

VALORACIÓN DEL GRADO DE IMPUTABILIDAD DE LAS PERSONAS CON TRASTORNO POR DÉFICIT DE ATENCIÓN E HIPERACTIVIDAD¹

David Lorenzo Morillas Fernández
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Murcia

Fecha de recepción: 17 de septiembre de 2018

Fecha de aceptación: 21 de octubre de 2018

RESUMEN: El TDAH es un problema de salud pública, calificado como un trastorno del neurodesarrollo, en la edad adulta esto puede tener efectos en la esfera criminal.

ABSTRACT: ADHD is a public health problem, classified as a neurodevelopmental disorder, in adulthood this can have effects in the criminal sphere.

PALABRAS CLAVE: TDAH, criminalidad.

KEYWORDS: ADHD, criminality.

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL TRASTORNO Y VINCULACIÓN CON LA ESFERA CRIMINAL. II. TRATAMIENTO DEL TDAH DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IMPUTABILIDAD. III. ÚLTIMAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES: AÑO 2018.

¹ Investigación enmarcada dentro del Proyecto de Investigación “La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad” (DER 2016-80604-P).

I. DELIMITACIÓN DEL TRASTORNO Y VINCULACIÓN CON LA ESFERA CRIMINAL

El trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) ha sido calificado por López Soler, Alcántara López y Castro Sáez como un problema de salud mental y salud pública debido al funcionamiento ineficaz en varias actividades importantes de la vida, el riesgo elevado de deterioro en algunos dominios y el aumento de riesgo en problemas de salud².

El DSM-5 lo ha identificado como un trastorno del neurodesarrollo; esto es, una afección iniciada en el período de desarrollo de la persona, por lo que se manifiesta de manera precoz antes de que el niño empiece la escuela primaria, caracterizándose por un déficit del desarrollo que produce deficiencias del funcionamiento personal, social, académico u ocupacional. En concreto, en niveles problemáticos de inatención, desorganización y/o hiperactividad/impulsividad. Por ello, mientras las primeras comportan una incapacidad para seguir tareas, pareciendo, por ejemplo, que no escuchan, y que pierden los materiales a unos niveles incomprensibles con su edad o nivel de desarrollo; las últimas conllevan una actividad excesiva, movimientos nerviosos, incapacidad de permanecer sentado, intromisión en las actividades de otra persona e incapacidad para esperar a niveles excesivos. Así, mientras en la infancia el TDAH se solapa con los denominados trastornos exteriorizadores, como el negativista desafiante o el de conducta, su persistencia abarca hasta la edad adulta con los consiguientes deterioros a nivel social, académico y ocupacional³.

La doctrina se ha mostrado en términos muy parecidos a los descritos y así, a modo de ejemplo, ha señalado que: i) la inatención, siguiendo a López Soler, Castro Sáez, Isabel Belchí y Romero Medina, se relaciona con la dificultad para realizar una misma tarea en un período largo de tiempo, no siendo de extrañar que el sujeto se aburra al instante o “se le vaya el santo al cielo” y empiece a pensar en otras cosas; ii) la hiperactividad se vincula a una movilidad excesiva y la rigidez y falta de coordinación en sus movimientos, lo que incide en frecuentes caídas, si bien el constante movimiento en situaciones en las que no tendría que producirse constituye uno de los principales indicadores para su sospecha –al igual que hablar sin parar, dar golpes (...)⁴, aunque, conforme avanzan en edad, la hiperactividad tiende a disminuir aparentemente aunque dirán sentirse inquietos o nerviosos por dentro⁵; y iii) la impulsividad debe asociarse, siguiendo a Gratch, con una incapacidad no premeditada del sujeto para controlar sus actos, llegando a exteriorizarse como agresividad; esto es, el incremento de la tensión se descarga impulsivamente con el objeto de hacer daño o defenderse, si bien se manifiesta de manera distinta según el grado evolutivo del individuo y así, por ejemplo, en la edad escolar es muy frecuente apreciar dificultades en el aprendizaje, en la adolescencia peleas con pares, robos, etc y en la adultez con inestabilidad emocional, fácil irascibilidad y toma rápida de decisiones que requerirían mayor reflexividad⁶.

Las explicaciones científicas en torno a su origen se aproximan, en la actualidad, hacia una perspectiva biológica con un elevado riesgo genético⁷. En este sentido, la opinión

² LÓPEZ SOLER, C., ALCÁNTARA LÓPEZ, M. y CASTRO SÁEZ, M., «El TDAH a lo largo de la vida», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y su repercusión en la responsabilidad penal*, Madrid, 2017, pág. 130.

³ ASOCIACIÓN AMERICANA DE PSIQUIATRÍA, *Manual Diagnóstico y Estadístico de los Trastornos Mentales (DSM-5)*, Madrid, 2014, págs 31-32.

⁴ En este sentido, creo que resulta muy ilustrativa la referencia hecha por San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana cuando afirman que «los padres advierten que el niño actúa como si “estuviera activado por un motor” o como “si nunca se le acabaran las pilas”» (SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en Soutullo Esperón y Mardomingo Sanz (Coord.), *Manual de Psiquiatría del Niño y del Adolescente*, Madrid, 2010, pág. 57).

⁵ LÓPEZ SOLER, C., CASTRO SÁEZ, M., ISABEL BELCHÍ, A. y ROMERO MEDINA, A., «Descripción clínica: El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y los trastornos de comportamiento perturbador», en López Soler y Romero Medina, *Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad y Trastornos Del Comportamiento en la infancia y en la adolescencia: Clínica, Diagnóstico, Evaluación y Tratamiento*, Madrid, 2013, págs. 14 y 15.

⁶ GRATCH, L., *El trastorno por déficit de atención (DD-ADHD). Clínica, diagnóstico y tratamiento en la infancia, la adolescencia y la adultez*, Buenos Aires, pág. 13.

⁷ Vid., más ampliamente, ISORNA FOLGAR, M., *Trastorno por Déficit de Atención con Hiperactividad (TDAH)*, 2015, págs. 35-58; AGUILAR CÁRCELES, M. M., *Trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH). Aspectos jurídico-penales, psicológicos y criminológicos*, Madrid, 2014, págs. 141-236; MOLANO-BILBAO, A.:

mayoritaria gira sobre la premisa de problemas localizados en determinados neurotransmisores existentes en ciertas partes del cerebro, lo cual origina una inhibición de los impulsos y una ausencia de capacidad para controlar la atención. Gratch prefiere utilizar la terminología “trastorno neuroquímicos” como motivadores, especificando la absoluta relevancia presentada por los neurotransmisores, incluyendo la dopamina, noradrenalina, acetilcolina y serotonina⁸. El sistema límbico y el lóbulo frontal constituyen las principales localizaciones anatómicas del sistema encargado de la atención, función muy importante del Sistema Nervioso Central, cuya participación es imprescindible para el adecuado desarrollo de los procesos de aprendizaje ya que, desde allí, las células nerviosas envían sus proyecciones a diferentes partes del cerebro por lo que la vinculación con las tareas de atención y aprendizaje es un hecho⁹. Así pues, la interrelación de esos grupos neuronales es mediatizada por la intervención de los neurotransmisores con lo que la actividad de la atención requiere una estimulación o inhibición de diferentes áreas del cerebro, no siendo un proceso común o similar en todos los casos sino que variará según la intensidad del proceso a realizar con lo que se exigirá diferentes tipos de atención según la actividad y el comportamiento. Ante ello, una persona modula su capacidad de atención y movimiento a la necesidad de la situación concreta pero una con TDAH posee dificultades específicas que exceden a su voluntad, llegando a impedirle poder cumplir ciertas funciones con la eficacia requerida¹⁰. No obstante, como afirman San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana, aún no están del todo claras las causas que lo motivan, pese a tener un origen fundamentalmente biológico, aunque hay una evidente influencia de factores etiológicos genéticos y ambientales que contribuyen a su aparición, llegando a cifrar en un 77% la incidencia de los primeros¹¹.

