

# BOLETÍN DIGITAL CIVIL

Publicaciones AJFV. Serie: Boletines Jurídicos



Número 33  
Diciembre 2019

EL PROYECTO DE PROTOCOLO SOBRE INTERNAMIENTO Y TRATAMIENTO INVOLUNTARIO DEL ENFERMO MENTAL DEL CONSEJO DE EUROPA: ¿UN NUEVO RETO PARA EL ARTÍCULO 763 LEC?

Javier Tudela Guerrero  
Magistrado del juzgado de Primera Instancia cuatro de Ferrol.

PRUEBA PERICIAL EN EL ÁMBITO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO

Ignacio De Torres Guajardo  
Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 86 de Madrid.

ISSN: 2605-3055



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)

Dirección:  
Gustavo Andrés Martín Martín  
Coordinación:  
Verónica García Ponte



## EL PROYECTO DE PROTOCOLO SOBRE INTERNAMIENTO Y TRATAMIENTO INVOLUNTARIO DEL ENFERMO MENTAL DEL CONSEJO DE EUROPA: ¿UN NUEVO RETO PARA EL ARTÍCULO 763 LEC?

Javier Tudela Guerrero

Magistrado del juzgado de Primera Instancia cuatro de Ferrol

---

**RESUMEN:** *El objeto del presente estudio es presentar el proyecto de protocolo relativo a la protección de los derechos humanos de las personas que padecen una enfermedad mental en relación al ingreso y al tratamiento involuntario elaborado por el Comité de Bioética del Consejo de Europa (DH-BIO) y , a la vista del mismo, preguntarnos si las prácticas judiciales actuales al amparo del artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento civil protegen efectivamente los diferentes aspectos que en el mismo se regulan.*

**VOCES:** *Internamiento y tratamiento involuntario; contención mecánica; aislamiento terapéutico; Consejo de Europa; art. 763 LEC.*

## 1. Introducción

Con motivo de la celebración del vigésimo aniversario de la entrada en vigor de Convenio para la protección de los derechos del hombre y de la dignidad del ser humano en relación de la aplicación de la biología y de la medicina, Convenio de Oviedo de 1997, el Consejo de Europa encargó a su Comité de Bioética la elaboración de un proyecto de Protocolo sobre el internamiento y tratamiento de las personas que padecen una enfermedad mental.

El proyecto de protocolo fue presentado, en su edición revisada, en Estrasburgo en mayo de 2018. La reacción por parte de los afectados no fue positiva. Diversas asociaciones de profesionales y pacientes españolas presentaron un comunicado conjunto manifestando que dicho protocolo se oponía a los principios recogidos en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los derechos las personas con discapacidad, Nueva York 2007, e instaban al Gobierno español a oponerse a su aprobación<sup>1</sup>. Éste ha encargado un informe al Comité de Bioética de España, no constando la emisión del mismo.

## 2. Antecedentes

En el seno del Consejo de Europa se había dictado la Recomendación REC (2004)10, de 22 de septiembre, sobre la protección de lo derechos humanos y las personas que sufren una enfermedad mental. Dicha recomendación, como su propio nombre indica, carecía de la fuerza vinculante con la que cuentan, por un lado, el Convenio para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, Roma 1950 y, por otro, el Convenio de Oviedo 1997, con sus cuatro protocolos, de los que el Reino de España ha ratificado los dos primeros.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos viene enmarcando las cuestiones relativas a los internamientos forzados dentro del ámbito de protección del artículo 3, prohibición de la tortura; del artículo 5. 1 e) privación de libertad de un enajenado y del artículo 8, vida privada, en lo relativo a los tratamientos involuntarios.

El Convenio de Oviedo contiene, por su parte, una mención especial en su artículo 7, sobre la protección de las personas que sufren una enfermedad mental, señalando que no pueden ser sometidas, sin su consentimiento, a una inter-

---

<sup>1</sup> Asociación Española de Neuropsiquiatría-Profesionales de la Salud Mental; Confederación Salud Mental España; En Primera Persona, Federación Andaluza y Federación Catalana de Asociaciones de Salud Mental.

vención que tenga por objeto tratar esta enfermedad, salvo que no verificarlo puede ser gravemente perjudicial para su salud y con respeto a las condiciones de protección previstas por la Ley sobre su vigilancia, control y acceso a recursos de revisión.

