



“La pericia médica en el procedimiento de incapacitación civil”

Alfredo Calcedo Ordóñez

Catedrático de Psiquiatría, Ex-Director del Master de Psiquiatría Legal
Universidad Complutense de Madrid

Nota. El artículo que sigue pertenece a la obra “*Los derechos de las personas con discapacidad*”, en prensa (tomo I, “*Aspectos Jurídicos*”, pp. 225-262) promovida por el Consejo General del Poder Judicial y editada por Caja Madrid.

Índice:

I.- Introducción

II.- Aproximaciones clínicas

- II.I Aproximación por diagnóstico
- II.II Aproximación por desenlaces
- II.III Aproximación por funcionamiento

III.- Nuevas ideas, nuevos modelos

- III.I El giro de Mc Garry
- III.II El constructo de Grisso

IV.- Aplicación em incapacitación civil

- IV.I Áreas de funcionamiento
 - IV.I.I Vida independiente
 - IV.I.II Económico-administrativa
 - IV.I.III Salud
 - IV.I.IV Transporte
 - IV.I.V Otras
- IV.II Causas
- IV.III Interacción persona-contexto
- IV.IV Enjuiciamiento
- IV.V Disposición

V.- Sobre tutores, agencias de tutela y fundaciones

VI.- Sistemática pericial

VII.- Bibliografía

I. INTRODUCCIÓN

La pericial médica es prueba claramente regulada por el legislador en los procedimientos de incapacitación. De un lado es prueba obligada, de otro está bien definida en cuanto a las cuestiones sobre las que debe versar.

Respecto a que es prueba obligada resulta del artículo 759.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Su contenido no ofrece dudas:

“(...) Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el tribunal”.

Y es útil recordarlo, pues, hasta hace poco, el asunto quedaba en “dictamen de un facultativo” con la consiguiente indefinición. De aquí el carácter complementario de los informes psicológicos y psicosociales que se aduzcan en los procedimientos de incapacitación.

En realidad no podría ser de otra manera, pues la pericial médica, por principio, cubre aspectos del enfermar humano no alcanzables por las de tipo psicológico o psicosocial. Dicho más precisamente, sólo desde la pericial médica cabe una ponderación de los factores biológicos, psicológicos y sociales que conforman la enfermedad en cuanto a etiología, diagnóstico-diferencial, curso o evolución y tratamiento.

Respecto a las cuestiones sobre las que debe versar recordemos que están reguladas por el Código Civil (C.C.) y la Ley de Enjuiciamiento Civil (L.E.C.). Básicamente son: *enfermedad o deficiencia de carácter físico o psíquico, persistencia o previsión razonable, repercusión en el gobierno de la persona, extensión y límites de la misma y modificación sobrevenidas nuevas circunstancias* (C.C. , arts. 200 y 201 y L.E.C. , arts. 760 y 761, respectivamente).

A todo esto, el legislador ha concordado con la incapacitación otras cuestiones con implicación médica. Así, en cuanto a pérdida del derecho de sufragio (Ley Orgánica del



Régimen General Electoral, art. 3.2), necesidad de internamiento del incapacitado (L.E.C, art. 760), limitación de su capacidad procesal (*idem*, art. 761), y esterilización no punible (Código Penal, art. 156). Y quedan otros derechos que igualmente pueden ser cercenados a cuenta de la incapacitación, como el de previsión de nombramiento de tutor, capacidad de testar, permiso de conducción, licencia de armas, etc.

De aquí que la pericial médica siempre deba estar abierta a versar sobre cuestiones más allá de las comunmente requeridas. Unas veces trascenderán del propio procedimiento de incapacitación. Otras, en cambio, podrán surgir del perito a cuenta de su sensibilidad y conocimientos profesionales.

II. APROXIMACIONES CLÍNICAS

Una demanda de incapacitación civil siempre responde a motivos. Habitualmente recoge que la persona demandada tiene problemas en el día a día de modo significativo y continuo. Dichos problemas se suelen relacionar con el arreglo de vida y/o la gestión de bienes. Otras veces con la falta de cuidado de la salud. En ocasiones los problemas son tan severos que pueden abarcar todos los aspectos de la vida. Generalmente, la razón esgrimida como causa es la presencia o sospecha de trastorno mental.

Ahora bien, frente a las apreciaciones reseñadas en la demanda, corresponde a la pericial médica la función de contrastarlas. Primero, en cuanto a si el demandado padece enfermedad o deficiencia. Y segundo, si así es, en cuanto a lo relevante de la misma a los efectos de la pretendida incapacitación. Pero qué será lo “relevante” no es cuestión sencilla en el asunto que nos ocupa. Hay opiniones. Depende del tipo de aproximación clínica con que se opera (1).

II.I Aproximación por diagnóstico

Una *primera aproximación clínica* aplicable en la pericial es por **diagnóstico**. Parte del supuesto de que hay enfermedades que incapacitan “per se”. Son estas las propias de la llamada psiquiatría “pesada”, esto es, las demencias, los retrasos mentales, las psicosis

crónicas. En el fondo se presume que una persona que padece alguna de ellas no es capaz de autodeterminarse respecto a sus mejores intereses. Consecuentemente, se impone la necesidad de protección. Un modo es la incapacitación, sin que medien matices.

Pero la equiparación entre diagnóstico e incapacitación civil no es sólo asunto de hoy. La respalda una larga tradición psiquiátrica. Basta recordar los no tan lejanos tiempos en que los enfermos mentales más graves eran institucionalizados. Asimismo, las mínimas posibilidades que tenían de autodeterminarse más allá de la institución. Es fácil intuir que estaban incapacitados de hecho, no de derecho.

Falta añadir que situación tan impropia no era sólo referible a la práctica psiquiátrica, por lo demás limitada en su arsenal terapéutico. Era también referible a los ámbitos políticos y jurídicos. Políticos, en cuanto el discurso de la falta de autonomía de los enfermos mentales más graves no era objeto de controversia. Jurídicos, en cuanto los procedimientos de incapacitación se saldaban con resoluciones de si o no. Todo jugaba, pues, para que los procedimientos fueran escasos en número.

Hoy la situación ha cambiado claramente a mejor. El respeto a la autonomía de los enfermos mentales, cualesquiera sean su condición y situación, es una obligación bien definida. Así lo ha plasmado el discurso político en el ordenamiento jurídico. Se nos exige a los profesionales de la salud una mayor comprensión de la autonomía de los enfermos mentales. Y el sistema de garantías opera para que así sea. Recordemos, a título de ejemplo, que es obligado informar, -del modo más adecuado a su condición- incluso a las personas incapacitadas civilmente, de cualquier actuación médica que sobre ellos se haga (Ley 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica).

No es de extrañar, pues, que se presenten cada día más demandas de incapacitación, a diferencia de lo que sucedía antaño. Asimismo, que las exigencias de definición y matización al respecto sean mayores. De aquí que aproximaciones clínicas a presuntos incapaces, basadas exclusivamente en el diagnóstico, se queden cortas.

Por supuesto que habrá casos de presuntos incapaces tan manifiestamente deteriorados que, a primera vista, pudieran no exigir mayor comentario. Pero aún así, fiar sólo en el diagnóstico y dar lo demás por sobreentendido seguiría siendo impropio. Y ello porque faltarían consideraciones clínicas más allá del diagnóstico, que podrían ser determinantes para mejor definir los cuidados exigidos por su condición.

II.II Aproximación por desenlaces

Una *segunda aproximación clínica* aplicable a la incapacidad civil opera por **desenlaces**. Son los malos desenlaces generados por el presunto incapaz lo primero a considerar. Después, la racionalidad o irracionalidad de las decisiones que los motivan y su relación con la enfermedad.

En general, las demandas de incapacidad civil utilizan como motivo los malos desenlaces a que conducen las actitudes y comportamientos del demandado. Sean del orden que sean se presentan como significativos por estar fuera de razón a causa de enfermedad.

Entre los ejemplos acaso el más paradigmático sea el del rechazo de tratamiento por parte de enfermos mentales crónicos. A primera vista poco puede haber más significativo que un enfermo rechace un tratamiento que podría beneficiarle. Más aún cuando las recaídas son frecuentes. Nada más razonable entonces que forzarle o, lo que es lo mismo, decidir por él. Si hay amparo de ley en situaciones puntuales -recuérdese el internamiento involuntario- ¿por qué no hacer lo mismo cuando las situaciones puntuales se repiten y hay base científica para ello? ¿por qué no hacerlo con similar amparo de ley? Este es el fundamento de la aproximación clínica a los presuntos incapaces que generan malos desenlaces. Es puro pragmatismo. Pretende su tutela o incapacidad a fin de limitar o eliminar los malos desenlaces.

Ahora bien, se olvida que un rasgo de nuestra sociedad es su gran tolerancia respecto a cómo vivir, manejarse económicamente o cuidar de la salud. Y esto comporta las más diversas opciones personales. En principio se presupone que cada uno sabe lo que es bueno para él. Paralelamente se acepta, salvo casos extremos tasados por ley, que los demás no deben definir lo bueno para otro. Excepciones puntuales aparte, incluye a sanos y enfermos.

En último término todo esto es reflejo de la alta significación que nuestra sociedad y su ordenamiento jurídico confieren a la autonomía de la persona y el gran respeto que les merece. Fiel reflejo de ello es la ley sobre la autonomía del paciente ya citada.

Se olvida también que las aproximaciones clínicas por desenlaces a presuntos incapaces pueden resultar impropias. Para concretarlo basta retomar las demandas de tutela sanitaria de enfermos mentales crónicos que rechazan tratamiento y derivan en malos desenlaces. Son varios y de diversa índole los aspectos críticos a retener. Unos provenientes del propio enfermo, otros conectados con expectativas terapéuticas y otros más con el sistema de garantías.

En efecto, hay enfermos mentales crónicos que rechazan tratamientos que les beneficiarían motivados por experiencias previas. Tal el caso de malos recuerdos de cuando fueron atendidos de urgencia o internados por vía judicial. O bien como medio de eludir los efectos secundarios de la medicación, ya vividos o imaginarios (aumento de peso, impotencia sexual, etc.)

