

FUNCIÓN PREVENTIVA DEL DERECHO DE DAÑOS Y SALUD MENTAL

EUGENIO LLAMAS POMBO*

Sumario: 1. La prevención del daño, misión irrenunciable del Derecho de daños. 2. Concepto y configuración atípica y autónoma de la tutela inhibitoria. 3. Requisitos de la tutela inhibitoria. 4. La nueva consideración jurídica del enfermo mental. 5. Salud mental, prevención y reparación del daño. 5.1. Daños sufridos por el propio paciente. 5.2. Daños sufridos por terceros

Palabras clave: centros psiquiátricos; prevención del daño; responsabilidad del psiquiatra; salud mental; tutela inhibitoria del daño

1. La prevención del daño, misión irrenunciable del Derecho de daños

Desde hace algunos años venimos defendiendo una posición que resulta bien conocida¹. Es indiscutible que siguen existiendo graves escollos

* Catedrático de Derecho Civil · Universidad de Salamanca

para seguir llamando “responsabilidad” a algo distinto de la reparación-resarcimiento del daño. Responsabilidad es un *posterior*, la consecuencia jurídica de un daño, y la idea de prevención requiere un *prius* que encaja mal en aquel concepto, por mucho que queramos ampliarlo o deformarlo.

Sin embargo, son numerosos y difícilmente rebatibles los argumentos lógicos, sociológicos y económicos que avalan la preferencia del “prevenir” sobre el “curar”, de evitar el daño antes que resarcirlo. Y además, no hay ninguna razón que impida cumplir tal misión preventiva al Derecho privado en general, y al civil en especial. Constataciones ambas que, unidas al desplazamiento hacia la protección de las víctimas de daños que en las últimas décadas ha conocido la responsabilidad civil, han llevado a una abundante y rigurosa doctrina a predicar para dicha institución una función preventiva del daño; y no ya como mero efecto inducido o secundario de la misma, sino como finalidad directa y primaria.

En efecto, nada obliga a traducir el principio *alterum non laedere* en la regla “el que daña repara”. Al menos no exclusivamente. Del viejo principio cabe derivar *también* el deber de adoptar las precauciones razonables que eviten el daño. “No dañar” supone, obviamente, “reparar el daño causado”; pero sobre todo es eso, “no causar daños” o, lo que es igual, evitar que se produzcan. De manera que el moderno Derecho de daños que, como disciplina autónoma se encuentra indudablemente todavía en construcción, ha de bifurcarse para comprender dos manifestaciones distintas:

- a) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria.
- b) a responsabilidad por el daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria.

¹ Nuestra tesis sobre la prevención del daño viene expuesta fundamentalmente en LLAMAS POMBO, E., “La tutela civil inhibitoria. La otra cara del Derecho de daños”, en *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* (Argentina), Año IV, nº 4, Julio 2002, págs. 7 y ss.; en *Revista Práctica de Derecho de Daños*, nº 7, págs. 6 y ss.; y en *Libro Homenaje al Prof. Dr.D. Luis Díez-Picazo Ponce de León*, Cívitas, Madrid, 2004. Y en “Prevención y reparación. Las dos caras del Derecho de daños”, en *La responsabilidad civil y su problemática actual*, coord. Juan Antonio Moreno Martínez, Dykinson, Madrid, 2007. Más recientemente, en *Las formas de prevenir y de reparar el daño*, Wolters Kluwer, Madrid, 2020.

Dicha tutela inhibitoria, como es bien sabido, no es nada nuevo en nuestra tradición jurídica, al menos en determinados supuestos típicos (interdictos, acción negatoria, abuso del derecho, etc.). Sin embargo, es preciso reconstruirla en un tratamiento unitario, para aplicarla específicamente a la prevención del daño con carácter atípico y general.

En efecto, el daño, como “menoscabo que a consecuencia de un acacimamiento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio”², es algo esencialmente indeseable. Y por ello, parece obvia la popular preferencia del “prevenir” sobre el “curar”. Es perfectamente aplicable al daño lo que, en relación con el acto ilícito³, escribía TRIMARCHI hace algún tiempo: “La reacción que el ordenamiento jurídico opone contra el acto ilícito mira preventivamente a impedirlo, y sucesivamente a eliminar sus consecuencias. Mejor prevenir que curar: es un obvio principio de economía. Por eso, aún antes de que el acto ilícito sea cometido, el Derecho opera no sólo con la amenaza de la sucesiva sanción..., sino también con medidas inmediatas dirigidas a impedir el comportamiento lesivo antes de que se produzcan”⁴. Con toda la razón se ha afirmado que “bien está que se compensen ciertos daños, pero no alcanzamos a ver cómo no es mejor intentar además disminuir la frecuencia con que ocurren y su gravedad”⁵.

