos impulsivos y las reacciones en corto circuito⁹⁰, nos ha llevado a plantear dicha institución como posible respuesta a tales supuestos y, yendo incluso más lejos,

⁸⁸ LÓPEZ-PINAR, C. y CARBONELL VAYA, E.: “Imputabilidad de adultos con TDAH: una revisión de la jurisprudencia española”, Conference: IX Congreso (Inter)Nacional de Psicología Jurídica y Forense, At Madrid, p. 1. Disponible en internet: https://www.researchgate.net/publication/320858648_Imputabilidad_de_adultos_con_TDAH_Una_revisión_de_la_jurisprudencia_espanola.

⁸⁹ ANDREU, C.; LETOSA, J.; LÓPEZ, M.; MÍNGUEZ, V.: “Implicaciones forenses en adultos...”, cit., pp. 68 y 69.

⁹⁰ ANDREU, LETOSA, LÓPEZ y MINGUEZ afirman que el “TDAH puede afectar al componente volitivo en las llamadas respuestas de *acting-out*, reacciones en corto circuito, en las que el sujeto reacciona de modo impulsivo, con una fuerte descarga emocional” (ANDREU, C.; LETOSA, J.; LÓPEZ, M.; MÍNGUEZ, V.: “Implicaciones forenses en adultos...”, cit., p. 69).

a valorar la posibilidad de reconducirlos a través de los movimientos reflejos como causa de ausencia de acción penal.

Esta cuestión nos obliga a recordar la ya antigua *Sentencia del Tribunal Supremo 1246/1983, de 23 de septiembre* (famoso caso de la barrica de vino), que absolvió (casando la Audiencia Provincial de Tenerife que había condenado por delito de homicidio con la atenuante de preterintencionalidad) a un sujeto por haber realizado un acto en “corto circuito” que, pese a la afirmación de la relación causal entre el movimiento corporal y la muerte, excluía la existencia de acción penalmente relevante. A tal solución llega a través de la equiparación entre dichas reacciones en “corto circuito” y los denominados “actos reflejos”⁹¹. SILVA SÁNCHEZ, en su comentario a esta Sentencia⁹², se plantea si el comportamiento del sujeto es efectivamente un acto reflejo o, pese a no serlo, cabe equipararlo en su tratamiento jurídico-penal⁹³. Es pertinente recordar que los actos o movimientos reflejos son, junto a la fuerza irresistible y los estados de inconsciencia, causas de ausencia de acción que excluyen la tipicidad el comportamiento⁹⁴. Pues bien, para SILVA, las reacciones en corto circuito no se pueden equiparar a los actos reflejos, siendo así que en estos hay acción penal (mientras que no la hay en aquellos), por lo que su resolución debería ser desplazada al ámbito de la imputabilidad, en particular, al trastorno mental transitorio⁹⁵.

Los actos impulsivos motivados por el TDAH, aunque ocasionalmente pudieran ser calificados como reacciones en corto circuito, en absoluto mere-

⁹¹ Sintéticamente, los hechos fueron los siguientes: El procesado Juan Pablo se encontraba, tras haber tomado unas copas en una taberna próxima, en una bodega de su propiedad en compañía de dos convecinos, J. Enrique e Ildefonso. En un determinado momento, Juan Pablo se inclinó hacia adelante para sacar vino de una barrica. Mientras permanecía en esa posición, dándole la espalda a Ildefonso, y con las piernas un poco separadas, este le agarró con fuerza los genitales con el propósito de gastarle una broma, y al sentirse dolorido Juan Pablo, giró bruscamente su cuerpo empujándole con el codo de tal modo que Ildefonso cayó al suelo golpeándose fuertemente contra el suelo de cemento, con la cabeza, cayendo primeramente de lado y después de espaldas. Horas más tarde falleció.

⁹² SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La función negativa del concepto de acción. Algunos supuestos problemáticos (movimientos reflejos, actos en corto circuito, reacciones automatizadas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 1983)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1986, fasc. III, pp. 905 y ss.

⁹³ *Ibidem*, cit., p. 917.

