

LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL SOBRE LA IMPUTABILIDAD*

Fernando GASCÓN INCHAUSTI
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS DE CARÁCTER SUSTANTIVO

1. *Precisiones previas sobre el concepto de imputabilidad*

2. *Las causas de inimputabilidad en el Código Penal*

2.1. *Las anomalías o alteraciones psíquicas*

2.2. *El trastorno mental transitorio*

2.3. *La alteración de la percepción*

II. CUESTIONES PROBATORIAS

1. *Objeto de la prueba*

2. *Los medios de prueba*

2.1. *La pericia como medio de prueba básico en relación con la concurrencia de una causa de inimputabilidad*

1º. *Quién ostenta la condición de perito idóneo*

2º. *Sobre qué ha de versar la labor del perito: el deslinde complicado de tareas entre juez y perito en esta materia*

3º. *Las limitaciones intrínsecas a la labor del perito*

2.2. *Otros medios de prueba*

3. *La actividad probatoria en relación con la prueba pericial*

3.1. *El tiempo de la prueba pericial*

3.2. *Proposición y admisión probatoria*

3.3. *Práctica de la pericia*

4. *La valoración de la prueba pericial*

4.1. *La regla general de la libertad de valoración probatoria*

4.2. *La impugnabilidad de la valoración de la prueba pericial*

4.3. *Control de la fiabilidad de la prueba pericial*

5. *La carga de la prueba*

Lo cierto es que el título de la ponencia que me ha sido asignada me permitiría despachar la cuestión de una forma muy expeditiva: me bastaría con decir que la prueba pericial sobre la imputabilidad, igual que cualquier otra prueba en el proceso, se valora de forma libre por el tribunal, de conformidad con lo establecido en el art. 741 LECrim.

Estoy seguro, sin embargo, de que si me limitara a eso defraudaría las expectativas de Ustedes y de quienes han querido contar con mi participación en este curso. Creo, por eso, que puede ser más provechoso dedicar el tiempo que tenemos por delante a tratar, de forma más amplia, las dudas y dificultades que

* Texto de la ponencia impartida el día 14 de octubre de 2008, en el marco del Curso sobre *Psicología del testimonio y valoración de la prueba pericial*, organizado por el Servicio de Formación Continua del Consejo General de Poder Judicial y la Escuela Judicial y celebrado en Madrid los días 13 a 15 de octubre de 2008. Se ha decidido conservar el estilo oral del texto.

provoca, en general, la prueba de la imputabilidad en el proceso penal, sin ceñirnos únicamente a su valoración. No les garantizo, por supuesto, que con ello vaya yo a dejar de defraudar sus expectativas –si es que alguna tenían–; pero sí que me comprometo a reflexionar con Ustedes ahora acerca de una serie de cuestiones que, además de una dimensión teórica o dogmática, también tienen repercusiones prácticas.

I. CUESTIONES INTRODUCTORIAS DE CARÁCTER SUSTANTIVO

1. Precisiones previas sobre el concepto de imputabilidad

Y si vamos a ocuparnos de la prueba sobre la imputabilidad, me parece oportuno sentar antes que nada algunas premisas en relación con este concepto.

Se trata, como bien saben Ustedes, de una categoría propia de la teoría general del delito y que, como tal, se encuentra en gran medida condicionada por las diversas construcciones dogmáticas efectuadas por la doctrina penal.

Afortunadamente, existe un consenso en algo que es fundamental: tanto si se siguen los esquemas causalistas, como si se prefieren los esquemas finalistas, la cuestión relativa a la imputabilidad o la inimputabilidad forma parte del llamado «juicio de culpabilidad». En consecuencia, la imputabilidad tiene que ver con lo que algunos llaman la imputación personal, otros la atribución del desvalor del hecho penalmente antijurídico y otros la posibilidad de reprochar a un sujeto la infracción de una norma penal.

Más en concreto, se suele entender que la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad o, si se prefiere, la capacidad para ser destinatario de reproche penal.

Pero a partir de este punto sí que afloran las diversas formas de construir la teoría jurídica del delito, pues han sido y siguen siendo bastante diversas las concepciones acerca de la culpabilidad, y éstas, como es lógico, acaban incidiendo y condicionando también el concepto de imputabilidad.

Inicialmente predominó una concepción meramente psicológica de la culpabilidad: la culpabilidad se definía a través de las relaciones psíquicas existentes entre el autor y el hecho delictivo realizado: la conducta le es reprochable al autor porque la ha querido realizar (culpabilidad dolosa) o porque ha sido imprudente.

La evolución dogmática posterior puso de manifiesto la insuficiencia de estos planteamientos (especialmente en los casos de imprudencia inconsciente) y esto condujo a una inclinación dogmática por atribuir un carácter normativo o valorativo a la culpabilidad: la conducta le es reprochable al autor porque le era exigible obrar conforme a Derecho. Es obvio que, para medir hasta qué punto se puede someter a un juicio de desvalor subjetivo una conducta típica, es preciso tomar en cuenta elementos fácticos, de naturaleza a menudo psíquica. Pero lo relevante es poder formular el reproche a la conducta, ante la capacidad personal de evitar el hecho.

Alcanzado este punto, se llega a una nueva disyuntiva en la dogmática penal, esta vez en relación con el fundamento para formular ese reproche y que nos conduce a la eterna discusión acerca de la existencia o no del libre albedrío.

Existe una corriente doctrinal que asume que, efectivamente, existe el libre albedrío, aunque no pueda demostrarse empíricamente: desde esta perspectiva, la culpabilidad se entiende como el reproche que se puede formular a un sujeto que cometió una conducta antijurídica cuando podía haberla evitado. Es culpable quien podría haber omitido su resolución de voluntad antijurídica y haber adoptado una resolución de voluntad conforme con las exigencias del ordenamiento.

Otro sector de la doctrina, cada vez menos minoritario, prefiere no buscar el fundamento de la culpabilidad en el libre albedrío, porque se parte de su inexistencia, o de que está sometido a fuertes condicionamientos, o por considerar que su existencia es empíricamente indemostrable. Por ello, se busca un punto de referencia distinto a la capacidad de actuar de otro modo. Y esta referencia se encuentra en lo que se llama la posibilidad de motivación normativa, es decir, la capacidad de los sujetos para verse motivados por las normas jurídicas. Seamos o no libres, lo que interesa es saber si los sujetos somos o no motivables por las normas: en condiciones normales, se asume que las normas son capaces de motivarnos, esto es, de inducirnos a dirigir nuestro comportamiento de una determinada manera. Si, a pesar de ello, un sujeto comete una infracción, cabe reprocharle que, habiendo tenido una capacidad normal para ser motivado por la norma, no haya adecuado su comportamiento a lo establecido en aquélla. Como puede apreciarse, en el fondo, parece subyacer también en esta posición, aunque algo más camuflada, la premisa del libre albedrío: sus defensores, sin embargo, consideran que servirse de la noción de motivación permite situar las bases del reproche penal en las condiciones psíquicas del sujeto, que son empíricamente más demostrables, aunque sea por aproximación, que la libertad como tal.

Al juicio y a la reflexión de cada cual dejo la cuestión, pues no es mi intención entrar ahora en mayores honduras y disquisiciones dogmáticas. He querido simplemente exponer el panorama porque puede tener cierta relevancia para el tema de esta ponencia: si la imputabilidad es la capacidad de culpabilidad de un sujeto, el significado de la inimputabilidad dependerá también de lo que se entienda por culpabilidad.

Por eso, y vinculadas a las dos concepciones de la culpabilidad a que me he referido, existen también dos formas diversas de concebir la imputabilidad y la inimputabilidad.

A) Según la doctrina dominante –es decir, la que se funda en la asunción de que existe el libre albedrío–, la imputabilidad requiere dos elementos:

- De un lado, la capacidad de comprender lo injusto del hecho.
- De otro, la capacidad de dirigir la actuación conforme a dicho entendimiento.

Ésta es la noción de imputabilidad que parece asumir nuestro Código Penal, al menos si se tiene en cuenta la definición de las causas de exención de la responsabilidad penal que figuran en los apartados 1º y 2º de su artículo 20, en que se habla de “comprender la ilicitud del hecho” y de “actuar conforme a esa comprensión”. Será inimputable, por tanto, el que no esté en condiciones de comprender que su conducta es ilícita (cosa que sucede, *v.g.*, con un menor o una persona con un alto nivel de oligofrenia); pero también será inimputable el que, aun comprendiendo la ilicitud de su conducta, no está en condiciones de dirigir su conducta (*v.g.*, en ciertos supuestos de esquizofrenia).