² LARENZ, *Derecho de obligaciones*, trad. esp. y notas de SANTOS BRIZ, t. I, Ed. Rev. Dcho. Priv., Madrid, 1958, pág. 193.

³ Aunque no es el objeto de este trabajo, es bien conocido el esfuerzo que, desde mediados de la década de 1960, ha realizado la doctrina italiana para distinguir entre *ilícito* (conducta antijurídica) y *daño*, hecho histórico, material, que puede ser eventual consecuencia del ilícito o derivar de otras causas distintas. *Vid.*, por todos, MÒCCIOLA, “Problemi del risarcimento del danno in forma specifica nella giurisprudenza”, en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1984, pág. 367; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inhibitoria e risarcimento*, Cedam, Padova, 1998, págs. 1 y ss. y 116 y ss.

⁴ TRIMARCHI, voz “Illecito”, en *Enciclopedia del Diritto*, vol. 20, Giuffrè, Milano, 1970, pág. 106. La traducción es mía.

⁵ SALVADOR CODERCH-CASTIÑEIRA PALOU, *Prevenir y castigar*, M. Pons, Madrid, 1997, pág. 10. En la pág. 107 continúan: “...la idea de que el Derecho civil de daños ha de renunciar a todo principio de preservación *ex ante* de bienes jurídicos, es decir, que ha de limitarse a *esperar y ver* cómo el riesgo se concreta y el daño se produce, resulta incluso intuitivamente contraria al buen sentido”. Por lo demás, tal finalidad preventiva ya fue reclamada por DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della*

No es superfluo recordar, sin embargo, que tal función preventiva poco o nada tiene que ver con la punición y, por ello, el Derecho civil puede perfectamente cumplir una finalidad preventiva de daños, sin necesidad de acudir para ello al castigo que, obviamente, sí queda fuera de su ámbito de actuación. De manera extensa e irrefutable han demostrado ya SALVADOR-CASTIÑEIRA que “prevenir y castigar no son expresiones sinónimas, pues si bien castigar implica prevenir, lo recíproco no es cierto, ya que no todas las normas y disposiciones jurídicas que tratan de prevenir... mandan castigar a quien las incumple”⁶. En efecto, el establecimiento forzoso de medidas conducentes a la evitación de un daño amenazante, ya sea mediante la prohibición o la imposición de realizar determinadas conductas, no tiene absolutamente nada que ver con la punición o el castigo. O, al menos, no más que la condena a la obligación de indemnizar un daño ya causado.

Esa función preventiva no es meramente un ideal humanista, sino que resulta también eficiente⁷ desde el punto de vista económico⁸. Todo lo que sea “no invertir lo suficiente en prevenir” acaba resultando más costoso a la larga⁹.

Pero, cuidado, todo lo que sea prevenir conductas a base de una actuación *ex post facto*, como es la indemnización, no deja de resultar un tortuoso camino para la prevención. ¿Hasta qué punto puede hablarse de “prevención general” cuando la *amenaza* indemnizatoria no se me-

responsabilità civile, Milano, 1979, pág. 572; y TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, págs. 133 y ss.

⁶ SALVADOR CODERCH-CASTIÑEIRA PALOU, *op. cit., passim*. El texto transcrito es de la pág. 10, y se desarrolla y argumenta especialmente en sus págs. 107, 110 y 113-115.

⁷ Vid. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y Derecho privado”, *Estudios en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 2843 y ss.

⁸ Con su peculiar agudeza lo expresa Díez-PICAZO: “Al lado de la prevención como impulso psicológico aparece la prevención como actividad racional del *homo economicus*: si los costes de prevención de los accidentes se mantienen en cotas adecuadas y los paga quien razonablemente deba hacerlo, es muy probable que las decisiones económicas favorezcan la reducción de los costos de los accidentes” (*Derecho de Daños*, Cívitas, Madrid, 1999, pág. 48).

⁹ El tema se explica y desarrolla extensamente en SCHÄFER-OTT, *op. cit.*, págs. 98 y ss.; y en Díez-PICAZO, *Derecho de Daños*, págs. 212 y ss., con amplias citas de ATTYAH.

sura en función de la conducta dañadora, sino de la entidad del daño? Si de lo que se trata es de prevenir verdaderamente, ¿no será mejor hacerlo *antes de producirse* ninguna suerte de daño, que esperar a que éste se produzca para operar a través del mecanismo indemnizatorio? ¿No es preferible prevenir directamente, prohibiendo o inhibiendo las conductas dañadoras que hacerlo de manera indirecta amenazando con la indemnización? Es decir, como venimos defendiendo hace años, el camino resarcitorio no es precisamente la forma más eficaz de prevenir la causación de daños.