La presencia de TDAH en la persona conlleva además unas características propias que pueden apreciarse en el individuo. En este sentido, desde el prisma de las relaciones sociales hasta las connotaciones del mismo en la esfera delincinencial presentan unas pautas claras y precisas. Así, respecto a las primeras, el trastorno conlleva la aparición de determinados comportamientos que quedan perfectamente justificados en su contexto, sobre todo en niveles externos al ámbito doméstico, motivado por la aparición de estímulos que favorecen la ausencia de capacidad de contención. Por ello, con el propósito de simplificar y conocer las principales manifestaciones somáticas apreciables en el adulto, pueden referirse, siguiendo a Gratch y a San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana, las siguientes:

- Rendimiento por debajo de las capacidades a nivel laboral o profesional.
- Inestabilidad para conservar trabajos.
- Falta de capacidad para mantener la concentración por un largo período de tiempo.
- Falta de organización y caos.
- Escasa capacidad para cumplir con lo acordado.
- Incapacidad para establecer una rutina y poder cumplirla.
- Olvidos, pérdidas y descuidos importantes.
- Depresión, daño crónico a la autoestima.
- Confusión, dificultades para pensar y expresarse con claridad.

OLANO-MARTÍN, E.; TEJEDOR HERNÁNDEZ, E.; y FERRER ALCÓN, M., «Genética del trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en Quintero Gutiérrez del Álamo, Correas Lauffer y Quintero Lumbreras (Dir.), *Trastorno por déficit de atención e hiperactividad (TDAH) a lo largo de la vida*, Barcelona, 2009, págs. 27-52.

⁸ Las variaciones en la concentración de los citados neurotransmisores producen diferentes trastornos como, por ejemplo el Parkinson.

⁹ De acuerdo con ello, tanto vías aferentes como eferentes influirían en el resultado o manifestación de la sintomatología como reflejo de la responsabilidad del lóbulo frontal en la propia función ejecutiva.

¹⁰ GRATCH, L., *El trastorno...* cit., pág. 24.

¹¹ SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., pág. 55.

- Frecuentes discusiones y peleas motivadas por la fuerte impulsividad presentada.
- Inestabilidad afectiva, lo cual puede conllevar múltiples separaciones.
- Tendencia a actuaciones impulsivas.
- Tendencia a interrumpir a otros, dificultades para escuchar y esperar su turno.
- Frecuentes choques automovilísticos a causa de la tendencia a estar distraídos y a una conducción impulsiva, frecuentes multas por exceso de velocidad y conducciones temerarias.
- Frecuente consumo de alcohol y abuso de sustancias¹².

Respecto a las segundas; esto es, la vinculación entre TDAH y comportamiento criminal, conviene advertir que no se trata de dos variables que necesariamente tengan que concurrir, todo lo contrario, más bien lo que acontece es que esas especiales características exteriorizadas por parte del sujeto activo se encuentran muy próximas al desarrollo de conductas ilícitas o, cuanto menos, antisociales. Es más, como muy bien apuntó Aguilar Cárceles, la citada correlación solamente se producirá en un número muy reducido de personas y, en particular, en aquéllas en las que concurren características como el atrevimiento, la búsqueda de sensaciones o la concurrencia de otros trastornos como el opositor desafiante, de conducta, trastorno antisocial de la personalidad, relacionado con sustancias (...) ¹³. Ahora bien, en caso de ocurrir, como apuntó Muñoz Ruiz, puede derivar en auténticas carreras criminales¹⁴, algo a lo que puede coadyuvar sobremanera la presencia de comorbilidades. En este sentido, Pintado Alcázar ha cuantificado empíricamente la mayor frecuencia de comorbilidades concurrentes con el TDAH destacando los trastornos relacionados con sustancias y los trastornos adictivos (47%); seguido del de personalidad antisocial y límite (25%) y de los disruptivos del control de los impulsos y la conducta (11%)¹⁵, como más relevantes.

Ejemplificando lo anterior, el riesgo de comisión de actos delictivos obviamente aumenta en casos de constantes discusiones y peleas, actuaciones impulsivas, dificultad para escuchar y respetar turno, la conducción de vehículos a motor y el consumo de tóxicos ya que, debido a la impulsividad, motivada o no por la falta de atención, va a generar conductas ilícitas que el individuo, por la esencia del trastorno, no va a ser capaz de controlar en el momento de los hechos; esto es, un accidente de circulación motivado por su propia falta de atención – conducta muy habitual y característica del trastorno- puede derivar en una agresión por la propia impulsividad del sujeto ante el improperio del conductor que sufre el daño o incluso recibir la agresión por no prestar atención a los requerimientos del accidentado, situaciones producidas, como se ha referido, de manera completamente involuntaria pero sin destrezas para actuar de otra forma debido al TDAH. Es más, tal y como puso de relieve originariamente Barkley, las personas que presentan TDAH tienen una mayor probabilidad de cometer conductas ilícitas vinculadas con la conducción ilegal¹⁶ –principalmente, conducción sin permiso de conducir-, así como una mayor incidencia en su suspensión o revocación una vez obtenida la licencia¹⁷. Del mismo modo que, una vez conseguido, resultan más habituales y frecuentes las multas y citaciones judiciales por exceso de

¹² GRATCH, L., *El trastorno...* cit., págs. 150 y 151; SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., págs. 63 y ss.

¹³ AGUILAR CÁRCELES, M. M., *Análisis...* cit., págs. 502 y 503.

¹⁴ MUÑOZ RUIZ, J., «TDAH y delitos contra la seguridad vial», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno...* cit., pág. 206.

¹⁵ PINTADO ALCÁZAR, A., «Análisis criminológico de la relación TDAH/delincuencia en España», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno...* cit., págs. 178-181.

¹⁶ Aunque Barkley vincula la conducción ilegal hacia, sobre todo, la conducción sin permiso de conducir, este extremo no encuentra reflejo en la realidad criminal española vinculada a menores de edad, donde la comisión del citado tipo delictivo no encuentra una representatividad suficiente conforme al estudio empírico realizado sobre una muestra de cien menores condenados por la comisión del delito del artículo 384 del Código Penal en las provincias de Almería, Granada, Jaén y Murcia en el año 2017 (vid. MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «El menor como sujeto activo del delito de conducción de vehículos a motor o ciclomotores sin licencia administrativa», en Morillas Fernández (Dir.), *El delito de conducción de vehículos a motor o ciclomotores sin licencia administrativa cometido por menores de edad*, Madrid, 2018, en prensa.