B) Para el otro sector doctrinal –es decir, el que se basa en la posibilidad de motivación normativa como condición para el reproche penal–, la inimputabilidad consiste en lo que se llama «anormalidad motivacional»: respecto del inimputable la norma no despliega la intensidad motivadora que normalmente posee, razón por la cual no se le puede reprochar al autor la infracción. El sujeto inimputable tiene una capacidad inferior de cumplir el mandato normativo en comparación con las posibilidades de que dispone el hombre que actúa normalmente: por eso, falta la responsabilidad penal cuando el sujeto actúa bajo el influjo de una motivación anormal.

Y es importante tener en cuenta estos dos enfoques, pues lo cierto es que, si se trata de probar la inimputabilidad, habrá que tener claros cuáles son los extremos sobre los que ha de versar la actividad probatoria: o bien la capacidad de comprender la ilicitud y dirigir la conducta, o bien la mayor o menor anormalidad de la motivabilidad de un sujeto por las normas penales. En la práctica, me parece, predomina la primera de las concepciones, tal y como se deduce de los términos en que nuestra jurisprudencia define la imputabilidad. No obstante, tener en cuenta ambas perspectivas puede ser de utilidad en casos concretos.

2. Las causas de inimputabilidad en el Código Penal

El Código Penal español, en consonancia con lo que es un postulado de toda la dogmática penal, parte de la premisa de que las personas son imputables, salvo que concurra en ellas alguna causa de inimputabilidad legalmente tasada.

En el momento presente, y sobre la base del art. 19 y de los tres primeros apartados del art. 20 del Código Penal, puede decirse que existen cuatro causas de exclusión de la imputabilidad:

— En primer término, la anomalía o alteración psíquica permanente que impide comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión.

— En segundo lugar, el trastorno mental transitorio, siempre que produzca ese mismo efecto. La doctrina entiende de forma casi unánime que son manifestaciones particulares del trastorno mental transitorio la intoxicación plena por el consumo de determinadas sustancias, al igual que los casos de síndrome de abstinencia.

— En tercer lugar, la alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia.

— En cuarto lugar, la minoría de edad penal.

Me voy a centrar ahora únicamente en las tres primeras, pues son aquéllas respecto de las que, en la práctica, se suscitan dificultades probatorias.

En efecto, la cuestión de la menor edad reviste una naturaleza en parte distinta a las demás causas de inimputabilidad. En supuestos ordinarios, no hay problemas probatorios, pues la determinación de la edad es sencilla, ya que basta con operar sobre la base de los documentos oficiales. Obviamente, sí que hay dificultades cuando el autor de una conducta antijurídica presenta una fisonomía que hace dudar de su edad y no dispone de documentación, normalmente por tratarse de un sujeto extranjero. En estos casos es necesario acudir a peritaciones para determinar su edad, que suelen consistir en valoraciones realizadas a partir de radiografías de los huesos de la muñeca. Pero hay que tener en cuenta dos cosas:

a) En primer lugar, hay que tener en cuenta que este tipo de actividad de comprobación de la edad plantea unos problemas de índole muy distinta a los que generalmente suscita la imputabilidad vinculada a las demás causas. En estos casos se trata de verificar si, en función del grado de soldadura de los huesos de la muñeca, puede considerarse que un sujeto tiene o no 18 años. Las valoraciones en este punto no pueden ser precisas al cien por cien; por eso, pienso, que en los casos verdaderamente dudosos el imputado debe ser tenido por menor, pues esta calificación determina la aplicación de un régimen de responsabilidad más beneficioso.

b) En segundo lugar, en estos casos de minoría de edad, también hay que tener en cuenta que la comprobación de la edad es algo que se hace al inicio mismo del proceso penal, justamente para poder decidir si se tramita por los cauces del proceso penal de adultos o por los del proceso penal de menores. Por eso mismo, en la práctica, no se suscitan problemas de prueba *stricto sensu*, pues es una cuestión que suele quedar despejada desde el inicio mismo del proceso y sobre la que no suele ser preciso un pronunciamiento judicial en la sentencia.

Las causas de inimputabilidad que nos importan ahora, por tanto, son las que tienen que ver con la situación psíquica del sujeto al que se imputa la comisión de un delito. Espero no solaparme demasiado con el contenido de otras ponencias si hago ahora un breve repaso de lo que se suele explicar habitualmente al respecto.

2.1. Las anomalías o alteraciones psíquicas

Empiezo por las anomalías o alteraciones psíquicas permanentes o, al menos, no transitorias. En general, el Código Penal actual ha optado por una fórmula mixta para determinar la concurrencia de esta eximente: de un lado, es preciso un sustrato biológico o, si se prefiere, psiquiátrico: que exista una anomalía o una alteración psíquica; pero, por otra parte, es preciso un elemento

psicológico o normativo, es decir, un efecto de inimputabilidad asociado al sustrato biológico o psiquiátrico.

En la práctica, pues, lo usual es verificar en primer término que el sujeto padece algún tipo de “enfermedad mental”: y esto ya es algo de por sí complicado, pues en el momento actual existe una crisis del concepto de enfermedad mental y de sus límites con la normalidad.

De forma tradicional, se entiende que existen cuatro categorías psiquiátricas fundamentales en las que dar encaje a las anomalías y a las alteraciones psíquicas: las psicosis, las oligofrenias, las psicopatías y las neurosis.

a) Se suele hablar de *psicosis* para designar a las genuinas enfermedades mentales, en las que se suele apreciar una base somática (física o bioquímica, a menudo sólo hipotética) que genera una transformación morbosa de las leyes psíquicas.

Existen, en primer lugar, psicosis endógenas, cuyas causas se consideran originadas en el propio organismo del sujeto que las padece. Entre ellas se puede enumerar las siguientes:

— La esquizofrenia, que comporta una escisión de la vida psíquica, con trastornos mentales, afectivos y de percepción de la realidad.

— La paranoia, que da lugar al desarrollo de un delirio sistemático y progresivo, aunque acompañado de lucidez: se trata de “monomanías” que no suelen afectar al resto de la vida psíquica.

— La psicosis maniaco-depresiva, que no afecta a la capacidad intelectual, pero determina de forma periódica oscilaciones entre fases de profunda depresión y de euforia exaltada.

— Las epilepsias, que producen ataques convulsivos, con o sin pérdida del conocimiento, en los que el sujeto realiza actos de forma inconsciente.

Junto a las psicosis endógenas, están las exógenas, debidas a factores externos que afectan al cerebro: por ejemplo, como consecuencia de la presencia de tumores, o de infecciones (como la sífilis), o de traumatismos, o de arteriosclerosis. También se suelen incluir aquí las enfermedades derivadas de la edad: es lo que ocurre con las demencias seniles, en sus diversas modalidades.

La jurisprudencia ha entendido con facilidad que estas psicosis, tanto las endógenas –muy especialmente la esquizofrenia–, como las exógenas, pueden provocar un efecto de inimputabilidad cuando su intensidad es plena. Y, cuando no es plena, entonces se acude a la eximente incompleta.