Por eso, lo que venimos proponiendo¹⁰ es admitir, dentro del moderno Derecho de daños, junto a la función resarcitoria, propia y genuina del instrumento de la responsabilidad civil, un camino que, de manera directa, permita impedir las conductas dañosas y promover los comportamientos minoradores de los efectos del daño. Y esa vía no puede ser otra que la llamada *tutela civil inhibitoria* aplicada al daño. Camino, por tanto, distinto de la responsabilidad civil, para la que reservamos su genuina finalidad reparadora, pero que puede ser incardinado perfectamente dentro del moderno Derecho de daños, el cual viene a asentarse así sobre dos pilares: 1º) La inhibición del daño amenazante, la prevención, a través de la llamada tutela civil inhibitoria. 2º) La responsabilidad por el

¹⁰ La idea, obviamente, no me pertenece, pues ya ha sido insinuada por voces mucho más autorizadas. Algo parecido a lo que aquí propongo ha sido ya apuntado también en nuestro país por R. DE ANGEL YAGÜEZ, en términos que vale la pena transcribir: “En efecto, creo que si por responsabilidad civil entendemos lo que siempre hemos interpretado, su función no puede ser otra que la de reparación del daño causado, sin perjuicio de que de forma indirecta despliegue otras, como pueden ser la sancionadora o la de prevención. Lo que sucede es que no podemos, a mi juicio, seguir planteándonos la pregunta a la luz de un concepto, por así decirlo, *clásico* de la responsabilidad civil. Parece más adecuado formularse la cuestión en un ámbito más amplio, como podría ser el de la reparación de los daños. Es aquí donde a mi entender se manifiesta la mayor corrección, en el aspecto terminológico, de la expresión *Derecho de daños*... Si se desgaja del fenómeno de los *daños*, como hoy parece inexcusable, la idea de responsabilidad en su acepción clásica..., no hay ningún inconveniente en admitir que la función indemnizatoria, la punitiva, y la de prevención o disuasión son perfectamente compatibles, sin que quepa atribuir a ninguna de ellas superioridad sobre las otras” (*Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, cit.*), págs. 230-231.

daño irrogado, la reparación, mediante la llamada tutela resarcitoria¹¹. El principio *alterum non laedere* preside el Derecho de daños; pero no debe traducirse sólo como “el que causa un daño debe repararlo” sino también como “el que teme un daño tiene derecho a exigir la adopción de medidas que lo eviten”¹². Propugnamos, así, una reconstrucción de esa tutela civil inhibitoria, para permitir su actuación atípica frente a cualquier tipo de daño amenazante, y no sólo frente a determinado supuestos típicos previstos en las leyes¹³; y también para conferirle una entidad sustantiva, y no reducida a un mero instrumento procesal.

2. Concepto y configuración atípica y autónoma de la tutela inhibitoria

A partir de las anteriores bases, podemos definir la inhibitoria como una orden o mandato dictado por la autoridad judicial, a petición de quien tiene fundado temor de sufrir un daño, o de que se produzca la repetición, continuación o agravamiento de un daño ya sufrido, y que va dirigido al sujeto que se encuentra en condiciones de evitar tal resultado dañoso, mediante la realización de una determinada conducta preventiva, o la abstención de la actividad generatriz de tal resultado.

Dicho de otro modo, se trata de una acción dirigida a hacer cesar un estado actual de cosas que necesariamente ha de conducir a una futura lesión; acción que pretende, sobre todo, obtener que una persona

¹¹ Aunque exento de los graves problemas que atenazan a la doctrina italiana en torno al concepto de “ilícito” y antijuricidad, el esquema es similar al planteado por PIETROBON: “In sostanza, l’illecito sarebbe sempre el medesimo, consisterebbe essenzialmente in una violazione o trasgressione della legge che provocherebbe la sanzione consistente nell’azione inhibitoria, alla quale si aggiungerebbe, in presenza di un danno, di una imputabilità del soggetto e di una sua colpa, l’obbligo di risarcimento” (*op. cit.*, pág. 7).

¹² Si bien se mira, de los tres pilares que sustentaban la convivencia romana (y, en realidad, también la contemporánea), la responsabilidad civil deriva más del “dar a cada uno lo suyo” (*suum cuique tribuere*) que del “no causar daño a otro” (*alterum non laedere*), que viene a justificar más bien esta tutela inhibitoria.

¹³ Sobre atipicidad de la tutela civil inhibitoria y, como veremos, en otros muchos aspectos de la misma, es clave la obra de RAPISARDA, *Profili della tutela civile inhibitoria*, Cedam, Padova, 1987. *Vid.* págs. 96 y ss.

desista de un determinado comportamiento, o lo modifique¹⁴. Y ello de manera atípica, sin necesidad de acudir a ninguno de los instrumentos legalmente tipificados, a menudo dirigidos sólo a proteger la posesión o la propiedad, mediante un proceso de generalización basado en una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico¹⁵. Y a través de una figura unitaria, configurada por unos requisitos, efectos y límites generales y comunes a todos los supuestos de hecho mencionados.