Asimismo, hay expectativas terapéuticas que pueden resultar relativas más veces de las que se pretende en las demandas de tutela sanitaria. A fin de cuentas no son tantos los casos que responden a la medicación –valga la comparación– con beneficio similar al determinado por la insulina en la diabetes. Incluso cabe preguntarse si algunos de ellos no se beneficiarían de una atención más diversificada y hasta de internamientos más prolongados.

Así también, cabe preguntarse sobre el asesoramiento que Su Señoría necesita para disponer con conocimiento de causa acerca de la idoneidad del tratamiento forzoso propuesto. Es obvio que esa función necesita de la correspondiente especialización y que, si de enfermos mentales se trata, quien asesore sobre la mayor o menor bondad del tratamiento, debería ser necesariamente psiquiatra. Difícilmente podrá ser el médico forense, pues ni por preparación o cometido llegaría más allá de las cuestiones formales. Tampoco por razón ética el psiquiatra que promueve el tratamiento. A este respecto es a recordar el mandato del Código de Ética y Deontología Médica de la Organización Médica Colegial de España (1999). Así, en el Capítulo XVII que trata de “*Médicos peritos y funcionarios*”, precisa:



“Art. 41.

1. *Los médicos funcionarios y los que actúan en calidad de peritos deberán también acomodar sus actividades profesionales a las exigencias de este Código.*

3. *La actuación como peritos o médicos inspectores es incompatible con la asistencia médica al mismo paciente.”*

Y todavía queda la posibilidad de que, por la vía de los malos desenlaces por rechazo de tratamiento, asistamos a una disimulada expansión de medidas de seguridad. Por lo menos sería una tentación expandir el tratamiento forzoso a la serie de enfermos que cometen infracción tras infracción de rango menor.

En suma, son demasiados los inconvenientes de una aproximación clínica por malos desenlaces en las demandas de incapacidad. La irracionalidad que comporta no debe obviar la exploración de los motivos o causas que la sustentan. En último término, lo importante es la elucidación del proceso de elección y decisión del presunto incapaz, del que la racionalidad o irracionalidad es sólo una parte. Igualmente básico es en el presunto incapaz la mayor o menor comprensión de lo que le sucede y de las consecuencias de su negativa a corto y largo plazo. Todo esto sin olvidar las posibilidades de atemperar su condición y situación.

II.III Aproximación por funcionamiento

Finalmente, una *tercera aproximación clínica* aplicable a la incapacitación civil es la **funcional**. Concepto básico de la misma es el de habilidad funcional. Es en clave de habilidades funcionales que puede ser evaluado el presunto incapaz.

Una buena manera de comprender qué son las habilidades funcionales es considerando a la mente como mediadora entre las necesidades del organismo y el ambiente. En línea con ello las habilidades funcionales pueden definirse como *estrategias de actuación eficientes* de la persona de cara a las tareas que se le plantean (2). De aquí la especificidad de las habilidades funcionales, serán tantas como tareas pueda haber. De aquí también su efectividad según hábitos, tiempo o esfuerzo.

Las habilidades funcionales implican una cadena de mecanismos nerviosos centrales situados entre los órganos de los sentidos y los efectores. A su vez, son distinguibles en dichos mecanismos tres tipos en sentido amplio. Uno básicamente perceptivo, otro que sustenta la elección y decisión, el último que ejecuta las acciones secuenciadas y coordinadas que dan expresión a la elección anticipada. Falta añadir que la cadena de tales mecanismos enfatizará uno u otro de ellos según el tipo de habilidad funcional de que se trate.

Así, ejemplificando la cuestión, hay habilidades funcionales que enfatizan los mecanismos perceptivos. Tal el caso de profesiones que exigen discriminación fina como músicos, clasificadores de lanas, catadores de vino, etc. Es obvio que cada habilidad funcional al respecto enfatiza su propio mecanismo perceptivo. Volviendo a las profesiones, en los músicos es la vía nerviosa sensorial auditiva, en los clasificadores de lanas la visual y en los catadores de vino la gustativa y la olfativa. En todas ellas, en cambio, quedan en segundo plano los mecanismos de elección y más aún los de decisión.

Igualmente, hay habilidades que enfatizan los mecanismos de elección y decisión. Dominan en las actividades intelectuales y en los juegos. Así, en una evaluación médico-forense, ante una serie de datos documentados, lo más importante es la selección de los más relevantes. Menos la revisión de los documentos y menos aún la acción de redactarlo. En un juego de tenis lo fundamental es la elección de la jugada teniendo en cuenta la trayectoria de la pelota y la posición del otro jugador.

Finalmente, hay habilidades funcionales que enfatizan los mecanismos de ejecución secuenciada y coordinada de la elección efectuada. Es el caso de montar a caballo, ir en bicicleta, conducir un coche, etc. Es claro que una vez iniciada la acción, la habilidad es básicamente motórica y automatizada, en tanto la percepción de lo que se hace está en muy segundo plano.

De hecho, pues, los mecanismos perceptivos, de elección y decisión y de ejecución siempre están presentes en las habilidades funcionales. No obstante, como ya quedó dicho, cada tipo de habilidad, ya sea manual, intelectual o deportiva enfatiza alguno de los tres mecanismos. Igual cabe decir de las habilidades sociales.



Volviendo ya a los presuntos incapaces salta a la vista la operatividad de lo dicho hasta aquí. El esquema es fácil de aplicar. Un presunto incapaz es, por principio, sospechoso de incompetencia en algún área significativa de su vivir cotidiano. Sus desempeños, al parecer, son percibidos como precarios. Así los suele describir y remarcar la demanda de incapacitación.

Pues bien, la aproximación clínica funcional consiste en concretar cual es el estado de las habilidades funcionales específicas del área objetada. Repetimos, estado de las habilidades funcionales, interesando tanto sus déficits como los mecanismos que subyacen. Ya anticipamos cuales son las habilidades más frecuentemente cuestionadas: vida independiente, gestión económica, cuidado de la salud.

Ahora bien, el criterio funcional también tiene debilidades (3). Una es de carácter social y político. Tiene que ver -como ya dijimos- con que en nuestra sociedad prima la autonomía como valor fundamental de la persona. Por consiguiente, ante situaciones de incertidumbre sobre la capacidad de una persona, entre dejarla a su albedrío o protegerla, opera un sesgo a favor de lo primero. Es obvio que esto último comporta riesgos, pero social y políticamente son compartidos.

La otra debilidad tiene que ver con el umbral de capacidad. Se discute si debería ser fijo o movible, estable u oscilante según las demandas. De aquí que en este último caso se hable de “escala móvil”. La cuestión se convierte en problemática cuando los resultados corresponden a deterioros incipientes o inestables. Implica riesgo de relativismo. Y es sabida la desazón de los psiquiatras -obligados como profesionales a la objetividad de pretensiones científicas- ante la relatividad de los conceptos legales. Atemperar en lo posible dicho relativismo dependerá de los aspectos que se consideren.

Habitualmente se destaca como aspecto más determinante para la efectividad de la “escala móvil” la complejidad de las decisiones. Así, a mayor complejidad de éstas, mayor umbral de capacidad. Otros aspectos a tener en cuenta son la apreciación de las consecuencias, el diagnóstico e incluso posibilidades de rehabilitación.



Pero, debilidades aparte, lo cierto es que la aproximación funcional es hoy la preferida en la práctica forense y en investigación. La razón es clara. Supera a las aproximaciones diagnóstica y por desenlaces, pues ofrece una visión más comprensiva de como pueden manejarse y se manejan las personas, sean presuntos incapaces o no.

III. NUEVAS IDEAS, NUEVOS MODELOS

III.I El giro de Mc Garry

Corresponde a Mc Garry (4), un psiquiatra vinculado a la Universidad de Harvard, la idea y desarrollo de un nuevo modelo de evaluación forense. Es útil demorarse en ello, pese a que el área elegida fuera la capacidad procesal en contexto penal, lejos por tanto de la incapacidad civil que ahora nos interesa. Tampoco importan las diferencias entre nuestro ordenamiento jurídico y el vigente en Estados Unidos, país en el que las ideas de Mc Garry germinaron y se desarrollaron. En último término las periciales médicas o no médicas sirven a los mismos fines de prueba, tanto en un ordenamiento como en otro.

La idea seminal de Mc Garry fue que:

“los criterios legales podían ser traducidos con precisión en términos psicológicos y clínicos y vueltos a traducir en datos relevantes legalmente orientados”.

Pasando a la práctica, Mc Garry elaboró un proyecto de investigación interdisciplinar sobre la capacidad procesal de delincuentes acusados ante la justicia criminal (*competence to stand trial*). El objetivo pretendido, en concordancia con sus ideas, apuntó a la identificación de las condiciones mentales y habilidades de los acusados que fueran relevantes para determinar su capacidad para ser juzgados.

El grupo interdisciplinar estaba formado por psiquiatras, psicólogos y abogados. Fue este conjunto de profesionales quien estudió a los acusados y revisó la documentación de los procedimientos penales en curso a los fines previstos.



Los resultados obtenidos, una vez concluida la investigación, dieron base para identificar tres amplias clases de habilidades y condiciones mentales relevantes a los efectos de la capacidad procesal en contexto criminal. Fueron estas:

1. Habilidad para cooperar con el abogado propio para la propia defensa.
2. Conciencia y comprensión de la naturaleza y objeto del procedimiento en que el acusado estaba incurso.
3. Comprensión de las consecuencias del procedimiento.

Seguidamente, el grupo interdisciplinar tradujo las tres “amplias clases de habilidades y condiciones mentales” en trece ítems de “funcionamiento”. Quedó conformado así un instrumento de evaluación forense de la capacidad procesal ante la justicia criminal, el “Competence To Stand Trial Assessment Instrument” (CAI). En cuanto a su uso Mc Garry y colaboradores recomendaban que cada ítem debía ser explorado mediante dos o tres preguntas.