⁹⁴ Vid. MORILLAS CUEVA, L.: *Sistema de Derecho Penal. Parte General*, Dykinson, Madrid, 2018, pp. 459 y ss.

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, J. M.: “La función negativa...”, cit., pp. 916-917 y nota 50. Finalmente, el autor citado no propone la aplicación del trastorno mental transitorio dado que cabría absolver al sujeto por no concurrencia del injusto típico, pues aunque existiría acción penal, faltaría el tipo objetivo o subjetivo de homicidio consumado o, en última instancia, se aplicaría la eximente de legítima defensa (*Ibidem*, cit., p. 933).

cen ser considerados movimientos reflejos⁹⁶ y, por tanto, no permiten aplicar esta causa de ausencia de acción. De merecer tal consideración, procedería apreciar la eximente 1ª del artículo 20 en su modalidad de trastorno mental transitorio.

2) Sea a través de la fórmula de la anomalía o alteración psíquica permanente, sea mediante el trastorno mental transitorio, la exención solo tendrá lugar cuando se produzca el *efecto psicológico* requerido legalmente, que circunscrito a la afectación de la capacidad volitiva, exigiría que el sujeto no fuera capaz de autodeterminarse pese a conocer la ilicitud del hecho que realiza (no olvidemos que la capacidad intelectual se mantiene intacta). La cuestión radica en esclarecer si el TDAH, por sí solo, puede afectar de forma plena la capacidad volitiva del sujeto hasta el punto de determinar su inimputabilidad. La respuesta debe ser necesariamente negativa. Existe acuerdo en descartar dicha afectación plena cuando el sujeto únicamente padece TDAH, por lo que *no es posible apreciar en ningún caso una eximente completa*. En definitiva, el trastorno por déficit de atención e hiperactividad *no comporta por sí solo la inimputabilidad del sujeto*.

3) *Tampoco parece de posible aplicación la eximente incompleta* de padecer anomalía o alteración psíquica o trastorno mental transitorio (art. 21.1.ª en relación con el art. 20.1.º CP), que requeriría una afectación parcial pero muy notable de la capacidad volitiva del sujeto que no tiene lugar por efecto del TDAH⁹⁷.

4) La modulación penal de la imputabilidad del sujeto con TDAH se realizará generalmente a través de la *atenuante analógica del art. 21.7.ª* (en relación con la eximente incompleta del art. 21.1.ª respecto de la eximente 1ª del art. 20, todos ellos del CP), con base en una *afectación leve de su capacidad volitiva* causada por dicho trastorno. Insistir en que siendo esta la vía más adecuada, solo será posible patrocinar esta solución en función de la intensidad

⁹⁶ Por movimiento reflejo se entiende aquel proceso en el que el impulso externo actúa por vía subcortical, periférica, pasando directamente de un centro sensorio a un centro motor. Todo ello, sin intervención primaria de la conciencia ni participación del sistema nervioso central. Ejemplos de movimientos reflejos serían los vómitos, calambres, espasmos, cierre del ojo ante la aproximación de un objeto, momentánea paralización producida por la picadura de un insecto o el contacto con una corriente eléctrica (*ibidem*, cit., pp. 908 y 909).

⁹⁷ Pese a que técnicamente no parece posible, PÉREZ ARIAS aconseja aplicarla, siempre que fuera procedente, ya que dicha atenuante permitiría imponer medidas de seguridad, distanciándonos de la aplicación estricta de penas privativas de libertad que pueden no estar recomendadas en estos casos (PÉREZ ARIAS, J.: “El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y peligrosidad. Medidas de seguridad”, en *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal* (J. Peris Riera –Dir.–), Dykinson, Madrid, 2017, p.225). Aun cuando pudiéramos estar de acuerdo con la aplicación de medidas de seguridad a estos sujetos, no vemos viable la eximente incompleta por las razones antes apuntadas.

de los síntomas del sujeto, lo que requerirá una valoración puntual supuesto por supuesto.