3. Requisitos de la tutela civil inhibitoria

Es muy importante dejar bien claro que los requisitos o presupuestos de la tutela inhibitoria son absolutamente distintos de la tutela resarcitoria. Para empezar, como quiera que la inhibitoria no se dirige a la reparación del daño (o sea, la designación de quién y por qué ha de soportar las consecuencias del daño), sino a impedir la generación, continuación, agravamiento o repetición del daño, no es preciso plantearse los problemas de imputabilidad que desde siempre han rodeado a la responsabilidad civil¹⁶. Y naturalmente, no es preciso que se haya producido un daño efectivo, pues su irrogación es precisamente lo que se trata de evitar con la tutela inhibitoria. Sin embargo, sí son imprescindibles los siguientes elementos:

- a) *Un daño amenazante*, o sea, la previsión razonable de que va a lesionarse un determinado interés del demandante digno de protección, sea individual o difuso¹⁷. Ello resultará de más fácil demostración cuando ya exista un primer daño irrogado, con probabilidad de agravamiento, repetición o continuación. Pero no necesariamente ha de ser así, y perfectamente podrá probarse también cuando no haya comenzado a producirse daño alguno¹⁸.

¹⁴ BARASSI, L., *La teoria generale delle obbligazioni*, II, Giuffrè, Milano, 1964, pág. 429.

¹⁵ RAPISSARDA, *op. cit.*, pág. 78.

¹⁶ MARIONI, L.G., *Tutela Inibitória (Individual e Coletiva)*, Ed. Revista dos Tribunais, Sao Paulo, 1998, pág. 26.

¹⁷ En efecto, hoy cabe incluir tanto los intereses simples como los difusos. Por todos, NIGRO, M., “Interessi di fatto, interessi semplici, interessi diffusi”, en *Il controllo sociale delle attività private*, Bolonia, 1977, pág. 73; LOZANO-HIGUERO Y PINTO, *La protección procesal de los intereses difusos*, Madrid, 1983.

¹⁸ Así, BARASSI rechazó la inhibitoria pura, o sea, la “puramente preventiva” que

- b) *Un comportamiento antijurídico*, en la medida en que sólo esa antijuricidad permite restringir la libertad del demandado en beneficio de la protección del interés del demandante¹⁹. Antijuricidad que se basa en la injusticia del daño amenazado, y que ha de valorarse de manera sustancial y no meramente formal, de manera que no puede contrarrestarse con una mera autorización administrativa, por ejemplo²⁰.
- c) *Una relación de causalidad* entre ambos elementos. Es decir, ha de existir un “perjuicio causalmente previsible”²¹, de acuerdo con la teoría de la causalidad adecuada. El demandante ha de acreditar la existencia de una vinculación razonable entre la actividad (o inactividad) del demandado y un daño que, causalmente, ha de derivar como consecuencia mediata o inmediata de aquélla.
- d) *Posibilidad material de evitar* la causación del daño²². Por obvio no deja de ser importante: es preciso que cumpliendo la obligación de hacer o no hacer en que consiste la inhibitoria, efectivamente sea posible frustrar ese curso causal que inicial-

opera sin que previamente se haya producido ilícito alguno, por considerarla una excesiva limitación de la libertad humana (*op.cit.*, pág. 428). Más recientemente, sin embargo, RAPISARDA y la mayor parte de la doctrina que venimos citando admite tal inhibitoria en estado puro, no necesariamente basada en la previa existencia de un daño. Así se contempla también en el par. 1004 BGB y en el Derecho inglés, en este caso, bajo el nombre de *quia timet injunction*. Sobre el particular, puede verse MARIONI, *op. cit.*, págs. 41 y ss.; PIETROBON, *Illecito e fatto illecito, inhibitoria e risarcimento*, Cedam, Padova, 1998, pág. 146.

¹⁹ Con claridad lo explica DE CUPIS: “actuar contra una persona a la que hay que imputar la lesión de un interés, por la mera circunstancia de que exista un peligro... y dirigirse contra un individuo para prevenir la causación de un daño temido, exige una delicada valoración comparativa de la importancia del interés en peligro y del interés que corresponde a quien puede imputarse el peligro” (*El daño*, trad. de la 2ª ed. italiana, Bosch, Barcelona, 1975, pág. 575).

²⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, M., “La tutela inhibitoria contra daños”, *Responsabilidad civil y seguros*, 1999, pág. 4.

²¹ LORENZETTI, “La tutela...”, *cit.*, pág. 1223.