En algunas de estas psicosis el sujeto enfermo suele disfrutar de lo que se suelen conocer como “intervalos lúcidos”: en general, la jurisprudencia tiende a entender que no concurre la eximente cuando el sujeto ha cometido el hecho punible en esta situación, es decir, fuera de una crisis aguda. Pero se plantean dos problemas: 1) el primero, que a pesar de todo, sigue habiendo un fondo de “anormalidad”, de manera que el intervalo lúcido no siempre significa que el sujeto posea condiciones normales de imputabilidad; 2) el segundo es un

problema probatorio, pues no siempre es fácil acreditar si había o no intervalo lúcido justo en el momento de comisión de los hechos.

b) En cuanto a las *oligofrenias*, no suponen una alteración de la vida psíquica, sino una insuficiencia cuantitativa de inteligencia. Actualmente se suele distinguir entre oligofrenia leve (de 60 a 80 de cociente intelectual), media (de 40 a 60) y profunda (menos de 40 de cociente intelectual). La lectura de la jurisprudencia sólo deja claro el carácter eximente de la oligofrenia profunda: en los demás, y en función del nivel, se tiende a apreciar la eximente incompleta o una atenuante analógica ordinaria. En cambio, la simple “torpeza mental” –es decir, los casos fronterizos entre la normalidad y la debilidad mental– en algunos casos ni siquiera ha sido admitida como atenuante.

c) La tercera categoría de anomalías y alteraciones psíquicas son las *psicopatías*: aquí, el sujeto presenta una anormalidad en su carácter, en su modo de ser, que no afecta a su inteligencia ni, como regla, tampoco a su voluntad: las psicopatías afectan a la afectividad en sentido amplio. Por eso es difícil definir *a priori* si son fuente de inimputabilidad: la jurisprudencia, como regla, les niega valor como para fundar una exención plena, aunque en ocasiones sí que ha admitido la eximente incompleta; no obstante, también es frecuente negar incluso el valor atenuatorio, porque no afectan a la lucidez, sino sólo a la afectividad.

d) La última categoría es la de las *neurosis*, que resulta mucho más difícil de definir y sistematizar. Se suelen englobar aquí las reacciones psíquicas anormales ante una determinada situación: casos de angustia, de depresión o de mecanismos de autodefensa, que a veces pueden generar impulsos irresistibles. También las caracteriza el hecho de que las reacciones psicológicas anormales que provocan siguen siendo comprensibles para el hombre normal. Por eso, la jurisprudencia se ha servido más bien de la categoría del trastorno mental transitorio para eximir de responsabilidad al neurótico, ya sea de forma completa o de forma incompleta.

2.2. El trastorno mental transitorio

La categoría del trastorno mental transitorio es mucho más heterogénea que la anterior. Sobre la base de causas diversas, se produce un efecto psíquico común, consistente en una inimputabilidad transitoria. Por tanto, la diferencia con la eximente anterior está en la duración y en la causa.

En cuanto a su eficacia jurídica, puede variar según los grados: así, puede haber una eximente plena, una eximente incompleta o bien una atenuante (y puede ser la atenuante analógica o bien la de arrebató, obcecación u otro estado pasional).

Es evidente que la situación de trastorno mental transitorio debe concurrir en el momento de comisión de la conducta.

No es preciso, en cambio, que la causa del trastorno sea exógena, externa al sujeto: también puede proceder de una cierta base patológica (es lo que sucede, como se dijo antes, con ciertas neurosis). En definitiva, ni una cosa ni su contraria.

Así se ve con claridad en los dos supuestos de trastorno mental transitorio especialmente regulados: la intoxicación por alcohol u otras drogas, y el síndrome de abstinencia.

En general, se ha aceptado en el Código Penal la doctrina tradicional sobre la acción libre en la causa: por eso, se exige que el trastorno no haya sido provocado por el sujeto con el propósito de cometer el delito, y cuando el sujeto hubiera previsto o debido prever su comisión.

Los efectos de esta formulación se trasladan, sobre todo, al ámbito de la intoxicación por alcohol u otras drogas: si está preordenada a la comisión del delito no tiene efectos eximentes. Por el contrario, si la intoxicación es plena y es fortuita, se le reconoce carácter de eximente. En cambio, si la intoxicación es voluntaria (pero no preordenada al delito) o culposa, entonces puede no ser operativa la circunstancia cuando el hecho en sí, y no sólo la intoxicación, fuera imputable a una imprudencia anterior punible.

2.3. La alteración de la percepción

Hay que recordar, para cerrar ya este repaso sobre la dimensión sustantiva penal de la cuestión que nos ocupa, que el art. 20.3 CP declara exento de responsabilidad a quien, “por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”.

En general, la doctrina mayoritaria entiende que el concepto de “percepción” se relaciona con los sentidos. Por eso, sólo se da cabida a la sordomudez, siempre que genere una auténtica inimputabilidad; no se incluye, en cambio, la ceguera u otra privación sensorial, pues no provocan inferioridad en cuanto a la comprensión de las normas.

Algún autor, sin embargo, ha propugnado que se le dé una mayor potencialidad, para incluir perturbaciones en el acceso a la realidad y al mundo social, que no son trastornos mentales, pero que pueden afectar notablemente a la capacidad de actuar conforme a las exigencias jurídicas: así sucede, a juicio de Díez Ripollés, para los supuestos graves de socialización defectuosa, vinculados en ocasiones a situaciones de inmigración. Lo que ocurre es que, en estos casos, la doctrina suele entender que la eximente ya no se fundaría en la inimputabilidad, sino más bien en una causa de exculpación.

II. CUESTIONES PROBATORIAS

Todo lo expuesto hasta ahora era de carácter sustantivo penal, pero me parece que era necesario traerlo a colación para pasar al terreno de lo procesal y, más en concreto, al terreno de lo probatorio. Y esta faceta de lo probatorio voy a abordarla con arreglo a un esquema más bien clásico, que sirve para tratar de manera sistemática los problemas que plantea esta cuestión. Adelanto ya que no estoy en condiciones de ofrecer respuestas unívocas a todas las cuestiones que voy a plantear, por una razón muy sencilla, que adelanto ahora, pero que irá apareciendo de forma recurrente: creo que es un tema en el que la interconexión

entre lo fáctico y lo normativo es muy fuerte, pero para el que es justamente muy importante poder necesario deslindarlos. Y lo que ocurre es que esta labor de delimitación resulta muy difícil, pues es imposible ofrecer parámetros generalizables, de modo que no queda más remedio que hacerlo caso por caso...

Se trata de algo que se irá viendo a medida que nos ocupemos del objeto de la prueba, de los medios de prueba, de la actividad probatoria, de la valoración de la prueba y de la carga de la prueba.

1. Objeto de la prueba

Empecemos por el objeto de la prueba sobre la imputabilidad. Como saben de sobra todos Ustedes, preguntarse por el objeto de la prueba no es preguntarse por la finalidad que se persigue al probar, sino más bien por los extremos o cuestiones que han de ser probados. La prueba es el conjunto de actividades que llevan a cabo las partes con y ante el juez para convencer a éste de la certeza de una serie de hechos controvertidos. Por eso mismo, la regla de molde es la de que el objeto de la prueba lo integran primordialmente hechos, cuestiones fácticas.

En general, la doctrina procesal se plantea la posibilidad de que puedan ser objeto de prueba tres extremos distintos: hechos, máximas de experiencia y normas jurídicas.

— Los hechos son acontecimientos históricos –aunque sea con minúsculas– o situaciones que se mantienen y que pueden situarse en coordenadas espacio-temporales.

— Las máximas de la experiencia son reglas generales empíricas, que explican de manera abstracta el devenir de los hechos en ciertos dominios de la realidad. Existen máximas de experiencia de general conocimiento y que se encuentran al alcance de todos, ciudadanos y juzgadores; pero muchas otras han sido acuñadas en sectores científicos y técnicos mucho más especializados, y es importante que sean aportadas al proceso para que el juzgador las conozca y pueda servirse de ellas para enjuiciar los hechos.

— Finalmente, se suele decir que también pueden ser objeto de prueba ciertas normas jurídicas, en los casos excepcionales en que no puede presumirse su conocimiento o su accesibilidad por parte del juez: en el ámbito del proceso civil, esta afirmación se ciñe tanto a la costumbre como al Derecho extranjero; en el del proceso penal, la posibilidad de que el Derecho sea objeto de prueba es mucho más reducida, limitándose a ciertas cuestiones de Derecho extranjero que pueden ser necesarias, por ejemplo, para considerar cumplido el requisito de doble incriminación en temas de cooperación internacional (pero que están, con mucho, muy lejos de lo que aquí nos interesa).

Si nos ceñimos a lo que aquí nos interesa, es decir, a la imputabilidad, lo primero que debemos tener en cuenta es que hablar de «prueba de la imputabilidad» es, en realidad, una forma incorrecta de expresarse. En rigor, la imputabilidad no se prueba, sino que se enjuicia: no es algo que las partes tengan

la carga de acreditar, sino que le corresponde al tribunal formular un enjuiciamiento al respecto. Esto es así, obviamente, porque en la imputabilidad, según se ha visto ya, concurre una dimensión fáctica y una dimensión valorativa o normativa: se dan una serie de hechos o circunstancias fácticas (v.g., que un sujeto padece una esquizofrenia o se encuentra bajo los efectos de una sustancia psicotrópica), pero es preciso apreciar que debido a ello el sujeto no comprendía el carácter antijurídico de su conducta o no podía dirigir su conducta de acuerdo con esa comprensión.