En suma, pues, McGarry fue el primero en plantear y desarrollar una aproximación más comprensiva a la evaluación forense al incluir habilidades. Hasta ese momento, las inferencias respecto a la capacidad procesal en contexto penal se hacían en función de estados psicopatológicos, rasgos de personalidad o la inteligencia en general. Esto podía ser útil sobre todo en casos con patología severa, no así en la mayoría. Tras las aportaciones de McGarry las inferencias empezaron a hacerse en clave de funcionamiento, a través de habilidades específicas al caso. Y, gracias al cambio, se ganaba en proximidad y conocimiento de la problemática legal a dilucidar. Por añadidura se ponía a disposición un instrumento de evaluación o, por lo menos, una guía de actuación para la evaluación forense.

Ahora bien, si Mc Garry (1973) fue el comienzo, después fue y sigue siendo Grisso (1986 y 2003) (5 y 6) un psicólogo también vinculado a la Universidad de Harvard, quien ha ido más allá. Su mérito radica en haber elaborado un constructo legal, en la estela de Mc Garry, aplicable a la evaluación forense en cualquiera de sus ámbitos, y sometido a crítica los instrumentos utilizados al respecto. Es por eso que de inicio trataremos del constructo de Grisso de modo general. Sólo después nos centraremos en su aplicación a la incapacitación civil en los aspectos propiamente periciales.



III.II El constructo de Grisso

El constructo legal de Grisso consta de cinco componentes, tres de orden médico, dos específicamente judiciales. Son los siguientes:

- habilidades funcionales,
- causas,
- interacción,
- enjuiciamiento,
- disposición

El *componente de habilidades funcionales* proporciona información sobre lo que un individuo puede hacer o cumplir con el conocimiento, la comprensión o las creencias necesarias para su cumplimiento.

En la concepción de Grisso las habilidades funcionales presentan dos niveles, uno cognitivo, otro conductual. El nivel cognitivo supone el conjunto de pensamientos, memoria, cálculo, planificación, etc. gracias al cual puede realizarse o se realiza la correspondiente conducta (nivel conductual). Dicho de otro modo, las habilidades funcionales se refieren, valga la redundancia, al funcionamiento conformado por los elementos psicológicos específicos que hacen posible su efectividad. No son propiamente estados mentales, rasgos de personalidad, o inteligencia en general. Que estos puedan influir sobre las habilidades es una cuestión, pero nunca confundirse con ellos. Dicho de otro modo, se relacionan, pero no son equiparables. Es fácil de ejemplificar:

No es lo mismo saber utilizar un cajero automático que la condición mental del individuo que está ante él. Desear sacar dinero, calcular la cantidad y determinar el uso que se le va a dar constituyen un estado mental. Manejar el cajero, sobre la base de dicho estado mental, siguiendo las instrucciones que aparecen en la pantalla y obtener el dinero, es habilidad funcional.

Las habilidades funcionales son numerosísimas, tantas como actividades pueden desempeñar o desempeñan los seres humanos. Se aprenden o pueden no aprenderse. En el fondo de ello hay razones de diversa índole. Que sea lo uno o lo otro depende de oportunidades. Pero también pueden perderse, por falta de uso o enfermedad. En este último caso cabe hacer la misma reflexión que hacíamos páginas atrás. La presencia de déficits en unas u otras habilidades funcionales no es equiparable a la enfermedad. Se relacionan con ella, influyen los síntomas, pero nada más. No es lo mismo concretar un deterioro de la memoria *-síntoma-* que no poder asumir un tratamiento *-habilidad-* a causa precisamente de dicho deterioro.

Las habilidades funcionales se evalúan mediante la observación y promoviendo su realización de modo informal o mediante pruebas. Las referencias de terceros pueden resultar útiles, pero nunca sustituir a la observación y constataciones directas. A todo esto, las habilidades funcionales pueden ser objeto de manipulación por parte del propio individuo fingiendo, exagerando o disimulando déficits.

El *componente causal* proporciona información, valga la redundancia, sobre las causas de los déficits detectados en las habilidades funcionales. Esto supone un diagnóstico de enfermedad en función de la correspondiente aproximación clínica. Supone también determinar el carácter transitorio o persistente, remediable o progresivo de la enfermedad detectada.

Las causas pueden ser de diversa índole. La regla general es que sean enfermedades mentales. Difícilmente podría ser de otra manera, dada la dimensión psicológica de base que comporta toda habilidad funcional. Por supuesto, que caben excepciones (enfermedades neurológicas, déficits sensoriales, etc.).

En cualquier caso debe quedar claramente establecida la relación del componente causal con el componente de habilidades funcionales. Dicho de otro modo, se impone determinar el impacto de los síntomas de enfermedad sobre las habilidades que interesa ponderar. Obviamente, esto supone una selección de síntomas. A estas alturas es fácil presumir cuales serán. Basta con recordar la definición que hacíamos líneas arriba de las habilidades funcionales.

En consecuencia, a los efectos de selección de síntomas, importarán aquellos que incidan sobre el saber hacer puntual y concreto de la habilidad funcional en cuestión. Recordemos de nuevo que una habilidad funcional se caracteriza por un poder hacer o cumplir con el conocimiento, la comprensión o la creencia necesarias para su cumplimiento. El “quid” de la cuestión estará, por tanto, en la repercusión de los síntomas que incidan deteriorando o pervirtiendo el conocimiento, la comprensión o la creencia necesarios para el quehacer. Será precisamente la identificación de esta repercusión de los síntomas la que convertirá a estos en “relevantes” respecto a las habilidades funcionales y éstas a su vez en “nuevos relevantes” a los efectos de la pericial médica.

Sucede, sin embargo, que no es habitual entrar en las distinciones que hemos hecho. Se funden síntomas y habilidades funcionales sin mayor problema. Pero esto, que puede pasar desapercibido en casos de enfermedades con cuadros clínicos severos, no debería serlo con los no tan severos. Hay un riesgo, como se dice vulgarmente, de meter todo en el mismo saco. Por el contrario, hay que actuar primando la relación entre diagnóstico de enfermedad, cuadro clínico y habilidades funcionales.

El *componente interactivo* provee información, valga otra vez la redundancia, sobre la interacción persona-contexto. La cuestión a responder es si el nivel de habilidades funcionales de la persona permite a ésta cubrir las demandas de la situación a las que debe enfrentarse o se enfrenta. Dicho de otro modo, se trata de constatar primero las congruencias e incongruencias de la interacción persona-contexto. Después, considerarlas en clave de evolución, esto es, si son puntuales o persistentes, mejorables o progresivas.

Ahora bien, las cosas no son tan sencillas en la práctica. Cierto que hay casos que no plantean dificultad. Son aquellos en que las habilidades funcionales resultan inoperantes bajo cualquier situación y/o circunstancia. Pero hay otros en que no es así. Sucede que el individuo es capaz de cubrir unas exigencias del contexto y no otras. Hay tareas que la persona puede hacer o cumplir y tareas que no puede hacer o cumplir respecto a dichas exigencias.

En suma, la operatividad del componente de interacción dependerá de la identificación de las habilidades funcionales que sean relevantes precisamente a las exigencias particulares

del correspondiente contexto legal. Sólo entonces podrán ser exploradas y establecida su congruencia o incongruencia a los efectos que procedan.

El componente de *enjuiciamiento* del constructo de Grisso es propio de la actividad jurisdiccional que ejerce el/la juez o el tribunal. En clave de derecho español consiste en determinar la aplicabilidad de la norma objetiva a un caso concreto, sobre la base de la correcta realización y desarrollo de la actividad procesal.

El enjuiciamiento es una operación mental que comporta una serie de pasos lógicos. Supone la formulación de tres juicios coordinados entre sí. El primer juicio tiene como fin determinar la existencia o no de los hechos alegados. Fija, pues, si hay hechos probados o no. El segundo juicio es relativo a la norma jurídica aplicable. Da cuenta de los artículos que definen el marco jurídico de la pretensión. Finalmente, el tercer juicio define si los hechos probados son concordantes con los contemplados por la norma (7).

El enjuiciamiento ha sido considerado como juicio de existencia o de realidad –no de valor- pues se pronuncia sobre la existencia de hechos y de una norma y la adecuación entre hechos y norma. Es previo a cualquier acto en que la función jurisdiccional se realice. Enjuiciar es motivar. Enjuiciamiento es motivación.

No obstante, es conocida la falta de concreción de los referentes a partir de los cuales jueces y tribunales enjuician. Expresiones tales como “con incidencia suficiente”, “más ajustado”, “aparece como necesario”, “medidas de adecuada protección” son ejemplos de determinación poco más que significativos, a la hora de concordar hechos probados con normas y jurisprudencia. Sin embargo, es la mejor manera de afrontar la variedad y complejidad de las situaciones sobre las que necesariamente deben pronunciarse jueces y tribunales. En cualquier caso permiten enjuiciamientos claramente discrecionales, que no suponen arbitrio sino sujeción a la legalidad.

En suma, pues, la discrecionalidad de jueces y tribunales al enjuiciar siempre asienta sobre bases empíricas. Dicho más explícitamente, arranca sustanciando hechos, categorizándolos como probados. Y es precisamente en la sustanciación de hechos que la pericial médica se revela como elemento importante para el juzgador/a, por su condición en

principio empírica. Pero hay más. Es que gracias a la misma se introducen conocimientos científicos y técnicos en el enjuiciamiento. Ninguno de los otros conocimientos que también se introducen (declaraciones, testigos, etc.) tienen similar solvencia. Los conocimientos científicos son, como es sabido, los más positivizados siempre que opere el rigor en su presentación y uso.

Sin embargo, por científica y técnica que alcance a ser la pericial médica para sustanciar hechos, está la cuestión de su apreciación por la/el juez o el tribunal. Para ello, como es sabido, cuenta con los principios de la sana crítica cuando de dictámenes periciales se trata. Y es en esta apreciación de la pericial médica -y de las otras pruebas- por la/el juez o el tribunal que el enjuiciamiento adquiere connotación de discrecional. En otras palabras, no puede ser científico en su totalidad. Otra cosa es que lo sea en la sustanciación de hechos. Y no puede ser científico porque, en su tramo final, el enjuiciamiento incorpora, además, asunciones morales y sociales que habitan los códigos y la jurisprudencia con la posibilidad de innovaciones. Falta añadir que dichas asunciones son la expresión última de un sentido de justicia que la sociedad acepta en ese momento.