²² ZAVALA, *loc. cit.*, donde se refiere más bien a “posibilidad material de detener la actividad”.

mente conduciría a la generación del perjuicio. Si el daño ya se causó, sólo queda acudir a la tutela resarcitoria. Y si resulta ya inevitable su causación, ningún sentido tiene paralizar el comportamiento lesivo. En similar orden de ideas, también parece razonable excluir la viabilidad de la tutela inhibitoria cuando el cumplimiento de la obligación (de hacer o de no hacer) que tiene por objeto comporte gastos económicamente desproporcionados²³. Y no se trata de comparar el valor del daño que se trata de evitar con el de los gastos derivados de las medidas preventivas, como se desprendería de la mera aplicación economista de la fórmula Learned-Hand: nada impide ordenar una inhibitoria basada en medidas de coste superior al de los daños previsibles. Lo procedente es, más bien, valorar esas medidas en relación con la situación económica de la actividad amenazante, o en otras palabras, la viabilidad económica de tal actividad si se adoptasen tales medidas²⁴.

4. La nueva consideración jurídica del enfermo mental

En los últimos años, los problemas que rodean a la salud y la enfermedad mental han dejado de pertenecer exclusivamente a los psiquiatras, para constituir el centro de una verdadera preocupación social. El Derecho y el ordenamiento jurídico no permanecen ajenos a esta realidad, pues tanto el legislador, como la jurisprudencia, como los profesionales y la doctrina van mirando con nuevos ojos a la enfermedad y al enfermo mental. Eso tiene su reflejo más evidente en el cambio de terminología que han experimentado nuestras leyes, que antiguamente hablaban de “locura”, “demencia”, “imbecilidad”, y hoy se refieren a “personas con capacidad mental diferenciada”, “deficiencias psíquicas”, etc.

El punto de partida es, sin duda, un cambio radical en la consideración social y jurídica del enfermo mental. Los avances de la psiquiatría

²³ EGEA FERNÁNDEZ, J., “Relaciones de vecindad, desarrollo industrial y medio ambiente”, en *Derecho del Medio Ambiente y Administración Local*, coord. ESTEVE PARDO, Cívitas, Madrid, 1996, págs. 151 y ss..

²⁴ Seguimos aquí la opinión de EGEA FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pág. 93.

moderna, a partir de los años 80 del pasado siglo, han llevado a la sociedad y al ordenamiento jurídico a despojarse de numerosos prejuicios que afectaban a la valoración y consideración de la enfermedad mental, de manera que el protagonismo de cualquier actuación, no sólo en el plano estrictamente clínico o psiquiátrico, sino también en el estrictamente jurídico, lo ocupan nuevos principios, como el respeto a la dignidad de la persona, la tutela efectiva de los derechos fundamentales, también del enfermo mental, y la reducción de los supuestos de tratamiento (y, por supuesto, internamiento) obligatorio.

Así, jurídicamente hay un tránsito del concepto de “peligrosidad” del enfermo mental, que implicaba una legislación preocupada fundamentalmente por su custodia y control, a la asunción de la noción de enfermedad mental, que implica unas medidas basadas en su cuidado y protección. De proteger a la sociedad del enfermo mental a proteger a éste y sus intereses. En España, ello tiene incluso alcance constitucional, pues el artículo 49 CE establece que “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”. En consecuencia, en muy pocos años hemos pasado de una situación de marginación de la mujer, del menor y del enfermo mental, a un intento de respetar la dignidad humana por encima de otras consideraciones sociales.

Tenemos un hito fundamental en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Nueva York 2006), donde frente al antiguo modelo asistencial, se impone una renovada visión de la discapacidad, que la entiende, y valora, en función de su contraposición con las barreras sociales que la misma encuentra²⁵. Desde esta perspectiva, la discapacidad, y por ende, sus consecuencias jurídicas, será mayor cuanto mayores sean las barreras que impidan su inclusión social, cuanto más sea negada su condición de persona y se haga mayor énfasis en las dificultades que en las habilidades. Y por el contrario, la discapacidad será inferior, se facilitará su concepción como persona, como

²⁵ BARBERO GARCÍA, “Modificación judicial de la capacidad de obrar y cargos tutelares”, en *Acciones Civiles*, dir. E. Llamas Pombo, T. I, 2ª ed., La Ley, Madrid, 2016.

individuo y ciudadano, cuanto más se consideren sus facultades, cuanto menores sean las barreras, físicas, sociales, de interrelación, que impidan el ejercicio de sus derechos ciudadanos²⁶. En esta nueva visión destaca el valor intrínseco de la persona con discapacidad y la aportación sustancial que esta supone para la sociedad; convierte a la persona en el centro del sistema, y su dignidad, en el principio inspirador de la legislación que le afecte, cuyo objetivo principal debe ser promover su autonomía e integración social. Esta tendencia ha tenido su refrendo tanto en la normativa interna como supranacional. Por su parte, el Consejo de la Unión Europea ya había aprobado la Recomendación 98, de 18 de septiembre de 1998, relativa a la dependencia, y, la Recomendación 99, de 23 de febrero de 1999, sobre los principios que conciernen la protección jurídica de las personas incapaces que consagra como primero y fundamental el respeto de la dignidad de cada persona.

