diariolaley

www.diariolaley.es

21 Diciembre 2018

9323

Wolters Kluwer

Wolters Kluwer

Wolters Kluwer

LA LEY

Comunidades de vecinos: todas las respuestas

3ª edición

La obra ofrece respuesta a las consultas que sobre propiedad horizontal y su casuística ha recibido el autor. Y así resuelve cuestiones tales como ¿puede hacer el propietario obras en fachada?, o ¿se responsabiliza el nuevo presidente del estado económico comunitario?

El déficit normativo en materia de propiedad horizontal se ha traducido en una extensión de la problemática, como demuestra su protagonismo en el conjunto de la litigiosidad judicial, obligando a los jueces a suplir tales deficiencias. Pero, a su vez, la extensa producción judicial no solo no ha conseguido despejar todas las dudas, sino que frecuentemente ha ofrecido respuestas contradictorias.

En esa circunstancia, el ciudadano necesita orientarse para resolver los problemas que surgen en las relaciones con su comunidad de vecinos.

A la atención de esa demanda responde el libro, con dos objetivos principales: por una parte, colaborar a dotar de racionalidad a una materia tan propicia al apasionamiento; por otra, ofrecer fórmulas de encuentro en que la satisfacción del derecho propio no impida la percepción y el respeto del ajeno.

Autores: Carlos Gallego Brizuela, Ángel Gallego Gil y Cristina Gallego Velloso

Consulta las condiciones de compra de esta obra en: →

tienda.wolterskluwer.es
902 250 500
clientes@wolterskluwer.com

Más información →

Redacción

Directora de Publicaciones: Marta Tovar Torres (marta.tovar@wolterskluwer.com)

Gerente de Publicaciones: Fernando Cameo Bel (fernando.cameo@wolterskluwer.com)

Jefe de Publicaciones edición diaria: Mercedes Rey García (mercedes.rey@wolterskluwer.com)

Coordinadora edición diaria: Isabel Desviat Manzanares (isabel.desviat@wolterskluwer.com)

Jefe de Publicaciones Ciberderecho y Legal Management: Carlos Fernández Hernández (carlos.fernandez@wolterskluwer.com)

Coordinadora LA LEY Unión Europea: Patricia Esteban López (patricia.esteban@wolterskluwer.com)

Análisis de la Documentación: Wolters Kluwer España, S.A.

e-mail Redacción: ES-diariolaley@wolterskluwer.com

e-mail Publicidad: publicidad@wolterskluwer.es

Diseño y Preimpresión: Wolters Kluwer España, S.A.

ISSN Electrónico: 1989-6913

© Wolters Kluwer España, S.A.

Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

Nota de la Editorial:

El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de Wolters Kluwer España, S.A., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los

datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9

28231 Las Rozas (Madrid)

Tel: 902 250 500 – Fax: 902 250 502

e-mail: clientes@wolterskluwer.com

http://www.wolterskluwer.es

Créditos

Revista cuatrimestral de la Asociación de Probática y Derecho Probatorio. Dirigida a juristas y otros colaboradores de la Justicia interesados en la semiótica, en como probar los hechos y en el Derecho probatorio.

Consejo de redacción

Prof. Dr. Xavier Abel Lluch

Prof. Dr. Frederic Munné Catarina

Prof. Dr. Lluis Muñoz Sabaté

Prof. Dr. Manuel Richard González

Prof. Dr. David Velázquez Vioque

Director

Frederic Munné Catarina

Abogado y doctor en Derecho.

Subdirector

Manuel Richard González

Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA.

Colaboradores en éste número:

Juan Antonio Andino López

Julio Picatoste Bobillo

Manuel Richard González

Bernat-N. Tiffon

Sumario

ESPECIAL PROBÁTICA Y DERECHO PROBATORIO NÚM. 24

EN PRIMERA PERSONA

- *«La prueba es el elemento axial del proceso. Con ella el hecho oculto tras la incerteza, se hace evidente, visible".* Entrevista al Magistrado **Julio Picatoste Bobillo.**

PRACTICA FORENSE

- *«La sensible línea del desbordamiento psicoemocional de los familiares ante el primer ingreso involuntario: valoración forense y pericial»,* por **BERNART-N. TIFFON**, Profesor de Psicología Jurídica en la Universidad Abat Oliba CEU.

DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBATICA

- *«El incapaz natural enfermo de alzheimer»*, por **JUAN ANTONIO ANDINO LÓPEZ**, Abogado. Doctor en Derecho.

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO

- *«Reglas para la investigación forense y aportación como prueba al proceso de correos y mensajes electrónicos del trabajador»,* por **MANUEL RICHARD GONZÁLEZ**, Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA.

EN PRIMERA PERSONA

"La prueba es el elemento axial del proceso. Con ella el hecho oculto tras la incerteza, se hace evidente, visible".

El veterano magistrado D. Julio Picatoste Bobillo, opina sobre el acceso a la carrera judicial del que considera que la objetividad en las oposiciones a juez, siendo imprescindible, no debería de consistir en una mera competición memorística. También trata, entre otras cosas, sobre la importancia capital que tiene la cuestión de los hechos, mediante la prueba y la imperiosa necesidad de mejorar la formación de nuestros juristas en esta materia.

1. ¿Qué le animó o impulsó a escoger la Carrera Judicial?

A medida que avanzaba en la carrera, iba advirtiendo que el derecho se vivía de forma intensa en el momento mismo del conflicto que estaba llamado a ser resuelto mediante la aplicación del ordenamiento jurídico. En este sentido, no me atraía la función notarial, tampoco la del Registrador de la Propiedad; entendía que estas profesiones, pese a su relevancia en el mundo jurídico, carecían de aquel elemento vital, dinámico. Por eso tenía claro que mis opciones profesionales tenían que moverse entre la función judicial o el ejercicio de la abogacía; ambos quehaceres sitúan al profesional en el momento clave en que el derecho ha de hacerse valer. Es ahí donde se materializa aquella lucha por el derecho de que hablaba Ihering. El proceso mismo no es sino una lucha donde la palabra y el argumento sustituyen al acometimiento, la razón jurídica expresada verbalmente o por escrito desplaza al acto de fuerza material de los contendientes; el combate se hace debate, y la tesis vencedora se hará al final, por boca del juez, derecho.

Creo que también influyó mi trato y relación estrecha con un juez de mi pueblo, César Álvarez, al

que veía trabajar a pie de obra y me transmitía su entusiasmo por la función judicial.

Esos dos factores hicieron que la decisión de hacerme juez no pueda identificarla con un instante o acto reflexivo y concreto; cuando terminé la carrera, la idea de ser juez ya estaba ahí, imperceptiblemente fraguada.

2. ¿En qué año ingresó en la Carrera Judicial? ¿Qué destinos ha servido como Juez o Magistrado? ¿Cuál o cuáles son las experiencias que vivió como «Juez de pueblo» en su primer destino en la Carrera Judicial y cómo influyeron estas experiencias en su posterior ejercicio de la función jurisdiccional?

Ingresé en el año 1978. Mis destinos como juez de Primera Instancia e Instrucción fueron Osuna (Sevilla), Lalín, Puenteareas (Pontevedra), y como magistrado, Bilbao, Gijón y Vigo; y en tribunal colegiado, en la Audiencia Provincial de Pontevedra desde 1990 (en la Sección 1ª) y desde 2005 en la Sección 6ª (civil) con sede en Vigo.

Ya las primeras experiencias profesionales vividas en los juzgados de pueblo, me pusieron a la vista de forma clara los poderes tan extraordinarios que la ley pone en manos del juez de instrucción y que por eso mismo debe este ser mesurado, reflexivo y respetuoso en la administración de facultades tan excepcionales cuyo ejercicio ha de sujetarse necesariamente al marco legal y a los fines para los que aquellas habían sido concebidas por la ley. Me impresionaba comprobar que con solo una firma mía se ponían en acción los poderes del Estado para dar cumplimiento a lo que como juez había decidido y ordenado, sobre todo cuando se trataba de decisión tan grave como la privación de libertad de una persona.

3. ¿Cómo cree Vd. que debería ser el sistema de acceso a la Carrera Judicial?

La cuestión es compleja, difícil de responder en pocas palabras. El inveterado sistema de oposiciones como método de selección de jueces, es, a todas luces, contrario al sentido común. Una sociedad avanzada y cuidadosa de sus instituciones no puede dar su conformidad a un método selectivo en el que criterios y metodología no apuntan en la dirección de los objetivos que debieran ambicionarse. Las aptitudes que con la oposición se ponen a prueba poco o nada tienen que ver con las cualidades que deben comprobarse en quienes van a ser jueces. La brutal competición memorística a la que es sometido el aspirante a ingresar en la Carrera Judicial, de ninguna manera servirá para verificar las condiciones que deben adornar a un juez. Ni siquiera que, en verdad, sepa derecho. Decía Ossorio que la oposición nada garantiza ni en el orden moral ni en el técnico, pues este no queda asegurado tan solo por el acierto en la exposición contra reloj de unos temas sacados al azar. Indudablemente, siempre hay aciertos y de las oposiciones salen buenos jueces, pero no porque sean aquellas un método selectivo eficaz, sino al margen y a pesar de lo desacertado del sistema.

Muchas son las virtudes que han de adornar al juez que en absoluto se pueden detectar con ese absurdo sistema; y no me refiero ahora a cualidades éticas, no mensurables en ese momento, sino a las intelectuales (capacidad de raciocinio y argumentación, capacidad de discernimiento —en el sentido que explicaba Kant—, perspicacia analítica, solvencia en la tarea hermenéutica, etc.).

Debería ser requisito previo para el acceso a la función judicial una experiencia profesional adquirida en la práctica del Derecho durante un tiempo razonable. Se trata, en suma, de que quien se estrena como juez no sea un neófito. Ocurre así en el mundo anglosajón; no puede aspirar a ser juez sino quien viene avalado por acreditadas cualidades de honestidad, aptitud y experiencia profesional. La función judicial aparece así como culminación en la carrera del abogado. La tarea del juez es compleja y delicada y no se aviene bien con la bisoñez ni la inexperiencia. Sin embargo, entre nosotros las cosas ocurren justamente al revés; el acceso al cargo tiene lugar mediante peculiar selección entre recién licenciados, aspirantes al noviciado judicial. Noveles huérfanos de toda experiencia, son lanzados de hoz y coz al desempeño de la función de juzgar.

Dice Alejandro Nieto que la oposición sigue apegada al «memorismo más cerril». Compruebo con asombro como en los últimos tiempos los tribunales, a modo de aviso a navegantes (a náufragos, más bien), advierten de su gusto por la literalidad en el recitado de los códigos. Esto da idea de qué capacidades y habilidades son las que se ponen a prueba, de qué va, en definitiva, la competición. Resulta, entonces, que la cualidad que durante la oposición se cultiva y luego se premia es la memoria, ninguna otra intelectual que el oficio de juzgar requiere. Nada que ver con la Recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa R-94 (13-10-1994) que advierte que la selección de los jueces se basará en el mérito, teniendo en cuenta sus cualidades, integridad, habilidades y eficiencia. Díganme si el actual régimen de oposiciones, basado fundamentalmente en la memorización del derecho positivo y algunas píldoras doctrinales, permite comprobar la posesión de esas cualidades.

Se dice que el sistema de oposiciones garantiza la objetividad; este argumento, mimética y acríticamente repetido como panacea redentora, es engañoso. El aseguramiento de la objetividad se hace a base de poner el acento en las cualidades memorísticas; o sea, es un sistema objetivo que solo se pone en práctica entre quienes tengan determinadas condiciones recitadoras. Pero que la selección se lleve a cabo sin interferencia alguna de favor o afecto personal, corporativo o ideológico, con ser relevante y necesaria, no asegura la calidad de los seleccionados, su condición de buen jurista y buen juez. Por lo tanto, la objetividad de la prueba, siendo imprescindible, no lo es todo y menos aún si consiste en una competición memorística. Con criterios objetivos de esa índole se puede alumbrar una buena colección de mediocres.

4. ¿Cambiaría Vd. algo del sistema actual? ¿Qué opinión le merece la labor desarrollada por la Escuela Judicial en la formación de jueces?

Debemos abandonar la posición resignada que afirma que no hay otro sistema. Desde luego, no lo hay si no se busca. Hemos de esforzarnos por encontrar vías de acceso que al tiempo que aseguren objetividad e imparcialidad en la selección, garanticen una formación seria y solvente, no basada en la memorización de las consabidas «contestaciones al programa». Hay que pensar en sistemas que van desde la superación progresiva de pruebas que habilitan para diversos niveles de trabajo en los tribunales, hasta el acceso desde la abogacía o la universidad, con exigencia de una experiencia profesional mínima y el establecimiento de filtros y controles que aseguren una contrastada objetividad (nada que ver con la llamada «entrevista» del cuarto turno).

Y mientras llegan tiempos nuevos y nuevas fórmulas —no se puede improvisar— es preciso revisar, y con urgencia, ciertos aspectos del actual sistema: contenidos del programa, composición de los tribunales, preeminencia de lo memorístico, oralidad o escritura de los ejercicios, conveniencia de

incorporar un ejercicio práctico, informe o dictamen de corrección «ciega», instauración de un sistema de becas, separación de las oposiciones a jueces y fiscales, pues dada la radical diversidad de funciones y cometidos, la identidad de programas no tiene justificación alguna. Y otra cosa: grabación de los ejercicios ante la posibilidad de contravención del opositor a la decisión del tribunal. No es de recibo que hoy un examen en la Facultad esté revestido de mayores garantías que el ejercicio ante un tribunal de oposiciones del que depende el porvenir de una persona.

El dislate que supone el sistema actual, hace inexcusable la Escuela Judicial. Ocurre que esta ya no lleva a cabo labor selectiva alguna; trata de dar un barniz de experiencia práctica a quienes han sido ya seleccionados mediante unas pruebas, repito, extravagantes y desconectadas de sus fines propios. Dentro de la incoherencia del sistema, algo es algo, y desde luego el trabajo desarrollado en la actual Escuela Judicial es encomiable y muy superior al de la época anterior, cuando esta etapa tenía lugar en la primitiva Escuela radicada en Madrid. Sin duda, la preparación que se recibe hoy es muy superior a la de entonces.