Llegados aquí es obligado un comentario sobre la frecuencia con que los peritos invaden el territorio del enjuiciamiento hasta en sus propios términos jurídicos. De ningún modo debería ser así. Su misión es otra, les corresponde determinar datos de enfermedad, relacionarlos con habilidades relevantes al dominio que se enjuicia y concretar congruencias e incongruencias de funcionamiento al respecto. La pericial es, como ya dijimos, un elemento de conocimiento importante para sustanciar hechos científicamente presentados. Nada más, pero también nada menos.

El componente de *disposición* del constructo de Grisso es propio también de la actividad jurisdiccional que ejerce la/el juez o el tribunal. Tiene como objeto fijar las consecuencias derivadas del enjuiciamiento. Sin previo enjuiciamiento no cabe disposición. Además, la disposición presupone garantía de que se cumplirá lo dispuesto en todos sus términos.

En derecho español, la "*disposición*" del constructo de Grisso, corresponde al fallo o decisión. Mediante el mismo la/el juez o el tribunal resuelve sobre la pretensión. De aquí que



se hable también de resolución. Supone -ahora sí- un juicio de valor a partir del enjuiciamiento, que se plasma en la denominada *parte dispositiva* de la sentencia.

Esencial en el contenido del fallo es el respeto al principio de congruencia de acuerdo con la pretensión planteada, contenido que, además, ha de caracterizarse por su claridad expositiva. Y otra vez podrá ser la pericial médica elemento importante para el juzgador/a en la medida en que contribuya a aquilatar el alcance de la decisión.

Finalmente, establecido el fallo, es el turno de las diferentes instancias judiciales. En este punto hay que diferenciar entre dos posibilidades: Una, en que la decisión adquiere firmeza, porque no ha sido objeto de impugnación, dando lugar a la cosa juzgada material. Otra, en que la decisión es objeto de impugnación. En este caso hay que diferenciar entre el recurso de apelación y el posterior recurso de casación. En el recurso de apelación se revisa lo actuado en la primera instancia en su totalidad, por lo que cabe repetir la pericial médica. En el recurso de casación sólo es posible su reconsideración por infracción de las normas valorativas de la prueba y por causas tasadas.

IV. APLICACIÓN EN INCAPACITACIÓN CIVIL

El constructo de Grisso es, como acabamos de ver, genérico en su planteamiento. Es por ello utilizable en evaluaciones forenses de diversos ámbitos. De hecho Grisso en sus textos las concreta en capacidad procesal, imputabilidad, capacidad parental, incapacidad civil y consentimiento de tratamiento. Por nuestra parte trataremos de incapacidad civil y, siguiendo el constructo de Grisso, procuraremos responder a las siguientes preguntas:

¿Cuáles son las áreas de funcionamiento personal relevantes a los efectos de incapacidad civil?

¿Cuáles las habilidades funcionales de dichas áreas a tales efectos?

¿Cuáles las causas que determinan sus déficits?

¿Cuáles las incongruencias a tener en cuenta en la interacción persona-contexto?

¿Qué otros datos pueden resultar relevantes para la/el juez o el tribunal a los efectos de enjuiciamiento y disposición?



IV.1 Áreas de funcionamiento

A efectos de incapacitación civil, son áreas de funcionamiento personal relevantes las siguientes:

- vida independiente
- económico-administrativo
- salud
- transporte

Hay razones clínicas para esta selección. Guardan analogía entre sí. En efecto, todas combinan tareas conceptualmente similares. Todas también son consistentes con servicios sociales y mecanismos legales que les son específicos.

Hay, además, otras áreas de funcionamiento que pueden resultar comprometidas a efectos de la incapacitación. Son principalmente estas:

- derecho de sufragio
- internamiento
- capacidad procesal
- sexualidad/esterilización

Que su incidencia sea menor y a título puntual no desdice de su relevancia llegado el caso.

IV.1.1 Vida independiente

El área de vida independiente comprende el conjunto de habilidades funcionales de la persona a los fines de autocuidado y suficiencia en el hogar. Vida independiente -en contexto de incapacitación- es saber y poder cuidar de si y manejarse en casa. Es bastarse a si mismo en el medio hogareño.



Vivir independientemente proporciona bienestar y, seguridad, esto último con los riesgos razonables que asumiría el ciudadano medio.

Las habilidades funcionales de la vida independiente se distribuyen en dos grupos:

Un grupo incluye las actividades para el autocuidado y desplazamiento de la persona en su casa en su sentido más simple. Son conocidas como “Actividades Básicas de la Vida Diaria” (ABVD). Son estas:

- asearse
- vestirse
- comer
- control de esfínteres
- desplazamiento
- uso del retrete

El otro grupo incluye habilidades más complejas, si bien referidas al día a día de las personas en casa. Se conocen como “Actividades Instrumentales de la Vida Diaria” (AIVD). Las más significativas son:

- comprar, manejar dinero
- preparar comidas
- limpieza de la casa
- mantenimiento /gestión de averías
- lavandería
- telefonar
- escribir una carta
- uso de estrategias de ayuda
- uso de sistemas de alerta

Los déficits de habilidades para la vida independiente se caracterizan porque generan dependencia. Esto es, sólo se resuelven mediante el apoyo y dedicación de otros. Dicho en contrario, la persona depende de la autoridad o voluntad de terceros. Si no se hace presente

la ayuda se pierde bienestar y seguridad y aumentan los riesgos de malos desenlaces, peligrando incluso la supervivencia.

La determinación de déficits de habilidades exige observación y realización de pruebas. Estas pueden ser sustituidas por verbalizaciones o viñetas con casos hipotéticos. Hay instrumentos de evaluación al respecto. Es útil también la información de terceros.

En suma, por unos y otros medios, lo que importa es clarificar cuáles son las estrategias de actuación con que el presunto incapaz afronta las actividades de vida independiente. Y, supuestos los déficits, en qué procesos asientan o predominan, si en los perceptivos, los de elección y decisión o los de ejecución, o en todos a la vez. Por último importa determinar su significación, en función de las consecuencias que comporta, y su persistencia.

Habitualmente los déficits de habilidades instrumentales para la vida independiente suelen aparecer a la vez y corresponden a un grado similar de afectación. Igual cabe decir respecto a su evolución. Es difícil que un presunto incapaz falle al comprar y manejar dinero y se maneje bien en las tareas de limpieza y mantenimiento de su casa. Cuando los déficits afectan a las actividades básicas de la vida, arrastran también a los instrumentales. Los déficits son entonces globales, masivos.

Ahora bien, hay casos de difícil determinación. Son aquellos en que los déficits pueden ser significativos, pero esporádicos. O bien, poco significativos, pero constantes. La solución sólo puede alcanzarse tras reiteradas evaluaciones.

Llegados aquí particular atención merece el síndrome de Diógenes. Se caracteriza por la acumulación de grandes cantidades de objetos y nulo uso práctico en la vivienda. La acumulación resulta de la incesante actividad recolectora de desechos abandonados en la calle. Suele comportar la disminución de la superficie utilizable de la vivienda. Asimismo, riesgos para la salud pública por la suciedad habitual de los desechos y la aparición de parásitos. Igualmente riesgos para la seguridad física de los vecinos del tipo de incendios, aparte de otras molestias.

Falta añadir, por si hubiera dudas sobre la ubicación del síndrome de Diógenes en este apartado, su repercusión en dos actividades instrumentales de la vida independiente. Una es la limpieza de la casa. Basta recordar las ingentes cantidades de desechos que se sacan del hogar de estas personas. Otra, la falta de controles y de sistemas de alarma en estos grandes “almacenes” caseros, cuando más necesarios deberían ser, por los ya referidos riesgos para la salud pública y de incendio.

IV.I.II Económico-administrativa

El área económico-administrativa incluye el conjunto de habilidades funcionales de la persona relacionado con el dinero. Supone, en esencia, cómo se administran y ordenan los ingresos y gastos de la manera más provechosa y prudente.

El área económica ha sido conceptualizada mediante tres tipos de habilidades funcionales identificables como de:

- conocimiento declarativo
- enjuiciamiento
- conocimiento de procedimientos

Las habilidades de “conocimiento declarativo” implican hechos, conceptos y acontecimientos referibles a la condición económica del presunto incapaz. Información sobre su funcionamiento se obtiene explorando en principio si identifica moneda, conoce cuantía de sueldo o pensión y de otros ingresos, cuenta corriente o cartilla que maneja. Un paso más allá lleva a inquirir sobre seguros concertados, propiedades, inversiones, etc. Y, en contrario, sobre créditos, deudas y avales.

Básicamente importa una visión general de cómo el presunto incapaz describe la situación de su economía. No es necesario entrar en mucho detalle. El estado de las habilidades declarativas se obtiene sobre todo del grado de coherencia que muestra la información obtenida en conjunto.

Las habilidades de “enjuiciamiento” implican capacidad para elecciones y decisiones racionales, prácticas y astutas ante situaciones económicas nuevas, ambiguas o complejas. A diferencia de las habilidades de conocimiento, que describen la condición económica, las de enjuiciamiento suponen apreciaciones de los pros y contras de las decisiones económicas tomadas o por tomar.

Se exploran analizando decisiones prácticas o hipotetizando en cuanto a adecuación entre medios y fines. Hay adecuación si los medios utilizados son compatibles con los conocimientos comunes disponibles al respecto y los fines perseguidos son consistentes y realistas. Importan aquí, la sensibilidad ante fraudes o estafas, así como la resistencia a la coacción. Especial consideración merecen los actos jurídicos de disposición como contratos, transacciones, poderes, etc. cuando hay noticia de su reciente realización.

Las habilidades de “conocimiento de procedimiento” son esencialmente pragmáticas. Implican secuencias de acción. Comportan realización. Información sobre su funcionamiento se obtiene de muchas maneras. La más sencilla es manejando cambios. Otras, igualmente sencillas, preguntando sobre uso de tarjetas de crédito, cajero automático, formalización de cheques, etc. Difícilmente puede desenvolverse hoy una persona sin echar mano de alguno de estos medios.

Otra manera de obtener información sobre el funcionamiento de estas habilidades es inquirendo sobre la atención del presunto incapaz a los gastos rutinarios. Especial mención merecen los pagos domiciliados en banco, como los correspondientes a alquiler de la vivienda, gastos de la comunidad de propietarios, servicios comunes, compra diaria, etc.