¹⁷ Un completo estudio de la relación entre TDAH y delitos contra la seguridad vial en España puede encontrarse en MUÑOZ RUIZ, J., «TDAH...» cit., págs. 185-208.

velocidad, llegando a incrementarse por cuatro la probabilidad de tener un accidente de tráfico cuando son ellos quienes conducen el vehículo¹⁸.

No obstante lo anterior, hay una dificultad adicional vinculada a la esfera criminal que subsiste detrás del TDAH y que debe tenerse muy presente: su diagnóstico. López Soler, Alcántara López y Castro Sáez han comprobado que la estabilidad de la sintomatología grave no diagnosticada en la infancia en personas con problemas legales es muy frecuente y que el sistema judicial no siempre lo detecta, ni realiza el diagnóstico ni aplica el tratamiento adecuado para el TDAH. Eso hace que cuando la conducta antisocial y delictiva ocurre en la adolescencia y no se actúa respecto al TDAH se compromete el resto de la vida del sujeto, aumentando la probabilidad de comisión de delitos. Buena prueba de ello es la alta proporción de personas privadas de libertad con TDAH¹⁹. En este sentido, la investigación sobre internos en tratamiento psiquiátrico llevada a cabo por Sanz García, Dueñas y Muro ha resultado muy reveladora al respecto al concluir que aquellos que presentan TDAH delinquen a edades más tempranas que el resto de reclusos con otras patologías, cometen más delitos y se inician a edades más tempranas en el consumo de droga e ingieren dosis mayores²⁰.

En definitiva, ¿qué hay detrás del comportamiento criminal desarrollado por una persona que presenta TDAH? o mejor dicho, ¿qué motiva la realización de un delito en un individuo que actúa bajo la influencia del trastorno por déficit de atención e hiperactividad? En mi opinión, la respuesta la han dado perfectamente San Sebastián Cabasés, Soutullo Esperón y Figueroa Quintana al señalar que una alteración de la función ejecutiva; esto es, una modificación de 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 apropiada²¹.

Conforme a ello, si bien reitero que no puede ni deben establecerse automatismos entre TDAH y criminalidad, sí que puede afirmarse la mayor probabilidad de riesgo de comisión de ilícitos de las personas que presentan TDAH por las propias manifestaciones del trastorno en los términos descritos anteriormente. Piénsese, nuevamente, en el individuo que no posee la capacidad para contener la primera respuesta automática generada ante un hecho, en no pocos casos de naturaleza violenta o, cuanto menos, de rechazo externo, o la no verificación o evaluación de las consecuencias de un acto, actuando a través de impulsos. Es más, de las distintas subcategorías, la que presentaría una mayor asociación con el hipotético desarrollo de comportamientos ilícitos, principalmente de naturaleza violenta, sería el subtipo impulsivo, debiendo especificar, siguiendo a Álvarez y Ollendick, que no sería tanto la consideración del trastorno en sí mismo como la repercusión de sus características del en otras esferas, pudiendo afirmar que el déficit en las habilidades ejecutivas concretas constituye la razón más evidente para predecir el inicio de trastorno de conducta o, lo que es lo mismo, quedaría vinculada parte de la naturaleza multidimensional del TDAH, pudiendo afirmar que sería la impulsividad la predictora de posteriores conductas problemáticas, por encima de otros elementos como, por ejemplo, la hiperactividad²².

Dicho lo anterior y atendiendo específicamente a la realidad criminal española, desde una perspectiva estrictamente penitenciaria, Pintado Alcázar procedió a estudiar las variables personales, penales y criminológicas de personas con TDAH condenadas por la comisión de delitos o faltas, procediendo a analizar cuarenta sentencias emanadas de diversas

¹⁸ BARKLEY, R.A., «Driving impairments in teens and adults with attention-deficit/hyperactivity disorder», *Psychiatric Clinics of North America* 27, 2004, pág.235.

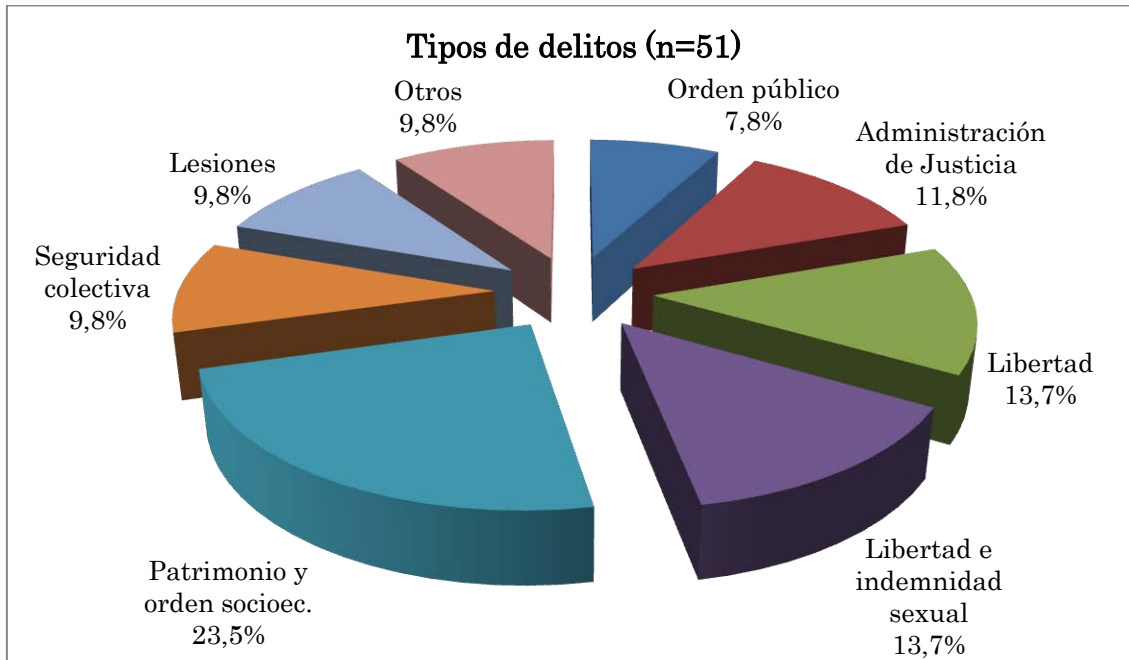
¹⁹ LÓPEZ SOLER, C., ALCÁNTARA LÓPEZ, M. y CASTRO SÁEZ, M., «El TDAH...» cit., pág. 131.

²⁰ SANZ GARCÍA, O, DUEÑAS, R. M. y MURO, A., «Consecuencias del TDAH no tratado: estudios en una población penitenciaria psiquiátrica», en *Psiquiatría.com*, 2010. Recurso electrónico disponible en: <https://psiquiatría.com/tdah/consecuencias-del-tdah-no-tratado-estudio-en-una-poblacion-penitenciaria-psiquiatrica/>

²¹ SAN SEBASTIÁN CABASÉS, J., SOUTULLO ESPERÓN, C. y FIGUEROA QUINTANA, A., «Trastorno...» cit., pág. 55.

²² ÁLVAREZ, H.K. and OLLENDICK, T.H., «Individual and Psychosocial Risk Factors», in Cecilia A. Essau, *Conduct and Oppositional Defiant Disorders. Epidemiology, Risk Factors, and Treatment*, New Jersey, 2003, pág.108.