### 3. Ámbito de aplicación del protocolo

Comienza el mismo señalando que su objeto es proteger la dignidad del enfermo mental y sus derechos fundamentales en relación con los internamientos y los tratamientos involuntarios, excluyendo los relativos a menores de edad y lo que tengan lugar en el ámbito de las leyes procesales penales.

La referencia legislativa en nuestro Ordenamiento jurídico es, por lo tanto, el artículo 763 LEC, de los internamientos involuntarios. Continúa el proyecto de protocolo definiendo qué ha de entenderse por enfermedad mental, remitiéndose a las clasificaciones internacionales admitidas (CIE de la Organización Mundial de la Salud o DSM, de la Asociación Psiquiátrica Norteamericana). Continúa definiendo los conceptos de internamiento involuntario; tratamiento involuntario; aislamiento; contención física, mecánica y farmacológica; representante y persona de confianza.

El mero enunciado de estos conceptos y su cotejo con el artículo 763 LEC debe llevar al titular del órgano judicial que acuerda una medida de internamiento involuntario, que conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional es ( sólo) una medida limitativa del derecho fundamental a la libertad del artículo 17 de la Constitución de 1978<sup>2</sup>, a preguntarse si una vez que acuerda tal medida privativa de libertad y ese sujeto está bajo su amparo o protección, todo lo relativo a su tratamiento forzoso, contención, aislamiento, revisión y asistencia jurídica recibe una adecuada atención.

### 4. Presupuestos para la adopción de las medidas

Los presupuestos que el protocolo enuncia como legitimadores de una medida de internamiento o tratamiento involuntario son:

(i) Previsión legal respetuosa con las previsiones del propio protocolo optando siempre por la medida menos restrictiva de derechos y menos intrusiva, observando el principio de proporcionalidad y de necesidad.

(ii) Cualquiera de las dos medidas requiere que las condiciones de salud mental del sujeto representen un riesgo significativo de grave daño a su salud y a su capacidad para decidir sobre

---

<sup>2</sup> SSTC núm. 34/2016, de 29 de febrero y núm. 132/2016, de 8 de julio.

dichas medidas; o un riesgo significativo de grave daño para otros.

(iii) Tener, en todo caso, un fin terapéutico.

(iv) No existir una medida alternativa voluntaria que conjure tales riesgos.

(v) Garantía efectiva de contar con asistencia jurídica gratuita y garantía del derecho a contar con una persona de confianza en la adopción, seguimiento y recurso contra estas medidas.

## 5. Procedimiento para la adopción de las medidas

El primer paso será la revisión por parte de un facultativo con la competencia y experiencia necesarias, sin perjuicio de que la Ley nacional opté por exigir dos facultativos en el caso de internamientos involuntarios.

El juez competente habrá de actuar a partir del informe médico, oír a la persona, a sus representantes y, en su caso, a la persona de confianza designada.

Prevé el proyecto de protocolo, como lo verifica la regulación nacional, los supuestos de internamientos urgentes ulteriormente ratificados por la autoridad judicial. Reconoce, igualmente, que es al médico tratante al que corresponde determinar el fin de la medida por haber desaparecido alguno de los presupuestos que la justifi-

can. Se exige, como no podía ser de otra forma, la revisión periódica, el recurso y la revisión a instancia del internado.

Ciertamente hasta ahora no hemos salido de nuestra zona de confort en tanto que la regulación del artículo 763 LEC parece recoger esencialmente este procedimiento, pero propongo que revisemos nuestras prácticas actuales a la vista de las siguientes consideraciones, tomando como base las quejas denunciadas por las Asociaciones arriba mencionadas.

## 6. Fuera de la zona de confort

El proyecto de informe explicativo del protocolo que acompaña al proyecto de protocolo nos señala que las figuras de internamiento involuntario y del tratamiento involuntario son diferentes y que pueden, o no, coincidir en el mismo sujeto al mismo tiempo.