Finalmente, en el supuesto de que el presunto incapaz cuente con patrimonio importante, la búsqueda de información hay que centrarla en los derechos y obligaciones que comportan, gestiones que desarrolla y efectividad en la búsqueda de asesoramientos. Uno de nuestros casos era un empresario que desconocía, entre otras muchas cosas, cuándo había que presentar la declaración anual de Hacienda y el nombre y el domicilio de la gestoría encargada de los seguros sociales de sus empleados.

A todo esto, son hoy utilizables instrumentos de evaluación forense. Uno es el “Instrumento de capacidad financiera” (Financial Capacity Instrument, FCI, Marson y cols., 2000). Explora y evalúa hasta seis dominios relacionados con el manejo económico. Son los siguientes:

- (1) Habilidades básicas (monetarias):
 - identificar monedas y billetes,
 - indicar valores relativos,
 - contar grupos con precisión.
- (2) Conocimientos conceptuales financieros:
 - definir algunos (intereses, etc.),
 - aplicación práctica de tales conceptos.
- (3) Transacciones con dinero en efectivo:
 - simular una transacción verificando cambio,
 - obtener cambio exacto tras venta simulada, verificando cambio.
- (4) Manejo de talonario de cheques:
 - identificar y explicar partes del cheque y registro del mismo,
 - simular transacción y pago con cheque.
- (5) Manejo de cuenta bancaria:
 - identificar y explicar balance de cuenta corriente,
 - identificar aspectos de transacciones específicas.
- (6) Juicio financiero:
 - detectar y explicar riesgo financiero de fraude por correo,
 - comprender inversiones según situación/opciones y tomar decisiones.

Llaman la atención, sin embargo, las discordancias que revelan enfermos con demencia por enfermedad de Alzheimer, en cuanto a resultados pasándoles el Mini-Mental Cognoscitivo (MMSE) y el referido instrumento de evaluación de capacidad financiera (FCI) (8).

Precisemos: un 25% de enfermos con demencia de grado leve y puntaje 19 a 23 con el MMSE era capaz de completar de 4 a 6 dominios del FCI. Algunos incluso por completo. En cambio, los enfermos con demencia moderada y puntajes de 8 a 19 no superaban ninguno de los dominios del FCI.



Queda claro, por tanto, que la consideración de las habilidades de manejo económico de presuntos incapaces con mismo diagnóstico identifica casos, que no deberían ser tributarios de las mismas limitaciones. Igual cabe decir en cuanto la comparación incluye resultados del Mini- Mental.

IV.I.III Salud

Conceptualmente, la salud se considera hoy de modo positivo y dinámico. Se define como sensación de bienestar y buena capacidad de funcionamiento. Tener buena salud implica, pues, sentirse bien y ajustarse a las exigencias del medio ambiente.

Cuidar de la salud tiene que ver, principalmente, con habilidades que enfatizan las tomas de decisiones para conservarla y, cuando se pierde, recuperarla. Presupone una percepción realista de la misma y proceder de acuerdo con las decisiones tomadas.

Cuidar de la salud se convierte en problema cuando se cuestionan las habilidades de la persona para tomar decisiones sobre su salud. El problema adquiere nueva dimensión cuando, caso de darse dicha falta de habilidades, es previsible su prolongación. Se impone entonces la presunción de incapacidad y, en último término, sustanciar el estado de las habilidades del presunto incapaz de cara al cuidado de su salud. A tal respecto son indicadores a considerar los siguientes:

- cuidados de salud del día a día
 - dieta
 - heridas / úlceras
 - manejo de medicación
- consentimiento de tratamiento
- rechazo de tratamiento

- conductas de salud
 - citas médicas
 - emergencias



- teleasistencia
- etc.

Huelga comentar, en cuanto a los cuidados del día a día, que sólo serán operativos si se revelan significativos al caso. Así, la dieta en caso de diabetes o gran desnutrición. Así, las grandes úlceras y escaras cualesquiera sean sus causas si son desatendidas. Así, sobre todo, cuando no se echa cuenta de la medicación, pese a su carácter absolutamente necesario.

En cuanto al consentimiento de tratamiento son bien conocidos los elementos que conforman la toma de decisión al respecto:

- comprensión fáctica del problema
- apreciación de la situación actual y consecuencias
- manejo racional de la información
- comunicación de la elección

La *comprensión fáctica del problema* por el enfermo se refiere a si éste es capaz de entender, a través de la información del médico, la naturaleza de su trastorno y los tratamientos a seguir. Dicha información debe ser relevante a los efectos de la toma de decisión. Se explora por dos vías. Una, solicitando que la verbalice con otros términos. Otra, identificando las opciones de tratamiento presentes en la referida información, Solo las identifica, todavía no opta.

La *apreciación de la situación actual y consecuencias* que pueden derivar corresponden a la valoración que hace el enfermo de lo que le sucede y las repercusiones, según decida sobre las opciones terapéuticas, incluyendo suspender o prescindir del tratamiento. A precisar que siempre implica un componente cognitivo y otro emocional. Se explora de dos modos. Uno, determinando hasta qué punto se da cuenta de que padece un trastorno o tiene un problema. Otro, averiguando si identifica las probables consecuencias de tratarse o no tratarse, asignando valores a riesgos y beneficios de las opciones.



El *manejo racional de la información* se refiere al uso de los procesos lógicos por el enfermo cuando discurre y compara sobre los beneficios y riesgos de cada una de las opciones disponibles. Importa la coherencia interna que guardan las razones que esgrime, no el desenlace al que conducen. Se explora determinando la racionalidad o irracionalidad de las mismas. Es la más utilizada, a veces en detrimento de la comprensión y la apreciación.

Finalmente, la *comunicación de la elección* del enfermo ha de ser manifiesta y mantenida. No deben quedar dudas sobre las preferencias del enfermo. Tampoco respecto a la estabilidad de dichas preferencias, por lo que conviene reiterar las preguntas al efecto en más de una ocasión.

Falta añadir que todo el proceso de evaluación debe hacerse en lenguaje ajustado al nivel intelectual y educación del enfermo y del conocimiento que tenga de su trastorno.

No entramos en el rechazo de tratamiento por haberlo ya expuesto a propósito de la “Aproximación por desenlaces” (apartado II. II).

Por último, los contactos de salud dan noticia del tipo de relación que guarda el presunto incapaz con el sistema sanitario. A tal respecto importa considerar sus habilidades a los efectos de situar y gestionar las prestaciones que aquel ofrece.

IV.I.IV Transporte

El transporte es un medio para llevar personas de un sitio a otro sirviéndose de vehículo o conduciéndolo uno mismo. Todo el mundo, de una manera u otra, lo utiliza en función de habilidades específicas, si bien no tienen la entidad de las hasta aquí revisadas. Como pasa con todas, se aprenden y se pueden perder.

Dos son los tipos de uso de transporte que interesan a los efectos del procedimiento de incapacitación civil. Uno, el uso del transporte público, otro, la conducción de vehículos. En ambos resultan manifiestos tanto la proyección social como los mecanismos legales que los sustentan.



Los déficits de habilidades de uso de transporte público se suelen concretar en la pérdida de referencias al respecto, tales como paradas, horarios, trayectos, bonobús, etc. No entramos aquí en las limitaciones físicas, si bien éstas pueden potenciar las psíquicas. Se exploran diferenciando entre lo que son hábitos de uso cotidianos y los no cotidianos.

Consecuentemente a los déficits señalados la persona debe ser auxiliada por los servicios sociales facilitando el transporte asistido público cuando fuere necesario (citas médicas, centros de día, rehabilitación, etc.). Paralelamente, los mismos déficits son indicadores muy sensibles del deterioro de la persona en otras áreas. De hecho, los déficits de habilidades de uso del transporte público suelen ser sincrónicos con el deterioro de actividades instrumentales de la vida independiente y del manejo económico.

En cuanto a los déficits de habilidades relativos a la conducción de vehículos huelga comentar su importancia. La razón es clara. Hoy la mayoría de los adultos tienen licencia de conducción. Ciertamente que a determinadas edades se revisan mediante un nuevo reconocimiento. Esto supone un cierto control, aparte del que la persona pueda ejercer por sí misma o ejerzan los familiares. Pero, en contexto de procedimiento de incapacitación, no basta.

IV.I.V Otras

El *derecho de sufragio* presupone la participación en el sistema electoral para la provisión de cargos políticos. Paralelamente, las habilidades del votante al efecto solo pueden ser consideradas de modo formal, nunca sustantivo. Esto es, sobre la base de que votar tiene un sentido y sólo eso, porque ir más allá podría resultar sospechoso.

Pasando ya a los déficits de habilidades para el sufragio, es a destacar una paradoja. No suele haber referencias a los mismos en las periciales médicas, pero si son habitualmente enjuiciados e incluidos en la parte dispositiva de la sentencia, cuando así procede. Seguramente es una derivada del sentido común de la/el juez sobre la base de otros déficits y el examen personal del presunto incapaz.

No obstante, en este punto, otra vez hay que volver a los riesgos de la incapacitación plena que cercena todas las capacidades por igual. En un caso nuestro, el presunto incapaz, claramente limitado en habilidades de vida independiente y económicas, tenía una idea aceptable de lo que era votar. Es más, la posibilidad de hacerlo contribuía a su autoestima. Aunque sea por unos pocos casos es aspecto del funcionamiento de la persona a retener y explorar.

La *necesidad de internamiento* de personas a punto de incapacitación es una situación derivada de la falta de habilidades de la persona para cuidar de sí misma en contexto de falta de apoyos. Habitualmente se trata de personas dependientes para las necesidades básicas de la vida como asearse, vestirse, comer, etc. Hay que hacer todo por ellas. Más que necesitar de tercera persona, precisan de un medio estructurado que los acoja, asista y proteja. Este medio habitualmente es una residencia asistida.

Hay casos, sin embargo, que por sus comportamientos desorganizados necesitan de la contención. Los riesgos son activos, a diferencia de los casos anteriores que son más bien pasivos. Importa entonces determinar el “locus” asistencial que mejor se ajuste a sus necesidades.