5. Como Magistrado del orden civil, ¿cuáles son los desafíos probatorios más importantes en los ámbitos mercantil, civil y de familia a los que Vd. se enfrenta diariamente?

El desafío radica en lograr que jueces y abogados se hagan cargo de la extraordinaria importancia que en el proceso tiene la prueba y, por ende, que es imperiosa la necesidad de una formación seria e intensa en Derecho probatorio. Decía Bentham que el juez tiene que considerar dos puntos: la cuestión de los hechos y la del derecho, y la primera se decide por las pruebas. Y en esta línea, añadía Carnelutti que no es aceptable que en el binomio *hecho* y *derecho* se contenten los juristas con elaborar el segundo término y no se preocupen por el primero, que es, sin duda, elemento axial del proceso, pues —decía el mismo procesalista italiano— la prueba es el corazón del problema del juicio. Mediante la prueba el juez pasa de la penumbra a la claridad, de la duda a la certidumbre. El hecho, oculto tras la incerteza, se hace visible, es decir *evidente*, que es tanto como visible.

Precisamente, porque el Derecho probatorio es de capital importancia, entre las muchas lagunas que advierto en los maltratados planes de estudios universitarios (además de Argumentación y Retórica), está la de la ausencia de aquella disciplina como autónoma en la que futuros jueces y abogados puedan adquirir una sólida formación. Es fundamentalmente la doctrina angloamericana la que ha puesto de relieve la necesidad de una adecuada formación encaminada al conocimiento y cultivo de habilidades intelectuales precisas para el análisis y crítica de las pruebas, imprescindibles en la disputa sobre los hechos del proceso. En la *praxis* cotidiana se advierte clamorosamente esa carencia.

6. Como Magistrado de una Audiencia Provincial, ¿cuáles son los cambios más importantes y más positivos que Vd. ha vivido? ¿cuál es su experiencia sobre la deliberación en los órganos colegiados?

La promulgación de la LEC 1/2000 trajo importantes cambios. La nueva estructura del proceso con la consagración en el juicio ordinario de la audiencia previa cuya regulación mejora la antigua comparecencia previa, la oralidad, el aseguramiento de la inmediación, que ya no es posible burlar

como tan generalizadamente —y con fútiles excusas— se hacía bajo la vigencia de la ley anterior. Censurable me parece que se hayan limitado las posibilidades de acordar diligencias finales de oficio. No se trata de dar al juez facultades exorbitantes que vulneren el principio de aportación de parte en los procesos dispositivos. Comprendo que el sentido restrictivo del art. 435 LEC tiene su razón de ser —y su contrapartida— en las atribuciones dadas al juez en el art. 429.1.III. Sin embargo, quien ejerza a diario la función jurisdiccional sabe que el verdadero momento que permite detectar una eventual insuficiencia probatoria no es el de la proposición de prueba en la audiencia previa, sino una vez que el juez se encuentra ante el resultado final de la actividad probatoria, ese mosaico multicolor en el que advierte la ausencia o imperfección de una pieza que impiden al juez un mejor y más cabal conocimiento de los hechos y, por ende, su mejor enjuiciamiento. La antigua terminología era muy expresiva: diligencias para mejor proveer, es decir, para mejor resolver, para mejor sentenciar.

La deliberación en los tribunales colegiados es, huelga decirlo, momento de excepcional importancia. Es una actividad intelectual a tres bandas donde el debate y la confrontación de puntos de vista permiten ir perfilando la resolución del litigio. Tengo la suerte de compartir tribunal con compañeros y compañera críticos y reflexivos; la discusión con ellos es enriquecedora y necesaria para el resultado final.

Ahora bien, el trabajo colegiado podía enriquecerse en determinados aspectos —en los que aquí no puedo detenerme— si, de una vez, se racionalizasen las condiciones y la carga de trabajo, reivindicación de los jueces que viene siendo pertinazmente desatendida.

7. Como magistrado de un órgano de apelación, ¿introduciría Vd. algún cambio en materia probatoria en primera instancia o en apelación?

Me remito a lo dicho antes a propósito de las diligencias finales

8. ¿Qué opinión le merecen los llamados «dictámenes de especialistas» en los procesos de familia y en qué supuestos le parecen más relevantes? ¿puede sustituir el dictamen de especialistas a la audiencia del menor?

Son de gran utilidad para el tribunal, imprescindibles muchas veces. Hay que tener en cuenta que estos equipos son multidisciplinares, de modo que van a proporcionar al tribunal una enriquecedora confluencia de perspectivas diversas. Sin duda alguna, proporcionan al tribunal pautas y criterios valiosos para tomar determinadas decisiones, sobre todo en supuestos de especial trascendencia y relevancia como son los que conciernen a la custodia de los hijos menores.

En relación con la última pregunta, recientemente he tenido oportunidad de expresarme por escrito en una publicación especializada. La exploración del menor y los dictámenes de especialistas no solo son instrumentos de naturaleza diferente, sino que cubren objetivos distintos y se mueven en áreas de información de contenido diverso, razón por la que ni el informe psicosocial excluye la exploración, ni esta hace innecesario el primero. Por de pronto, la exploración del menor —que materializa y da forma a su derecho a ser oído— no es, en rigor, actividad probatoria. Facilita al juez la percepción de ciertas actitudes del menor en relación con las medidas que le afectan. Sin embargo, el asesoramiento psicosocial —que participa de las

funciones del informe pericial— traslada al tribunal datos extraídos de los conocimientos técnicos que son precisos para valorar hechos o circunstancias relevantes a la hora de tomar la decisión que mejor salvaguarde el interés del menor.

9. ¿Qué opinión le merece la nueva regulación del art. 18.4 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria que obliga a entregar una copia de la grabación de la exploración del menor a los letrados? ¿Cómo se puede conjugar el derecho a la intimidad del menor con el derecho a la defensa del Letrado?

El precepto dispone lo que en la práctica se viene haciendo por algunos tribunales (no todos). Inevitablemente, juez y abogados tendrán acceso a ámbitos de la intimidad de padres e hijos en la medida en que la contienda y la naturaleza del proceso familiar los pone al descubierto. No veo, pues, problema alguno para que se dé a conocer a los letrados el contenido y resultado de la exploración del menor. Creo que privarles de ese conocimiento puede dificultar a los abogados el ejercicio de la defensa. Obviamente, si en el ámbito del proceso juez y partes tienen ese conocimiento, están obligados a preservar la confidencialidad debiendo guardar secreto de lo conocido en el proceso.

Sobre el precepto que cita la pregunta está planteada cuestión de inconstitucionalidad por el magistrado Xavier Abel Lluch. Esperemos, pues, la respuesta del Tribunal Constitucional.

10. ¿Qué opinión le merecen las llamadas pruebas electrónicas, esto es, las páginas webs, los whattsApps, las redes sociales? ¿necesitamos una nueva regulación o la actual ya es suficiente?

Vivimos en la sociedad de la información donde los avances técnicos son espectaculares. Sin duda, esta realidad ha de afectar al Derecho; como es habitual, este va por detrás de aquellos avances, pero el ordenamiento jurídico debe dar respuesta eficaz a los nuevos problemas que plantean las innovaciones tecnológicas. Ocurre así en el ámbito probatorio con la denominada prueba electrónica. Vemos, por ejemplo, en los procesos matrimoniales que con frecuencia se acude a la transcripción de los whattsApps. Se considera que la prueba electrónica participa de la naturaleza de la prueba documental, pero es evidente que hay diferencias que han de traducirse en determinadas especialidades, fundamentalmente en los aspectos de proposición y práctica. Es probable que el paso del tiempo y los avances tecnológicos hagan necesaria una revisión de los arts. 382 a 384 de la LEC. En materia de valoración de estas pruebas, por ejemplo, quienes se han ocupado de este tema, entienden que es preciso atemperar el criterio tradicional de la libre valoración en función de lo que resulte de la pericial informática.

11. Si un graduado en Derecho se acercara a su oficina y le comentara que desearía iniciar las oposiciones para el ingreso en la Carrera Judicial ¿qué le recomendaría?

Cuando eso ocurre, suelo decir, en broma, que antes de nada deben comprarse hábito de monje o monja y prepararse para hacer vida cenobítica. Le advertiría de la intensidad de estudio que la oposición requiere, de la tenacidad como condición imprescindible en lo que es una carrera de

fondo y resistencia. Por último, también es preciso hacer ver al aspirante a juez la conveniencia de no limitarse al estudio de unos temas prefabricados; deben saber que hay vida jurídica más allá de los «temas», por lo que es bueno que lean a los maestros del derecho, clásicos y modernos, sus ensayos y obras de pensamiento.

smarteca Diario LA LEY, nº 9323, de 21 de diciembre 2018, Nº 9323, 21 de dic. de 2018, Editorial Wolters Kluwer

PRÁCTICA FORENSE

La sensible línea del desbordamiento psicoemocional de los familiares ante el 1er. ingreso involuntario: valoración forense y pericial

Bernat-N. Tiffon

Profesor de Psicología Jurídica en la Universidad Abat Oliba CEU

Miembro del Consejo Europeo Superior de Doctores y Doctores Honoris Causa (CONSEDOC)

Miembro de la Associació Catalana de Pèrits Judicials i Forenses de la Administació de Justícia

Resumen

El autor revisa el proceso legal de ingreso involuntario abordando una cuestión poco tratada, cuales son las reacciones psicoemocionales de los familiares ante esta situación afectivamente desagradable, puesto que si convivir con un familiar que adolece de una disfunción mental ya es una situación adversa, la decisión del ingreso en un centro psiquiátrico en contra de la voluntad del ser querido puede afectar a las relaciones interpersonales en el resto de los familiares.

Para el sujeto mentalmente afectado, el ingreso involuntario es experimentado desagradablemente como una privación de libertad en un momento de aguda afectación psíquica grave. No obstante, para los familiares el desbordamiento psicoemocional se transfigura en un *cocktail* de incertidumbres, inseguridades, miedos y preocupaciones, que han de saber canalizar y vehicular y, por cuyo largo camino a la toma de decisión, no siempre es fácil de llevar.

I. INTRODUCCIÓN

El proceder a un ingreso involuntario siempre supone un proceso desestructurante en la unidad familiar y se suceden un sinfín de emociones negativas en el seno de los familiares que han de proceder a una privación de libertad por razón de salud mental. En el presente artículo se revisa el proceso legal de ingreso involuntario (urgente y ordinario) pero se aborda una cuestión poco abordada: las reacciones psicoemocionales de los familiares ante una situación afectivamente desagradable. De por sí, el convivir con un familiar que adolece de una disfunción mental ya es experimentado como una situación adversa (y ya no tan solo por el propio paciente que lo vive y lo adolece). No obstante, cuando se trata de cruzar la fina delgada línea de tener que asumir la arriesgada decisión de verse obligado a ingresar en un centro psiquiátrico en contra de la voluntad del ser querido, siempre surge la parte afectivo-emocional y la confusión que se deriva del *cocktail de sentimientos* que se manifiestan de manera virulenta, pudiendo tener riesgo de afectar en las relaciones interpersonales en el resto de los familiares. Es en estos momentos, en los que los familiares han de otorgar el beneficio de la confianza total en los profesionales sanitarios públicos (y consiguientemente, en los operadores jurídicos), quienes salvaguardarán los intereses del ingresado en contra de su voluntad y protegerán, tanto su propia integridad como la del resto de personas de su entorno.

II. HOSPITALIZACIÓN PSIQUIÁTRICA INVOLUNTARIA

Antes de abordar el objeto del motivo del título, se hace necesario ahondar sobre aspectos relacionados con la hospitalización psiquiátrica involuntaria.

El trastorno psíquico-mental grave puede producir, en ocasiones, limitaciones más o menos temporales e importantes en la capacidad para tomar decisiones de manera autónoma e independiente.

Este es el argumento y la condición desde donde pensar la eventualidad de proceder a realizar un ingreso involuntario: es decir, cuando la persona, por la afectación a cualquier nivel del proceso de toma de decisiones y/o con pérdida total de contacto con la realidad que le envuelve (con presencia de delirios y/o alucinaciones propias de las fenomenologías de gravedad sintomatológica de base psicótica-esquizofrénica), no es capaz de tomar la que resulte más favorable a sus intereses y valores, por lo que le coloca en una situación de vulnerabilidad, fragilidad social y riesgo. Se trata pues, de un sistema de garantías en la que el juez asegura la pertinencia de las decisiones de los profesionales y las condiciones jurídico-legales en las que se produce el ingreso (Moreno y Desviat, 2012) (1) . La posibilidad de proceder a un ingreso involuntario por razones de pérdida de la salud mental está recogida en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

> *Artículo 763. Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.*
>
> *1. El internamiento, por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento. La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo*

de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

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

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

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

4. En la misma resolución que acuerde el internamiento se expresará la obligación de los facultativos que atiendan a la persona internada de informar periódicamente al tribunal sobre la necesidad de mantener la medida, sin perjuicio de los demás informes que el tribunal pueda requerir cuando lo crea pertinente. Los informes periódicos serán emitidos cada seis meses, a no ser que el tribunal, atendida la naturaleza del trastorno que motivó el internamiento, señale un plazo inferior. Recibidos los referidos informes, el tribunal, previa la práctica, en su caso, de las actuaciones que estime imprescindibles, acordará lo procedente sobre la continuación o no del internamiento.

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

De este modo, dicho ingreso hospitalario presenta 2 modalidades: la urgente y la ordinaria (no urgente) (2) :

A. Urgente: El ingreso urgente se efectúa bajo la responsabilidad del médico, que es el que valora la situación y no precisa autorización judicial previa. El centro tiene que comunicar el ingreso en el plazo de 24 horas al Juzgado correspondiente del domicilio de este Centro Psiquiátrico, Juzgado que autorizará o denegará el internamiento en el plazo de 72 horas (según Art. 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

A estos efectos, la unidad debe tener protocolizado el ingreso y disponer del registro escrito de:

A.1. Consentimiento voluntario de ingreso. El registro de alta voluntaria suele ser común al resto del hospital.