Con esta primera afirmación pretendo que nos preguntemos qué es lo estamos autorizando cuando utilizamos el procedimiento del artículo 763 LEC. Creo que la respuesta correcta, tal y como debemos deducir de las resoluciones del Tribunal Constitucional sobre la materia, es que estamos autorizando una privación del derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE, basado en fines terapéuticos. Ello no obstante, dicha autorización no incluye el tratamien-

to forzoso, ni las medidas de aislamiento, ni las medidas de contención física, mecánica o farmacológica, salvo que en el informe facultativo inicial se propongan dichas medidas, se examine al interesado expresamente sobre las mismas y la resolución dictada singularmente las contemple.

El proyecto de protocolo nos aclara, por otro lado, que las personas (mayores) que padecen demencia pueden no tener capacidad para decidir sobre su internamiento en un centro apropiado, pero que ello no debe ser equiparado a una negativa al mismo, que es lo que es objeto de esta regulación específica. Reconoce, no obstante, que un Estado puede decidir aplicar este procedimiento a estas personas.

De ello podemos deducir que la aplicación del régimen del artículo 763 LEC no es obligatoria, desde el punto de vista del Convenio de Oviedo, para los casos de personas mayores en internamiento residenciales, siendo más apropiado las medidas cautelares del artículo 762 LEC o la propuesta realizada por la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2017, de 6 de julio<sup>3</sup>.

El proyecto de informe explicativo nos plantea que no hemos de confundir tratamiento

involuntario con tratamiento forzoso. En el caso de que una persona sometida a internamiento terapéutico acepte tomar una medicación bajo la advertencia de que, o bien se le inyectará involuntariamente, o bien se prolongará el internamiento, no debe ser considerado como una aceptación del tratamiento si, como suele ser normal, preferiría no tomar el mismo. En este caso debería la resolución extender sus efectos autorizando el tratamiento involuntario propuesto.

En cuanto a las medidas de aislamiento y contención se prevé que las mismas han de ser adoptadas por facultativo o ratificadas inmediatamente en caso de su práctica por el personal de enfermería. Habrán de durar el menor tiempo posible, ser continuamente monitorizadas, adoptadas conforme a protocolos preestablecidos y por personal especializado.

Estas medidas no requieren autorización judicial previa y no son, en principio, susceptibles del recurso ante la autoridad judicial, pero sí pueden ser objeto de queja ante la autoridad administrativa responsable del centro de internamiento o ante un ente independiente ajeno a la misma.

---

<sup>3</sup> Dicha propuesta parte de acudir al defensor de hecho, figura desarrollada en el derecho civil catalán como figura autónoma y sustantiva, y no como una figura provisional a regularizar, como regula el Código civil.

## 7. Conclusiones

Cada vez que adoptamos una medida de internamiento involuntario el sujeto se ve privado de su libertad ambulatoria y queda sometido a una relación de sujeción especial con el tribunal, que debe velar por sus derechos fundamentales en tanto paciente en su vertiente singular de paciente psiquiátrico.

La autorización del internamiento no implica una autorización de tratamiento involuntario, que deberá llevarse a cabo a partir de las disposiciones especiales del Convenio de Oviedo y de la Ley 42/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente.

Las sucesivas modificaciones de esta Ley han incluido la posibilidad de acudir a la autoridad judicial para solventar estos tratamientos psiquiátricos urgentes y dejar las limitaciones de la capacidad de obrar para las cuestiones médicas para supuestos más graves.

Debe llevarse a cabo, en todo caso, una labor de empoderamiento del paciente, procurado que la asistencia letrada sea real y efectiva, así como la asistencia de representantes y personas próximas.

El internamiento en centro psiquiátrico es por sí un elemento condicionador de la voluntad del sujeto que no debe confundirse con una aceptación del tratamiento que se proporciona durante el mismo bajo la advertencia de prolongación de la medida.