La *capacidad procesal*, también llamada capacidad para comparecer en juicio, es la aptitud de realizar actos válidos en el proceso. Ya quedaron señaladas páginas atrás las habilidades funcionales al respecto (apartado III.I). No importa que estuvieran referidas al ámbito penal. Son igualmente operativas para el civil.

En efecto, no son pocos los demandados que desconocen el sentido del procedimiento de incapacitación que gravita sobre ellos. Igualmente desconocen el papel que en el procedimiento ejercen el Ministerio Fiscal, el defensor judicial o el abogado que les representa. No suele haber problemas en estos casos, son actores pasivos, ajenos a lo que sucede y que tanta importancia tiene precisamente para ellos.

Hay otros casos que pretenden conocer todo de los procedimientos que ponen en marcha y suscitan dudas si lo que hacen es razonable. Son pocos en número pero parecen muchos por el activismo judicial que llegan a desarrollar. Son los querulantes. Sus habilidades

funcionales al respecto están distorsionadas por creencias absurdas que establecen relaciones sin motivo, resistentes a la argumentación lógica. En su vindicación pueden llegar a comprometerse en gastos excesivos, pero, al margen de ello, consumirán tiempo del sistema jurídico. Funcionan bien en la realidad, excepto en un sector de la misma, el del litigio o litigios, en que sus habilidades descarrilan, pues actúan por sí, ajenos a letrados y sin atención a las normas de procedimiento. Es por ello que son fáciles de identificar a efectos de la pericial médica.

La demanda de *esterilización* de personas incapacitadas civilmente es cuestión dominante en mujeres en edad fértil. Se arguye habitualmente el riesgo de embarazo y la incapacidad parental si tal sucede. La posibilidad de enfermedades de transmisión sexual, incluido el sida, suele quedar en segundo plano.

La esterilización, como es sabido, es una técnica quirúrgica permanente mecánica, que tiene como objetivo evitar la fecundación. No afecta a ovarios ni testículos. Por consiguiente, no es una operación “desexualizante”, ni inhibe los deseos sexuales, ni tampoco interfiere el funcionamiento sexual normal.

Desde un punto de vista pericial son a evaluar las habilidades de la persona incapacitada para gestionar su sexualidad, en especial cómo se manifiesta su impulso sexual y conductas al respecto. Importa también el contexto en que la persona se desenvuelve en cuanto a riesgo de ser abusada o explotada sexualmente (prostitución) y de contagio de enfermedades (lúes, sida, etc.). Además, a efectos de prevención de embarazo, son a considerar los dispositivos intrauterinos y los métodos hormonales. Finalmente, atención merecen los familiares más próximos. Con frecuencia son las ansiedades e inquietudes de estos los que mueven subliminalmente la demanda de esterilización del presunto incapaz.

En último término lo que suele detectarse son habilidades limitadas de la demandada para gestionar su sexualidad y unos padres preocupados al respecto. No pocas veces lo que necesitan es orientación para reducir riesgos y así protegerla mejor en su integridad personal.

IV.II Causas

Son diversas las enfermedades que producen déficits de habilidades que redundan en incapacidad civil. La gran mayoría son psiquiátricas. Solo una mínima proporción tienen otros orígenes. A su vez, tanto en un caso como en otro, son unas pocas las enfermedades que dominan y se repiten una y otra vez.

En efecto, en cuanto a las enfermedades psiquiátricas, son las demencias por enfermedad de Alzheimer, seguidas de las de origen vascular, las causas que amparan las demandas de incapacidad. Otras causas de demencia (traumáticas, alcohol, sida, etc.) tienen mucha menor incidencia. En un porcentaje no despreciable, sobre todo en edades avanzadas, se solapan la demencia por Alzheimer y la cerebrovascular.

Ahora bien, hay diferencias clínicas en las demencias según gravedad y según etiología. Ambos aspectos son de inexcusable consideración en la pericial médica.

Según *gravedad*, las demencias se distinguen en tres tipos: demencia leve, moderada y severa. La demencia leve se caracteriza por dificultades en la capacidad de retención de la memoria y el fracaso intelectual ante tareas complicadas que antaño sin trastorno la persona realizaba. Esto, sin embargo, no la hace dependiente de los demás. Mantiene, por el contrario, las actividades de la vida independiente, de manejo económico, cuidado de salud y transporte.

La demencia moderada se caracteriza por una memoria que, ante información nueva, sólo retiene ocasional y muy brevemente, que falla en evocar información básica y que es incapaz de manejarse en la vida cotidiana, salvo en tareas muy simples en casa. La capacidad de autonomía de la persona está alterada y precisa cierto grado de control respecto a las actividades de vida independiente. No se maneja económicamente, ni con el transporte y descuida claramente su salud.

La demencia severa presenta un deterioro grave de la memoria caracterizado por la incapacidad de retención de información nueva y la evocación de fragmentos aislados de la

información previamente aprendida, aparte de una ausencia real o virtual de ideación inteligible. En consecuencia la persona depende por completo de los demás para las actividades básicas de la vida (asearse, vestirse, comer, etc.) y el manejo económico y el cuidado de su salud son nulos. Necesita de tercera persona para sobrevivir.

A precisar que la gravedad global de la demencia se expresa con el nivel de deterioro más elevado, ya sea de la memoria, ya de la capacidad intelectual.

Según *etiología* las demencias, junto al núcleo común en todas ellas (deterioro de la memoria y de la capacidad intelectual), presentan características que les son propias. Corresponden estas sobre todo a patrones evolutivos y sintomatología.

Así, la demencia por enfermedad de Alzheimer se caracteriza generalmente por un comienzo insidioso y un deterioro cognoscitivo lento, gradual y progresivo. Se distinguen formas de inicio precoz (antes de los sesenta y cinco años) y formas de inicio tardío (después). Debido a la dificultad de obtener pruebas patológicas directas (biopsia cerebral) el diagnóstico sólo se establece con carácter de probable descartando otras causas de demencia. Por eso, cuando aparece así en los informes, pero bien documentado clínica y evolutivamente, no debe generar dudas.

En cambio, la demencia vascular suele caracterizarse por un comienzo brusco, un deterioro cognoscitivo desigual, la presencia de signos y síntomas neurológicos y un curso fluctuante. Por deterioro cognoscitivo desigual se entiende que resultan afectadas más unas funciones que otras. Así, pese al deterioro de la memoria e intelectual, pueden estar relativamente conservadas la conciencia de enfermedad y la capacidad de juicio. Huelga comentar la importancia pericial que tienen estos datos de cara a las habilidades para pedir ayuda, delegar, nombrar tutor, cuidar de la salud, etc.

Finalmente, son a retener las demencias de origen traumático que se caracterizan por la estabilidad clínica, en contraposición a la progresividad que caracteriza a la demencia por enfermedad de Alzheimer y a las de origen cerebrovascular.

Un segundo grupo de enfermedades psiquiátricas aducidas en las demandas de incapacitación civil son los retrasos mentales. Se caracterizan por la presencia de un desarrollo mental incompleto o detenido de las funciones que contribuyen al nivel global de la inteligencia.

El diagnóstico se establece sobre la base de datos clínicos, disminución de la capacidad adaptativa global propia frente a las exigencias del entorno social y hallazgos psicométricos.

Los datos clínicos trascienden de fallos en aptitudes cognoscitivas (razonamiento, cálculo), lenguaje (pobre fluidez y comprensión verbal), motrices (pobre destreza) e incluso malformaciones (síndrome de Down). Los déficits adaptativos se reflejan en las habilidades que ya describimos (cuidado personal, vida independiente, manejo económico, etc.). Por último, la psicometría permite determinar el cociente intelectual que es inferior a 75.

Los retrasos mentales se distribuyen según gravedad en leves, moderados, profundos y graves y son de curso estable, a diferencia de las demencias. Son de diversa etiología.

De cara a la pericial médica importa una breve referencia al retraso mental de grado leve. Es la categoría de retraso mental más próxima a la normalidad. De aquí que los déficits adaptativos y psicométricos de estos enfermos se manifiesten discretamente, salvo que las exigencias del ambiente los haga más manifiestos. Hace años un clásico de la psiquiatría decía de estos pacientes: *"son como las demás personas pero con pocas ideas en la cabeza"*.

Un tercer grupo de trastornos mentales que aparece en las demandas de incapacitación debe ser considerado a título de "cajón de sastre". En otros términos, se dan todos los diagnósticos, desde psicosis esquizofrénicas a bipolares o paranoias, desde dependencia a drogas a trastornos de la personalidad e incluso neurosis. Ejemplo de esto último es el síndrome de Diógenes, en cuanto relacionable con el trastorno obsesivo-compulsivo.

Finalmente, unas palabras sobre las enfermedades de distinta índole que las psiquiátricas. Como ya dijimos son excepción. No obstante, son a retener algunos trastornos

neurológicos. En primer lugar, el estado vegetativo persistente o crónico. Es la situación más dramática derivada de los traumatismos craneoencefálicos. Se caracteriza por la pérdida de todas las funciones de la corteza cerebral. La pérdida de conciencia continuada en el tiempo que supone habla por sí misma. Estos pacientes se mantienen con vida gracias a la continuidad de cuidados que reciben.

Otros trastornos a retener son los del lenguaje en todas sus manifestaciones orales y escritas (afasia mixta) en cuanto pueden afectar gravemente a la comunicación interpersonal. Y otros, los defectos sensoriales graves no educados, del tipo de sordomudez, por la misma razón.

Finalmente, hay enfermedades “raras” que pueden operar en el mismo sentido. Tal el “síndrome de Gertsman”, enfermedad neurológica producida por una lesión cerebral que se caracteriza por una tétrada de síntomas: agrafia (alteraciones de la capacidad de expresar ideas por la escritura), agnosia digital (imposibilidad de reconocer los dedos de la mano), acalculia (incapacidad de realizar problemas aritméticos simples) y desorientación derecha-izquierda. Un caso nuestro, con claros indicios de haber sido abusado económicamente, fue incapacitado para la gestión económica y su trastorno fue base para la correspondiente querrela.