5) Siguiendo a PERIS RIERA se plantea la posible aplicación de la *atenuante 3ª del art. 21* (la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido *arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*), cuyo fundamento es la valoración de los estados emocionales pasionales, con apoyo en que la impulsividad e hiperreactividad provocan impulsivas reacciones y comportamientos agresivos ante estímulos que los demás sujetos controlarían sin dificultad. Sin embargo, podría resultar un inconveniente para su apreciación la tradicional exigencia de que los estímulos tengan en sí mismos la entidad suficiente para disminuir la imputabilidad, dado que para quien sufre TDAH, su reacción no es provocada tanto por la entidad del estímulo como por su predisposición a reaccionar impulsiva o hiperreactivamente. Como vía de solución se propone la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.7.^a en relación con la del n.º 3⁹⁸.

6) La concurrencia de TDAH (especialmente en el tipo impulsivo o combinado) con otros diagnósticos (como trastornos de la personalidad o abuso de sustancias) normalmente dará lugar a una mayor afectación de la capacidad volitiva del sujeto⁹⁹. En supuestos de *comorbilidad*, por tanto, es factible que se alcance un *nivel superior de disminución de la imputabilidad* y, consecuentemente, también de sus *efectos atenuatorios*¹⁰⁰.

7) La *jurisprudencia* se ha manifestado en sus diferentes resoluciones en el sentido indicado de descartar tanto la eximente completa como la incompleta, apreciando como máximo la atenuante analógica, en supuestos en los que solo se aprecia el TDAH. Como ha puesto de relieve MORILLAS FERNÁNDEZ, el Tribunal Supremo sigue las directrices marcadas por las Audiencias Provinciales que, en su trayectoria al respecto, no han otorgado un tratamiento uniforme, respecto del que cabe diferenciar dos corrientes: la tradicional (en la que el TDAH pasaba desapercibido a efectos de imputabilidad) y la corriente actual (que a partir del bienio 2012/2013 comienza a tomar en consideración el padecimiento de TDAH, aplicando cada vez más

⁹⁸ PERIS RIERA, J. M.: "TDAH y responsabilidad penal...", cit., pp.73 y ss.

⁹⁹ ANDREU, C.; LETOSA, J.; LÓPEZ, M.; MÍNGUEZ, V.: "Implicaciones forenses en adultos...", cit., p. 69.

¹⁰⁰ De otra opinión LÓPEZ PINAR y CARBONELL VAYA, quienes afirman que el porcentaje de sentencias en las que no se aprecia ninguna modificación de la responsabilidad por parte del tribunal sentenciador es similar en aquellos acusados diagnosticados solo de TDAH o de TDAH con algún trastorno comórbido. A la luz de cuyos resultados concluyen que presentar TDAH con comórbidos no incrementa la probabilidad de que se aplique una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, frente a presentar solo TDAH (LÓPEZ-PINAR, C. y CARBONELL VAYA, E.: "Imputabilidad de adultos con TDAH...", cit., p. 1).

la atenuante analógica a estos supuestos al reconocer que el trastorno por déficit de atención e hiperactividad afecta levemente la capacidad volitiva del sujeto)¹⁰¹.

8) La prevalencia del TDAH es mayor en la *población reclusa* que en la general (en torno al 25%). Esta es una de las principales conclusiones que aporta un estudio realizado por un equipo de psicólogos de la Universidad de Oviedo en 2015. Esta investigación también destaca la asociación entre este trastorno y la criminalidad, que puede deberse a dos factores: uno, que el TDAH pueda causar directamente los comportamientos infractores; el otro puede estar relacionado con el frecuente solapamiento entre el déficit de atención y los trastornos de conducta. Según se afirma, parece probado que sufrir este trastorno en la infancia, y debido presumiblemente a las dificultades en el control de los impulsos, aumenta la tasa de participación en actividades delictivas, el abuso de sustancias, así como los problemas en las relaciones de pareja y en la búsqueda o mantenimiento del empleo¹⁰².