# RESUMEN VOCES

## PRUEBA PERICIAL EN EL ÁMBITO DE LAS ACCIONES DE RESPONSABILIDAD CIVIL DERIVADAS DE ACCIDENTES DE TRÁFICO

Ignacio De Torres Guajardo

Magistrado del Juzgado de Primera Instancia nº 86 de Madrid.

---

**RESUMEN:** *El presente artículo tiene por objeto aclarar cómo debe interpretarse la normativa de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de prueba pericial, en lo que se refiere al anuncio de dictámenes no aportados con demanda y contestación, particularmente en los supuestos en los que su aportación se pretende, por las compañías aseguradoras, en las acciones ejercitadas dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio en la circulación de vehículos a motor.*

**VOCES:** *Pericial; anuncio; informes; seguros; baremo; tráfico.*



## 1. Introducción

La Ley de Enjuiciamiento Civil parte del principio general, en materia de prueba pericial, de que la aportación al proceso de los correspondientes dictámenes, debe hacer con los escritos de demanda o contestación (artículo 336 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Configura por tanto la aportación en momento distinto al fijado con carácter preclusivo de ordinario, como una excepción a la regla general, y como tal ha de ser interpretada. Es preciso hacer esta puntualización pues, con indeseable frecuencia, se recurre a la aportación de los dictámenes en momentos posteriores al referido, sin que se dé cumplida justificación a la alteración de la norma general.

El artículo 336 exige expresamente tal justificación, partiendo por tanto de la presunción *iuris tantum* de que la parte pudo aportar el dictamen. Tal exigencia es aún mayor para el actor, que únicamente podrá anunciar el dictamen sin aportarlo, *cuando justifique cumplidamente que la defensa de su derecho no ha permitido demorar la interposición de aquélla hasta la obtención del dictamen*. Igualmente, el demandado, deberá justificar la imposibilidad de pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar. Por ello, el anuncio de dictámenes a que se refiere el artículo 337 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debe interpretarse conjuntamente con lo dispuesto en el artículo 336, debiendo rechazarse el anuncio de

tales dictámenes, si no se ha justificado cumplidamente por las partes la imposibilidad de su aportación con demanda y contestación.

## 2. Relevancia de la ley 35/2015 sobre la materia

El anterior planteamiento cobra especial relevancia, tras haber introducido la ley 35/2015 de 22 de septiembre una fase prejudicial, de obligatorio cumplimiento, y en la que se regula expresamente la posibilidad de que, por la compañía aseguradora a la que se pretenda exigir el pago de una indemnización por hecho relacionado con la circulación de vehículos a motor por ella cubierto, se practiquen periciales, con objeto de motivar la necesaria oferta previa. Como se señala en su exposición de motivos, entre las finalidades de la ley está la de lograr la rápida solución extrajudicial de los conflictos en esta materia, a lo que debe contribuir, no sólo el nuevo sistema de valoración, sino también la fase prejudicial contradictoria que instaura, que incluye informes periciales de parte e incluso reconocimientos medico forenses previos a la formalización de las reclamaciones judiciales. Pretende de manera evidente con ello el legislador, la desjudicialización de los conflictos sobre esta materia, arbitrando para ello un sistema cuya eficacia aumentará, si encajamos la nueva regulación, con la preexistente en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Decimos que la eficacia aumentará, pues la imposibilidad de anunciar el dictamen que previamente pudo obtenerse por la

aseguradora, forzará a ésta a ser más escrupulosa con el cumplimiento de su obligación de realización de la oferta motivada, lo que, sin duda, contribuirá a la finalidad perseguida por el legislador.