Cuestión aparte son los casos de enfermedades compensadas farmacológicamente, pero que se descompensan de modo imprevisto y generan conductas que derivan en gastos económicos excesivos. Diagnóstico dominante es el trastorno bipolar, enfermedad que cursa en fases. Es en las fases de exaltación que se puede producir riesgo económico. Darles una segunda oportunidad depende de lo que hayan hecho económicamente en la primera. Importan aquí también los apoyos con que cuenta y la adherencia a tratamiento y seguimiento. Otra vez es claro que el diagnóstico por sí no basta, son los precedentes y circunstancias los que permiten definir la cuestión.

A todo esto, no debe olvidarse la posibilidad de disimulación, simulación y sobresimulación. Hay casos que acuden al reconocimiento previamente entrenados en aspectos de funcionamiento mental (orientación, etc.). Hay otros que simulan la pérdida de habilidades o bien sobresimulan magnificando las que padecen. Por raro que parezca hay

razones para ello. Un caso nuestro fue incapacitado civilmente antes de que se sustanciara un contencioso por daño tras accidente de tráfico.

Y todavía son a tener en cuenta circunstancias de vida con resultado de problemas de aprendizaje, de institucionalización o incluso étnicos y culturales. No son propiamente causas, sino situaciones psicosociales que pueden incidir negativamente sobre los déficits ocasionados por la enfermedad. Se identifican mediante un código -código Z- anexo a la Clasificación Internacional de Enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (CIE 10, 1992).

IV.III Interacción persona-contexto

La detección de incongruencias en el funcionamiento del presunto incapaz es la cuestión fundamental en orden a la pericial médica. No hace falta, por lo demás, pensar mucho para saber ante que exigencias pueden darse. Es cuestión de retomar las áreas relevantes a efectos de incapacitación a la luz de las habilidades que en cada caso las constituyen.

Así, empezando por el área de vida independiente hay que partir de las habilidades que comporta (autocuidado y suficiencia en el hogar) y los fines a que sirven (bienestar y seguridad).

En línea con lo recién dicho las incongruencias se concretan en este área en dos niveles. Uno, el más claro, en cuanto el presunto incapaz no cumple los mínimos de autocuidado: no es capaz de asearse, vestirse, vive entre orines, etc. Consecuentemente pierde bienestar y toda seguridad. Peligra absolutamente su supervivencia. El otro nivel de incongruencia deriva del pobre manejo del presunto incapaz en el hogar. Incongruencias pueden ser muchas. Desde apañarse mal para encargar la compra y llevar cuenta del dinero, tener sucia la casa e ignorar la lavandería., dejarse el gas o el grifo del agua abiertos, olvidar cerrar la puerta de acceso a la vivienda.

Incongruencias muy significativas son las relativas a la comunicación con el exterior. Nos referimos a no saber telefonar ni escribir una carta. En el mismo sentido, por estos

medios u otros (a través de vecinos, teleasistencia) poner en marcha estrategias de petición de ayuda o de dar la alarma ante situaciones críticas.

Resumiéndolas, es fácil extraer de todas ellas consecuencias que redundan en pérdida de bienestar y seguridad con aumento de riesgos para el presunto incapaz. Hay casos, por lo demás, puntuales como en el síndrome de Diógenes. La incongruencia está en la acumulación de objetos sin otra finalidad que la propia acumulación, sin reparar -otra incongruencia- en los riesgos para la salud y la seguridad de la vivienda y edificio ante la posibilidad de un incendio.

Ahora bien, la cuestión no queda cerrada tras la identificación y recuento de incongruencias. Hay factores personales y del contexto a considerar que pueden influir en el destino del presunto incapaz.

En efecto, sucede a veces que las incongruencias detectadas en el hogar son reducibles a través de servicios a domicilio o asistencia en medio residencial. Dicho de otro modo, el contexto puede atemperar fallos al eliminar exigencias. De otra parte, no es lo mismo un presunto incapaz consciente de sus déficits que pide ayuda al respecto, que otro que los niega o disimula. Tampoco es lo mismo si su condición de enfermedad puede mejorar que la de otro que no mejora.

Otra vez, pues, son a tener en cuenta el bienestar y seguridad que comportan la incorporación de aspectos personales y de contexto al considerar las incongruencias en el área de vida independiente.

Pasando ya al área económica, la cuestión de las incongruencias es más compleja que en el área de vida independiente. La razón es clara: las exigencias del contexto en uno y otro caso son diferentes. En el área económica son variables, tan variables como pueden ser los medios económicos con que cuenta cada uno. Además, por provechosa que pueda ser una gestión económica, siempre implica una carga de relatividad, pues depende de reglas de mercado. Nada de esto pasa en el área de vida independiente, hay uniformidad en las exigencias.



No obstante, es factible identificar niveles de ineficiencia que se traducen en incongruencias económicas relativas a:

- actos jurídicos de disposición
 - contratar
 - comprar/ vender
 - hipotecar/pedir créditos
 - prestar / avalar
 - donar
 - otorgar poderes
 - etc.

- manejo de sueldo/ pensión
 - gastos de alimentación
 - gastos comunes de vivienda
 - contratar personal
 - compras de precio fijo
 - anticipos
 - deudas menores
 - etc.

- dinero de bolsillo
 - consumiciones
 - transporte
 - prensa
 - ocio
 - hábitos (tabaco, etc.)
 - etc.

Incongruencias, en suma, que serán la expresión de pobres conocimientos y/o enjuiciamientos y/o procedimientos en cada caso.



En cuanto a incongruencias del área de cuidado de salud ya quedaron insinuadas páginas atrás. El criterio general es que sean tan significativas que su mera aparición comporte riesgos de empeoramiento del estado de salud. A tal respecto, incongruencias a retener son percepciones mínimamente realistas del estado de salud. Se minimizan o niegan trastornos que hablan por sí mismos. La dieta queda lejos de lo que necesariamente correspondería. El cuidado de heridas o úlceras se descuida. La medicación no se memoriza. La incompetencia a los efectos de comprender, ponderar y razonar sobre la necesidad continua de un tratamiento son nulos. Finalmente, incongruencias a retener son las que surgen de contrastar como usa los recursos –si es que los usa- y las normas de estos.

Pero en cualquier caso puede haber factores correctores. Dependen estos de:

- complejidad de la atención requerida,
- seriedad de las consecuencias potenciales,
- asistencia por compensación.

Respecto a la complejidad de la atención requerida es claro que tanto los trastornos que los presuntos incapaces padecen como las medidas que requieren, son diferentes con frecuencia. Hay casos que exigen un mayor grado de comprensión y razonamiento que otros.

Igual cabe decir respecto a la seriedad de las consecuencias potenciales. Unas enfermedades tienen más consecuencias que otras y lo mismo sucede con los tratamientos.

Finalmente, la asistencia por compensación es claramente circunstancial. Hay pacientes afortunados por la alta disponibilidad que tienen de parientes, vecinos o amigos. Gracias a ellos los presuntos incapaces pueden soportar y superar cognitivamente y emocionalmente situaciones que de otro modo no podrían superar.

Pasando ya a las incongruencias en el uso de transporte público se concretan en equivocaciones de trayecto y trayectos inespecíficos que culminan en extravío personal. En cuanto a la conducción de vehículos importan las referencias de accidentes de tráfico y si se observan déficits de atención y coordinación visuomotora. Un caso nuestro, diagnosticado de enfermedad de Alzheimer, seguía conduciendo por la urbanización donde residía.

Finalmente, en cuanto a incongruencias en el resto de las áreas, ya quedaron señaladas en su momento (apartado IV.I.V)

IV.IV Enjuiciamiento

A efectos de incapacitación, mediante el enjuiciamiento, el juzgador establece los hechos probados, el marco jurídico aplicable y si este es concordante con aquellos.

Hechos probados, en cuanto a enfermedad del presunto incapaz, que se concretan en diagnóstico, curso y déficits funcionales. Pero diagnóstico razonado de acuerdo con criterios de referencia. Curso igualmente razonado en lo previsible. Y déficits funcionales, en especial de vida independiente, económico-administrativos, salud y transporte ante las exigencias del ambiente con sus riesgos y consecuencias.

Marco jurídico conformado por el Código Civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil y la doctrina jurisprudencial. Código Civil en cuanto definitorio de las causas determinantes de incapacitación: *enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma*. Y, tratándose de menor de edad, cuando se prevé razonablemente que la misma persistirá después de la mayoría de edad (arts. 200 y 201, respectivamente).

Ley de Enjuiciamiento Civil en cuanto obliga al juzgador a determinadas pruebas y audiencias para mayor garantía del procedimiento. Así, a oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, a examinarle por sí mismo y a que nunca se decida sobre su incapacitación sin previa pericial médica (art. 759).

Doctrina jurisprudencial consolidada sobre la presunción de capacidad y el enjuiciamiento de la incapacidad. Presunción de incapacidad entendida como perteneciente al ámbito de los derechos fundamentales de la persona y, por tanto, constitucionalmente protegida en función de estos (art. 10). Y enjuiciamiento de la incapacidad sobre la base de que la determinación de esta no es cuestión estrictamente de la Medicina, sino inserta en criterios sociales.

En efecto, por científicamente que se definan en el presunto incapaz las causas, déficits e incongruencias, nada nos dicen del sentido de justicia que anima una sociedad. Este sentido sólo puede ser revelado a través de las normas, esto es, de lo que se considera social y moralmente admisible dada la situación del presunto incapaz. De aquí que sea el/la juez o el tribunal quien resuelva dicha situación mediante juicios de existencia o de realidad – no de valor- sobre si los hechos probados son concordantes con el marco jurídico de la incapacitación. Si hay concordancia quedará fundamentada de derecho la incapacitación, siempre en la extensión y límites que el grado de concordancia permita, no así en ausencia de tal concordancia (art. 760 L.E.C.).

IV.V Disposición

Mediante la disposición o fallo el /la juez o el tribunal estiman o desestiman la demanda de incapacitación. Y supuesto que la estimen concretan las consecuencias para quien hasta ese momento todavía era presunto incapaz. El campo es amplio, desde la incapacidad plena, en que la libertad personal y la gestión patrimonial le son retiradas por completo, a las limitaciones puntuales de una u otra.