Por eso he dicho que más que hablar de prueba sobre la imputabilidad, lo procedente es hablar de la formulación de un juicio acerca de la imputabilidad: hay elementos fácticos, que admiten prueba, pero también hay elementos valorativos, que suponen enjuiciamiento en sentido estricto.

Lo que ha de ser objeto de prueba, por tanto, han de ser los elementos fácticos sobre los que se funda el juicio sobre la imputabilidad. Ahora bien, no resulta del todo sencillo deslindarlos, pues la interrelación entre unos y otros es enorme.

En efecto, es obvio que interesa saber si, efectivamente, el imputado padece una esquizofrenia. Lo que ocurre es que, de ese solo hecho, no se deriva por sí sola la imputabilidad, pues es necesario también saber si esa enfermedad, en el momento de cometer el hecho punible, condicionó de algún modo su actuación hasta el extremo de no poder reprochárselo: y es que las enfermedades mentales no son todas iguales en todos los sujetos ni en todos los momentos... Para formular el juicio valorativo acerca de la imputabilidad, por tanto, puede ser necesario verificar si se han acreditado ciertos hechos o circunstancias que, más que referirse directamente a la patología de base, se refieran al concreto modo de incidir de esa patología sobre la conducta del sujeto en ese momento. Creo que la dificultad de la cuestión se puede ilustrar con un ejemplo: preguntándose si la frase «En el momento de cometer el delito el acusado sufría un delirio paranoide que no le permitía contener sus impulsos» contiene una afirmación estrictamente fáctica o también jurídica-valorativa. Me parece muy difícil responder a esto con una afirmación o con una negación rotundas. En proposiciones de este tipo hay elementos que no son estrictamente fácticos: es lo que sucede con el “no le permitía contener sus impulsos”. Ahora bien, esa proposición es jurídicamente relevante, sin duda, porque es la que importa para formular el juicio sobre la imputabilidad: pero creo que no se puede construir únicamente con criterios jurídicos, sino que es imprescindible tener en cuenta factores de tipo psicológico o psiquiátrico para hacer una afirmación de ese tipo, además también de elementos jurídicos.

Por eso, creo, cobra gran importancia algo que he mencionado antes, y que conviene traer a colación ahora: el tema de las máximas de la experiencia como objeto de prueba en el proceso. Es evidente que, en este aspecto, la gran mayoría de los juicios se construyen sirviéndose de máximas de experiencia construidas en el ámbito de la psiquiatría y la psicología: son las categorías de estas ciencias las que han puesto nombre a las alteraciones, anomalías o trastornos mentales; son éstas las que, en general, definen si un rasgo de la personalidad traspassa o no

los límites de la normalidad; en definitiva, las categorías psiquiátricas o psicológicas son las muletas que necesita al juez para decidir si a un sujeto le era exigible haber actuado de forma distinta a como lo hizo.

Estas máximas de experiencia son las que usarán los peritos para diagnosticar al imputado y emitir su informe; pero es vital que el perito comparta esas máximas de experiencia con el juzgador, de modo que el juzgador pueda usarlas por sí mismo, aunque sea rudimentariamente. Porque el juicio sobre la imputabilidad lo tiene que hacer el juez por sí solo; y si para hacerlo necesita manejarse con reglas de la psiquiatría y la psicología, es importante darle esas herramientas, para que él pueda manejar con cierta autonomía esas máximas de experiencia y pueda formular por sí solo y con verdadero criterio propio el juicio de imputabilidad.

Ahondando un poco más ahora en la cuestión de los hechos, es importante sentar otra premisa: aunque llevemos ya un rato hablando de “prueba sobre la imputabilidad”, lo cierto es que en el proceso penal no se plantea en cuanto tal algo que podamos llamar “la cuestión de la imputabilidad”, sino que las cosas se dan de forma distinta. Sobre la base de una premisa general de imputabilidad de los sujetos mayores de 18 años, se suscita si en un caso concreto un imputado, porque lo alega él o porque lo sospecha el juez instructor o el tribunal sentenciador, es inimputable: pero no se plantea la cuestión en abstracto, sino siempre con referencia a alguna de las eximentes del Código Penal vinculadas con la inimputabilidad. En definitiva, no se trata de ver en todos los casos si el sujeto es imputable, sino de verificar si concurre alguna causa concreta de inimputabilidad. En el caso de la embriaguez, la intoxicación por otras sustancias y el síndrome de abstinencia, esa vinculación con el Código Penal es sencilla. En cambio, en el caso de la circunstancia 1ª del artículo 20, las puertas que se abren son muy amplias, pero es indudable que debe llegarse a un cierto grado de concreción dentro de la noción de la anomalía y la alteración psíquica, o del trastorno mental: tal vez no al principio del proceso –salvo que el imputado, por su historial, pueda desde un principio suministrar la “etiqueta psiquiátrica” que le corresponde–, pero es lógico que debe llegar un momento en que la causa de inimputabilidad quede vinculada a una categoría o etiqueta más concreta dentro del magma del art. 20.1 CP.

2. Los medios de prueba

Tras el objeto de la prueba, deben analizarse cuáles son los medios de prueba aptos para formar la convicción del juez acerca de los hechos controvertidos y para suministrarle las máximas de la experiencia que necesita para apreciarlos. Es evidente que el medio de prueba “estrella” en relación con las causas de inimputabilidad es la pericia. Aunque, como luego expondré, tampoco es el único; pero sí que es innegable su valor primordial, sobre todo cuando se trata de causas de inimputabilidad vinculadas a la existencia de anomalías o alteraciones psíquicas, o trastornos mentales transitorios.

2.1. La pericia como medio de prueba básico en relación con la concurrencia de una causa de inimputabilidad

Son varias las cuestiones que deben abordarse en relación con la pericia en este ámbito, y dando por sentadas las reglas generales establecidas al respecto por la LECrim.

1º. Quién ostenta la condición de perito idóneo

La primera de ellas es la determinación de quién ostenta la condición de perito idóneo: y la duda se suscita porque pueden concurrir médicos forenses, psiquiatras y psicólogos.

a) El hecho de que el informe pericial se encargue a un Médico Forense es algo muy habitual en la práctica, en especial cuando el juez de instrucción se plantea por sí mismo la cuestión en el marco de la investigación. Las ventajas son claras, en términos de coste, comodidad práctica y confianza. El problema es que los Médicos Forenses no son necesariamente especialistas en psiquiatría, dada la gran diversidad de cometidos que se les pueden asignar en su actuación cotidiana: por eso, el nivel técnico de la pericia puede no ser el adecuado. Afortunadamente, la regulación de los Institutos de Medicina Legal da cabida a la especialización y a la creación de servicios de psiquiatría forense: a medida que estas posibilidades normativas se vayan concretando en la práctica, será posible disponer de verdaderos expertos en esta materia.

b) La actuación de psiquiatras al margen del cuerpo de Médicos Forenses, sin embargo, es también posible:

— De un lado, durante la instrucción, al amparo de lo dispuesto en el art. 348 LECrim, que permite al juez, de oficio o a instancia del Médico Forense, nombrar otros facultativos para que cooperen con él. Parece lógico entender que los honorarios de estos facultativos serán de cargo de la Administración de Justicia, lo que induce a pensar en una praxis restrictiva.

— De otro lado, también durante la instrucción, al amparo de lo dispuesto en los arts. 471 y sigs. LECrim, para los casos en que el reconocimiento pericial no pueda reproducirse en el juicio oral: aquí se permite al querellante y al procesado nombrar a su costa a un perito que intervenga en el acto pericial. Ahora bien, la regulación legal da a entender que habrá varios peritos, pero un solo informe, cuyo contenido obedecerá al parecer de la mayoría. Dos cosas al respecto: de entrada, no tengo claro si es de aplicación general a los casos que nos ocupan, pues no es fácil sostener que los dictámenes sobre imputabilidad no se pueden reproducir “de cara al juicio oral” (que es lo que creo que debe entenderse por “reproducir en el juicio oral”); segunda cosa: no me parece que sea del todo razonable entender que deban emitir un único informe por mayoría; puede ser más interesante ofrecer al juez de instrucción todas las perspectivas.