Audiencias Provinciales, determinando que la mayor representatividad de comportamientos ilícitos recaería sobre el robo con violencia o intimidación (21,5%), delitos sexuales y contra la libertad (13,7%), contra la Administración de Justicia (11,8%) (...), tal y como puede apreciarse en el siguiente gráfico²³:



II. TRATAMIENTO DEL TDAH DESDE LA PERSPECTIVA DE LA IMPUTABILIDAD

Una vez delimitado, siquiera de manera muy somera, el contenido y efectos del trastorno por déficit de atención e hiperactividad y concretadas las modalidades delictivas más concurrentes en la práctica, conviene a continuación centrar el análisis en las respuestas dadas por la doctrina y los Tribunales de Justicia con el propósito de delimitar si la presencia del citado trastorno presenta o no efectos en la imputabilidad del sujeto.

Para ubicar y entender correctamente la problemática planteada conviene realizar una serie de matizaciones previas:

- i) Como ya he referido en más de una ocasión²⁴, el TDAH constituye uno de los grandes desconocidos para los profesionales del Derecho, tanto teóricos como prácticos, pese a que cada vez aparecen más casos y mejores resoluciones judiciales que abordan de una forma correcta su verdadera simbiosis. No obstante, aún sigue habiendo un gran desconocimiento al respecto.
- ii) La mera presencia o diagnóstico del TDAH no conlleva una hipotética afectación a la esfera cognitiva y/o volitiva de la persona sino que, como cualquier trastorno, debe presentar una incidencia directa en el comportamiento criminal. En este sentido, Aguilar Cárceles ha sido muy clara al afirmar que determinados cuadros psicológicos pueden ser controlados o remitir ante ciertos factores externos y aparecer ante la presencia de otros, tal y como acontecería con la remisión por tratamiento farmacológico. Por ello, si en el momento de llevarse a cabo la conducta

²³ PINTADO ALCÁZAR, A., «Análisis...» cit., págs. 173-175.

²⁴ Vid, entre otros, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH desde una perspectiva práctica», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno...* cit., pág. 81.

típica no se demostrara nexo causal alguno entre la patología y el desarrollo comportamental, no se le debería aplicar al sujeto beneficio alguno ya que se trataría de un supuesto controlado. Ahora bien, en caso contrario; esto es, la persona padece un brote en un momento determinado o que, aún por factores externos que pudieran ser efectivos para controlar la conducta, no fuese capaz de reprimir deliberadamente su actuación, debiera aplicarse alguna de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal²⁵. Así, como ya he referido en el pasado²⁶, la afectación en la imputabilidad de la persona que presenta TDAH debe realizarse a través de un juicio valorativo, caso por caso, vinculado al instante de comisión del delito, valorando el cuadro clínico correspondiente que presente la persona toda vez que el TDAH está ligado a diversas comorbilidades, con el propósito de verificar si existe algún tipo de merma en las facultades psíquicas mínimas requeridas para, o bien valorar y comprender la ilicitud del hecho y actuar en los términos requeridos por el ordenamiento jurídico, o poder ser motivado en sus actos por los mandatos normativos, reiterando que semejante afectación debe provenir exclusivamente del trastorno por déficit de atención e hiperactividad y no por otros concurrentes.

Dicho lo anterior, el tratamiento otorgado a la imputabilidad de las personas que presentan TDAH ha sido dispar, pudiendo resumir los planteamientos existentes en los siguientes:

A) Desde una perspectiva doctrinal no existen grandes referencias ni reflexiones al respecto. En mi opinión, y así lo he defendido en los últimos años²⁷, el citado trastorno no conlleva deterioro cognitivo alguno sino modificaciones o alteraciones funcionales o de la capacidad ejecutiva, debiendo negar, de manera rotunda, afectación alguna en este primer sentido.

Por el contrario, donde creo que existen mayores dudas y el debate se torna más prolijo, constituyendo el elemento nuclear de la cuestión, es en la afectación de la facultad volitiva ya que, a mi juicio, representa la única opción posible para plantear una modificación en la imputabilidad del autor del hecho ilícito en tanto, como ya se ha referido, la capacidad cognitiva aparece inalterada debiendo reconducir todos los postulados aplicativos hacia la repercusión que el TDAH presenta en la capacidad ejecutiva del individuo en el sentido de si es capaz de orientar semejante conocimiento hacia su voluntad.

Es precisamente ahí, en la capacidad volitiva, donde se centra la gran problemática a efectos valorativos de la incidencia del TDAH en la imputabilidad de la persona. Su afrontamiento no resulta, para nada, sencillo, pudiendo residir no tanto en hacer una valoración conjunta del trastorno, independientemente del hecho de verificar la imputabilidad siempre a nivel particular; esto es, caso por caso, sino según la incidencia presentada en la voluntad de la persona en el instante de comisión del delito, deviniendo indispensable diferenciar los subtipos de TDAH ya que las particularidades de cada uno subyacen de manera muy dispar en la temática que ahora me ocupa. Así, por ejemplo, en mi opinión, de acuerdo con las características identificativas de cada uno, la posibilidad de apreciar una afectación en la imputabilidad de la persona es mayor si el subtipo es exclusivamente impulsivo frente al inatento o, donde más dificultades aprecio, en el hiperactivo en sentido estricto.

La explicación para establecer una diferenciación de niveles viene puesta de manifiesto por las características de cada uno, por lo que podría apreciarse esta triple posibilidad:

a1) El de corte impulsivo presenta una clara imposibilidad de controlar sus impulsos, lo que lleva aparejado que actúe para dar respuesta a los mismos, pudiendo afirmarse que, aunque no es del todo correcto pero creo que ejemplifica bastante lo que quiero poner de manifiesto, lo hace por impulso natural, porque no

²⁵ AGUILAR CÁRCELES, M.M., *El trastorno...cit.*, pág. 414.

²⁶ Vid., a modo de ejemplo, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en Medina Cuenca (coord.), *Luces y sombras de la reforma penal y procesal penal en Iberoamérica*, La Habana, 2017, pág. 173.

²⁷ MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad...» cit., págs. 155-157 y 173; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH...» cit., págs., 87-88 y 102-103.

tiene otra forma de responder al estímulo, lo que lleva a una desinhibición y ausencia de control, aun conociendo la ilicitud de la acción, por el trastorno neuroconductual presentado.

a2) El inatento se caracteriza por presentar una falta de atención con determinados estímulos, lo que implica una desatención en las actividades que puede estar desarrollando, generándose la conducta ilícita precisamente por una falta de atención a actividades principales por estímulos secundarios que “lo distraen de lo que debería estar haciendo”, pudiendo equipararse a una hipoprosxia en el sentido de que genera una disminución de la capacidad de atención del sujeto que es lo que va a originar la producción del ilícito.

a3) El hiperactivo en sentido estricto, cuya vinculación directa con el comportamiento criminal es más compleja por su naturaleza, si bien puede ser el causante o generador del delito producido, principalmente contra la persona o la salud, debido al constante movimiento, no poder realizar actividades de ocio de manera tranquila, desarrollo de comportamientos físicos en situaciones inapropiadas (...) ²⁸.