De aquí la posibilidad de matizaciones en el fallo sobre lo que el ya incapaz no podrá hacer por sí o solo con asistencia. La cuestión siempre será importante, pues por mínimas que sean las limitaciones, siempre afectan a libertades y derechos fundamentales.

Falta añadir que la pericial médica, en tanto más explícita y precisa sea al describir déficits funcionales e incongruencias del presunto incapaz, mayor podrá ser su aportación a los hechos probados. Y, en línea con ello, al enjuiciamiento y disposición del caso en cuestión.

V. SOBRE TUTORES, AGENCIAS Y FUNDACIONES

Una vez que la decisión de incapacitar adquiere firmeza el presunto incapaz pasa a estar legalmente incapacitado y como consecuencia sometido a tutela o curatela.

La *tutela* es una institución de guarda legal que tiene como objeto el cuidado de las personas que no pueden regirse por sí mismas, tanto personal como patrimonialmente. Es el caso de los incapaces por sentencia y de los menores.

La *curatela*, entretanto, es igualmente una institución de guarda legal que tiene por objeto complementar al incapaz o menor en aquellos actos que señala la ley o la sentencia.

La tutela se ejerce por el tutor. La curatela por el curador. En la tutela el tutor sustituye al incapaz. En la curatela el curador asiste al incapaz, pero sólo en actos previamente establecidos, pues hay otros en que actúa sin necesidad de ser asistido.

Ahora bien, ser tutor o curador puede recaer en personas concretas, pero también en agencias públicas y fundaciones. Son estas, como es sabido, instituciones sin ánimo de lucro, que tienen como fin la protección de personas legalmente incapacitadas. Es el patronato de las mismas quien es propiamente el tutor, pero siempre hay “responsables de casos” que están al tanto del incapaz. Son personas contratadas, habitualmente trabajadores sociales. Otra figura es la del “delegado tutelar” que participa y supervisa. Procede del “voluntariado”.

Pero tutor o curador o “responsable de caso” no debería ser cualquiera. Tanto en la tutela como en la curatela se dan relaciones obligadas y a la vez asimétricas en detrimento del incapaz. De aquí que al proceder a su selección sea útil tener en cuenta las que han sido descritas como características ideales de tutor (11). Son estas:

- disponibilidad
- competencia
- intuición empática
- ajeno a conflicto de intereses
- buena voluntad

Por *disponibilidad* se quiere significar que quien tutela pueda acudir en apoyo del tutelado a tiempo, ya sea en lo médico como en lo económico. Implica que viva cerca.

Por *competencia* se entiende que tiene capacidad para resolver con eficiencia los problemas que el tutelado puede plantear. A veces la competencia puede resultar lastrada por anteriores relaciones conflictivas, que derivaron en situaciones quemadas que perduran.

La *intuición empática* comporta que el tutor, sobre todo en las decisiones vicarias, hace lo que el tutelado habría hecho si hubiera podido, aunque no coincida con sus intereses actuales. Claro está que a veces no hay precedente, caso de personas con retraso mental. Habitualmente la intuición empática descansa en una relación significativa previa entre tutelado y tutor.

Obviamente, el tutor debe ser *ajeno a conflicto de intereses* de cualquier tipo con el tutelado. Ni psicológicos, psicosociales o socioeconómicos, por los riesgos de manipulación a que podrían dar lugar.

Finalmente, un tutor tiene que tener *buena voluntad*. Las razones son claras. Ser tutor consume tiempo y genera tensiones, aunque sólo sea a cuenta de las responsabilidades que comporta. Pero es que a veces se añade la ingratitud, el vituperio, hasta el litigio. Es por ello que frecuentemente ser tutor puede ser disruptivo para la vida privada. Solo desde la buena voluntad se puede aceptar la carga que supone.

Por supuesto que lo dicho hasta aquí conforma un ideal de tutor. Ya quedó reflejado al principio. En el otro extremo estaría el tutor impersonal, descomprometido, como parte de una estructura burocrática. En la práctica todos apostaríamos por un tutor que -al igual que un buen artesano- fuera conocedor de su tarea, hábil al llevarla a cabo y de fiar.

VI. SISTEMÁTICA PERICIAL

Llegados aquí es momento ya de considerar la pericial de la incapacitación desde un punto de vista práctico en sintonía con lo dicho hasta ahora. Esto es, como estructura ordenada en apartados con referencias acordes a la aproximación funcional que hemos seguido. En línea con ello nuestra sistemática queda así:

Presentación y acreditación del perito

1. Nombramiento/petición y asunto
 2. Objetivos del informe
 3. Criterios diagnósticos de referencia
 4. Metodica utilizada
 5. Reconocimiento del periciando
 - 5.1. Anamnesis
 - 5.2. Biografía
 - 5.3. Antecedentes familiares y personales
 - 5.4. Exploración
 - (A) Somática
 - (B) Neurológica
 - (C) Psíquica
 - a) Comportamiento general
 - b) Estatus mental
 - c) Habilidades funcionales
 - vida independiente, económico-administrativa, salud, transporte, otras.
 6. Documentación consultada (a revisar previamente)
 7. Entrevista de familiar/es
 8. Consideraciones diagnósticas, evolutivas y médico-legales
 - 8.1. Parte doctrinal
 - 8.2. El caso en cuestión
 9. Conclusiones
- Anexo con documentos

Por supuesto que hay modos más sintéticos de estructuración de una pericial. Igualmente de aproximación clínica como ya vimos. Unos y otras siguen utilizándose en la actualidad. Hay, pues, otras opciones a la hora de estructurar una pericial y lo mismo en cuanto al modo de considerar datos relevantes.

Por nuestra parte preferimos una estructura pormenorizada por más didáctica e ilustrativa de cara a la valoración judicial. Asimismo una aproximación funcional porque su

operatoria es más afín a las cuestiones médico-legales de la incapacitación. Y, en consonancia con esto último, es lógico que postulemos un cambio en los objetivos de la pericia que los juzgados suelen señalar a los peritos. Supone de hecho un cambio en el modelo hasta ahora vigente en la mayoría de los juzgados de incapacidades*. Se trataría de eliminar las preguntas relativas a la capacidad volitiva y el grado de discernimiento del presunto incapaz y sustituirlas por una relacionada con déficits funcionales. En línea con ellos los objetivos de la pericia quedarían configurados del siguiente modo:

1. Enfermedad física o psiquiátrica que padece el presunto incapaz
2. Naturaleza o etiología de la misma
3. Si la enfermedad es persistente e irreversible
4. Incongruencias que determina en las actividades de vida independiente, económico-administrativas, salud y transporte del presunto incapaz.
5. Cualquier otro extremo que el perito considere de interés para una mayor información y esclarecimiento sobre el pretendido incapaz.

De esta manera las inferencias sobre volición y discernimiento del presunto incapaz quedarían sólo a criterio del juez, no del perito. Por añadidura, el deterioro funcional podría ser inferido de datos concretos, cuales son los relativos a las incongruencias del presunto incapaz en su cotidiano vivir.

Ahora bien, incorporar los déficits funcionales al discurso de la pericial sobre la incapacitación supone considerarlos en sí y en su engarce con los síntomas. Esto en la práctica se resume en rastrearlos e identificarlos en su conjunción en la anamnesis y en la exploración. Igualmente en la documentación clínica y en la no clínica y a partir de entrevistas de familiares. Es de todo ello de donde cabe extraer datos de las actividades de vida independiente, económico-administrativa, salud y transporte del presunto incapaz. Todo ello, repetimos, considerando siempre la distinta validez de las diversas fuentes, buscando la convergencia de datos y no descansando hasta aclarar las divergencias. Es mediante este modo de hacer que el perito se forja y gana autoridad moral. Y es entonces cuando su opinión

* Fue ideado y puesto en práctica por el Magistrado J. M. Fernández López en el primer juzgado de incapacidades que se creó en España en 1988.



puede llegar a ser para el juez más que un consejo y menos que una orden y los conocimientos científicos se subordinan al Derecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

(1) **SEENA FAZEL:** *Competence*. En *Psychiatry in the Elderly*. Jacoby & Oppenheimer. Ed. Oxford, University Press, Gran Bretaña, 3ª edición 2005 (en pags. 941 a 950).

(2) **RICHARD L. GREGORY (ed):** *Diccionario Oxford de la mente*. Alianza Editorial, Madrid, 1995.

(3) **THOMAS G. GUTHEIL, PAUL S. APPELBAUM:** *Clinical Handbook of Psychiatry and the law*. Ed. Lippincott Williams & Wilkins, USA, 2000 (en pags. 219 a 223).

(4) **A. LOUIS MC GARRY et al.:** *Modern Legal Medicine Psychiatry and Forensic Science*. Ed. F. A. Davis Company, Philadelphia, 1980 (en pag. 741).

(5) **THOMAS GRISSO:** *Evaluating Competencies. Forensic Assessments and Instruments*. Ed. Plenum Press, New York, 1986 (en pags. 268 a 303).

(6) **THOMAS GRISSO:** *Evaluating Competencies. Forensic Assessments and Instruments*. Ed. Kluwer Academic/ Plenum Publishers, New York, 2ª edición 2003 (en pags. 322 a 389).

(7) **CAROLINA REOYO (ed):** *Diccionario Espasa Jurídico*. Ed. Espasa Calpe S.A., Madrid, 2005

(8) **SEENA FAZEL:** *Competence*. En *Psychiatry in the Elderly*. Jacoby & Oppenheimer. Ed. Oxford, University Press, Gran Bretaña, 3ª edición 2005 (en pag. 946).

(9) **THOMAS G. GUTHEIL, PAUL S. APPELBAUM:** *Clinical Handbook of Psychiatry and the law*. Ed. Lippincott Williams & Wilkins, USA, 2000 (en pags. 236 a 239).

(10) **THOMAS GRISSO:** *Evaluating Competencies. Forensic Assessments and instruments*. Ed. Kluwer Academic/ Plenum Publishers, New York, 2ª edición 2003 (en pags. 398 a 400).

(11) **THOMAS G. GUTHEIL, PAUL S. APPELBAUM:** *Clinical Handbook of Psychiatry and the law*. Ed. Lippincott Williams & Wilkins, USA, 2000 (en pags. 250 a 251).