— Además, por supuesto, y de cara al juicio oral, las partes podrán proponer peritos, con arreglo a las disposiciones generales de los arts. 656 y sigs. LECrim.

c) Al margen de los Médicos Forenses y de los psiquiatras, cabe plantearse la posibilidad de que actúen como peritos en estas materias psicólogos: no son médicos, es cierto, pero disponen de conocimientos que pueden ser de gran utilidad, sobre todo si se asume que las variables psicológicas y psico-sociales son también relevantes en ciertos casos de inimputabilidad, además de las estrictas patologías clínicamente detectables. Nuestra jurisprudencia lleva ya tiempo admitiendo la labor de psicólogos como peritos: evidentemente, no se pueden centrar en la formulación de un diagnóstico clínico sobre la concurrencia de una patología; pero su forma de trabajar sí que es apta para llevar a cabo operaciones psicométricas para evaluar lo normal o lo anormal de una conducta en un sujeto, o para determinar su nivel de inteligencia (de utilidad para los casos de oligofrenia), o para hacer evaluaciones amplias de la personalidad de un sujeto.

Lo ideal, como es lógico, sería que en las clínicas forenses hubiera psiquiatras y psicólogos a disposición de los órganos jurisdiccionales. No siendo así, no cabe mostrar *a priori* preferencia absoluta por el psiquiatra frente al psicólogo, sino que debería tenderse a una colaboración, que diera mayor grado de fiabilidad al dictamen.

2º. Sobre qué ha de versar la labor del perito: el deslinde complicado de tareas entre juez y perito en esta materia

Una segunda cuestión de relevancia en relación con la prueba pericial acerca de la imputabilidad de un sujeto consiste en la determinación de los extremos sobre los que ha de versar el dictamen pericial.

En principio, si la pericia es un medio de prueba, podrá tener por objeto hechos y máximas de experiencia. Traducido esto al plano de la imputabilidad, ya se ha dicho antes cómo, según la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria, presenta dos facetas: una más biológica y otra más normativa. Parece, pues, que al perito le correspondería lo biológico, lo psiquiátrico; y sería competencia del juez decidir acerca de lo normativo.

Lo cierto, sin embargo, es que en ambos niveles de la imputabilidad se acaban mezclando cuestiones fácticas-médicas-biológicas, con cuestiones que son jurídicas-normativas-valorativas.

Por eso, a la hora de plantearse sobre qué presupuestos debe pronunciarse el perito en sus conclusiones, caben tres posibles respuestas:

— Que el perito se limite a pronunciarse acerca de si el imputado padece algún trastorno mental y, en su caso, cuál, con qué características, duración, pronóstico futuro, etc.

— Que, además de lo anterior, que nadie discute, el perito también se pronuncie acerca de cómo ese trastorno afecta a las funciones psíquicas del sujeto que son relevantes desde una perspectiva jurídico-penal (simplificadamente, acerca de cómo afectan a su inteligencia y a su voluntad).

— Que el perito vaya aún más allá y también ofrezca su opinión, directamente, acerca de la imputabilidad del imputado, acerca del modo en que el trastorno afectaba a su imputabilidad.

En ningún caso se defiende que el dictamen del perito, llegue al nivel que llegue, sea vinculante. Pero es evidente que no es lo mismo que el perito se quede en el primer nivel, o bien que llegue al segundo o al tercero: es más, bien mirado, sólo existen diferencias terminológicas entre el segundo y el tercero, pues preguntarse por la incidencia del trastorno sobre las funciones psíquicas con relevancia jurídica es lo mismo que preguntarse por la imputabilidad...

En nuestra jurisprudencia el Tribunal Supremo parece haber afirmado, con bastante claridad, que en la imputabilidad existe un componente biológico y otro normativo, y que el dictamen pericial debe versar sobre lo primero, mientras que la segunda tarea es exclusiva del juez.

En la práctica, sin embargo, me parece que las cosas son un poco distintas. De entrada, porque lo que se espera del perito es, de hecho, que tome posición sobre la imputabilidad y, muchas veces, cuando el perito no toma espontáneamente posición al respecto, el tribunal le pregunta directamente. Pero, además, existe otro dato de importancia: es muy frecuente que el juicio sobre la imputabilidad, dentro ya de la sentencia penal, se efectúe dentro de la declaración de hechos probados: se hace constar que el sujeto, en el momento de la comisión de los hechos, padecía determinado trastorno y que en virtud del mismo tenía disminuidas en determinado grado sus facultades para comprender la ilicitud de su conducta o de actuar conforme a esa comprensión, o bien que el trastorno no afectaba a esas capacidades. El que esto sea así pone de manifiesto cómo, con frecuencia, se le da a toda la imputabilidad, a todos sus elementos, un valor fáctico, lo que justifica que el dictamen del perito se pronuncie sobre todas estas cuestiones.

La doctrina penal está dividida acerca de esta cuestión, es decir, acerca de si el perito puede entrar a pronunciarse sobre el nivel normativo de la imputabilidad. Hay que tener en cuenta una cosa: es científicamente imposible comprobar si el sujeto concreto, en el momento en que actuó, pudo también haber actuado de otro modo; por eso, es evidente que las aseveraciones del perito en este punto nunca podrán tomarse como indiscutibles; pero sí que puede estar en condiciones de dar su opinión acerca de si, hasta determinado punto o en cierta medida, el sujeto tenía o no un grado suficiente de libertad. Por eso mismo, no es ilógico que el perito se pronuncie sobre estas cuestiones.

En el fondo, ya he dicho antes que en este punto son tan importantes los hechos como las máximas de la experiencia: se le pueden formular de manera “desnuda”, pero lo habitual es que se expongan siempre con conexión a los hechos concretos, a modo de explicación en el caso concreto de la vigencia de las reglas empíricas. Además, y esto lo ha señalado con insistencia la doctrina alemana, es importante que el perito, a través de su dictamen, le aporte al juez máximas de experiencia que le permitan someter adecuadamente a valoración el dictamen pericial.

En el ámbito de los “peritos”, es decir, en el contexto de los médicos, psiquiatras y psicólogos, existe al parecer una división entre “agnósticos” y “gnósticos”. Los primeros se niegan a pronunciarse sobre la cuestión de la libertad del sujeto en el momento de comisión del hecho delictivo, y se limitan a informar sobre el diagnóstico del trastorno mental, así como sus características particulares. Los “gnósticos”, en cambio, sí que se consideran competentes para ofrecer al tribunal elementos de juicio sobre el nivel normativo de la imputabilidad. En España, al parecer, son mayoría, aunque no hay datos estadísticos a los que haya podido acceder que ilustren sobre esta cuestión. En Alemania se hizo un estudio en los años 80 sobre esta cuestión, que puso de manifiesto cómo entre un 70 y un 97% de los informes periciales contiene un pronunciamiento expreso del perito acerca de la imputabilidad del acusado.

3º. Las limitaciones intrínsecas a la labor del perito

En cualquiera de los casos, me parece que, a modo de “compensación” de todo lo anterior, hay que tener en cuenta las limitaciones intrínsecas que afectan a la prueba pericial en esta materia y que, a juicio de algunos, permiten cuestionarse si este instrumento está en condiciones de satisfacer las exigencias jurídicas y judiciales.

— De un lado, existen dificultades ambientales para practicar la pericia: ha transcurrido tiempo entre el hecho y el momento de la pericia; el peritado se encuentra inserto en un contexto coactivo; y sus derechos procesales pueden incluso influir en la práctica de la pericia.

— Además, la propia evolución de la psiquiatría y de la psicología conduce a que ya no tiendan a hacerse descripciones globales de la personalidad del imputado: importan más los síntomas, los trastornos singulares, en vez de hablar de “enfermedades” y usar “etiquetas más generales”. Por eso, es más frecuente que se acaben haciendo afirmaciones, no conectadas suficientemente entre sí, sobre la presencia en el sujeto de ciertos trastornos mentales, pero no se llega a dar una visión global de la persona que facilite el juicio sobre el elemento más fáctico de la imputabilidad.

— Se corre también el riesgo de que existan dictámenes poco fundados, poco asentados en la explicación de máximas de experiencia: el perito, de un lado, interioriza necesidades político-criminales, para ajustarse al juzgador, que espera de él una opinión sobre la imputabilidad, que a menudo pueda encajarse dentro de las categorías y clasificaciones que ya tiene establecidas el Tribunal Supremo.

2.2. Otros medios de prueba

Obviamente, la prueba pericial es básica en los asuntos que nos ocupan ahora. Pero antes de seguir con ella, me parece importante poner de manifiesto que existen otros medios de prueba que también pueden ser importantes, máxime si se tienen en cuenta las limitaciones intrínsecas a las pericias.