A.2. Comunicación al juzgado de ingreso involuntario urgente. Según la organización de cada zona, la comunicación se hace al juzgado de instrucción que se ocupa de los internamientos o al juzgado de guardia y, en cualquier caso, siempre será dentro de las 24 horas siguientes al ingreso.

A.3. En ocasiones se produce la ruptura de un internamiento no voluntario cuando el paciente con este tipo de ingreso abandona el recinto hospitalario de forma unilateral. En esta situación se da cuenta a los Cuerpos de Seguridad del Estado y al Juzgado. Estas comunicaciones también suelen estar protocolizadas y quedar registro escrito de las mismas.

B. Ordinaria (no urgente): Ordinario es el que se efectúa con una autorización judicial previa, fundamentada de un informe de médico forense y en una exploración judicial. En este caso no existe la obligación de comunicar al Juzgado el ingreso pues este ya ha dado su autorización.

Hay que señalar que, quien decide en última instancia el ingreso, es siempre el Médico Psiquiatra —incluso en casos de Autorización Judicial—, ya sea o no el ingreso urgente.

Asimismo, y derivado del Código Penal, existen sistemas dualistas y medidas de seguridad postdelictuales con relación a conductas delictivo-criminológicas. No obstante, en el presente articulo nos centraremos a la hospitalización psiquiátrica involuntaria perteneciente a población normalizada y dejando las del ámbito criminal para otro articulo más especifico para la ocasión.

III. ACTUACIÓN PROFESIONAL DE LA RESTRICCIÓN DEL PACIENTE AGITADO

Habitualmente, son los primeros episodios de fenomenología psicótica los que aparecen en los servicios de salud mental y que requieren —de manera forzosa y traumática— de un ingreso involuntario, y del que requiere altas dosis de medicación sedativa para su tratamiento y, si es necesario, el uso de medidas de contención mecánica de las que no son deseables de aplicar en 1ª instancia (Vallina, O.; Lemos, S.; Fernández, P., 2012) (3) .

Aunque a fechas de hoy nos pudiera originar una amarga sensación de extrañeza el aplicar el uso de la fuerza humana para reducir al paciente agitado y, posterior aplicación del uso de contención mecánica; no obstante, las primeras referencias al uso de la restricción física nos llevan hasta la Grecia Clásica, donde algunos textos, como el *Corpus Hippocraticum*, hablan de «*oediversas terapias que incluían la contención mediante cadenas de aquellos que podían representar un peligro para sí mismos o para los demás*» (Haw, 2009) (4) .

La definición de restricción no contempla los procedimientos de sujeción

Tras muchos siglos de (costosa) evolución médica y psiquiátrica, se usa el término de *restricción* como *«el uso de procedimientos físicos o mecánicos dirigidos a limitar los movimientos de parte o de todo el cuerpo de un paciente, a fin de controlar sus actividades físicas y de protegerlos de las lesiones que pudiera infligirse a sí mismo o a otros»* (Ramos, 1999) (5) . En esta definición de restricción no contempla los procedimientos de sujeción terapéuticos, tales como la sujeción del cuerpo (o partes de él) en intervenciones quirúrgicas o en algunos métodos diagnósticos, la inmovilización del miembro superior para facilitar el acceso a una vía venosa, etc.

terapéuticos, como la sujeción del cuerpo en intervenciones quirúrgicas o en algunos métodos diagnósticos

Asimismo, hay que señalar que la aplicación de las técnicas de restricción (sujeción) están extendidas por prácticamente en todo el mundo (Huf et al., 2011) (6) . Y, lo que queda meridianamente claro, patente y evidente es que la restricción física es una medida terapéutica utilizada para controlar pacientes agitados que presentan un riesgo de lesión para ellos mismos o para terceras personas Y será el Médico Psiquiatra el profesional que ostenta la máxima responsabilidad de la restricción, y el que tiene la capacidad de decidir en caso de disparidad de criterios. El facultativo deberá plasmar por escrito la orden médica, ya sea previa o posteriormente a la realización de esta. Y en caso de estar presente durante el acto propio de la reducción física y la restricción del paciente, será él quien la coordine (Fernández y Zabala, 2014) (7) .

Para proceder a la actuación restrictiva del paciente agitado, los profesionales han de tener suficientes conocimientos como para poder saber (y apreciar) el manejo del enfermo mental en dicho estado conductual potencialmente hostil (autoagresivo y/o heteroagresivo). De este modo, los servicios sanitarios han de saber reducir al paciente agitado aplicando restricciones físicas a las mínimas e inevitables (Fernández y Zabala, 2014) (8) .

En este sentido, se entiende por agitación psicomotriz un síndrome donde se engloban los trastornos de la conducta motora y se caracteriza por una hiperactividad que conduce a la realización de conductas improductivas, no finalistas y repetitivas en respuesta a una tensión interna (Balanzá, Tabarés y Leal, 1999; Day, 1999; DSM-IV, 1997; Hales, Yudofsky y Talbott, 1996; Santiago, Torralba, Campillos, Peregrina, Merodio, 2008; Megías-Lizancos, y cols., 2016) (9) (10) (11) (12) (13) (14) .

Es importante distinguir que la agitación es un síntoma psiquiátrico que se expresa en forma de inquietud, nerviosismo e hiperactividad; mientras que la violencia se circunscribe en el campo de la conducta humana y denota una planificación y/o una intencionalidad de la conducta agresiva. La agitación psicomotriz no es una enfermedad (o trastorno en sí mismo), sino una conducta, y como tal puede ser manifestación de una gran variedad de trastornos, tanto psiquiátricos como somáticos (Belart, 2009; Cervera y cols., 1997; Secker y cols., 2003; Téllez y cols., 2009; Megías-Lizancos, y cols., 2016) (15) (16) (17) (18) (19) .

A la luz de lo anteriormente descrito —y a parte de los trastornos de base psicótico-esquizofrénico anteriormente reseñados—, complementando la etiología y las causas orgánicas de episodios de agitación psicomotriz del paciente, se pueden manifestar también en los siguientes cuadros psicopatológicos y orgánicos (Fernández, V.; Murcia, E.; Sinisterra, J.; Casal, C.; Gómez, M.C., 2009; Tiffon, 2008) (20) (21) :

1. Demencia (Alzheimer, Demencia vascular, secundarias a otras enfermedades como la enfermedad de Pick, VIH, etc.

2. Epilepsia, especialmente la del lóbulo temporal.

3. Consumo de drogas: cocaína, fenciclidina o polvo de ángel («*popers*»), opioides, alcohol, hipnóticos, …

4. Síndrome de abstinencia de drogas.

5. Abstinencia de alcohol, cuadro de Delirium tremens.

6. Alteraciones metabólicas y endocrinas como, hipertiroidismo, síndrome carcinoide, trastornos iónicos, Porfiria aguda intermitente.

7. Fiebre/hipertermia.

8. Hipo/Hiperglucemia.

9. Encefalopatías: anóxica, urémica, hepática, hipertensiva, …

En todo caso y siempre que suponga un riesgo de autoagresividad, un riesgo de heteroagresividad, una pérdida o grave disminución de la autonomía personal (con incapacidad para resolver las tareas de cuidado personal más necesarias) o una grave enfermedad mental que suponga un riesgo de agravación en caso de no ser adecuadamente tratada. En otras ocasiones, también puede ser que suponga la inviabilidad del tratamiento ambulatorio o el uso/abuso de sustancias (Planchat y Tiffon, 2009) (22) .

IV. FENOMENOLOGÍA PSICOEMOCIONAL Y REACCIÓN PSICOLÓGICA DE LOS PROFESIONALES ANTE EL INGRESO INVOLUNTARIO DE UN PACIENTE

Las impresiones experimentadas, tanto en pacientes como en profesionales que intervienen, relatan mayoritariamente sensaciones negativas en algún momento del proceso. Si bien es imposible eliminar por completo las sensaciones negativas asociadas a estas técnicas que pueden ser consideradas *a ojos ajenos* de la profesión como *hostiles* y/o *agresivas*; no obstante, se tratan de reacciones conductuales de agitación (auto y/o heterolesivas) que precisan radicalmente técnicas extremas y que, a la finalidad única y exclusiva, son favorecedoras y positivas para el propio paciente (como para los demás).

Algunos autores han explorado incluso las sensaciones de los profesionales antes de la intervención: *«frustración», «miedo, ira y angustia», «un abrumador sentimiento de terror», «sensación física de incremento de adrenalina»,* así como después de esta: *«físicamente exhausta», «agotado» y «secuelas físicas y emocionales»* (Hawkins, S.; Allen, D.; Jenkins, R. (2005) (23) . Es decir, los propios profesionales se sienten especial y emocionalmente incómodos ante esta situación por las que se ven *forzados* a realizar.

V. FENOMENOLOGÍA PSICOEMOCIONAL Y REACCIÓN PSICOLÓGICA DE LOS FAMILIARES ANTE EL INGRESO INVOLUNTARIO DE SU SER QUERIDO

El desarrollo de un primer episodio de psicosis es un momento tremendamente turbulento que se suele acompañar de una elevada dosis de sufrimiento psicológico, tanto para quien lo padece como para su familiares o seres queridos (Vallina, O.; Lemos, S.; Fernández, P., 2012) (24) .

Cuando los familiares se encuentran ante un ser querido que presenta un cuadro de agitación o de grave trastorno del contenido de pensamiento del que requiere intervención profesional sanitaria de salud mental, en muchas de las ocasiones *«se sienten perdidos»* y desorientados sin saber qué hacer configurando una sensible línea psicoemocional que, en algunas ocasiones, alcanza el desbordamiento afectivo.

No son pocas las ocasiones de familiares que vienen al despacho clínico privado o a consultorías clínicas solicitando asesoramiento relacionado con un ingreso involuntario de su ser querido

adolecido por alguna disfunción mental. Al tratarse de la 1ª ocasión *en tener que dar el paso* hacia el ingreso involuntario, es cuando se sucede un confuso y desorganizado *cocktail de emociones* y del que los familiares desean liberarse con la máxima rapidez que les sea posible: es en estos momentos en los que existen muchas incertezas hacia lo desconocido y por *el no saber si han hecho bien o mal* con su familiar, incomodidades por la reacción emocional del paciente, sentimientos de vergüenza social por la estigmatización de la enfermedad mental, sentimientos de culpa por privar de libertad a su ser querido, sentimientos de impotencia cuando se ha procedido al ingreso. Los familiares del sujeto ingresado involuntariamente impregnan de emociones lo que de manera objetiva se aprecia y se considera como un método de protección (garantista) con relación a la integridad e indemnidad físico, psíquico y social del paciente.

Que los familiares traspasen de lo subjetivo-afectivo y sensitivo-emocional al objetivo-racional del proceso de ingreso involuntario supone un proceso de aprendizaje que, con mayor o menor tiempo, al final lo agradecen de manera encarecida cuando ven los resultados positivos que supone la intervención profesional de los sanitarios de la Salud Mental.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Asociación Psiquiátrica Americana. DSM-IV, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Barcelona: Masson; 1997. Cap. 779.

2. Balanzá V, Tabarés R, Leal C. Protocolo terapéutico de los estados de agitación. Medicine 1999;7(109):5106-8.

3. Belart Bravo MJ. Urgencias psiquiátricas. Cursos de Bienestar y Salud. Disponible en: http://www.mailxmail.com/curso-urgenciaspsiquiatricas2004. Última consulta: 15 de diciembre de 2009.

4. Cervera S, Conde L, Espino A, Giner J, Leal C, Torres F (eds.). Manual del residente de psiquiatría. Madrid: SmithKline Beecham; 1997. Cap. 47, p. 453-9.

5. *«Criterios de actuación en intervenciones médico-legales en psiquiatría»* (2002), criterios de Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús - Benito Menni. Complejo Asistencia en Salud Mental (Sant Boi de Llobregat, Barcelona).

6. Day RK. Psychomotor agitation: poorly defined and badly measured. Journal of Affective Disorders 1999; 55:89-98.

7. Fernández, V.; Murcia, E.; Sinisterra, J.; Casal, C.; Gómez, M.C. (2009). Emergencias 2009; 21: 121-132. (Fuente extraída el 12.10.2018: https://www.researchgate.net/profile/Carmen_Angulo2/publication/28264007_Manejo_inicial_del_paciente_agitado/links/02e7e52d3b33dcfd7b000000/Manejo-inicial-del-paciente-agitado.pdf).

8. Fernández Rodríguez, Ángela, & Zabala Blanco, Jaime. (2014). «Restricción física: revisión y reflexión ética». *Gerokomos*, *25*(2), 63-67. https://dx.doi.org/10.4321/S1134-928X2014000200003 (fuente extraída el 12.10.2018).

9. Hales RE, Yudofsky SC, Talbott JA. Tratado de Psiquiatría. 2.ª ed. Barcelona: Ancora; 1996. Cap. 37: p. 1335-1358, 1552.

10. Haw C. Historical perspectives on restraint. En: Hughes R, editor. Reducing restraints in health and social care: practice and policy perspectives. Londres: Quay Books; 2009, pp. 5-19.

En Fernández Rodríguez, Ángela, & Zabala Blanco, Jaime. (2014). «Restricción física: revisión y reflexión ética». *Gerokomos*, *25*(2), 63-67. https://dx.doi.org/10.4321/S1134-928X2014000200003 (fuente extraída el 12.10.2018).

11. Hawkins S, Allen D, Jenkins R. The use of physical interventions with people with intellectual disabilities and challenging behavior-the experiences of service users and staff members. J Appl Res Intellect Disabil 2005; 18: 19-34.

12. Huf G, Coutinho ES, Ferreira MA, Ferreira S, Mello F, Adams CE; TREC-SAVE Collaborative group. TREC-SAVE: a randomised trial comparing mechanical restraints with use of seclusion for aggressive or violent seriously mentally ill people: study protocol for a randomised control trial. Trials 2011; 12: 180. En Fernández Rodríguez, Ángela, & Zabala Blanco, Jaime. (2014). «Restricción física: revisión y reflexión ética». *Gerokomos*, *25*(2), 63-67. https://dx.doi.org/10.4321/S1134-928X2014000200003 (fuente extraída el 12.10.2018).