El modelo de la Convención supone un cambio de enfoque de las políticas sobre discapacidad, al superar definitivamente la perspectiva asistencial de la discapacidad y abordarlas desde la defensa y tutela de los derechos humanos. Desde su artículo 1 consagra como propósito promover el respeto de la dignidad inherente a las personas con discapacidad. La consecuencia inmediata, y el efecto fundamental, es la aparición del principio de autonomía que presenta dos vertientes: el respeto de la voluntad de la persona protegida; y el ámbito de decisión que se debe reservar a la persona protegida, incluso cuando se haya establecido un sistema de representación, un ámbito de decisión en todo lo relativo a actos de naturaleza personal. El reconocimiento, sin reservas, de la plena capacidad jurídica de las personas con discapacidad (art. 12.2 de la Convención), deviene esencial, y constituye la condición básica para el ejercicio de cualquier derecho.

Buena prueba de lo que decimos se encuentra España en el artículo 20 de la Ley General de Sanidad (Ley 14/1986, de 25 de abril) que, con la finalidad de equiparar al enfermo mental con las demás personas que requieren servicios sanitarios y sociales promueve determinadas medidas:

²⁶ RECOVER BALBOA, T., *Nuevas perspectivas del tratamiento jurídico de la discapacidad y la dependencia*, Directora GARCÍA GARNICA M^a DEL CARMEN, Dykinson, 2014, pág. 20.

a) Potenciación de los recursos asistenciales a nivel ambulatorio, y la hospitalización parcial, con el fin de reducir al máximo posible la necesidad de hospitalización. b) Hospitalización en las unidades psiquiátricas de los hospitales generales. c) Atención integral de los problemas del enfermo mental, a través del desarrollo de servicios de rehabilitación y reinserción social. d) Y prevención primaria y atención a los problemas psicosociales que acompañan a la pérdida de salud en general

5. Salud mental, prevención y reparación del daño

Se deben distinguir dos grandes grupos de actos u omisiones imputables al psiquiatra o a las instituciones de salud mental, y de consecuencias dañosas. De una parte, aquellos casos en que el perjudicado por dicho acto u omisión es el propio paciente. Y de otra, aquellos otros en que el daño es soportado por terceras personas, ajenas a la relación médica. Y ello porque muy frecuentemente el personal médicopsiquiátrico o la institución mental se encuentran con una imputación de responsabilidad por no haber impedido que un enfermo mental causase daños a sí mismo o terceras personas. Es decir, existe una indiscutible función preventiva de daños (que pueden sufrir el propio enfermo o terceras personas) en la actividad de los profesionales e instituciones que tienen a su cargo el cuidado de la salud mental.

5.1. Daños sufridos por el propio paciente.

Así, entre los supuestos en que el perjudicado es el mismo paciente, cabe separar aquellos en que existe un comportamiento autolesivo del mismo, de los que, al no darse esa circunstancia, derivan directamente de una conducta culpable de quienes rodean al enfermo.

1º) En cuanto a los perjuicios ocasionados con intervención de la conducta del paciente, la posible responsabilidad del psiquiatra o de la institución sanitaria donde el enfermo se somete a tratamiento, ha generado numerosas e importantes dudas en la doctrina y jurisprudencia. A estos efectos, la cuestión de que la víctima de ese daño sea el mismo paciente (pensemos en las numerosas psicopatías acompañadas de comportamientos suicidas), o un tercero, resulta intrascendente, puesto que el problema de fondo reside en decidir si el médico o la institución de salud mental responden por defecto o falta de vigilancia del enfermo mental.

Para resolver el problema, deben diferenciarse diversas hipótesis, pues no cabe una respuesta general y rotunda. Así, en efecto, es clara la responsabilidad del psiquiatra que no advierte la tendencia suicida o agresiva de un enfermo mental, siempre dentro de las reglas de la *lex artis*, o que, advirtiéndola, no toma las medidas de prevención oportunas. Y entre dichas medidas, además de las puramente terapéuticas, debe encontrarse el procurar una vigilancia de cierta intensidad, a través del personal adecuado, en el caso de enfermos que están sometidos a hospitalización.