Así, no se puede ignorar el valor de las declaraciones del imputado, de la víctima o de otros testigos, en especial como forma de corroborar extremos que,

debido al paso del tiempo, el dictamen pericial no puede solventar. Esto se ve con especial claridad en los casos en que la inimputabilidad se trata de hacer derivar de intoxicaciones y de síndromes de abstinencia.

3. La actividad probatoria en relación con la prueba pericial

3.1. El tiempo de la prueba pericial

Voy a centrarme, pues, en la actividad probatoria respecto del dictamen pericial. Lo primero que hay que tratar, me parece, es lo relativo al tiempo.

Es evidente que la cuestión de la inimputabilidad del imputado se puede, y se suele suscitar durante la instrucción. En ese momento, según he dicho antes, el propio juez de instrucción puede ordenar la realización de un informe sobre la situación mental del imputado; y pueden sumarse a ese informe otros peritos, designados por las partes. Creo, sin embargo, que caben más posibilidades: v.g., que la defensa aporte dictámenes periciales elaborados bajo su instancia (no creo, en cambio, que la acusación particular pueda pedir nada distinto de la participación de su perito en el dictamen del perito encargado por el juez).

Por supuesto, de cara al juicio oral, también se pueden pedir nuevos informes periciales, esta vez siempre a instancia de parte. Justamente en relación con esta cuestión hay que tener en cuenta este dato: que en el juicio oral la iniciativa probatoria de oficio está seriamente limitada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, lo que convierte en discutible que sea el juicio oral el momento adecuado para solicitar una pericia.

Lo que sí puede llegar al juicio oral es el dictamen pericial que se haya elaborado durante la instrucción: y tendrá eficacia probatoria ordinaria si no se ve sometido a contradicción por ninguna de las partes, conforme a la visión jurisprudencial ordinaria de este fenómeno.

Hay que tener en cuenta, además, que la relevancia de los dictámenes periciales durante la instrucción es secundaria, por una sencilla razón: con arreglo al art. 782.1 LECrim, la concurrencia de las eximentes del Código Penal vinculadas con la inimputabilidad no es motivo suficiente para decretar el sobreseimiento libre, a pesar de lo que dice el art. 637.3 de la propia LECrim: hace falta juicio oral, en todo caso, para decretar las medidas de seguridad correspondientes y, aunque no procediera imponer medidas (v.g., algunos casos de embriaguez o intoxicación), para resolver sobre la responsabilidad civil. Por eso mismo, se corre el riesgo de disminuir el valor del dictamen en la instrucción: en pura lógica procesal es razonable, porque debe primar el juicio; pero lo cierto es que, para la eficacia del dictamen, es mejor que sea más próximo en el tiempo.

También suele ser frecuente que se lleven al proceso informes médicos o psicológicos elaborados a lo largo de la vida del sujeto, en los casos en que tiene un historial de enfermedad mental: al margen de cuestiones relativas a la privacidad que debería revestir su manejo, hay que tener en cuenta su valor relativo, pues no se refieren al hecho punible en sí; pero pueden ser de utilidad para reconstruir trazos de la enfermedad y cosas similares.

3.2. *Proposición y admisión probatoria*

En cuanto al régimen de proposición y admisión de la pericia, no hay especialidades de ningún tipo, de modo que se aplican las reglas generales. Y, en aplicación de las reglas generales, debo repetir algo que ya he dicho antes.

En la instrucción, la iniciativa puede corresponder al instructor, pero también a las partes.

En el juicio oral, en cambio, la iniciativa está estrictamente en manos de las partes, de modo que el tribunal no puede por sí solo ordenar que se someta al encausado a una pericia: no se darían las exigencias impuestas por la jurisprudencia para permitir una aplicación del art. 729.2 LECrim. La consecuencia puede ser muy grave, pues el tribunal va a tener que decidir a pesar de todo sobre la inimputabilidad, pero sin el apoyo que le brindaría la pericia; aunque el tema se puede ver compensado si había un dictamen ya previo de la instrucción.

Por supuesto, las decisiones del instructor y las posteriores del tribunal sentenciador sobre admisión o inadmisión de estas periciales pueden ser objeto de impugnación conforme a las reglas ordinarias: y esto, en ocasiones, permite llegar a apelación o casación, en caso de indebida denegación de la prueba pericial sobre la imputabilidad. En casación, la estimación de este motivo llevaría a una retroacción de actuaciones. Pero, en cambio, en apelación, podría conducir a la práctica de la prueba en segunda instancia, con la consiguiente necesidad de que fuera el tribunal de apelación el que formulara un nuevo juicio sobre la imputabilidad fundándose en la prueba pericial evacuada en este segundo grado.

3.3. *Práctica de la pericia*

En la práctica de la prueba pericial, por otra parte, cabe distinguir dos momentos distintos: la actividad pericial propiamente dicha, de un lado; y la actividad procesal, una vez que el dictamen ya ha sido elaborado.

1º. La actividad pericial propiamente dicha comporta una relación entre el sujeto y el perito, de modo que éste realice sobre él pruebas clínicas y diagnósticas de diverso tipo, y que pueden variar en función de que el perito sea un psiquiatra o un psicólogo. Es lógico asumir que esta actividad, en el caso de que se deba realizar de cara al juicio oral, se lleve a cabo antes de las sesiones del juicio, de modo que en él se discuta sobre el informe en sí. Lo problemático, me parece, es determinar hasta qué punto el imputado está o no obligado a someterse a este dictamen y a colaborar en su práctica, en la medida en que su realización necesita de una mínima colaboración activa por su parte.

En efecto, si el perito ha sido designado por el propio imputado, es razonable suponer que éste se someta a las actividades exploratorias que sean precisas. Ahora bien, su reacción no tiene por qué ser la misma si se trata de un perito designado por el órgano judicial y, menos aún, si lo ha designado la acusación.

En este punto, debe recordarse la vigencia del derecho fundamental a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, interpretado por el

Tribunal Constitucional como el derecho a no efectuar declaraciones que puedan resultar incriminatorias o perjudiciales para la posición jurídica del sujeto pasivo del proceso penal. Este derecho se tiene frente a la actividad investigadora de la policía y del juez instructor y, por eso, cabe entenderlo también vigente ante los peritos, llamados a colaborar en este punto con las autoridades de persecución penal: en la medida en que participar activamente en la exploración puede suponer colaborar en la construcción y en la prueba de la acusación contra él, se le puede considerar amparado por este derecho constitucional. Y, del mismo modo, también tiene derecho a someterse sólo de forma parcial a la exploración, es decir, a decidir a qué aspectos contesta y a cuáles no. Por eso mismo también, cabe entender que tiene derecho a estar asistido de su abogado durante la práctica de la exploración pericial. Y es que, conviene recordarlo, el perito no actúa como profesional que esté dispensando un tratamiento médico-psiquiátrico o psicológico al imputado –pues entonces, pienso, operarían los códigos deontológicos–, sino que nos hallamos ante una diligencia de investigación o una actividad probatoria *stricto sensu* que se desarrollan en el marco de un proceso penal contra el imputado. Y todo ello con la garantía de que su silencio, en cuanto tal, no puede perjudicarlo: el perito habrá de emitir el informe con el material del que disponga y esto le puede constreñir a evacuar un dictamen inconcluyente; pero lo importante es que de ese resultado no se pueden inferir consecuencias negativas para el imputado. El peligro, por supuesto, se encuentra en el riesgo de que esas consecuencias negativas se operen, pero sin que operatividad se haga visible de forma explícita.

2º. Una vez llevada a cabo la actividad pericial, el perito elaborará un informe que habrá de incorporarse al proceso. Si se realiza durante la instrucción, es posible que el perito sea llamado a declarar al respecto ante el juez, de forma contradictoria. Y lo mismo sucede en el juicio oral, donde se puede también interrogar de forma contradictoria al perito para que explique el contenido de su dictamen. En este punto, en todo lo no previsto expresamente por la LECrim, se pueden utilizar a título supletorio las previsiones de la LEC.

4. La valoración de la prueba pericial

Realizada y practicada la pericia, corresponde al tribunal valorarla. Ahora nos interesa primordialmente la valoración que deba hacer al respecto el tribunal juzgador en sentencia y no tanto el valor que pueda atribuirle el instructor al final de la investigación, pues aunque deduzca la plena inimputabilidad del sujeto, debe decretar en todo caso la apertura del juicio oral.