13. Megías-Lizancos, F.; Vila, C.; Carretero, J.; Rodriguez, M.A.; Salas, J.M.ª.; Sánchez Alfonso, J.; Silva, M.ª.C. (2016). «Abordaje y cuidados del paciente agitado Documento de Consenso». Ciber Revista. 2016. V Época. Suplemento I. - Revista Española de Enfermería de Salud Mental. 2016. Año 1. Vol. 1 N.º.1. Pps. 2-20. Fuente extraída el 12.10.2018: http://www.enfermeriadeurgencias.com/images/archivos/Documento-de-consenso-de-ANESMySEEUEpara-el-abordaje-y-cuidados-del-paciente-agitado-7.pdf).

14. Moreno, A. y Desviat, M. (2012). *«4.7. Unidades de hospitalización en hospital general»*. En Moreno, A. y Desviat, M. (2012). *«Acciones de Salud Mental en la Comunidad».* Ponencia al XXV Congreso de Salud Mental AEN. Tenerife, 6-9 junio 2012 Asociación Española de Neuropsiquiatría. Madrid, 2012.

15. Planchat, L.M.ª. y Tiffon, B.-N. (2009). *«Capítulo 8. Internamiento Psiquiátrico».* En Tiffon, B.-N. (2009). *«Manual de actuación profesional en Psicopatología Clínica, Criminal y Forense: una dimensión jurídico-legal».* Editorial J.M. Bosch Editor. Colección Bosch Penal. Barcelona. Pps.: 305-328.

16. Ramos Brieva JA. Contención mecánica, restricción de movimientos y aislamiento. Barcelona: Masson; 1999. En Fernández Rodríguez, Ángela, & Zabala Blanco, Jaime. (2014). «Restricción física: revisión y reflexión ética». *Gerokomos*, *25*(2), 63-67. https://dx.doi.org/10.4321/S1134-928X2014000200003 (fuente extraída el 12.10.2018).

17. Santiago Barragán A, Torralba Ortega J, Campillos Fernández H, Peregrina Montfort D, Merodio Ruiz I. Agitación Psicomotriz en la UHPA de la CSPT: resultados, discusión y conclusiones. En: Veinticinco años cuidando contigo. Madrid: ANESM; 2008.

18. Secker J, Benson A, Balfe E, Lipsedge M, Robinson S, Walker J. Understanding the social context of violent and aggressive incidents on an in atient unit. J Psychiatr Ment Health Nurs 2003;11(2):172-83.

19. Téllez Lapeira JM, Villena Ferrer A, Morena Rayo S, Pascual Pascual P, López García C. El paciente agitado. Guías Clínicas 2005;5(34). Disponible en: http://www.fisterra.com. Última consulta: 5 de julio de 2009.

20. Tiffon, B.-N. (2008). *«Manual de Consultoría en Psicología y Psicopatología Clínica, Legal, Jurídica, Criminal y Forense»*. Editorial J.M. Bosch Editor. Colección Bosch Penal. Barcelona.

21. Vallina, O.; Lemos, S.; Fernández, P. (2012). *«La atención al primer episodio psicótico (1). Detección temprana».* En Desviat, M.; Moreno, A. (2012). *«Acciones de Salud Mental en la*

Comunidad». Asociación Española de Neuropsiquiatria. Estudios / 47. Madrid. (fuente extraída el 12.10.2018: file:///C:/Users/bntif/Downloads/Laatencionalprimerepisodiopsicotico12.pdf).

---

(1) Moreno, A. y Desviat, M. (2012). *«4.7. Unidades de hospitalización en hospital general»*. En Moreno, A. y Desviat, M. (2012). *«Acciones de Salud Mental en la Comunidad».* Ponencia al XXV Congreso de Salud Mental AEN. Tenerife, 6-9 junio 2012 Asociación Española de Neuropsiquiatría. Madrid, 2012.

Ver Texto

(2) *«Criterios de actuación en intervenciones médico-legales en psiquiatría»* (2002), criterios de Hermanas Hospitalarias del Sagrado Corazón de Jesús - Benito Menni. Complejo Asistencia en Salud Mental (Sant Boi de Llobregat, Barcelona).

Ver Texto

(3) Vallina, O.; Lemos, S.; Fernández, P. (2012). *«La atención al primer episodio psicótico (1). Detección temprana».* En Desviat, M.; Moreno, A. (2012). *«Acciones de Salud Mental en la Comunidad».* Asociación Española de Neuropsiquiatria. Estudios / 47. Madrid. (fuente extraída el 12.10.2018: file:///C:/Users/bntif/Downloads/Laatencionalprimerepisodiopsicotico12.pdf).

Ver Texto

(4) Haw C. Historical perspectives on restraint. En: Hughes R, editor. Reducing restraints in health and social care: practice and policy perspectives. Londres: Quay Books; 2009, pp. 5-19. En Fernández Rodríguez, Ángela, & Zabala Blanco, Jaime. (2014). «Restricción física: revisión y reflexión ética». *Gerokomos*, *25*(2), 63-67. https://dx.doi.org/10.4321/S1134-928X2014000200003 (fuente extraída el 12.10.2018).

Ver Texto

(5) Ramos Brieva JA. Contención mecánica, restricción de movimientos y aislamiento. Barcelona: Masson; 1999. En Fernández Rodríguez, Ángela, & Zabala Blanco, Jaime. (2014). «Restricción física: revisión y reflexión ética». *Gerokomos*, *25*(2), 63-67. https://dx.doi.org/10.4321/S1134-928X2014000200003 (fuente extraída el 12.10.2018).

Ver Texto

(6) Huf G, Coutinho ES, Ferreira MA, Ferreira S, Mello F, Adams CE; TREC-SAVE Collaborative group. TREC-SAVE: a randomised trial comparing mechanical restraints with use of seclusion for aggressive or violent seriously mentally ill people: study protocol for a randomised control trial. Trials 2011; 12: 180. En Fernández Rodríguez, Ángela, & Zabala Blanco, Jaime. (2014). «Restricción física: revisión y reflexión ética». *Gerokomos*, *25*(2), 63-67. https://dx.doi.org/10.4321/S1134-928X2014000200003 (fuente extraída el 12.10.2018).

Ver Texto

(7) Fernández Rodríguez, Ángela, & Zabala Blanco, Jaime. (2014). «Restricción física: revisión y reflexión ética». *Gerokomos*, *25*(2), 63-67. https://dx.doi.org/10.4321/S1134-928X2014000200003 (fuente extraída el 12.10.2018).

Ver Texto

(8) Fernández Rodríguez, Ángela, & Zabala Blanco, Jaime. (2014). «Restricción física: revisión y reflexión ética». *Gerokomos*, *25*(2), 63-67. https://dx.doi.org/10.4321/S1134-928X2014000200003 (fuente extraída el 12.10.2018).

Ver Texto

(9) Balanzá V, Tabarés R, Leal C. Protocolo terapéutico de los estados de agitación. Medicine 1999;7(109):5106-8.

Ver Texto

(10) Day RK. Psychomotor agitation: poorly defined and badly measured. Journal of Affective Disorders 1999; 55:89-98.

Ver Texto

(11) Asociación Psiquiátrica Americana. DSM-IV, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales. Barcelona: Masson; 1997. Cap. 779.

Ver Texto

(12) Hales RE, Yudofsky SC, Talbott JA. Tratado de Psiquiatría. 2.ª ed. Barcelona: Ancora; 1996. Cap. 37: p. 1335-1358, 1552.

Ver Texto

(13) Santiago Barragán A, Torralba Ortega J, Campillos Fernández H, Peregrina Montfort D, Merodio Ruiz I. Agitación Psicomotriz en la UHPA de la CSPT: resultados, discusión y conclusiones. En: Veinticinco años cuidando contigo. Madrid: ANESM; 2008.

Ver Texto

(14) Megías-Lizancos, F.; Vila, C.; Carretero, J.; Rodriguez, M.A.; Salas, J.M.ª.; Sánchez Alfonso, J.; Silva, M.ª.C. (2016). «Abordaje y cuidados del paciente agitado Documento de Consenso». Ciber Revista. 2016. V Época. Suplemento I. - Revista Española de Enfermería de Salud Mental. 2016. Año 1. Vol. 1 N.º.1. Pps. 2 - 2 0 . F u e n t e e x t r a í d a e l 1 2 . 1 0 . 2 0 1 8 : http://www.enfermeriadeurgencias.com/images/archivos/Documento-de-consenso-de-ANESMySEEUEpara-el-abordaje-y-cuidados-del-paciente-agitado-7.pdf).

Ver Texto

(15) Belart Bravo MJ. Urgencias psiquiátricas. Cursos de Bienestar y Salud. Disponible en: http://www.mailxmail.com/curso-urgenciaspsiquiatricas2004. Última consulta: 15 de diciembre de 2009.

Ver Texto

(16) Cervera S, Conde L, Espino A, Giner J, Leal C, Torres F (eds.). Manual del residente de psiquiatría. Madrid: SmithKline Beecham; 1997. Cap. 47, p. 453-9.

Ver Texto

(17) Secker J, Benson A, Balfe E, Lipsedge M, Robinson S, Walker J. Understanding the social context of violent and aggressive incidents on an in atient unit. J Psychiatr Ment Health Nurs 2003;11(2):172-83.

Ver Texto

(18) Téllez Lapeira JM, Villena Ferrer A, Morena Rayo S, Pascual Pascual P, López García C. El paciente agitado. Guías Clínicas 2005;5(34). Disponible en: http://www.fisterra.com. Última consulta: 5 de julio de 2009.

Ver Texto

(19) Megías-Lizancos, F.; Vila, C.; Carretero, J.; Rodriguez, M.A.; Salas, J.M.ª.; Sánchez Alfonso, J.; Silva, M.ª.C. (2016). «Abordaje y cuidados del paciente agitado Documento de Consenso». Ciber Revista. 2016.

V Época. Suplemento I. - Revista Española de Enfermería de Salud Mental. 2016. Año 1. Vol. 1 N.º.1. Pps. 2 - 2 0 . F u e n t e e x t r a í d a e l 1 2 . 1 0 . 2 0 1 8 : http://www.enfermeriadeurgencias.com/images/archivos/Documento-de-consenso-de-ANESMySEEUEpara-el-abordaje-y-cuidados-del-paciente-agitado-7.pdf).

Ver Texto

(20) Fernández, V.; Murcia, E.; Sinisterra, J.; Casal, C.; Gómez, M.C. (2009). Emergencias 2009; 21: 121-132. (F u e n t e e x t r a í d a e l 1 2 . 1 0 . 2 0 1 8 : https://www.researchgate.net/profile/Carmen_Angulo2/publication/28264007_Manejo_inicial_del_paciente_agitado/links/02e7e52d3b33dcfd7b000000/Manejo-inicial-del-paciente-agitado.pdf).

Ver Texto

(21) Tiffon, B.-N. (2008). *«Manual de Consultoría en Psicología y Psicopatología Clínica, Legal, Jurídica, Criminal y Forense»*. Editorial J.M. Bosch Editor. Colección Bosch Penal. Barcelona. Pág. 298.

Ver Texto

(22) Planchat, L.M.ª. y Tiffon, B.-N. (2009). *«Capítulo 8. Internamiento Psiquiátrico».* En Tiffon, B.-N. (2009). *«Manual de actuación profesional en Psicopatología Clínica, Criminal y Forense: una dimensión jurídico-legal».* Editorial J.M. Bosch Editor. Colección Bosch Penal. Barcelona.

Ver Texto

(23) Hawkins S, Allen D, Jenkins R. The use of physical interventions with people with intellectual disabilities and challenging behavior-the experiences of service users and staff members. J Appl Res Intellect Disabil 2005; 18: 19-34.

Ver Texto

(24) Vallina, O.; Lemos, S.; Fernández, P. (2012). *«La atención al primer episodio psicótico (1). Detección temprana».* En Desviat, M.; Moreno, A. (2012). *«Acciones de Salud Mental en la Comunidad».* Asociación Española de Neuropsiquiatria. Estudios / 47. Madrid. (fuente extraída el 12.10.2018: file:///C:/Users/bntif/Downloads/Laatencionalprimerepisodiopsicotico12.pdf).

Ver Texto

DOSSIER DE LOS TRIBUNALES SOBRE PROBÁTICA

El incapaz natural enfermo de alzheimer

Juan Antonio Andino López

Abogado

Doctor en Derecho

Profesor Asociado de la Universitat Internacional de Catalunya

Resumen

La enfermedad de Alzheimer es una realidad creciente en nuestros días, fruto del aumento de la esperanza de vida de la población. Desde un punto de vista jurídico, el enfermo de Alzheimer no declarado incapaz judicialmente, puede otorgar escrituras de compraventa, donación, testamentos, etcétera, que pueden ser objeto de impugnación en el futuro. Por ello, el presente estudio analiza someramente el criterio jurisprudencial sobre la capacidad de la persona conforme avanza la enfermedad y atiende a los criterios de prueba aplicables para determinar la invalidez de los actos llevados a cabo por parte del incapaz natural no declarado judicialmente.

I. INTRODUCCIÓN

El aumento de la esperanza de vida de la población ha implicado el incremento de pacientes que padecen la enfermedad de Alzheimer. Desde que, en el año 1907, el psiquiatra alemán Alois Alzheimer describió el caso de la Sra. Auguste Deter, aquejada de pérdidas de memoria, alucinaciones visuales y deterioro cognitivo progresivo hasta su fallecimiento a los 56 años de edad

(1) , se han producido numerosos casos de dicha la misma (2) .

La enfermedad de Alzheimer, como demencia, «es un síndrome que se caracteriza por un déficit cognitivo adquirido, que supone una pérdida respecto a un nivel previo y que interfiere de forma significativa en el rendimiento social y ocupacional. La demencia, además, suele conllevar cambios en la personalidad y en la conducta» (3) . De hecho, se ha calculado que el 4,2% de la población de más de 65 años puede sufrir Alzheimer (4) .