Los datos anteriores indican la conveniencia de profundizar en el análisis del *TDAH en el ámbito penitenciario* con objeto de poder avanzar en el conocimiento acerca de cuál es la verdadera relación entre este trastorno y el comportamiento criminal¹⁰³, pero sobre todo, aconsejan desarrollar actuaciones para tratar el TDAH en la niñez que ayuden a reducir los problemas que, derivados del mismo, puedan generarse en la adultez, entre los cuales el máximo exponente sería la comisión de delitos. Un diagnóstico correcto del TDAH y la adopción de un tratamiento temprano, podrían reducir en un 30% las tasas de reincidencia en la población penal¹⁰⁴. Este es el *auténtico reto*: mitigar los efectos negativos del TDAH con buenos programas para su detección precoz y la prescripción de un adecuado tratamiento.

V. CONCLUSIONES

1. Es preciso *continuar con las investigaciones* sobre el trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) para seguir avanzando en su conoci-

¹⁰¹ Vid. trabajos referenciados en nota 85.

¹⁰² Cfr. PÉREZ RODRÍGUEZ, C. *et al.*: “Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH): Prevalencia y Características Sociodemográficas en Población Reclusa”, *Psychology/Psicología Reflexão e Crítica*, 28(4), 2015, pp. 698 y ss. En especial, pp. 704 y 705.

¹⁰³ Al respecto vid. en esta obra MACÍAS ESPEJO, B.: “TDAH y delincuencia: un análisis criminológico”, pp. 269 y ss.

¹⁰⁴ ANDREU, C.; LETOSA, J.; LÓPEZ, M.; MÍNGUEZ, V.: “Implicaciones forenses en adultos...”, *cit.*, p. 69.

miento y poder consolidar unos resultados y conclusiones que sean útiles a los tribunales en su nada fácil tarea de aplicar el Derecho.

2. La *catalogación y evaluación del TDAH* debe realizarse conforme a los manuales internacionales de diagnóstico y de clasificación de las enfermedades mentales más usados por los especialistas (*CIE-10* y *DSM-V*), dado que recogen la etiología, rasgos y criterios clasificatorios que se han consensuado a nivel mundial sobre cada uno de los diferentes trastornos mentales. Pese a que el sistema sanitario español sigue la *CIE-10* para el registro de las atenciones en Salud Mental y Psiquiatría, en el ámbito jurídico-penal, tanto la doctrina especializada en esta materia como la jurisprudencia, se decantan por el empleo del *DSM-V*, tanto en lo que se refiere a su denominación (TDAH), como en sus criterios diagnósticos (más estrictos en la *CIE-10* que en el *DSM-V*), así como en las distintas presentaciones o subtipos en los que se clasifica al trastorno.

3. El TDAH se cataloga por el *DSM-V* como un *trastorno del neurodesarrollo* y se define como un patrón persistente de déficit de atención y/o hiperactividad-impulsividad que interfiere con el funcionamiento o el desarrollo. Representa un importante problema de salud, entre otras razones, por su alta prevalencia durante la infancia, ya que afecta al 5-7% de la población escolar, siendo más frecuente entre los varones.

4. Se caracteriza por presentar *síntomas* de: *inatención, hiperactividad e impulsividad*, presentes antes de los 12 años; en dos o más contextos (casa, escuela, etc.); con pruebas de que interfieren con el funcionamiento social, académico o laboral o reducen su calidad; y no se explican por la presencia de otro/s trastorno/s.

5. El TDAH *no suele presentarse puro*, sino coexistiendo con otros trastornos diferentes (*comorbilidad*), lo que dificulta, de un lado, el propio diagnóstico del TDAH que se hace más complicado de detectar cuando queda enmascarado con los síntomas de un trastorno distinto; de otro, su progreso y respuesta al tratamiento; y, por último, obstaculiza la determinación de cuál sea la verdadera incidencia del TDAH en la imputabilidad del sujeto, puesto que al confluir varios trastornos será complejo separar nítidamente la repercusión de unos y de otros en su capacidad intelectual y/o volitiva.