En definitiva, en mi opinión, cabe negar la incidencia del TDAH, por sí mismo, en la esfera cognitiva del sujeto y aceptar la presencia de una ligera merma en el ámbito volitivo, basado, principalmente, en la dificultad para controlar los impulsos; esto es, la persona sería plenamente consciente del hecho ilícito cometido y el reproche penal que comporta ²⁹ pero se muestra incapaz de controlarlos, pudiendo incluso, en determinados casos, llegar a ser moderada, precisamente por las comorbilidades que coadyuvarían con el TDAH, si bien esta opción es minoritaria en la práctica y no depende exclusivamente del trastorno por déficit de atención e hiperactividad.

Lo anterior abre la puerta a la aplicación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal y, en concreto, a la atenuante analógica del artículo 21.7^a del Código Penal, sobre las premisas de los parágrafos 21.1^a y 20.1^o; esto es, la atenuante analógica vinculada a la anomalía o alteración psíquica, permitiendo una reducción de la pena en su mitad inferior.

Semejante línea de pensamiento es predominante hoy día en la escasa doctrina penal que se ha manifestado al respecto. En este sentido, Peris Riera ha sido muy claro al resumir la citada problemática sobre los siguientes parámetros:

- i) La afectación de la imputabilidad de los sujetos diagnosticados de TDAH debe realizarse a través de un juicio valorativo, caso por caso, vinculado al instante de comisión del delito, pero muy especialmente valorando el cuadro clínico que presenta el autor, puesto que el TDAH está ligado a diversas comorbilidades y se hace necesario verificar en cada supuesto el tipo de merma generado en sus facultades psíquicas.
- ii) Independientemente de su consideración como anomalía o alteración, toda vez que el Código Penal deja expedita la vía de apreciación, no parece que pueda sustentarse ningún supuesto en el que el TDAH por sí solo, y sin que influyan otras anomalías concomitantes, pueda anular las capacidades intelectivas y volitivas hasta el punto de considerar al sujeto completamente inimputable por aplicación del artículo 20.1^o.
- iii) En relación a lo anterior, el máximo nivel atenuatorio en el que podría enmarcarse los efectos del trastorno sería el propio de la circunstancia atenuante 1^a del artículo 21 del Código, en relación directa con la eximente por inimputabilidad del artículo 20.1^o; si bien la mejor vía aplicativa debiera ser la atenuante analógica 7^a en

²⁸ No he referido nada del tipo combinado ya que, dependerá de las tipologías anteriores concurrentes para poder establecer la correspondiente afectación.

²⁹ Un claro ejemplo puede encontrarse en la Sentencia del Tribunal Supremo 802/2009, de 7 de julio [RJ 2009\6711], donde se determina que el acusado, que padece TDAH tipo combinado, no tiene limitada su capacidad de comprensión de la ilicitud de la acción ya que nada más ver a los agentes se desprende de las pastillas de droga que portaba.

relación, según los supuestos concretos, con la anomalía o alteración psíquica (1ª) o incluso la de arrebató (3ª)³⁰.

No obstante, al igual que acontecerá al analizar la jurisprudencia, también hay voces más aperturistas aún a favor de la aplicación de la eximente incompleta, siempre desde la perspectiva del déficit volitivo, para el TDAH. Así, Pérez Arias, retomando la tesis aplicativa de las medidas de seguridad, considera aconsejable, siempre que sea procedente a tenor de la conducta exigida en el delito de que se trate, la atenuación de la responsabilidad penal vía artículo 21.1ª en relación al 20.1 ya que ello permitiría además, como ya se ha dicho, imponer medidas de seguridad sobre el sujeto, distanciándonos de la aplicación estricta de las penas privativas de libertad, las cuales, en estos casos, pueden no estar recomendadas, siendo precisamente la dificultad de argumentar en estos casos la bondad de la pena en cuanto a sus fines lo que debe inspirar una aplicación más generalizada de medidas de seguridad³¹.

B) Jurisprudencialmente. Tras las distintas revisiones jurisprudenciales realizadas al efecto³², la posición seguida por los Tribunales de Justicia a la hora de valorar la imputabilidad de las personas que presentan TDAH queda circunscrita a los siguientes ámbitos y postulados:

b1) Tribunal Supremo. Salvo contadas excepciones basadas en postulados genéricos para cualquier trastorno que pueda incidir en la imputabilidad de la persona, sigue las directrices marcadas por las Audiencias Provinciales. En consecuencia con ello, para conocer el alcance y tratamiento jurisprudencial otorgado por el Tribunal Supremo basta, hasta la fecha, con conocer la opción particular defendida por las Audiencias Provinciales.

Un claro ejemplo de ello puede encontrarse en su Sentencia 804/2017, de 11 de diciembre [RJ\2017\5806], donde el sujeto activo había sido condenado por la Audiencia Provincial, la cual le había aplicado la atenuante analógica por anomalía o alteración psíquica debido al TDAH padecido, solicitándose al Alto Tribunal que considere la afectación a la capacidad volitiva como relevante hasta integrar una atenuación mayor. Sin embargo, el Tribunal Supremo mantiene el criterio de la Audiencia en todos sus extremos completando el razonamiento seguido por aquella con jurisprudencia propia, dejando entrever al final del fundamento décimo que para alcanzar la consideración de eximente la afectación debe reunir la consideración de grave.

b2) Audiencias Provinciales. No han otorgado un tratamiento uniforme respecto al grado de afectación de la imputabilidad en el sujeto activo que presenta TDAH, pudiendo distinguir dos fases claramente diferenciadas:

b2.1) Corriente tradicional. Comprende el planteamiento mayoritario de las Audiencias Provinciales españolas y abarcaría su quasi exclusividad hasta el bienio 2012-2013, instante en el que comienzan a construirse líneas jurisprudenciales que otorgan un análisis científico adecuado del TDAH.

Lo habitual en esta etapa es que los órganos judiciales no aborden ni traten el TDAH de manera específica, lo cual denota un escaso nivel de comprensión y un enorme desconocimiento que incide en aplicaciones y razonamientos carentes de justificación basados en equiparaciones erróneas con otros trastornos, resultando muy común su asimilación a los trastornos de la personalidad; esto es, negar per se la afectación del TDAH en las capacidades cognitivas o volitivas del sujeto sin justificación alguna o, directamente, no

³⁰ PERIS RIERA, J. M., «TDAH y responsabilidad penal: anomalía o alteración psíquica y su valoración a efectos de imputabilidad», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno...* cit., págs. 79 y 74-76.

³¹ PÉREZ ARIAS, J., «El trastorno por déficit de atención e hiperactividad y peligrosidad», en Peris Riera (Dir.), *El trastorno...* cit., pág. 225.

³² MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «Imputabilidad y trastorno por déficit de atención e hiperactividad», en *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, n.º 3, 2013, págs. 1-40; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH...» cit., págs. 88-101; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad...» cit., págs. 157-172.

entrar a su análisis y connotaciones criminales pese a constar acreditada su presencia en el sujeto activo, aspecto éste más achacable y criticable a la defensa³³.

b2.2) Corriente actual. Abarcaría desde el citado bienio 2012-2013 hasta la actualidad debido principalmente al cambio operado en el tratamiento jurisprudencial que determinadas Audiencias Provinciales otorgan a la relación imputabilidad vs TDAH, caracterizándose fundamentos jurídicos y elementos probatorios acordes con la verdadera naturaleza y efectos del trastorno, lo cual lleva a que se planteen adecuadamente reducciones de la responsabilidad penal de los acusados sobre el criterio de la imputabilidad o, cuanto menos, indicios claros para su consideración. Así las cosas, pese a continuar existiendo un elevado grado de desconocimiento en la planta judicial española respecto al citado trastorno, determinadas Audiencias Provinciales, principalmente las de Madrid, Murcia, Guipúzcoa o Navarra³⁴, comienzan a realizar análisis serios y exhaustivos sobre sus implicaciones en la conducta criminal del delincuente, otorgando respuestas jurídicas adecuadas y convenientes a la realidad del trastorno, fenómeno que debe extenderse a otras y, particularmente al Tribunal Supremo, el cual, hasta la fecha, como ya se ha referido, lo que ha hecho simplemente es validar los razonamientos de las Audiencias sin entrar a manifestarse en un sentido u otro.