El diagnóstico de la demencia y de la enfermedad de Alzheimer es básicamente clínico y suele constar de los siguientes elementos: (a) entrevista clínica (anamnesis con el propio paciente y un informador) (b) exploración física general y neurológica (c) evaluación neuropsicológica y (d) pruebas de laboratorio, incluyendo analítica de sangre, neuroimagen (TAC y/o imagen por resonancia magnética (5)), así como otras exploraciones complementarias. Existen otras pruebas diagnósticas de mayor complejidad que se emplean en casos seleccionados, ensayos farmacológicos o en la investigación clínica. Para el diagnóstico se aplican finalmente criterios clínicos de consenso; por ejemplo, los CIE-10, DSM-IVR y NINCDS-ADRDA (6) . Una vez realizado el diagnóstico se determina la fase de la enfermedad mediante escalas igualmente consensuadas (7) (CDR, GDS, FAST) (8) .

El presente estudio se centra en cómo acreditar la nulidad de pleno derecho de aquellos actos dispositivos que haya llevado a cabo el incapaz natural (incapaz no declarado judicialmente, en aplicación de los artículos 199 y siguientes del Código Civil) aquejado de Alzheimer, pues sucede habitualmente en la práctica que existen personas que no se hallan en la facultad plena idónea para adoptar actos dispositivos de su patrimonio, pero que, aún y así, por ejemplo acuden al notario y modifican sus disposiciones testamentarias, venden o donan inmuebles a favor de diferentes personas, etcétera.

II. BREVE REFERENCIA LEGAL - EL DOCUMENTO SITGES

Desde un punto de vista jurídico, debemos partir de una presunción de capacidad contenida, con carácter general, en el artículo 29 del Código Civil, que establece que una persona es capaz de gobernarse por sí misma a partir de la mayoría de edad y, en consecuencia, es capaz para otorgar cualquier acto de disposición (9) . Por ello, la prueba deberá acreditar que esa persona era incapaz en el momento de otorgar el acto jurídico que se pretende anular (testamento, compraventa, donación, etc).

Así, a tenor del artículo 200 del Código Civil es incapaz *«aquella persona que padezca una enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»* (10) .

El problema puede surgir en aquellos supuestos en los que la persona *puede* ser incapaz pero aún no ha sido declarada incapaz judicialmente. Así, el artículo 663.2º del Código Civil establece que *«está incapacitado para testar: […] 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio»*.

Y decimos que surge un problema porque, a pesar de la presunción de capacidad del artículo 29 del Código Civil, y de que el presunto incapaz puede superar con éxito el examen de capacidad que realiza el notario con anterioridad al otorgamiento de una escritura pública, el acto otorgado puede

ser impugnado con posterioridad si se demuestra en el acto de un juicio que la persona no tenía capacidad suficiente para otorgarlo.

El Documento Sitges es un documento consensuado entre expertos médicos y juristas que establece criterios básicos y recomendaciones para la elaborar y presentar el informe médico

Con el objeto de ayudar tanto en el diagnóstico de una demencia como en la determinación de la capacidad de la persona durante el avance de la enfermedad debemos resaltar el Documento Sitges, que es un documento consensuado entre expertos médicos, juristas, notarios, etcétera, en el que se establecen los criterios básicos y recomendaciones para la elaboración y presentación de un informe médico que evalúe la capacidad para tomar decisiones que disponga una persona con deterioro cognitivo progresivo durante todo el proceso de su enfermedad (11) .

La utilidad del *Documento Sitges* es fundamental para el operador jurídico, pues aporta una clara explicación de, entre otras, la demencia degenerativa, su evolución y su reflejo en las diferentes escalas clínico-evolutivas de demencia (GDS, CDR y FAST) (12) .

De hecho, el Documento Sitges estudia y analiza las decisiones que se refieren a la esfera personal (páginas 64 a 82), y las decisiones que se refieren a la esfera patrimonial (páginas 83 a 93). Debemos indicar lo siguiente respecto a las decisiones patrimoniales mayores:

- *Criterio objetivo*: El Documento Sitges parte de un criterio objetivo, pues estima que una decisión patrimonial mayor es aquella relativa a una cuantía superior a 12.000 euros.
- *Dinero en efectivo*: El citado Documento Sitges indica que puede considerarse una disposición de dinero de cierta importancia cuando supera los 600 euros por cada decisión.
- *Actos onerosos en general*: La capacidad para que una persona realice actos onerosos supone que la persona ha de estar plenamente consciente y sólo sería permisible una ligera distractibilidad (13) .
- *Actos gratuitos*: En cuanto a los actos de disposición gratuitos, el Documento Sitges requiere un alto grado de capacidad, similar para el requerido para los actos de tipo oneroso.
- *Actos de gravamen*: En cuanto a los actos de gravamen, habida cuenta que los mismos suponen una limitación o un riesgo para la propiedad del titular del bien, el Documento Sitges recomienda un alto grado de capacidad (incluso cita expresamente la figura de la hipoteca inversa, como producto que debe ser entendido totalmente por quien lo otorga).
- *Actos de adquisición con contraprestación*: mediante contrato, por lo que también exige un alto grado de capacidad.
- *Actos de adquisición sin contraprestación*: como la recepción de donaciones, indemnizaciones de todo tipo y, en general, aquellas adquisiciones que no tienen contraprestación obligacional, para lo que el Documento Sitges no exige un alto grado de capacidad pues estos actos benefician el patrimonio de la persona.
- *Actos patrimoniales forzosos*: como por ejemplo, expropiación forzosa de los bienes de una persona, o bien el mero pago de impuestos a la Agencia Tributaria. En estos casos, el Documento Sitges exige un alto grado de capacidad si la norma prevé cierta discrecionalidad (por ejemplo, decisiones respecto de reducciones, deducciones a la cuota del IRPF); sin embargo, no se exige

un alto grado de capacidad en aquellos supuestos en los que la persona no tenga margen de negociación o desacuerdo (por ejemplo, pago del IBI, cuando no se pueda discutir revisión catastral ni ninguna otra circunstancia).

- *Actos instrumentales*: por ejemplo, otorgamiento de poderes para llevar a cabo un acto concreto; la capacidad exigida dependerá del acto principal (que no instrumental), por lo que el propio Documento Sitges se remite a los apartados de dicho capítulo.

- *Testamento y otorgamiento de poderes generales*: también exige el Documento Sitges que el otorgante tenga un alto grado de capacidad, incluso en el otorgamiento de poderes preventivos (14) .

Frente a los anteriores actos, el Documento Sitges también señala otro tipo de actos patrimoniales menores que no requieren la aplicación de condiciones mentales muy exigentes, como pueden ser los pequeños cobros y pagos (por ejemplo, comprar el diario, en el supermercado, gastos de peluquería, etc); los contratos cotidianos (suministro de agua, luz, etcétera); donaciones habituales o de escasa importancia (por ejemplo, entrega de pequeñas cantidades para el cumpleaños de nietos, sobrinos, etcétera); desistimiento y operaciones de ratificación, siempre y cuando no superen la cantidad de 12.000 euros, y el Documento establece que deben ser examinadas con detalle y caso por caso; y finalmente contratos laborales con personal asistencial, en los que el Documento prima la efectiva asistencia al necesitado, con lo que dice que el contrato lo podrá firmar la persona dependiente, pero aconseja que también sea suscrito por la persona que ostente su guarda de hecho.

Finalmente, quisiéramos añadir la evidente utilidad que puede proporcionar el Documento Sitges 2009 en manos de un juez, por lo que estimamos que las partes deberían aportarlo al procedimiento judicial en los que la capacidad de una persona fuera un hecho controvertido (15) .

III. SOBRE LA PRUEBA DE LA INCAPACIDAD NATURAL DEL ENFERMO DE ALZHEIMER

Como hemos indicado, la problemática puede surgir porque el enfermo de Alzheimer no haya sido declarado incapaz judicialmente (porque el procedimiento judicial no haya concluido o, simplemente, porque no se haya iniciado). En dicho supuesto, si el enfermo otorga una escritura de compraventa, de donación o dicta un nuevo testamento, entonces surge la problemática de determinar si dichos actos patrimoniales mayores son válidos o nulos de pleno derecho.

Si el cliente pretende impugnar algún acto patrimonial mayor efectuado por un presunto incapaz natural, entonces se deberá aportar al procedimiento la suficiente prueba para intentar obtener una sentencia favorable. Entendemos que cada caso concreto es diferente, pero la prueba a prepararse y presentarse podría ser la siguiente (16) :

a. *Pericial neurológica o psiquiátrica*.

Lo ideal para que no existiera procedimiento judicial alguno posterior sería preparar un informe pericial neurológico en fechas similares a las del otorgamiento de la escritura pública de compraventa, donación, testamento, etcétera (17) .

Si no se preparó ningún informe pericial estando en vida el presunto incapaz, entonces, una

vez fallecido, se deberá obtener en primer lugar copia del historial clínico del presunto incapaz, para determinar qué concreta graduación del GDS o del CDR padece el paciente, esto es, resulta fundamental determinar cuán avanzada se halla la enfermedad (18) .

Con base a dicho historial, un neurólogo independiente podrá determinar en un informe pericial el avance neurológico de la enfermedad de Alzheimer, y/o un psiquiatra independiente podrá determinar si dicha persona tenía tanta dependencia emocional respecto a las personas de su entorno que lleve a la conclusión de que esa persona no era capaz para llevar a cabo el acto patrimonial mayor que se pretenda impugnar, siempre y cuando en dicho dictamen conste la manifestación de veracidad exigida por el art. 335.2 LEC (19) .

Sin duda, entendemos que la prueba pericial será la que más tenga en consideración el juez en el momento de dictar sentencia, ya que el perito otorga al juez aquellos conocimientos científicos sobre la posible causa de incapacitación que el juez desconoce (art. 335 LEC). Asimismo, el perito deberá tener en cuenta cualquier posibilidad de episodio lúcido que hubiera podido tener el presunto incapaz, que le hubiera permitido otorgar el acto patrimonial mayor que se pretende impugnar (20) .

b. *La testifical del notario otorgante*.

Como bien indica *Muñoz Sabaté* (21) , a pesar de la modificación del artículo 666 del Código Civil (22) , el criterio del notario autorizando el otorgamiento de la escritura es de muy difícil refutación (sobre todo en las anomalías mentales leves) (23) . El notario puede aportar datos sobre su juicio de capacidad efectuado con anterioridad al otorgamiento de la correspondiente escritura y, si lo recuerda, indicar si la persona acudió sola o acompañada, si conversaron antes del otorgamiento, cómo se preparó la escritura, esto es, si fue el propio interesado el que contactó con el notario, o bien si alguien de su entorno próximo preparó la operación y acompañó al presunto incapaz el día de su otorgamiento, qué oficial de la notaría ha intervenido en la operación, preparando el borrador de escritura, etcétera. Lo anterior son datos que pueden ayudar para presumir la existencia de causa de incapacitación (24) .

c. *Testifical de las personas que acompañan al presunto incapaz*.

Sin perjuicio de la importancia del informe pericial referenciado anteriormente, como prueba de la concurrencia de una causa de incapacitación de la persona, también puede ayudar la testifical de aquellas personas que mantuvieron contacto con el presunto incapaz, esto es, ¿quién convive con el presunto incapaz? ¿tiene asistente que ayude con las tareas del hogar? Familiares cercanos, amigos, conocidos, pueden aportar datos que ayuden a apreciar o a presumir la concurrencia de una causa de incapacitación.

d. *El indicio hospitalización.*

Muñoz Sabaté lo define como «hecho de una contigüidad entre el acto de hospitalización y el acto de otorgamiento, que para que prospere como indicio ha de resultar *significativa*, esto es, los motivos de la hospitalización no sólo deben o pueden guardar científicamente una concomitancia psicopática sino que además han de tener una naturaleza involutiva que descarte la posibilidad de un período lúcido» (25) . Es decir, el mero hecho de que el presunto incapaz fuera hospitalizado en una fecha muy cercana al otorgamiento del acto impugnado no es suficiente para presumir su falta de capacidad, sino que deberá atenderse al historial clínico para determinar cuán avanzada estaba la enfermedad en el momento de la hospitalización que

determinara su incapacidad para otorgar un acto patrimonial mayor.

En definitiva, para apreciar la incapacidad de la persona aquejada de demencia senil o Alzheimer en el momento de otorgar el acto patrimonial mayor, y pese a la dificultad probatoria, resultará necesario aportar el historial clínico del paciente, así como una pericial neurológica o psiquiátrica que, junto al Documento Sitges 2009, determine que no disponía de la capacidad jurídica suficiente para otorgar el referido acto, para lo cual puede ayudar también una prueba testifical o de indicios.

---

(1) *Andino López*, J.A., y *Reñé Ramírez*, R., «La prevención de litigios por actos patrimoniales celebrados por presunto incapaz. El papel de la pericia neurológica», en *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 4-2017, pp. 132 y 133.

Ver Texto

(2) En sus inicios, dicha enfermedad se consideró una rareza, que llegó a ser considerada una epidemia en los años 1970-1975. Vid. *Andino López*, J.A., y *Reñé Ramírez*, R., *op.cit.*, p. 133.

Ver Texto

(3) *Andino López*, J.A., y *Reñé Ramírez*, R., *op.cit.*, p. 133.

Ver Texto

(4) Vid. http://www.alzfae.org/fundacion/151/frecuencia-alzheimer (visitada el 26 de noviembre de 2018), que establece las siguientes probabilidades de Alzheimer, según edad de la persona: un 4,2 % de probabilidad contraer la enfermedad para la población entre 65 y 74 años; un 12,5 % de probabilidad de contraer la enfermedad para la población de 75 a 84 años; y un 27,7 % de probabilidad para la población de más de 85 años.