4.1. La regla general de la libertad de valoración probatoria

En principio, y esto es lo que ya he expuesto antes, la regla general es la de que la prueba pericial se valora libremente. En consecuencia, el juzgador ha de apreciar conforme a las reglas de la sana crítica el dictamen pericial, o los varios dictámenes de que disponga. En esta labor de sana crítica es indudable que puede servirse de las otras pruebas accesorias (como el testimonio de la víctima o

de otros testigos), que le permitirán valorar mejor el estado en que se hallaba el sujeto en el momento de comisión de los hechos.

Por eso mismo, he insistido antes en la importancia de proporcionar al juzgador herramientas para valorar adecuadamente el dictamen: en este sentido, los peritos deberían explicar al tribunal la forma en que han elaborado el dictamen (entrevistas, métodos psicométricos, anamnesis, recopilación de datos), cuál es el marco teórico en que se sustentan sus conclusiones, cómo se correlacionan los síntomas hallados en el sujeto con los que describen el trastorno que se diagnostica. Es importante que el tribunal disponga de informaciones de este tipo, sobre todo si se tiene en cuenta la habitualidad con que el dictamen pericial se pronuncia, de forma más o menos abierta, sobre la imputabilidad.

En la práctica, a pesar de la afirmación generalizada de que la prueba se valora libremente, se da la percepción generalizada de que los tribunales suelen asumir en sus sentencias el contenido del dictamen. En España no he accedido a datos estadísticos; sí que se han hecho estudios en Alemania, en la década de los 80, a los que me he referido antes, y nos dicen lo siguiente: que el pronunciamiento del perito sobre la imputabilidad es asumido por el tribunal en más de un 94% de los casos, en la mayoría de los casos sin llevar a cabo un análisis crítico del dictamen, sino limitándose a reproducir fragmentos del mismo en la fundamentación jurídica de la sentencia y calificándolo globalmente como “convinciente”.

No sé hasta qué punto el resultado de un estudio análogo en España sería hoy muy diferente. También considero importante tener en cuenta un dato adicional: puede ser más sencillo apartarse de un dictamen pericial para un juez profesional; pero, sin duda, las cosas serán más difíciles cuando estamos en el ámbito de procesos ante el Tribunal del Jurado, por razones que no es preciso explicar ahora. Se da, además, el peligro de que puedan concurrir dictámenes contradictorios que coloquen a los jurados en una situación muy difícil para formular el juicio de imputabilidad que se espera de ellos. Es importante, pues, que las instrucciones del Magistrado Presidente al jurado en este punto sean especialmente minuciosas y orienten eficazmente la posterior toma de decisiones.

4.2. *La impugnabilidad de la valoración de la prueba pericial*

La valoración del dictamen pericial en este ámbito suscita otras dos cuestiones. La primera de ellas es la relativa a la impugnabilidad en apelación o en casación de la valoración asignada a la prueba pericial.

En general, cuando la sentencia es apelable, no hay problema legal para fundar el recurso en la indebida valoración por parte del tribunal del dictamen pericial y/o en la incorrecta formulación del juicio sobre la imputabilidad en la sentencia. El carácter abierto de la apelación penal española consiente este tipo de impugnaciones, y consiente que se formulen tanto por la defensa del acusado como por parte del Fiscal o de eventuales acusadores particulares. El único problema práctico –pero que no es exclusivo de estos dictámenes– es el derivado de la aplicación de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional en la

sentencia 167/2002 y que se traduce en la necesidad de que el dictamen pericial impugnado “se practique” en la segunda instancia: en la medida en que el perito autor del dictamen hubiera declarado en el juicio oral y pudiera entenderse que sus explicaciones fueron relevantes en el proceso de toma de decisión judicial, cabe pensar que también deberá volver a ser interrogado en segunda instancia.

De cara a la casación los problemas y dificultades son mayores, dada la intangibilidad en casación del juicio fáctico y de la imposibilidad de controlar en casación la valoración probatoria efectuada por el juzgador de instancia. No obstante, hay que tener en cuenta tres cosas:

a) La primera es la doctrina del TS interpretando el art. 849.2 LECrim, en relación con el motivo de casación basado en “el error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos”. La prueba pericial no es prueba documental, por mucho que el soporte del informe pericial sea un documento, lo que excluye en principio la utilización de este motivo. Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo sí que ha admitido servirse de esta vía para impugnar en casación cuando se dan las siguientes condiciones:

— En la instancia existió un solo dictamen, o varios pero absolutamente coincidentes;

— En la causa no hubo más pruebas sobre los mismos elementos fácticos;

— El tribunal proclamó en la sentencia que el dictamen (o los dictámenes coincidentes) han sido la base única de su declaración de hechos probados;

— Pero: (i) primera posibilidad: el tribunal incorpora en la sentencia el dictamen de forma fragmentaria, incompleta, mutilada o contradictoria, de modo que se altere de forma relevante su sentido originario, y poniendo con ello de manifiesto el error;

o (ii) segunda posibilidad: el tribunal llega a conclusiones divergentes con la del informe o los informes, sin expresar razones que lo justifiquen. Ahora bien, si el tribunal justifica la divergencia, entonces estará vedado el acceso a casación por este cauce.

b) Al margen de lo anterior, hay que tener en cuenta también la posibilidad de servirse del recurso de casación por infracción de precepto constitucional del art. 852 LECrim y, en concreto, por infracción del derecho fundamental a la presunción de inocencia establecido en el art. 24.2 CE. En efecto, debe recordarse que, tal y como ha sido definida por la jurisprudencia constitucional, la presunción de inocencia es una garantía compleja del proceso penal, conformada por la exigencia de que toda sentencia de condena se funde en una mínima actividad probatoria, que tenga contenido incriminatorio, que se haya obtenido y practicado con todas las garantías y que haya sido valorada con arreglo a las exigencias de la lógica y de la experiencia. Pues bien, por este cauce puede tratar de formularse un recurso de casación si se alega que el dictamen pericial sobre la imputabilidad ha sido objeto de una valoración ilógica o irracional. La diferencia entre esta modalidad de impugnación y la anterior es clara: (i) sólo está abierto el recurso para el condenado, de modo que sólo pueden

impugnarse valoraciones de la prueba desfavorables a lo pretendido por la defensa en sus calificaciones definitivas; (ii) el recurso está abierto en casos en que haya más pruebas que el dictamen, pues lo importante es que la valoración sea ilógica, y precisamente por eso puede ser importante ponerla en relación con otras pruebas.

c) Una cuestión parcialmente distinta es la relativa al control en casación del juicio sobre imputabilidad, de forma más global. Ya hemos visto varias veces que el juicio de imputabilidad es un juicio jurídico, que se funda en unas premisas fácticas. En el caso de que la sentencia sea apelable, la impugnación de este juicio no plantea dificultades teóricas. En el caso de que lo procedente sea un recurso de casación, es preciso distinguir el elemento fáctico del elemento jurídico-valorativo.

Respecto del elemento fáctico debe valer lo que se acaba de comentar: la regla general es la ausencia de control en casación, salvo que pueda utilizarse alguna de las vías descritas (la del art. 849.2 o la de la casación por infracción de precepto constitucional).

Respecto del elemento jurídico-valorativo, en principio, debería admitirse un control casacional pleno, pues se trata de verificar la correcta aplicación por el tribunal de las normas que regulan las causas de exención de responsabilidad penal.

En la práctica, sin embargo, se detecta en ocasiones un problema, derivado de la estrecha imbricación entre lo fáctico y lo jurídico que se da en estos temas: y es que, como creo haber mencionado antes, algunos tribunales tienen tendencia a incluir el juicio sobre imputabilidad dentro de la declaración de los hechos probados y, con ello, permiten que el Tribunal Supremo, en sede de admisión de la casación, sostenga la inadmisibilidad derivada de la intangibilidad del juicio de hecho. Es este un punto en el que, lamentablemente, existen pronunciamientos divergentes, aunque la solución correcta es clara: debe haber casación respecto del elemento valorativo, al amparo del art. 849.1 LECrim.

4.3. Control de la fiabilidad de la prueba pericial

La última de las cuestiones que suscita la valoración de la prueba pericial es justamente la relativa a la existencia de controles legales de fiabilidad. Se trata de lo que se pueden denominar técnicas de “prueba sobre la prueba” y que, en el terreno que nos ocupa, se traducen en la recusación de los peritos. A través de la recusación se permite a las partes poner de relieve al órgano jurisdiccional la concurrencia en el perito de determinadas circunstancias que pueden influir, *siempre negativamente*, en la credibilidad o fiabilidad del dictamen que emita.