De la fase prejudicial que establece la ley 35/2015 debemos destacar, a los efectos que ahora interesan, sus artículos 7 y 37. El artículo 7 establece la obligación para quien resulte perjudicado por un hecho relacionado con la circulación de vehículos a motor, que pretenda demandar al asegurador, dentro del ámbito del aseguramiento obligatorio y con cargo al seguro de suscripción obligatoria, de realizar una previa reclamación, comunicando el siniestro. De forma correlativa a esta previa exigencia a quien puede convertirse en actor, se exige al potencial demandado, según se establece en el apartado 2 de este artículo 7, la presentación una oferta motivada. El legislador facilita la labor de la compañía aseguradora para dar cumplimiento a tal deber, pues expresamente se hace constar que (...) *el asegurador, a su costa, podrá solicitar previamente los informes periciales privados que considere pertinentes, que deberá efectuar por servicios propios o concertados, si considera que la documentación aportada por el lesionado es insuficiente para la cuantificación del daño*. Igualmente debe destacarse dentro de este segundo apartado, el mandato a las aseguradoras de observar *desde el momento en que conozca, por cualquier medio, la existencia del siniestro, una conducta diligente en la cuantificación del daño y la liquidación de la*

*indemnización*, obligación que refuerza la restrictiva aportación tardía de dictámenes al proceso, que ahora se está defendiendo. Finalmente, lo anteriormente apuntado queda definitivamente apuntalado con el artículo 37 de la misma ley que, bajo la rúbrica *Necesidad de informe médico y deberes recíprocos de colaboración, establece que El lesionado debe prestar, desde la producción del daño, la colaboración necesaria para que los servicios médicos designados por cuenta del eventual responsable lo reconozcan y sigan el curso evolutivo de sus lesiones*.

### 3. Consecuencias prácticas

Expuesta la regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil y analizada, en lo que aquí importa, la regulación de la fase preprocesal en las reclamaciones por daños personales con cargo al seguro obligatorio de circulación de vehículos a motor, la respuesta no puede ser otra que la de no admitir, como regla general, el anuncio de dictámenes periciales por las compañías aseguradoras en su contestación, en procedimientos de este tipo. Regla general que encuentra su apoyo en lo ya expuesto con anterioridad, pues surge para tales aseguradoras la presunción de la posibilidad de aportación del dictamen con la contestación, pues el legislador arbitra un sistema para ello. Sistema que viene integrado por la necesaria realización de una reclamación previa por el perjudicado, y por la consiguiente obligación de

éste de someterse al reconocimiento por parte de la aseguradora, conforme al artículo 37 de la ley 35/2015 antes citado. Sin embargo, como ya se ha anunciado, la imposibilidad de aportación de tales dictámenes se convierte en la regla general, pero no es absoluta, pues la presunción de la posibilidad de aportación que genera el procedimiento legal estudiado, es susceptible de ser destruida mediante la oportuna prueba. Prueba que deberá versar sobre la realización por la aseguradora que recibe de la oferta motivada, de todas aquellas actuaciones conducentes a la *cuantificación del daño y la liquidación de la indemnización* que, debemos recordar, le impone el artículo 7 desde el primer momento en el que conozca la reclamación. Puede darse el caso de que pese a la conducta de buena fe de la aseguradora, tendente a valorar con carácter previo el daño de forma efectiva, el demandante no ofrezca la colaboración a la que viene obligado, por el artículo 37 de la ley 35/15. En estos casos, la aseguradora deberá alegar tal circunstancia, así como indicios probatorios de tal negativa, tales como la existencia de previas comunicaciones al lesionado para su reconocimiento. Por ello, únicamente en los supuestos en los que se ofrezca y documente la justificación de la no aportación, será admisible el anuncio de dictamen posponiendo su aportación. Es frecuente que, por las aseguradoras, se aporte un breve informe inicial, solicitando el anuncio de uno complementario supeditado al previo reconocimiento del lesionado, debiendo correr tal actuación procesal igual suerte que el mero anuncio, pues por idénticas razones a las ya expuestas, no

hay razón que, a priori, haya impedido la aportación completa del informe.

Resta por justificar cuál será la resolución a adoptar por el juzgador ante el anuncio de este tipo de dictámenes. Frente a una posición más laxa que supondría posibilitar la subsanación de la justificación, por la vía de un previo requerimiento a la parte, entiendo que debe defenderse el rechazo de plano de tal anuncio, sin perjuicio de que, por vía de recurso de reposición que se interponga contra tal resolución, pueda variarse el pronunciamiento inicial, siempre que se aporten elementos de juicio diversos a los inicialmente presentados y la justificación antes apuntada.