Ver Texto

(5) Vid. OTEIZA, E., *Complejidad de la prueba en los procesos por demencia. Diagnóstico, pronóstico y seguimiento*, publicado en la obra colectiva dirigida por Michele Taruffo y Jordi Nieva y Fenoll «Neurociencia y proceso judicial», editorial Marcial Pons, Madrid, 2013, pp. 97 a 108.

Ver Texto

(6) CIE-10 es la décima versión de la Clasificación Internacional de las Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud, cuyo texto se puede encontrar en http://whqlibdoc.who.int/hq/1994/WHO_MNH_MND_94.11_spa.pdf (visitada el 27 de noviembre de 2018). DSM-IVR son los criterios de la Asociación Americana de Psiquiatría en su quinta edición renovada, cuyo texto se puede encontrar en https://dsm.psychiatryonline.org/pb-assets/dsm/update/Spanish_DSM5Update2016.pdf (visitada el 27 de noviembre de 2018). Finalmente, NINCDS ADRDA es el National Institute for Neurologic and Comunicative Disorders / Alzheimer´s Disease Related Disorders Association, cuyo sitio web es http://www.ninds.nih.gov/ (visitado el 27 de noviembre de 2018).

Ver Texto

(7) Vid., para más información, *Estado del arte de la Enfermedad de Alzheimer en España*; Informe realizado por PwC y Laboratorios Lilly en octubre de 2013. Se puede encontrar en https://www.ceafa.es/files/2014/06/estado_del_arte-2.pdf (visitada el 27 de noviembre de 2018).

Ver Texto

(8) Atendiendo a las siglas: Global Dementia Staging (GDS), es una escala que parte del grado 1 (normalidad)

al 7 (déficit cognitivo muy grave); la escala Clinical Dementia Rating (CDR), que parte del grado 0 (normalidad) al 5 (Terminal); y la FAST, o Escala de Clasificación para la Evaluación de Función, que parte del 1 (adulto normal) al 7 (Alzheimer severo). Vid. HUGHES, C.P., BERG, L., DANZIGER, W., COBEN, L.A. y MARTIN, R.L., 1982, «A New Clinical Scale for the Staging of Dementia», *British Journal of Psychiatry*, vol. 140, no. 6, pp. 566-572. DOI 10.1192/bjp.140.6.566.

Ver Texto

(9) Vid. asimismo, arts. 314.1 y 322 del Código Civil.

Ver Texto

(10) Vid., por ejemplo, sobre concepto y requisitos relativos a la incapacitación: CALVO SAN JOSÉ, Mª José, *La incapacitación de las personas físicas*, en «Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales», Aranzadi, número 20/2006. Vid. asimismo STS 20 de noviembre de 2002.

Ver Texto

(11) Se puede consultar y descargar en su integridad en el siguiente enlace web: http://www.sen.es/pdf/2009/Documento_Sitges2009.pdf (visitada el 29 de noviembre de 2018). Existe una versión anterior, conocida como «Documento Sitges 2005», cuyo texto se puede encontrar en http://demencias.sen.es/wp-content/uploads/2013/02/documento_sitges_2005.pdf (visitada el 29 de noviembre de 2018).

Ver Texto

(12) Vid. nota 8 anterior, para el significado de dichas siglas.

Ver Texto

(13) En relación a los actos onerosos, el Documento Sitges indica que se puede permitir una ligera alteración en la capacidad para el cálculo, y una alteración leve de la memoria episódica autobiográfica, por lo que la persona que decide es capaz de relacionar adecuadamente el valor del patrimonio adquirido con la importancia y las consecuencias que puede tener el desprenderse de dicho elemento patrimonial.

Ver Texto

(14) El Documento los relaciona con el artículo 1.732 del Código Civil que, tras la reforma operada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, establece en su último párrafo que *«el mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor»*.

Ver Texto

(15) Ya que estimamos que el Documento Sitges 2009, como tal, no puede ser considerado hecho notorio, al amparo del artículo 281.4 LEC. Sobre el hecho notorio vid., por todos, ABEL LLUCH, Xavier, *Derecho Probatorio*, J.Mª Bosch, editor, Barcelona, 2012, pp. 75 a 81.

Ver Texto

(16) Utilizaremos la prueba indiciaria que sugiere *Muñoz Sabaté*, Ll. en *Summa de probática civil, cómo probar los hechos en el proceso civil*, 3ª edición, ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 431 a 438; y la pericial propuesta en *Andino López*, J.A., y *Reñé Ramírez*, R., *op.cit.*, pp. 140-142.

Ver Texto

(17) Que es justamente lo que se defiende en *Andino López*, J.A., y *Reñé Ramírez*, R., *op.cit.*, pp. 140-142.

Ver Texto

(18) Con carácter general, la jurisprudencia aprecia la incapacidad de la persona con un GDS superior a 4, aunque existe alguna sentencia que aprecia incapacidad incluso con un GDS 3. Así:

- *Referencia a GDS 3 (aprecia incapacidad)*: SAP Zaragoza 29 de junio de 2010, f.j. 3º.
- *Referencia a GDS 4 (aprecia incapacidad)*: SAP Burgos 9 de abril de 2013, f.j. 4º.
- *Referencia a GDS entre 4 y 5 (aprecia incapacidad/nulidad testamento)*: SAP Lleida, de 4 de abril de 2013, f.j. 2º; SAP Barcelona de 29 de marzo de 2007, f.j. 2º.

Referencia a GDS 5 (aprecia incapacidad/anula testamento o bien ordena internamiento): AAAP Pontevedra, de 8 de abril de 2011, f.j. 5º; SAP León, 2 de marzo de 2012, f.j. 1º.

Ver Texto

(19) *Muñoz Sabaté*, Ll. en *Summa de probática civil, cómo probar los hechos en el proceso civil*, op.cit., p. 435, que cita jurisprudencia que indica que no existe impedimento alguno en que un perito pueda examinar el historial clínico del paciente, aunque no le hubiera tratado en vida.

Ver Texto

(20) Como así lo indica *Muñoz Sabaté*, Ll. en *Summa de probática civil, cómo probar los hechos en el proceso civil*, op.cit., p. 437.

Ver Texto

(21) *Muñoz Sabaté*, Ll. en *Summa de probática civil, cómo probar los hechos en el proceso civil*, op.cit., p. 431.

Ver Texto

(22) Art. 666 CC: «Para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento». En el ámbito notarial, el artículo 167 del Decreto de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado. A tenor de la jurisprudencia, el juicio notarial de capacidad se halla revestido de cierta relevancia de certidumbre, con eficacia *erga omnes* en tanto no sea revisada judicialmente (por ejemplo, SAP Islas Baleares, de 26 de marzo de 2013, f.j. 3º; SAP Barcelona 19 de enero de 2012, f.j. 1º; SAP Girona de 4 de marzo de 2011,, f.j. 4º; y RDGRN de 7 de enero de 1992, f.j. 2º).

Ver Texto

(23) Dicho autor cita la STS de 19 de septiembre de 1998, f.j. 3º, que anula el testamento porque dicho documento era de una muy alta complejidad, sin tomar en consideración, como ratio decidendi, el criterio autorizante del notario. *Muñoz Sabaté*, Ll. en *Summa de probática civil, cómo probar los hechos en el proceso civil*, op.cit., p. 431.

Ver Texto

(24) Artículo 386 LEC. Sobre la prueba de presunciones, vid. *Muñoz Sabaté*, Ll., *La prueba de indicios en el proceso judicial*, Editorial Wolters Kluwer, Madrid, 2016. Del mismo autor, vid. *Summa de probática civil, cómo probar los hechos en el proceso civil*, op.cit., p. 432, quien indica que el otorgar diferentes escrituras ante diferentes notarios puede arrojar un indicio de capacidad del otorgante, ya que se sometió a un juicio de capacidad por parte de diferentes notarios. Asimismo, vid. *de Miranda Vázquez*, C., «Comentarios a los artículos 385 y 386 LEC», en la obra colectiva *Práctica Procesal Civil*, de Brocá-Majada-Corbal, dirigida por Jesús Eugenio Corbal Fernández, Pablo Izquierdo Blanco y Joan Picó i Junoy, Wolters Kluwer, Barcelona, 2014, Tomo V, pp. 4273 a 4310. Y finalmente, vid. *Picó i Junoy*, J., «De las presunciones», en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, dirigidos por A.M. Lorca Navarrete, ed. Lex Nova, Valladolid, 2000, pp. 2031 a 2036.

Ver Texto

(25) *Muñoz Sabaté*, Ll. en *Summa de probática civil, cómo probar los hechos en el proceso civil*, op.cit., p. 434.

Ver Texto

smarteca Diario LA LEY, nº 9323, de 21 de diciembre 2018, Nº 9323, 21 de dic. de 2018, Editorial Wolters Kluwer

JURISPRUDENCIA SOBRE DERECHO PROBATORIO

Reglas para la investigación forense y aportación como prueba al proceso de correos y mensajes electrónicos del trabajador (comentario a la STS sala cuarta de lo social, n.º 119/2018 de 8 feb. 2018, rec. 1121/2015. LA LEY 4068/2018)

Manuel Richard González

Doctor en Derecho

Profesor Titular de Derecho Procesal UPNA

Resumen

El control de los medios tecnológicos de comunicación, propiedad de la empresa, que usan los trabajadores en el desempeño de su trabajo constituye una de las cuestiones de mayor interés en el ámbito de las relaciones laborales. Los tribunales de justicia han dictado resoluciones que han ido resolviendo los problemas planteados ofreciendo pautas en la materia. A este fin sirve la reciente STS de 8 de febrero de 2018 en la que se concretan los requisitos y límites del control empresarial sobre los correos electrónicos corporativos del trabajador de un modo especialmente detallado con base en la Jurisprudencia del TEDH, la del TC y la propia dictada por el TS y los TTSSJJ en esta materia.

I. INTRODUCCIÓN. PRINCIPIOS QUE RIGEN EN MATERIA DE CONTROL EMPRESARIAL DE LOS DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS DE LA EMPRESA UTILIZADOS POR EL TRABAJADOR

El presente trabajo tiene por objeto el análisis de los requisitos que debe observar el procedimiento de investigación forense de los dispositivos electrónicos puestos a disposición del trabajador a fin de que los hechos obtenidos puedan ser valorados como prueba en el proceso jurisdiccional. Más concretamente se atiende al supuesto del examen del correo electrónico personal corporativo del trabajador. Se trata de analizar el procedimiento de obtención de evidencias que tienen su origen en datos de las comunicaciones realizadas mediante el dispositivo electrónico sean de mensajería, correo electrónico o de cualquier otra clase de sistema de comunicación. Esta es una cuestión de una importancia indudable teniendo en cuenta la implantación generalizada del uso de dispositivos electrónicos por parte de los trabajadores como una herramienta más destinada a la realización de sus funciones. Esta realidad determina la necesidad de establecer protocolos de utilización y control de los dispositivos y aplicaciones utilizados que sean claros, precisos y conocidos previamente por los trabajadores. El establecimiento adecuado de reglas de esa clase garantizará la eficacia y validez de una eventual posterior intervención del dispositivo y de su contenido lícita, que pueda servir a los fines de acreditar en el proceso jurisdiccional un despido por incumplimiento de las normas establecidas por la empresa. Al fin descrito sirven perfectamente los criterios contenidos en la STS de 8 de febrero de 2018 que aquí se analiza en tanto que detalla, al hilo de la jurisprudencia dictada sobre la materia, los criterios que se deben observar para la investigación, hallazgo de evidencias y posterior utilización como prueba de contenido del correo electrónico corporativo de la empresa puesto a disposición del trabajador. Se trata de una sentencia que tiene un valor especial. En primer lugar, por su novedad al tratarse, salvo error mío, de la más reciente en la materia. En segundo lugar, por pronunciarse con especial detalle respecto al procedimiento de investigación y valoración de los hechos obtenidos del dispositivo electrónico, atendiendo a ese fin a la propia jurisprudencia del TS, del TC y la reciente STEDH (Gran Sala) en el caso Barbolescu, validando expresamente la posibilidad de acceder a los correos electrónicos del trabajador siempre que se respeten las condiciones que más adelante se señalan.

II. CRITERIOS EN ORDEN A LA INVESTIGACIÓN DEL CORREO CORPORATIVO DEL TRABAJADOR CONFORME CON LA DOCTRINA CONTENIDA EN LA STS DE 8 DE FEBRERO DE 2018

La STS de 8 de febrero de 2018 se pronuncia respecto de sendos recursos de casación planteados por la empresa y el trabajador que fue despedido por haber recibido cantidades de dinero por parte de un proveedor de la empresa a cambio, se supone, de obtener determinados contratos de suministro. Este proceder estaba expresamente prohibido por las normas de la empresa, que conoció de los hechos por medio del aviso de un trabajador que halló, en la Sala general de fotocopias de la empresa, copias de justificantes de transferencias de dinero en favor del trabajador posteriormente despedido. Conocidos los hechos la empresa procedió a realizar una investigación técnica que se concretó en el análisis de los correos corporativos enviados y recibidos por el trabajador que se hallaban contenidos en el servidor corporativo propiedad de la empresa. En tales correos se hallaron evidencias de las transferencias bancarias en favor del trabajador en clara contravención de las normas de la empresa. La copia certificada de tales correos se aportó al procedimiento como prueba de la infracción motivadora del despido. También se aportaron otras pruebas testificales, documentales y un informe de auditoría.