Las normas que la LECrim dedica a la recusación de los peritos están repartidas entre el Libro II (sumario) y el III (juicio oral). Son comunes a ambas fases del proceso las causas de recusación y los efectos de ésta, pero distintos (en parte) los trámites que deben seguirse durante el incidente de recusación, según que ésta se haga valer durante la instrucción o durante el juicio oral. Además, en virtud de la LOPJ, hay que tener presente que “se aplicarán a los Médicos

Forenses las prescripciones que, respecto a la recusación de los peritos, establecen las leyes procesales”.

Los motivos que permiten a las partes recusar a los peritos vienen establecidos en el art. 468 LECrim con carácter común para la instrucción y el juicio oral, y son tres:

1ª: El parentesco de consanguinidad o de afinidad dentro del cuarto grado con el querellante o con el reo.

2ª: El interés directo o indirecto en la causa o en otra semejante.

3ª: La amistad íntima o enemistad manifiesta.

Se trata, sin duda, de causas tasadas, pues la enumeración del art. 468 constituye *numerus clausus*. Ahora bien, resulta evidente que no agota los motivos que pueden poner en entredicho la fiabilidad de un informe pericial. Parece evidente que la Ley sólo ha querido recoger como causas de recusación motivos que afectan a la imparcialidad del perito. Esto obedece, muy posiblemente, a la equiparación latente entre el régimen de recusación de peritos y el de recusación de Jueces y Magistrados, basado este último en la preservación de su imparcialidad. Y, aunque en rigor nada tienen que ver la función del Juez y la del perito en el proceso, la tradicional concepción de éste como “auxiliador del Juez” explica la analogía de tratamiento.

Pero ni son éstas las únicas causas que pueden afectar a su imparcialidad, ni sólo pueden poner en entredicho la fiabilidad de un informe pericial circunstancias que denoten la falta de imparcialidad del perito. También influyen circunstancias que pongan de relieve la incompetencia del perito, o su mal conocimiento del arte o ciencia del que se dice experto: *v.g.*, creo que afecta a su fiabilidad el hecho de que carezca de la titulación oficial que alega tener (o bien que, teniéndola en otro país, no la tiene en el nuestro, *v.g.*, por falta de convalidación del título); o que haya sido sancionado o corregido disciplinariamente por el Colegio Oficial en que esté integrado por razón de errores en el ejercicio de su arte o ciencia.

Existen, por tanto, muchas otras circunstancias que afectan a la fiabilidad del informe pericial. Ahora bien, ¿pueden hacerse valer por la vía de la recusación del perito? La respuesta, a mi juicio, ha de ser negativa. Los motivos de recusación son tasados, y nada induce a pensar que puedan ser interpretados extensivamente. Antes bien, si se tienen en cuenta los drásticos efectos que la estimación de una recusación puede tener, puede entenderse que la LECrim sólo haya querido asignarlos a unas causas muy tasadas. Las restantes no se consideran de relevancia tal como para excluir que el perito nombrado por el órgano judicial (en fase de instrucción) o designado por la parte (para el juicio oral) pueda emitir su informe. Evidentemente, ello no significa que no puedan ser puestos de relieve por la parte a quien interese estos otros hechos que inciden en la fiabilidad del perito y de su informe. Ahora bien, deben recibir el tratamiento genérico que se dé a los medios de prueba a través de los cuales pretendan ponerse de manifiesto.

No me ocuparé ahora, por razones de tiempo, de la tramitación del incidente de recusación de los peritos, porque es cuestión a la que se aplican las reglas generales, sin especialidades.

En cuanto a los efectos, debe recordarse que, si se estima procedente en fase de instrucción, el juez o bien impedirá que el perito emita su informe, o bien anulará el informe pericial que se hubiese dado, y mandará que se practique de nuevo esta diligencia (art. 470 IV LECrim).

Si la recusación se propuso *en fase de juicio oral* nada dice la LECrim de modo expreso en cuanto a sus efectos. En principio, cabría remitirse a las reglas dadas al efecto para la fase de instrucción (art. 723 I LECrim). Sin embargo, hemos de analizar hasta qué punto las consecuencias previstas por el art. 470 son plenamente trasladables a la fase plenaria del proceso. De entrada, cabe entender que, también en la fase de juicio oral, si tiene éxito la recusación, el perito no podrá emitir informe alguno. Ahora bien, ¿qué consecuencias debe tener la exclusión de este perito? En fase de instrucción, la solución legal es clara: el Juez instructor nombrará un sustituto. Sin embargo, en la fase de juicio oral, recusado un perito propuesto por alguna de las partes, no parece apropiado que el órgano sentenciador asuma esa función. Por ello, las opciones, en abstracto, parecen ser sólo dos: o bien se permite a la parte que propuso al perito recusado presentar otro, o bien se le hace correr con las consecuencias de haber propuesto un perito recusable. A mi juicio, salvo que una nueva proposición probatoria sea aún legalmente posible, hay que decantarse por la segunda alternativa, que conlleva para la parte que propuso al perito recusable la pérdida de su derecho a valerse de ese concreto medio de prueba; se trata, a mi juicio, de una consecuencia que legítimamente se le puede hacer arrostrar, puesto que forma parte de la diligencia mínima exigible a los litigantes el informarse, antes de proponer a un concreto perito, de si concurre en él algún motivo de recusación.

5. La carga de la prueba

Una última cuestión antes de poner fin a mi intervención: la carga de la prueba en materia de inimputabilidad.

Antes que nada, ya he señalado antes que, en rigor, la imputabilidad de los adultos es presumida por el legislador. Por eso, a las causas de inimputabilidad debe dárseles el valor de hechos impositivos: respecto de ellos la carga alegatoria y probatoria parece que debe corresponder a la defensa.

Lo cierto, sin embargo, es que la vigencia del principio *in dubio pro reo* obliga a entender las cosas de un modo distinto. Es cierto que la legislación penal sustantiva da por sentada la imputabilidad de los adultos y que, por tanto, es carga de la defensa alegar, en su caso, que el acusado no era imputable por una causa determinada.

Ahora bien, a partir de aquí, hay que recordar la peculiar forma de operar de las normas sobre carga de la prueba en el proceso penal: si el tribunal, tras una valoración ordinaria de la prueba, alberga dudas acerca de una cuestión fáctica, debe decantarse por la solución más beneficiosa para el acusado. En

consecuencia, la defensa tiene la carga de alegar la inimputabilidad y de desarrollar actividad probatoria para acreditarla: si no lo hace, o si la prueba aportada no convence al juez, es evidente que al sujeto se le tendrá por imputable; pero, en cambio, si la prueba aportada provoca una situación de duda o incertidumbre en el juzgador, entonces operará el *in dubio pro reo* y habrá que decantarse por considerarle inimputable.

Esto es algo que la doctrina mayoritaria y la propia jurisprudencia ya tienen asumido hace tiempo. En este concreto ámbito, lo único que me interesa señalar ahora es que, en cierta medida, las reglas sustantivas también influyen en el modo en que los tribunales pueden resolver sus dudas probatorias.

En efecto, la legislación sustantiva, en función de la forma en que se presenta en el caso concreto la causa de inimputabilidad, puede entender que concurre una eximente completa, o bien una eximente incompleta, o bien una simple circunstancia atenuante. Y lo que puede suceder en la práctica es que esta escala de gradación se use como herramienta para resolver las dudas fácticas, en vez de las valorativas, y no siempre en beneficio del reo. Me explico: si el tribunal duda acerca de si la imposibilidad de que el acusado hubiera actuado o no de otro modo era total o no, tenderá a apreciar la eximente incompleta, en vez de la completa; no obstante, lo lógico sería resolver esa duda en beneficio del acusado; y más claro aún entre la eximente incompleta y la atenuante por analogía...

Ocurre, sin embargo, que los tribunales también tienen en cuenta las consecuencias penológicas y, a veces, consideran preferible la imposición de una pena a la de medidas de seguridad... Pero, creo, éstas son ya consideraciones que el tribunal debería deferir al legislador.

A modo de conclusión general

La confusión entre lo fáctico y lo normativo en la culpabilidad y en la imputabilidad es un problema de base, que lo dificulta todo: el objeto de la prueba, la tarea que ha de cumplir el perito, el margen de valoración del tribunal, entre otros extremos. Mientras la psiquiatría, la psicología y la dogmática penal no avancen más y permitan distinguir con más nitidez ambos planos, las dificultades prácticas van a subsistir y van a seguir generando “casos difíciles”.