¿A qué conduce este reconocimiento de los efectos del TDAH en la imputabilidad de la persona? Al igual que referí en el apartado dedicado al ámbito doctrinal, las citadas Audiencias han llegado a la conclusión de que una vez verificada la incidencia del TDAH, por sí o de manera conjunta con otros trastornos, en el comportamiento criminal desarrollado por el sujeto puede generar una ligera afectación a la capacidad volitiva del sujeto, debiendo recurrir a la fórmula de la atenuante analógica en relación a los artículos 21.1^a y 20.1^o del Código Penal, con los consiguientes efectos penológicos que conlleva.

Semejante razonamiento se vislumbra muy claramente en Sentencias, como, por ejemplo:

- Audiencia Provincial de Murcia 340/2016, de 21 de junio [JUR 2016\181713], reafirma los planteamientos de la Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Murcia, de 2 de diciembre de 2014, en el sentido de apreciar la atenuante analógica del artículo 21.7^a en conexión con el 21.1^a y el 20.1^o del Código Penal por alteración psíquica del autor en un delito de quebrantamiento de condena por padecer un trastorno por déficit de atención e hiperactividad desde la pubertad, manifestando una conducta descontrolada, impulsiva, anárquica y con conflictos externos transgresores cuando no toma correctamente la medicación que tiene pautada, algo intrínsecamente vinculado con la naturaleza concreta del delito imputado, lo cual quedó acreditado por el hecho de incumplir la pena de localización permanente que se encontraba cumpliendo en el sentido de no permanecer en el domicilio el tiempo que le correspondía.
- Audiencia Provincial de Madrid 426/2016, de 7 de junio [RJ 2016\184230], condena al acusado como autor de un delito de resistencia grave con la concurrencia de una atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas y la analógica de alteración psíquica, toda vez que, para apreciar la última, toma como fundamento el hecho probado de padecer en el momento de los hechos un trastorno por déficit de atención e hiperactividad que disminuía al autor ligeramente sus facultades volitivas, constituyéndose como un sujeto susceptible de reaccionar agresivamente.
- Audiencia Provincial de Guipúzcoa 104/2016, de 3 de mayo [JUR 2016\188357], realiza un exhaustivo análisis, incorporando los razonamientos periciales, para

³³ Sobre el contenido específico de las sentencias que justifican y motivan semejante corriente tradicional y lo expuesto, vid., MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH...» cit., págs. 90-95; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad...» cit., págs. 159-165.

³⁴ Ejemplos de sentencias de las citadas Audiencias Provinciales pueden encontrarse en MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH...» cit., págs. 95-99; MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad...» cit., págs. 165-169.

concluir que uno de los acusados, por un delito de agresión sexual, presentaba una discapacidad intelectual leve, debido al consumo de alcohol y cannabis junto con un trastorno por déficit de atención e hiperactividad –de tipo combinado–, que afectó de manera leve a sus facultades volitivas³⁵.

No obstante lo anterior, alguna Audiencia Provincial incluso ha optado ocasionalmente por la vía de la eximente incompleta, si bien esta opción arroja muchas dudas interpretativas no sólo respecto al contenido sino incluso que la afectación en sí proceda exclusivamente del TDAH. En este sentido, se traen a colación los siguientes ejemplos:

- i) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 81/2017, de 11 de abril [ARP 2017\695], considera que existe una afectación de intensidad leve-moderada en las facultades intelectivas y volitivas del sujeto activo, por lo que aplica la eximente incompleta del artículo 21.1ª en relación con el 20.1º. El Tribunal llega a esa conclusión visto los informes periciales presentados al respecto. El primero concluye que en los días previos a los hechos consumió altas dosis de anfetaminas, y para revertir los efectos estimulantes había consumido benzodiazepinas mezclándolas con alcohol, que podía afectar a sus capacidades intelectivas y volitivas de forma leve-moderada, a lo cual hay que sumar rasgos de personalidad de tipo impulsivo; mientras el segundo establece un diagnóstico de Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad (TDAH) en el adulto, Síndrome de dependencia de cocaína, cannabis y otros estimulantes en remisión y ludopatía en remisión, atribuyendo una especial relevancia al TDAH, que, asociado al consumo de sustancias, y en un contexto de alta tensión emocional, permite concluir que a la fecha en que sucedieron los hechos enjuiciados, existía una afectación en la capacidad de control de impulsos de grado moderado. Por ello, en este segundo caso, el Tribunal considera la existencia de un *totum revolutum*, una conjunción de trastornos y adicciones que merecen un tratamiento global, no pudiendo entenderse cada uno por separado sino adquiriendo una significación conjunta, lo cual, a efectos de tratamiento, resulta más positivo por aplicación de la eximente incompleta.
- ii) La Sentencia de la Audiencia Provincial de León 275/2014, de 28 de mayo [JUR 2014\181943], vincula directamente el TDAH con la eximente incompleta de alteración o anomalía psíquica, toda vez que el Tribunal considera que en el momento de los hechos las facultades volitivas del acusado se encontraban ligeramente disminuidas por la presencia del trastorno por déficit de atención e hiperactividad, disminuyéndose en alguna medida su imputabilidad. Ciertamente no existe una valoración suficiente respecto al criterio de la motivación en la aplicación de la eximente incompleta en lugar de la atenuante analógica, más que la presunción del grado de afectación de la culpabilidad por su incidencia en la esfera volitiva, si bien penológicamente sí que conlleva una mayor atenuación de la pena, algo que puede tener muchísima relevancia no tanto respecto al cuántum de la pena sino sobre la posibilidad de combinar pena y medida de seguridad de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del Código Penal.
- iii) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 675/2005, de 29 de septiembre [JUR 2008\286751], estima parcialmente el recurso interpuesto, considerando la presencia del TDAH como una eximente incompleta si bien, si se profundiza en el contenido de los razonamientos jurídicos, puede observarse más de una inexactitud. Los hechos en cuestión parten de un claro trastorno por déficit de atención e hiperactividad junto con un trastorno antisocial de la personalidad y capacidad intelectual límite³⁶ del imputado desde los dos años de edad, lo cual es corroborado por seis informes médicos. Ahora bien, el médico forense, por el contrario, manifiesta que en el momento de la exploración no existen déficits en la capacidad intelectual y volitiva del sujeto en relación a los hechos imputados, si bien, dada la naturaleza del trastorno y su presencia desde la infancia, no es descartable la afectación parcial de su capacidad volitiva con respecto al hecho imputado.

³⁵ Vid., más ampliamente, MORILLAS FERNÁNDEZ, D. L., «La responsabilidad penal de las personas con TDAH...» cit., págs. 96 y 97.