6. Por lo que se refiere a la *clasificación de los tipos de TDAH* en función de cuál sea la conducta prevalente, se diferencian *tres presentaciones* (o tipos): combinada, predominante con falta de atención y predominante hiperactiva/impulsiva.

7. En cuanto la *etiología* del TDAH, se trata de un trastorno multifactorial que no puede explicarse por una única causa, sino que conver-

gen causas genéticas y neurobiológicas, con una modulación ambiental. Concretamente, como factores relacionados con dicha etiología deben mencionarse los siguientes: neuroquímicos (disregulación en los neurotransmisores, principalmente dopamina y noradrenalina, que explicarían los síntomas nucleares del TDAH), neuroanatómicos (volúmenes significativamente inferiores de la corteza prefrontal dorsolateral y de regiones conectadas con esta), factor genético (mayor riesgo de padecerlo si se tienen familiares con TDAH) y neurobiológico, y ambientales (gestacionales: exposición a sustancias durante el embarazo o prematuridad; o traumatismos craneoencefálicos).

8. Entre un 30 y un 70% de afectados mantienen los síntomas al llegar a la *adultez*. Que los adultos estén infradiagnosticados se debe fundamentalmente a dos razones: de un lado, a la extendida creencia de que se trata de un trastorno propio de niños y adolescentes; y, de otro, por la notable disminución con la edad de los síntomas de hiperactividad e impulsividad, lo que dificulta su detección.

9. No existe relación directa entre *criminalidad* y *TDAH*, sin embargo puede establecerse una *mayor probabilidad de riesgo de comisión de ilícitos* debido a las manifestaciones que presenta el trastorno, por lo que resulta determinante identificar aquellos factores que pueden contribuir a que aparezca o se incremente la probabilidad de que un sujeto con TDAH ejecute ilícitos penales, prioritariamente dos: a) padecer el síntoma de la impulsividad; y b) la comorbilidad con determinados trastornos.

10. El *síntoma de la impulsividad* es el predictor de posteriores conductas problemáticas y el más propicio para influir en la posible ejecución de una conducta criminal por parte del afectado, debido a la incapacidad que le produce para controlar las acciones inmediatas o su inclinación al desarrollo de comportamientos irreflexivos. Esa dificultad que experimentan para controlar los impulsos les hace tendentes a pelearse (agresividad y violencia), a insultar, a involucrarse en conductas de riesgo como el consumo de drogas o conducir a gran velocidad (accidentes de tráfico).

11. El segundo factor que puede contribuir a que aparezca o se incremente la probabilidad de que un sujeto con TDAH ejecute ilícitos penales es su *comorbilidad con otros trastornos*. Resulta lógico que si se suman dos o más trastornos, el sujeto sea más proclive a realizar comportamientos criminales, como también lo es la mayor eficacia atenuatoria cuando la conducta delictiva está relacionada con varios de ellos, lo que no es algo propio del TDAH, sino que resulta consustancial a cualquier supuesto en que coexisten dos o más trastornos.

12. Merece una atención destacada la relación entre *TDAH* y *siniestralidad vial* (se incrementa pues la frecuencia de los accidentes de tráfico y su gravedad). El síntoma más influyente es la impulsividad, pero también inciden, aunque en menor medida, la hiperactividad y la inatención. Presentan un riesgo de dos a cuatro veces mayor de sufrir un accidente de tráfico; tres veces más riesgo de sufrir un accidente de tráfico con lesiones físicas; y cuatro veces más probabilidades de ser los causantes de un accidente de coche. Sin embargo, tener TDAH no es un impedimento para la obtención de la licencia de conducción, lo que sin duda debería replantearse, no para imposibilitar la posibilidad de obtener el carnet, pero sí para someter a rigurosos criterios de control y vigilancia administrativa su obtención y renovación.

13. Para que pueda afirmarse la *imputabilidad* de una persona que ha realizado un comportamiento antijurídico se requiere que la misma sea capaz de comprender su significado antijurídico, que sea capaz de entender que lo que hace es ilícito, y de dirigir su actuación conforme a dicha comprensión.