Sin embargo, cuando el enfermo no está hospitalizado caso muy frecuente y tiene tendencias suicidas o agresivas, autolesivas, etc., son los familiares quienes le “vigilan” y, a veces, un mínimo descuido siempre perdonable e irresponsable basta para que se produzca la tragedia. El psiquiatra le trata con tales o cuales medicamentos apropiados, pero, al no estar ingresado en un centro, él no responde de la conducta del paciente. Salvo, claro está, que exista violación de la *lex artis*, por tratamiento inadecuado, etc.

De forma análoga, e independiente de cuál sea el régimen de internamiento seguido, lo cierto es que existen hospitales psiquiátricos (más bien, plantas psiquiátricas de los hospitales generales) donde se interna a determinados enfermos mentales, con el fin de efectuar una vigilancia continua de su enfermedad y de las posibles conductas derivadas de la misma, con consecuencias dañosas. Internamiento que puede resultar de carácter forzoso, contando siempre con la necesaria prescripción facultativa, encaminada precisamente a evitar comportamientos o resultados dañosos, y la preceptiva intervención judicial, regulada en nuestras leyes procesales con todas la garantías²⁷.

2º) En cuanto a los daños al paciente **derivados de la actuación de terceros**, en primer lugar, existe la responsabilidad de los parientes o Ministerio Fiscal, que no inician el proceso de modificación judicial de la

²⁷ Para el tema, puede verse CARRASCO GÓMEZ-MAZA MARTÍN, *Tratado de psiquiatría legal y forense*, 4ª ed., La Ley, Madrid, 2010, págs. 681 y ss. También, KRAUT, *Responsabilidad profesional de los psiquiatras*, La Rocca, Buenos Aires, 1991, págs. 173 y ss. Mucho más extenso, del mismo autor, en *Responsabilidad civil de los psiquiatras*, La Rocca, Buenos Aires, 1998, págs. 403 y ss. Y desde una perspectiva mucho más amplia, siempre del mismo autor, *Salud mental. Tutela jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, págs. 566 y ss. (capítulo 8, “Los medios coercitivos en el tratamiento de los pacientes mentales y la ley”).

capacidad, y consiguiente establecimiento de la oportuna institución de cuidado y vigilancia, cuando el enfermo mental es incapaz de gobernarse por sí mismo. Existe, por otra parte, responsabilidad de los centros e instituciones de salud mental, por violación de la sentencia de que modifica judicialmente dicha capacidad.

Junto a todo ello, llama la atención la escasa frecuencia en la que encontramos reclamaciones por daños derivados del propio tratamiento psiquiátrico, circunstancia que se puede atribuir a dos factores: primero, a la pluralidad y variedad de escuelas psiquiátricas que impiden determinar con certeza cuál es la *lex artis* en esta especialidad, con lo que resulta difícil realizar ese juicio de comparación con un standard de referencia que constituye la apreciación de una culpa²⁸; y, segundo, la dificultad de demostrar el nexo causal entre la conducta culposa y el daño, cuando éste se produce exclusivamente en la salud psíquica, y el tratamiento no es de carácter somático.

Pero ello no quiere decir que el régimen de responsabilidad por actos médicos de diagnóstico y tratamiento en psiquiatría se aparte de los principios generales²⁹. Sencillamente, existe una dificultad de prueba importante en muchos casos.

Destaca, en esta materia la particular relevancia que cobra el consentimiento informado del paciente, de exigencia inexcusable para determinadas actividades, como el electroshock o aquellas intervenciones que pueden afectar a la personalidad del sujeto. El problema más grave se presenta a la hora de conciliar ese principio general de concurso del consentimiento del paciente en toda actividad médica, con aquellos casos en que la propia enfermedad mental del paciente, que requiere el tratamiento, lleva a éste a rechazarlo. La difícil solución a este problema viene del cumplimiento de una doble exigencia: el respeto, en la mayor medida posible, de la libertad del paciente, y la garantía de la máxima eficacia terapéutica del tratamiento psiquiátrico, que presupone “una alianza terapéutica entre el psiquiatra y el paciente en la cual está implícita

²⁸ Aquí es de utilidad la aplicación de la denominada *school rule*, que explica con minuciosidad KRAUT, A., “¿Existe el daño injusto en psicoterapia? Juristas mirando al psicoterapeuta?”, *Jurisprudencia Argentina*, 5548, 1989, pág. 19

²⁹ Nos ocupamos de ello en LLAMAS POMBO, E., *La responsabilidad civil del médico*, Trivium, Madrid, 1988, págs. 400 y ss.

una comprensión y una aceptación por parte del paciente del programa curativo prescrito”³⁰.

Hay culpa médico-psiquiátrica si se usan métodos terapéuticos anacrónicos. Pero ha de demostrarse que el tratamiento se ha desviado de cualquiera de los métodos aprobados por los standards de la profesión en la comunidad.