Declarado procedente el despido en primera instancia el trabajador recurrió ante el TSJ de Galicia que confirmó la sentencia impugnada y la procedencia del despido. La sentencia dictada en

apelación consideró que el empleado había incurrido en transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza al haber aceptado dinero de una entidad proveedora contra las normas de la empresa. A ese fin, el TSJ de Galicia entendió acreditada la conducta con base en la valoración como prueba suficiente ola documental y testifical con relación a las copias de las transferencias halladas en la Sala de fotocopias de la empresa. Pero, al mismo tiempo declaró que el control empresarial del correo electrónico del actor había sido ilícito y, por tanto, las evidencias obtenidas consistentes en los correos aportados al proceso no podían ser valoradas como prueba. A ese respecto el TSJ de Galicia declaró que: «*deben ser declaradas nulas y no pueden ser tenidas en consideración, a los efectos del fallo del litigio, las pruebas ilícitamente obtenidas a través del control del correo electrónico del actor, es decir, las que obran en el documento número 5 de los aportados por la empresa... y las testificales prestadas respecto a los extremos en él contenidos, pero dicha nulidad no puede abarcar los elementos probatorios anteriores a la realización de las inspección del correo electrónico, es decir, al hallazgo de los dos resguardos o justificantes de las dos transferencias realizadas por la empresa Prima Client Services Limited..., por tratarse de un hallazgo casual realizado por otro trabajador de la empresa en un lugar de acceso libre a los trabajadores de la empresa..., así como otros documentos aportados y la parte de la auditoría correspondiente a las empresas vinculadas con la empresa Prima Client Services Limited, que no pueden ser considerados como prueba ilícitamente obtenida, al no haber sido extraídos del correo electrónico del actor*...» (STSJ Galicia de 30 de diciembre de 2014, Sentencia n.º 145/2015, Rec. 3596/2014 Ponente: Fernández de Mata, Emilio. LA LEY 205070/2014).

Nótese que la diferente valoración de la prueba por parte del TSJ de Galicia no tuvo incidencia sobre el fallo en tanto que se confirmó la procedencia del despido. Sin embargo, no cabe duda de la importancia de la declaración de ilicitud que pronunció respecto del procedimiento de investigación del correo electrónico del trabajador que declaró ilícito como veremos sin el debido fundamento según la posterior sentencia revocatoria del Tribunal Supremo. La relevancia de esta cuestión no pasó desapercibida para la empresa que a pesar de que la sentencia del TSJ de Galicia le otorgaba razón sobre el fondo la impugnó con buen criterio fundando su recurso en la existencia de un gravamen formal que le legitimaba para recurrir en casación en previsión que el Tribunal Supremo pudiera modificar la sentencia impugnada y el pronunciamiento de ilicitud de la investigación del correo electrónico del trabajador quedase firme en tanto que no recurrido por la parte a quien perjudicaba (la empresa). La cuestión del gravamen procesal para impugnar es una materia muy específica que ha sido debatida largamente y que, a mi juicio y sin ninguna duda, debe resolverse admitiendo esta posibilidad sin ninguna clase de reserva. Es lo que hace el Tribunal Supremo que declara a este respecto que: « *…aunque se haya desestimado el recurso del trabajador y el pronunciamiento —procedencia del despido, tal como la empresa había interesado— haya de permanecer incólume, lo cierto es que no cabe negar su legitimación para recurrir, siendo así que si bien tradicionalmente se ha venido sosteniendo la doctrina del "gravamen" o vencimiento como presupuesto procesal para recurrir, afirmándose que "que el vencido pueda siempre recurrir, si la Ley lo permite y no puede hacerlo el vencedor que, por definición, no ha sufrido ningún perjuicio con la decisión del juez o tribunal inferior" …/…. Pero no hay que olvidar que tal criterio fue en gran medida superado por la posterior doctrina de la Sala, al conectar la idea de "gravamen" con la más amplia de "interés" —directo o indirecto— derivado del pronunciamiento …/…., en línea con diversos precedentes relativas a excepciones rechazadas a la parte que —pese a todo— obtiene sentencia favorable …/…, y sobre todo se ha de tener en cuenta que esa corriente ampliadora de la legitimación para recurrir ha tenido expresa consagración en la literalidad del art. 448.1 LECiv ["Contra las resoluciones...que les afecten desfavorablemente, las partes podrán interponer los*

recursos previstos en la ley"] y en el Preámbulo de la Ley 36/2011, cuando sostiene como una de las novedades de la LJS ["el reconocimiento de legitimación para recurrir también a la parte favorecida aparentemente por el fallo, de acuerdo con los criterios constitucionales sobre la afectación real o gravamen causado por el pronunciamiento"]. Interés o gravamen que no puede negarse en el presente caso, dado que no sólo está en juego la amplitud de los poderes empresariales de control, sino también —de un lado— la concreta acreditación del incumplimiento imputado en la carta de despido, e incluso —de otro— la posible exigencia de responsabilidades de todo orden por una actuación de la empresa que la sentencia recurrida ha calificado atentatoria a derechos fundamentales del trabajador». Es precisamente el recurso de la empresa y la admisión del mismo por parte del Tribunal Supremo lo que ha permitido que el Tribunal Supremo se pronuncié sobre la cuestión esencial del examen del correo electrónico del trabajador en una sentencia que consideró de gran trascendencia al marcar la doctrina jurisprudencial en esta materia.

Efectivamente, el Tribunal Supremo admite el recurso de la empresa y entra directamente a razonar sobre el procedimiento de investigación del correo electrónico del trabajador para concluir que fue absolutamente lícito y respetuoso con la doctrina jurisprudencial, que se repasa, del TEDH, TC y del propio Tribunal Supremo. Precisamente, la STS comentada de 8 de febrero tiene una especial importancia por examinar la cuestión teniendo en cuenta los criterios contenidos en la jurisprudencia del TEDH contenida en la conocida Sentencia de la Gran Sala del TEDH (Caso Barbulescu contra Rumania) de 5 septiembre 2017.

La decisión del Tribunal Supremo consistió en convalidar el procedimiento de investigación del correo electrónico del trabajador por considerar que había sido absolutamente respetuoso con los principios y criterios jurisprudenciales establecidos a ese respecto. El Tribunal Supremo destaca el proceder lícito de la empresa que se constata en los siguientes hechos y circunstancias tenidos en cuenta y debidamente valorados por el TS:

1º Existencia en la empresa de una concreta normativa empresarial respecto de la «*política de seguridad de la información*» y del uso de «*los sistemas de información*», con especial mención a la limitación del uso de los ordenadores y dispositivos de la empresa a los estrictos fines laborales y a su correlativa prohibición de su utilización para cuestiones personales.

2º Relacionado con lo anterior y como muestra de una buena política empresarial a este respecto se constata que la empresa disponía de un sistema que obligaba a la empleados a: «*… cada vez que acceden con su ordenador a los sistemas informáticos de la compañía, y de forma previa a dicho acceso, deben de aceptar las directrices establecidas en la Política de Seguridad de la Información del Grupo …/…, en la que se señala que el acceso lo es para fines estrictamente profesionales, reservándose la empresa el derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias».*

3º Dicho lo anterior no cabe duda que el trabajador era conocedor en todo momento de que no podía utilizar el correo para fines particulares y que la empresa podía controlar el cumplimiento de las directrices en el empleo de los medios informáticos por ella facilitados.

4º Al margen de lo anterior, la concreta investigación se produce con motivo del conocimiento casual por parte de la empresa de unas fotocopias que legitiman a la empresa a indagar sobre el hecho con el fin de hacer efectivo su derecho al control empresarial del art. 20 ET. Dice a este respecto el TS: «*.. el examen del ordenador utilizado por el trabajador accionante fue acordado tras el "hallazgo casual" de fotocopias de las transferencias bancarias efectuadas por un*

proveedor de la empresa en favor del trabajador demandante —hecho expresamente prohibido en el Código de Conducta de la demandada e imputado en la carta de despido». Es por ello que concluye el Tribunal Supremo señalando que: *«… Siendo ello así, no cabe duda: a).— Que el hallazgo "casual" de la referida prueba documental excluye la aplicación de la doctrina anglosajona del "fruto del árbol emponzoñado", en cuya virtud al juez se le veda valorar no sólo las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, sino también las que deriven de aquéllas*». Ciertamente, desde mi punto de vista, acreditados los puntos anteriores no era necesaria ninguna justificación adicional para proceder a la revisión de los correos electrónicos del trabajador.

5º La investigación técnica de los correos electrónicos del trabajador viene referida a los correos transmitidos mediante el correo corporativo de la empresa: «*el control fue ejercido sobre el "correo corporativo del demandante, mediante el acceso al servidor alojado en las propias instalaciones de la empresa; es decir, nunca se accedió a ningún aparato o dispositivo particular del demandante...; a lo que se accedió es al servidor de la empresa, en la que se encuentran alojados los correos remitidos y enviados desde las cuentas corporativas de todos y cada uno de los empleados*". Este punto es importante, ya que como veremos en el apartado siguiente el acceso a las cuentas de correo personales del trabajador queda, en principio, vedado a la investigación empresarial, sin perjuicio de poder proceder al despido (por infringir las normas de la empresa) y de proceder en vía penal contra el trabajador y en esa jurisdicción solicitar la autorización judicial para acceder a esa información.

6º La concurrencia de las anteriores circunstancias legitima, sin necesidad de mayor explicación, el proceder de la empresa y la correspondiente licitud de la obtención de los hechos y de la prueba subsiguiente. No obstante, el Tribunal Supremo aporta un argumento más que, a mi juicio, resulta también de interés en orden a delimitar un procedimiento de investigación válido. Se refiere el TS al empleo de sistemas de búsqueda en los correos mediante palabras clave referidas al ámbito laboral-empresarial que permiten excluir aquellos correos que contengan hechos estrictamente referidos a la intimidad del trabajador: *"…se examinó el contenido de ciertos correos electrónicos de la cuenta de correo corporativo del actor, pero no de modo genéricos e indiscriminado, sino tratando de encontrar elementos que permitieran seleccionar que correos examinar, utilizando para ello palabras clave que pudieran inferir en qué correos podría existir información relevante para la investigación, [y atendiendo a la] proximidad con la fecha de las transferencias bancarias*". Así, los correos obtenidos, impresos y aportados a la causa se referían a los correos relativos a las transferencias bancarias que en favor del trabajador le había realizado —contrariando el Código de Conducta— un proveedor de la empresa. Esa selección se obtiene, como digo, mediante la utilización de programas informáticos de búsqueda y selección de archivos mediante el uso de palabras, expresiones o contenidos concretos objeto de investigación.

Los criterios contenidos en la STS de 8 de

Como conclusión de todo lo anterior el Tribunal Supremo resuelve que: "*… si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario*

febrero de 2018 deben ponerse en relación con la previa jurisprudencia del TEDH, el TC y el propio TS

que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo". Como vemos se trata de una argumentación, detallada y rigurosa que sirve como jurisprudencia unificadora respecto de varias sentencias de los Tribunales Superiores que planteaban dudas respecto a la licitud del examen de los correos electrónicos de los trabajadores. Los criterios contenidos en la STS de 8 de febrero de 2018 deben ponerse en relación con la previa jurisprudencia del TEDH, el TC y el propio TS, con relación al problema general de la investigación forense de los dispositivos electrónicos de la empresa puestos a disposición del trabajador que incluye otros supuestos como es el del examen del propio dispositivo electrónico y la consiguiente posibilidad de acceder a correos y/o mensajes personales del trabajador.

III. RECAPITULIZACIÓN. ACTUALIZACIÓN DE LOS PRINCIPIOS QUE RIGEN LA INVESTIGACIÓN FORENSE DE LOS DISPOSITIVOS ELECTRÓNICOS DE LA EMPRESA UTILIZADOS POR EL TRABAJADOR

La STS de 8 de febrero de 2018 representa un paso más para la determinación de los principios que deben regir en el procedimiento de investigación de los dispositivos electrónicos de la empresa utilizados por el trabajador. A ese fin sirve el supuesto enjuiciado en el que se pone de manifiesto la correcta y previsora normativa de la empresa que facilitó la convalidación de su proceder por los tribunales de justicia. Sin, embargo, cada caso es distinto por lo que no resulta fácil establecer reglas absolutas respecto a los procedimientos y los límites que deban ser observados en la actividad de investigación forense de los dispositivos electrónicos del trabajador, Véase que, por una parte, los dispositivos electrónicos son de titularidad de la empresa y están destinados a la actividad empresarial. Así, en principio, cabría un examen sin límites del contenido del dispositivo en virtud de las potestades que el art. 20 ET concede a la empresa en orden a la dirección empresarial y control del trabajador. Ahora bien, el trabajador además de realizar una actividad laboral puede utilizar, contraviniendo o no las normas de la empresa, los dispositivos electrónicos para comunicarse con terceras personas ajenas a la actividad empresarial-laboral y/o para guardar contenido personal y privado. Es precisamente por esta posibilidad que el análisis forense de los dispositivos electrónicos debe limitarse a aquello que afecta a la empresa y es objeto de investigación, sin que sea posible afectar al derecho a las comunicaciones y/o la intimidad del trabajador. En este punto, cabe citar como especialmente importante en la materia, la STC 170/2013 de 7 octubre 2013 (LA LEY 145700/2013) que resume los parámetros que deben tenerse en cuenta a este respecto, que se complementan con otros propios de la interpretación de las normas del Derecho laboral respecto al control empresarial de la actividad del trabajador, contenidas sintéticamente en el art. 20.3 ET que dispone que: *"3. El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad*".

En su virtud teniendo en cuenta la citada Sentencia del TC 170/2013 de 7 de octubre de 2013 —así como las anteriores 241/2012 de 17 de diciembre (LA LEY 209790/2012); 173/2011 de 7 de noviembre (LA LEY 211654/2011); 12/2012 de 30 de enero (LA LEY 2303/2012); 98/2000 de 10 de abril (LA LEY 78877/2000) y 186/2000 de 10 de julio (LA LEY 9715/2000)—, y las SSTS de 26

de septiembre de 2007 (Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 26 Sep. 2007, Rec. 966/2006. Ponente: Desdentado Bonete, Aurelio. LA LEY *146111/2007);* 8 de marzo de 2011 (Sala de lo Social, Rec. 1826/2010. Ponente: Agustí Juliá, Jorge. LA LEY 6236/2011) y la comentada de 8 de febrero de 2018, n.º 119/2018, Rec. 1121/2015. Ponente: Castro Fernández, Luis Fernando de —LA LEY *4068/2018*— podemos señalar sintéticamente los principios sobre los que se construye la doctrina jurisprudencial sobre el control empresarial de los medios de comunicación de la empresa puestos a disposición del trabajador. Estos son los siguientes:

1º La esfera de la intimidad personal está en relación con la acotación que de la misma realice su titular, de modo que cada persona puede reservarse un espacio resguardado de la curiosidad y conocimiento ajeno.