³⁶ Si bien el contenido de la sentencia se refiere en exclusividad al primero.

Semejante declaración, a juicio de la Audiencia Provincial, adquiere su máxima significación en el sentido de que la capacidad volitiva se encuentra seriamente mermada, afectando no sólo a su comportamiento conductual, sino también a la comprensión de la posible gravedad del acto incendiario que se le imputa. Por todo ello, la Audiencia entiende que el estado de anomalía psíquica padecido por el acusado presenta la trascendencia suficiente para dar lugar a la apreciación no de una atenuante analógica del art. 21.6^a –actual 21.7^a–, sino de una eximente incompleta del art. 21.1^a en relación con el art. 20.3^o del Código Penal³⁷.

Así las cosas, a tenor de lo expuesto, la pregunta que surge parece obvia: ¿qué criterios vienen utilizando las Audiencias Provinciales referidas para aplicar la atenuante analógica o la eximente incompleta? La respuesta, analizados los casos existentes, no parece clara pues en aquellos supuestos en los que se determine que hay una afectación de la capacidad volitiva del sujeto como consecuencia de la incidencia del TDAH la frontera entre uno y otro resulta mínima, basándose en criterios interpretativos ya que la opción de la atenuante analógica se fundamente en el reconocimiento de una disminución ligera o leve de las facultades volitivas del sujeto mientras la eximente incompleta se fundamenta en que la disminución es, cuanto menos leve –criterio idéntico– pero también, y quizás más acertadamente, moderada, llegando a ser incluso seriamente mermada³⁸. En consecuencia con lo anterior, lo habitual será encontrar una descripción pericial que refiera que la capacidad volitiva de la persona se encuentra ligeramente o de forma leve afectada, debiendo tener ese reconocimiento efectos en la imputabilidad ya sea a través del artículo 21.7^o –en relación al 21.1^o y el 20.1– o directamente sobre el 21.1^o –respecto del 20.1^o–, no siendo cuestión baladí ya que una u otra opción permitirá la aplicación o no del artículo 104 del Código Penal con las consiguientes medidas de seguridad, algo que, como ha referido, con toda la razón Peris Riera, puede resultar muy beneficioso dados los perfiles del infractor con TDAH, no debiendo resultar ajena ni extraña semejante posibilidad, máxime la posible aplicación de libertad vigilada, custodia familiar o privación del derecho a conducir vehículos a motor o ciclomotores³⁹, reiterando Pérez Arias la importancia de la custodia familiar, con el propósito de asegurar el seguimiento del tratamiento farmacológico, con vigilancia, si procediese, y añadiendo el internamiento en centro educativo especial como buenas opciones desde perspectivas penales modernas⁴⁰.

III. ÚLTIMAS MANIFESTACIONES JURISPRUDENCIALES: AÑO 2018

Como se ha apuntado en el epígrafe anterior, el tratamiento del TDAH en la planta judicial española no es, ni mucho menos, uniforme, encontrándose Audiencias Provinciales encuadradas en el denominado criterio tradicional; esto es, donde no se ha profundizado ni abordado las connotaciones del TDAH en la conducta criminal del sujeto activo del delito, y otras, delimitadas expresamente –principalmente, como ya se ha destacado, Madrid, Murcia, Guipúzcoa o Navarra–, que han tratado los efectos de la imputabilidad en las personas con TDAH, llegando a admitir la aplicación de la atenuante analógica del artículo 21.7^a del Código Penal –en relación al 21.1^a y el 20.1^o– o incluso, aunque en menor medida, como eximente incompleta del 21.1^a (sobre el 20.1^o).

³⁷ Como puede comprobarse, no queda muy claro el razonamiento final seguido por la Audiencia Provincial ya que, pese a hablar de anomalía psíquica, menciona expresamente el apartado 3^o, el cual incluye las alteraciones de la percepción. En mi opinión, semejante razonamiento pudiera validarse desde el prisma de la alteración psíquica pero no de la percepción. Sin embargo, pese a tratarse de una resolución pionera por la fecha en la que se produce, no ha vuelto a tener incidencia en ningún supuesto de TDAH la aplicación del apartado 3^o.

³⁸ Cuanto menos sorprende, y así lo ha manifestado expresamente Peris Riera, que cuando se aplica la eximente incompleta se haga reconociendo que las facultades volitivas del sujeto se encuentran ligeramente disminuidas, por cuanto esta fórmula suele emplearse jurisprudencialmente para la atenuante analógica con el 21.1^a, empleando para los supuestos de eximente incompleta expresiones como notablemente disminuidas, muy disminuidas, etc (PERIS RIERA, J., «TDAH...» cit., pág. 73).

³⁹ PERIS RIERA, J., «TDAH...» cit., págs. 77 y 78.

⁴⁰ PÉREZ ARIAS, J., «El trastorno...» cit., pág. 225 y 218-221.

Con semejante panorama, en este último año 2018 ha habido diversas resoluciones judiciales en las que se siguen manteniendo los postulados descritos a lo largo de esta investigación; esto es, las Audiencias referenciadas dentro de la categoría actual continúan otorgando un tratamiento adecuado al TDAH, en algunos casos atenuando la responsabilidad penal y otros declarando la inexistencia de afectación a las facultades intelectivas o volitivas del sujeto activo pero, reitero, siempre analizando la incidencia del TDAH en la situación delictiva concreta. En este sentido, se pueden traer a colación, a modo de ejemplo, las siguientes Sentencias que muestran ambas directrices:

- A) La Audiencia Provincial de Madrid, sentencia 433/2018, de 25 de junio [JUR\2018\232229], vuelve a abogar por la aplicación de la atenuante analógica, en los términos ya descritos, a la persona que padece TDAH por un delito de lesiones, toda vez que presenta una impulsividad muy elevada, la cual aparece en el desarrollo de la conducta criminal, existiendo una afectación leve-moderada en la voluntad del sujeto, no gozando de una entidad suficiente como para disminuir la responsabilidad penal de manera significativa. En idénticos términos, consolidando la citada línea jurisprudencial, se manifestó en la Sentencia 706/2018, de 16 de octubre [JUR 2018\303822], donde, en un caso de asesinato a la pareja, queda debidamente acreditado para el Jurado que el sujeto activo presentaba un trastorno por déficit de atención e hiperactividad, además de otro mixto de la personalidad, que le provocó un déficit moderado en el control de impulsos, con lo que se alteró su capacidad volitiva permaneciendo inalterada la cognitiva, lo cual debe dar origen a la aplicación de una atenuante, no alcanzando las exigencias para ser tratada como eximente incompleta
- B) La Audiencia Provincial de Navarra, que ha llegado a aplicar, como ya se ha detallado, la eximente incompleta por presentar TDAH, ejemplifica a la perfección el tratamiento que debe darse al citado trastorno en su sentencia 158/2018, de 19 de junio [ARP\2018\1300], donde parte, como no puede ser de otra forma, de la premisa de que para modificar la responsabilidad penal no basta con la mera presencia de un trastorno sino que debe de tener efectos concretos sobre la acción criminal desarrollada. En este caso concreto, se trata de un delito de abuso sexual en el que el sujeto activo presenta TDAH y su defensa articuló el recurso, entre otros aspectos, en la afectación de la capacidad volitiva del sujeto, rebajando sus frenos inhibitorios, y actuando con plena capacidad intelectual; esto es, una construcción argumental adecuada al trastorno, en los términos que debe hacerse, pero que el Tribunal rechazó, motivando muy bien semejante decisión, ya que, pese a estar acreditado el TDAH y poder tener relevancia en la esfera volitiva, su incidencia no resultó esencial y determinante en el desarrollo de los hechos ya que, compartiendo el criterio de la Sala de Instancia, la acción criminal no fue fruto de un impulso súbito sino que llevó una cierta planificación, no pudiendo afirmar tampoco, ahora en opinión exclusiva de la Audiencia, que la falta de control de los impulsos existiera en los diversos episodios abusivos, ni en caso de hubiese existido ese déficit en el control, que tuviera, ni mucho menos, entidad suficiente como para afectar la capacidad de comprender la ilicitud de los hechos.
- C) Junto a ello, se observan Audiencias Provinciales que comienzan a consolidar los planteamientos y el tratamiento adecuado al TDAH en sus valoraciones relativas a la imputabilidad. En este sentido, pueden destacarse las siguientes resoluciones, dada la relevancia, a mi juicio, de las cuestiones abordadas, de conformidad con los parámetros expuestos:

c1) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra 24/2018, de 10 de septiembre [JUR 2018\289580], niega la aplicación de la eximente completa, incompleta y la atenuante analógica tanto sobre el artículo 20.1 o 3 por una mera cuestión probatoria: la pericial médico forense no ha sido contradicha y su valoración ha sido concluyente ya que, entre otros aspectos, determina que el trastorno por déficit de atención e hiperactividad no ha influido en la capacidad intelectual o volitiva del sujeto. Sin embargo, lo realmente importante, a mi juicio, es que el Tribunal ha dejado claramente abierta la puerta a que en aquellos casos en los que se produzca la citada

afectación cabrá aplicar la correspondiente atenuación punitiva según la intensidad concreta.

c2) La Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia 273/2018, de 9 de mayo [2018\194564], recoge un caso de TDAH de libro: el acusado «presentaba un trastorno por déficit de atención con hiperactividad desde la infancia que afectaba a las funciones ejecutivas del cerebro encargadas de analizar los conflictos y elaborar respuestas adaptadas. Su disfunción ejecutiva se ha visto profundizada por un consumo crónico y abusivo de la marihuana. El trastorno sufrido, asociado al consumo de cannabis y alcohol del día de los hechos, supuso una merma de las capacidades intelectivas y volitivas del acusado en dicho momento»; esto es, TDAH diagnóstico con comorbilidad por adicción a sustancias tóxicas y afectación en el momento de comisión del delito a la imputabilidad de la persona. El problema que acontece es que la citada Sentencia se resuelve por conformidad, aún tratándose de un homicidio en grado de tentativa, y la única referencia existente a la modificación de la responsabilidad penal en los términos tratados es que se aplica una atenuante por alteración mental, sin profundizar ni tratar su graduación, cuestión tremendamente interesante dado el caso y los hechos acontecidos.

c3) La Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña 501/2018, de 24 de octubre [JUR 2018\322138], donde la defensa alega la inaplicación de la eximente incompleta o, con carácter subsidiario, de la atenuante muy cualificada debido al trastorno por déficit de atención, iniciado en la infancia y mantenido en la edad adulta, y un trastorno disocial de la personalidad. Sin embargo, la Audiencia desestima, con buen criterio, la solicitud debido a que ni constan tales extremos en el atestado ni se solicitó reconocimiento alguno al forense, siendo requisitos procesales indispensables para poder determinar el grado de incidencia del trastorno en la perpetración del delito, no constando que en el momento de producirse el delito tuviera sus facultades volitivas e intelectivas suficientemente disminuidas, con lo que no puede probarse la presencia de una parcial afectación de la conciencia o voluntad; esto es, lo que viene a exigir la Audiencia es un plus de afectación superior a la ligera merma para aplicar la eximente incompleta o una atenuante muy cualificada, sobre la atenuante genérica ya reconocida.

El conocimiento del TDAH en una planta judicial también hace que ciertos vicios procesales puedan ser corregidos. En este sentido, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 56/2018, de 29 de enero [JUR 2018\52247], mostrando, entre otros motivos, la especial sensibilidad hacia el tratamiento del TDAH, declara nula una sentencia de un Juzgado de lo Penal de la referida ciudad debido a infracciones de normas esenciales del procedimiento, entre las que se incluye la falta de motivación y tratamiento de la atenuante de alteración psíquica por presentar el sujeto activo TDAH, aspecto afirmado expresamente por la perito ya que limita sensiblemente el control de los impulsos, efectos que se potenciarían, siempre de acuerdo con lo afirmado por ella, con el consumo de sustancias tóxicas, existiendo una evidente vinculación con la imputabilidad, por lo que su ausencia de valoración, en un sentido u otro, «resulta un serio defecto de motivación, omitir cualquier referencia a la existencia y al resultado de dicha prueba, que de ninguna manera se valora, asistiendo, en este aspecto, claramente la razón, a nuestro juicio, a la parte apelante».

No obstante, pese a todo lo anterior, la corriente tradicional continua aun presente en los Tribunales españoles si bien, respecto a 2018, de una manera minoritaria o residual; esto es, se ha producido un cambio cualitativo en el tratamiento del TDAH en los Tribunales de Justicia. Las pocas manifestaciones existentes al respecto radican en una situación intermedia como es la ausencia de valoración probatoria respecto a la incidencia del TDAH sobre el elemento volitivo en el momento exacto de comisión del delito⁴¹ o simplemente por

⁴¹ Vid., a modo de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz 30/2018, de 27 de marzo [JUR 2018\144726].

la referencia genérica al trastorno padecido por el individuo sin que se haga ninguna referencia más al mismo ni a efectos de imputabilidad ni ningún otro, pasando completamente desapercibido⁴².

En definitiva, resulta un hecho perfectamente constatable en la evolución de la jurisprudencia que, con el paso de los años, cada vez hay más resoluciones judiciales vinculadas al TDAH en las que se aborda de manera precisa y adecuada la complejidad del trastorno, poniéndose adecuadamente en consideración con los presupuestos de la imputabilidad en los términos ya descritos.

Los datos obtenidos correspondientes al año 2018 son ciertamente positivos toda vez que se han computado un total de catorce sentencias o, lo que es lo mismo, un 11,6% del total de las dictadas históricamente en la planta judicial española en materia de TDAH, destacando sobremanera: i) el adecuado tratamiento otorgado a la realidad del trastorno por parte de los entes judiciales, cuyas Audiencias abordan cada vez más la citada problemática –a las referenciales de Madrid, Murcia, Guipúzcoa y Navarra, parece que se pueden añadir otras, dada la solidez de sus planteamientos, como Pontevedra, Valencia o A Coruña-; ii) la disminución, hasta quedar por primera vez en minoría, de la corriente tradicional a favor de la mayoritaria hoy día denominada “actual”; y iii) la especial atención no sólo en el tratamiento y diagnóstico del sujeto activo del delito sino igualmente del pasivo, el cual no se ha referido expresamente, pero sobre el que existen varias resoluciones si bien muy focalizadas al ámbito de los delitos sexuales y, en particular, del abuso.

⁴² Vid. la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 173/2018, de 5 de marzo [JUR 2018\146021].