Caso aparte consituyen las denominadas “terapias no convencionales”, donde es de aplicación la *school rule* que hemos mencionado: puede ser considerada como “reconocida” siempre que se trate de una escuela o doctrina con principios definidos y seguida, al menos, por una minoría respetable de la profesión. Pero eso sí, en tales supuestos la exigencia de consentimiento informado se agrava, pues requiere una información precisa sobre el estado de la ciencia en relación con esa terapia.

Por lo demás, en cuanto a la prevención de los daños evitables³¹, acierta KRAUT cuando prescribe “el tratamiento menos restrictivo: a mayor intrusión, mayor afectación de los derechos humanos del enfermo. Del mismo modo, el tratamiento ambulatorio ha de anteponerse a la internación”³². Y, ciertamente, es necesario estimular la prevención en todas sus facetas: el psiquiatra ha de evaluar la racionalidad del rechazo de una determinada medicación, o establecer si el tratamiento intramuros resulta más adecuado y menos restrictivo para los momentos críticos³³.

5.2. Daños sufridos por terceros.

También en este caso cabe distinguir:

1º) Daños causados por **pacientes internados**: ¿cuándo responde la institución de salud mental por hecho de otro, en virtud de la responsabilidad por hecho ajeno basada (incorrectamente, a nuestro juicio) en

³⁰ KRAUT, *Salud mental...*, *cit.*, pág. 354.

³¹ Desde el punto de vista estrictamente psiquiátrico y extrajurídico, existe una honda preocupación acerca de los instrumentos preventivos: CAPLAN, G., “Psicología orientada a la población: teoría y práctica. Un modelo de prevención primaria de los trastornos psicológicos”, en *Ensayos y conferencias sobre Prevención e Intervención en Salud Mental*, dir. Navarro-Fuertes-Bustamante, Universidad de Salamanca, 1993, págs. 11 y ss.

³² KRAUT, *Responsabilidad civil...*, *cit.*, pág. 493.

³³ *Idem*, pág. 494.

la *culpa in vigilando*? En principio, y siempre que se trate de plantas hospitalarias psiquiátricas, es decir, centros específicamente destinados al internamiento de enfermos mentales, y mientras los mismos subsistan, estimamos que efectivamente tales instituciones han de efectuar tareas de vigilancia y control, para evitar o prevenir las conductas lesivas o autolesivas de los pacientes, y por tanto, deben contar con los medios humanos y materiales adecuados para ello. Por tanto, y si por negligencia en el cumplimiento de ese deber de control, se produce una conducta de las expresadas anteriormente, habrá que apreciar la existencia de una *culpa in vigilando* de la institución o de la persona o personas que, dentro de la misma, tenga encomendadas dichas tareas, quienes deberán por tanto responder de los daños causados; precisamente por no haber adoptado las necesarias medidas de prevención.

No se nos ocultan ciertas consecuencias desfavorables para la propia salud del enfermo mental, derivadas del rigor en la vigilancia que esa responsabilidad conlleva, difícilmente conciliables con las modernas corrientes de pensamiento en materia psiquiátrica, pero mientras existan tales instituciones y plantas de internamiento, debe admitirse su responsabilidad. De hecho, en Italia, con la liberalización del tratamiento psiquiátrico operada en 1978, que recoge dichas ideas, dejó de funcionar en gran medida la responsabilidad del psiquiatra que derivaba del art. 2.047 del C. Civil de aquel país por falta de vigilancia del paciente.

Frente a ello, este menor rigor de los criterios de aplicación de la responsabilidad de psiquiatra e institución, deja a los terceros y al propio paciente expuestos a un mayor margen de riesgo, pues la vigilancia es inferior, y en último caso, no existe ya la cobertura de un responsable civil. En Francia, y más tardíamente en España, donde son fundamentalmente instituciones sanitarias de carácter público las que prestan la asistencia psiquiátrica, dicho problema se ha venido resolviendo mediante la aplicación de la responsabilidad objetiva de la Administración sanitaria.

2º) Daños causados por **pacientes con tratamiento domiciliario** o ambulatorio, y por ello sometido a la vigilancia familiar. En estos supuestos el psiquiatra le trata con unos u otros medicamentos, pero, al no estar ingresado en un centro, el médico no puede responder de la conducta del paciente. Salvo, claro está, que exista violación de la *lex artis*, por tratamiento inadecuado, falta de medidas oportunas cuando precisare de vigilancia por tendencias violentas, o de advertencia del riesgo de ciertos comportamientos, etc. En este sentido las personas que tuvieran encomendado el cuidado del enfermo van a responder por *culpa in vigilando*, salvo que prueben que actuaron con la diligencia debida para prevenir el daño.