14. El *TDAH* no comporta deterioro cognitivo alguno. Ni la inatención, ni la hiperactividad, ni la impulsividad afectan a la capacidad intelectual de la persona que, por tanto, dispone de las herramientas biológico-psicológicas necesarias para diferenciar lo lícito de lo ilícito. La nula incidencia del TDAH en la capacidad intelectual o cognoscitiva del sujeto nos lleva a descartar de forma automática la eximente de alteraciones en la percepción (art. 20.3.º CP) como institución jurídico-penal a través de la que reconducir los hipotéticos efectos eximentes o atenuatorios que pudiera provocar el trastorno.

15. El *síntoma de la impulsividad* es el que, prioritariamente, puede afectar la *capacidad volitiva* del sujeto en el momento de ejecución del acto ilícito, incidiendo así en su imputabilidad, siempre dejando claro que el ilícito realizado debe guardar relación con dicho síntoma.

16. La posible relevancia penal de la afectación de la capacidad volitiva del sujeto en el momento de ejecutar el acto ilícito debe articularse a través de la *eximente de padecer anomalía o alteración psíquica*, puesto que el TDAH es subsumible en el concepto de “anomalía o alteración psíquica” descrito en el art. 20.1.º del CP. La conexión que algunos especialistas han mostrado entre tales comportamientos impulsivos y las *reacciones en corto circuito*, nos ha llevado a plantear el *trastorno mental transitorio* como posible respuesta a tales supuestos y, yendo incluso más lejos, a valorar la posibilidad de reconducirlos a través de los *movimientos reflejos como causa de ausencia de acción penal*.

17. El TDAH, por sí solo, *no comporta la inimputabilidad del sujeto* (no cabe apreciar la *eximente completa* de anomalía o alteración psíquica permanente o trastorno mental transitorio). *Tampoco* parece de posible aplicación la *eximente*

incompleta (art. 21.1.^a en relación con el art. 20.1.^o CP). La modulación penal de la imputabilidad del sujeto con TDAH se realizará generalmente a través de la *atenuante analógica del art. 21.7.^a* (en relación con la eximente incompleta del art. 21.1.^a respecto de la eximente 1^a del art. 20, todos ellos del CP), con base en una *afectación leve de su capacidad volitiva* causada por dicho trastorno (se requiere una valoración puntual supuesto por supuesto). La *jurisprudencia* se ha manifestado en sus diferentes resoluciones en el sentido indicado de descartar tanto la eximente completa como la incompleta, apreciando como máximo la atenuante analógica, en supuestos en los que solo se aprecia el TDAH.

18. Se plantea la posible aplicación de la *atenuante 3^a del art. 21* (la de obrar por causas o estímulos tan poderosos que hayan producido *arrebato, obcecación u otro estado pasional de entidad semejante*), que finalmente se articularía a través de la *atenuante analógica* (art. 21.7.^a en relación con la del n^o 3), dado el inconveniente que supone que la reacción del sujeto con TDAH no es provocada tanto por la entidad del estímulo como por su disposición a reaccionar impulsiva o hiperreactivamente.

19. La concurrencia de TDAH (especialmente en el tipo impulsivo o combinado) con otros diagnósticos normalmente dará lugar a una mayor afectación de la capacidad volitiva del sujeto. En supuestos de *comorbilidad*, por tanto, es factible que se alcance un *nivel superior de disminución de la imputabilidad*, consecuentemente, también de sus *efectos atenuatorios*.

20. La prevalencia del TDAH es mayor en la población reclusa que en la general (en torno al 25%). Conviene profundizar en el análisis del *TDAH en el ámbito penitenciario* con objeto de poder avanzar en el conocimiento acerca de cuál es la verdadera relación entre este trastorno y el comportamiento criminal. Se aconseja desarrollar actuaciones para tratar el TDAH en la niñez que ayuden a reducir los problemas que, derivados del mismo, puedan generarse en la adultez (entre ellos delinquir). Este es el *auténtico reto*: mitigar los efectos negativos del TDAH con buenos programas para su detección precoz y la prescripción de un adecuado tratamiento.