2º El consentimiento eficaz del sujeto particular permitirá la inmisión en su derecho a la intimidad.

3º La intimidad protegida por el art. 18.1 CE se extiende al ámbito laboral o profesional en el que, al margen de la actividad laboral y/o profesional, se generan relaciones interpersonales, vínculos o actuaciones que pueden constituir manifestación de la vida privada.

4º El derecho a las comunicaciones no queda supeditado a su clase o contenido, que no tiene porqué ser íntimo, reservado o personal, ya que lo que se protege es el proceso de comunicación en libertad y no por sí solo el mensaje transmitido, cuyo contenido puede ser banal o de notorio interés público. Se garantiza así la impenetrabilidad de las comunicaciones por parte de terceros, rechazando la interceptación o el conocimiento antijurídicos de las comunicaciones ajenas.

5º El derecho fundamental a la intimidad se extiende a la información contenida en los discos duros de ordenadores personales o teléfonos.

6º El empresario puede establecer las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación el respeto a los derechos fundamentales, proporcionalidad, equilibrio y la consideración debida a su dignidad humana. Estas medidas deben ser suficientemente conocidas por los trabajadores y establecidas con anterioridad a cualquier clase de intervención o control por la empresa. (Un ejemplo de buena información empresarial a este respecto es la referida en la STS de 8 de febrero de 2018 que se ha analizado en el apartado anterior. Especialmente la instalación de un sistema de acceso al sistema que obliga al usuario a aceptar cada vez que se utiliza las normas y condiciones laborales sobre su uso).

7º Las medidas de control empresarial pueden referirse a la utilización de los medios tecnológicos de comunicación puestos a disposición del trabajador incluidas las cuentas de correo electrónico corporativo asignadas a los trabajadores y pueden ser variables en función de la propia configuración de las condiciones de disposición y uso de las herramientas informáticas y de las instrucciones que hayan podido ser impartidas por el empresario a tal fin. En cuanto a las cuentas personales le cabe a la empresa prohibir su instalación y uso, pero no pueden ser objeto de control empresarial. Aunque, naturalmente la trasgresión de la prohibición puede comportar el despido.

8º Existiendo una reglas claras y conocidas por el trabajador cabe entender que éste no tiene una expectativa razonable de privacidad o confidencialidad y, por tanto, debe prever que sus comunicaciones en el ámbito laboral pueden ser controladas por la empresa. Estas normas deben

estar implementadas y ser respetadas no sólo por los trabajadores, sino también por la empresa. Esta cuestión es esencial en tanto que establecidas las reglas de uso de los dispositivos electrónicos el trabajador no puede acogerse a la expectativa de privacidad que podría tener en caso contrario. Ese fue el fundamento de la STEDH (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 (Caso Barbolescu) en la cual se valoró que, si bien la empresa había prohibido, genéricamente, el uso personal de los medios corporativos, no había comunicado la existencia del alcance del control empresarial ni de la posibilidad de acceder a los mensajes y correos del empleado sin su consentimiento. Es decir, no basta con la comunicación de una prohibición genérica, sino que resulta necesario que se especifique con claridad los límites y prohibiciones y el procedimiento de control por parte de la empresa. Además, estas normas deben ser respetadas por la empresa lo cual no sucede cuando, por ejemplo, se admite tácitamente el uso de los dispositivos contra las normas de la propia empresa. Por ejemplo, si se acepta que el trabajador realice su trabajo mediante aplicaciones distintas a las profesionales. O cuando la propia empresa admite el uso indiscriminado de dispositivos, claves de acceso y aplicaciones por los trabajadores sin seguir su propia normativa interna. En definitiva, resulta esencial la precisión, taxatividad y respeto y exigencia de las normas de la empresa respecto a la utilización del dispositivo. Un buen ejemplo sobre este particular es el citado de uso de un sistema de acceso al dispositivo que requiera la previa aceptación por el empleado de las condiciones de uso del sistema, incluyendo la limitación del uso a la actividad profesional y la reserva por la empresa del derecho de adoptar las medidas de vigilancia y control necesarias.

9º Presupuesto lo anterior, el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores puede ejercerse legítimamente, *ex art.* 20.3 ET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar su utilización a fin de evitar que se destine a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo o bien que se incurra en alguna clase de infracción laboral como puede ser la competencia desleal o el uso de recursos de la empresa para fines privados.

10º El análisis forense del dispositivo debe respetar, conforme con la doctrina del Tribunal Constitucional citada, el cumplimiento de tres requisitos: si la medida de investigación del dispositivo es idónea; si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia y, finalmente, si es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

En cualquier caso, la investigación del dispositivo no puede extenderse, de modo ilimitado e incondicionado, a toda la información que contiene, puesto que el derecho a la intimidad del trabajador sigue vigente con independencia que, del análisis inicial, se deduzca el uso indebido del dispositivo. En este punto cabe distinguir entre dos clases de contenidos.

En primer lugar, los archivos y/o registros contenidos en programas o sistemas de comunicación o información estrictamente corporativos. Este es el caso del que conoce la STS 8 de febrero de 2018. Respecto a esos contenidos, presuponiendo que la empresa ha publicitado debidamente las normas de uso, es claro que la expectativa de intimidad del trabajador queda reducida y, por tanto, la indagación del perito forense puede ser amplia y referida, en principio, a todos los mensajes que se hallen en el dispositivo o servidor de la empresa. Ahora bien, digo en principio porque en cualquier caso la investigación no podrá acceder a los correos o mensajes que contengan datos y hechos de contenido privado sin ninguna relación con la actividad

profesional o laboral.

En segundo lugar, y relacionado con lo anterior, no puede accederse al contenido estrictamente privado del trabajador ya se halle en aplicaciones personales o en sistemas de comunicación corporativos.

La diferencia entre los mensajes y correos personales y corporativos se halla en la circunstancia de que el análisis forense podrá realizarse lícitamente respecto de los archivos corporativos siempre teniendo en cuenta que aun siendo corporativos no cabe afectar a la intimidad del trabajador. De modo que, como se expone a continuación, se podrá realizar una búsqueda selectiva de información que permita constatar una infracción, pero sin que sea posible acceder a la información privada del trabajador. Sin embargo, con los mensajes y correos de aplicaciones personales la regla general es la de la imposibilidad de acceder a esa información que pertenece en esencia a la esfera íntima del trabajador. Ello sin perjuicio que la constatación de la instalación de aplicaciones o usos no autorizados podrá fundamentar el despido del trabajador que utiliza el dispositivo inadecuadamente al instalar aplicaciones no autorizadas.

11º Conforme con el apartado anterior el proceder adecuado será que como práctica general respecto a cualquier clase de archivos, el análisis forense se realice de modo selectivo utilizando a ese fin herramientas informáticas que permitan el análisis del contenido de los archivos, mensajes y correos, por ejemplo, mediante palabras clave relacionadas con la cuestión objeto de investigación que permita centrar la búsqueda en aquellos correos, mensajes o archivos que puedan contener evidencias de las infracciones que pudiera haber cometido el trabajador sin incidir en datos privados cuyo acceso pudiera afectar al derecho a la intimidad. Este es el criterio refrendado por el TS en su sentencia de 8 de febrero de 2018 tal y como se ha dicho anteriormente. En caso contrario la información obtenida se puede declarar ilícita como sucede en el caso conocido por la STSJ de Madrid de 13 de mayo de 2016 (Sala de lo Social n.º 407/2016, LA LEY 87620/2016) en la que el TSJ amparó al trabajador en su recurso de suplicación al entender que el análisis forense del despido del trabajador afectó a información privada del empleado por haber accedido indiscriminadamente a una cuenta de correo personal del trabajador: *" el archivo de tal índole localizado en el disco duro del ordenador del actor corresponde a una cuenta privada suya de correo electrónico abierta en un servidor de mensajería, habiendo logrado un experto, tras restaurarlo en parte, obtener información fragmentada sobre el contenido de algunos correos recibidos y enviados por él recogidos en la carta de despido. Por tanto, si la decisión de extinguir por causas disciplinarias el contrato de trabajo del demandante se basó exclusivamente en las conclusiones que la empresa demandada, tras el informe de una firma dedicada a la gestión de pruebas electrónicas, extrajo de tan repetidos correos de una cuenta privada del trabajador y los mismos se obtuvieron de manera ilícita con infracción de derechos constitucionales, no estamos solamente ante un supuesto de ineficacia absoluta de tal prueba, que es nula, sino de nulidad de cuantos actos y medidas traigan causa de ella, de modo que el despido ha de calificarse como nulo".*

12º Finalmente, respecto al procedimiento, garantías y cadena de custodia, resulta claro que el procedimiento de investigación deberá documentarse del modo más detallado posible. Sobre este particular resulta ilustrativo el proceder seguido en el caso resuelto por la citada STSJ Madrid de 13 de mayo de 2016 (Sala de lo Social n.º 407/2016, LA LEY 87620/2016) en la que se procedió del siguiente modo: 1º La empresa requirió los servicios de una empresa especializada en pericia informática y un notario. En una fecha concreta se convoca una reunión a la que concurren citados por la empresa las siguientes personas: dos peritos (de la empresa de

análisis forense), un notario, cuatro miembros del comité de empresa, el Director de recursos humanos de la empresa y el empleado investigado. 2º En dicha reunión se entregó al empleado una carta informándole que: —se iba a llevar a cabo una investigación de sus soportes informáticos (ordenador y teléfono móvil)— y se le exoneraba de acudir al puesto de trabajo hasta pasados unos días para facilitar la investigación y garantizar su objetividad. 3º A continuación todas las personas citadas se dirigieron al puesto de trabajo del trabajador que entregó su ordenador, su móvil y otros soportes informáticos haciendo el notario inventario de los mismos en dos formularios uno identificando el ordenador y la tarjeta SD del mismo y otro identificando el móvil, la tarjeta SD del mismo, otra tarjeta micro SD y un pendrive quedando todo ello sellado y depositado en la Notaría. El Sr. Notario levantó Acta de Presencia a la que incorporó la carta entregada al actor y los formularios de recogida de soportes informáticos. 4º Ese mismo día la empresa notificó al Comité de Empresa que abrían una investigación para esclarecer posibles irregularidades cometidas por empleados con responsabilidades en la administración del concreto programa informático objeto del asunto. 5º La empresa encargada del análisis forense de los dispositivos compareció algunos días después del depósito en la notaria y procediendo en presencia de dicho Notario abrió el sobre que contenía el ordenador y procedió a copiar el disco duro y la tarjeta SD, rellenando sendos formularios con los datos identificativos del disco duro de origen, del dispositivo clonador, del disco de destino, y del proceso y resultado de copia, de todo lo cual se levantó Acta de presencia por el Notario. A continuación, se procedió a un nuevo sellado del ordenador. 6º El empleado requirió a la empresa para obtener una copia del contenido de los discos duros de los dispositivos. La empresa le contesta indicándole que de momento no es posible que realice la pericia y que una vez concluya la que se está realizando realizada le notificarán las conclusiones. 7º La empresa notifica al actor carta en la que le comunican la finalización de las investigaciones de su ordenador dándole así traslado de las conclusiones para que antes formule alegaciones. 8º La empresa del notifica al empleado el despido disciplinario por la comisión de falta muy grave prevista en el Convenio Colectivo y el art. 54. 2 d) del ET. A la carta de despido se adjuntan el contenido de correos electrónicos extraídos de la computadora del trabajador que acreditaban la conducta de filtrar datos a terceros del programa informático del que era administrador en perjuicio de la empresa. 9º La empresa autoriza al actor para poder realizar una copia del disco duro del ordenador y le indica que deberá hacerse en la Notaría donde está depositado y en presencia de expertos de la empresa de pericia forense contratada por la empresa. 10º El empleado optó porque la copia del disco duro fuera realizada y entregada por los expertos forenses de la empresa que realizó una copia y se la entregó al empleado. Cabe destacar que entre el primer acto de incautación de los dispositivos (previa notificación al trabajador y en presencia de notario y comité de empresa) y la notificación del despido transcurren poco más de un mes.

13º El procedimiento descrito en el apartado anterior es técnicamente impecable, aunque paradójicamente en el asunto enjuiciado las evidencias obtenidas no pudieron hacerse valer en el proceso en tanto que se había accedido a una cuenta de correo personal del trabajador mediante la restauración de determinados archivos existentes en el dispositivo. Con ello se pretende resaltar que, finalmente, lo más importante será obrar con extremada precaución especialmente respecto a la afectación del derecho fundamental a la intimidad utilizando a ese fin los programas informáticos adecuados. Precisamente, el TS se ha pronunciado también, en la sentencia aquí comentada de 8 de febrero de 2018 sobre la intervención de notario o del propio trabajador en el procedimiento de incautación del dispositivo, declarando que se trata de una medida garantista pero que no es necesaria por no condicionar la validez de la actuación: "*es innegable que entre los supuestos contrastados media la diferencia de que en tanto en el caso enjuiciado por el TC el*

examen informático se lleva a cabo en presencia de Notario, en tanto que en el ahora debatido la actuación se realiza incluso sin la presencia del trabajador. Pero lo cierto es que esa circunstancia no tiene trascendencia a los efectos de la contradicción, habida cuenta de que la utilización del ordenador en la empresa —aunque está personalizada— queda dentro del ámbito de poder de vigilancia del empresario y por ello el ejercicio de las correspondientes facultades de control se ampara en el art. 20 ET y no tiene las limitaciones que corresponden a la función de 'policía privada' que consiente el art. 18 ET, que es un régimen excepcional referido a la esfera privada del trabajador [taquilla y efectos personales] (SSTS 26/09/07; y 08/03/11), de forma que aunque pueda resultar conveniente la presencia garantista de terceros —Notario, RLT, otro trabajador y el propio interesado—, sin embargo su ausencia en absoluto condiciona la validez del acto de control, a cuya prueba se le dará la fehaciencia que en su caso corresponda".

Más información →