

1.6. Responsabilidad Civil

NOTAS SOBRE LA RESPONSABILIDAD EN TORNO A LAS DONACIONES DE ÓRGANOS CUANDO EL DONANTE ES UN MENOR

por

JUANA RUIZ JIMÉNEZ
LOURDES TEJEDOR MUÑOZ

Profesoras titulares de Derecho Civil de la UNED

I. PLANTEAMIENTO

Recientemente ha saltado a los medios de comunicación una noticia que nos ha conmovido. La noticia de la que todos nos hemos hecho eco, tal y como reza, en uno de los titulares del periódico *El Mundo*, de 23 de octubre de 2007, es la siguiente: «Una juez autoriza a una menor a donar parte de su hígado para salvar a su hija de seis meses».

Precisamente, el Auto 785/07, de 18 de octubre de 2007, del Juzgado de Primera Instancia número 17 de Sevilla, en el que se autoriza a la menor para donar parte de su hígado a su propia hija, por su especial problemática, nos va a servir de punto de arranque para realizar una serie de reflexiones en torno al consentimiento y la responsabilidad civil en un acto médico en concreto, el trasplante de órganos.

Los hechos son los siguientes, la madre de una joven de diecisiete años, en nombre propio y como representante legal de su hija, promovió un expediente de jurisdicción voluntaria para obtener autorización para que (la joven) pudiera donar parte de su hígado a su hija de escasos meses de edad. La pequeña (1) sufre una malformación hepática congénita y necesita, según los médicos especialistas, un trasplante para sobrevivir. Se exploró a la menor, y tanto el informe del Médico Forense como el del Ministerio Fiscal fueron favorables sobre la capacidad de entender y conocer de la misma en relación con el acto médico al que se iba a someter.

Los fundamentos jurídicos del Auto, para una mejor comprensión del caso, son recogidos textualmente:

«*Primero*: La Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, en su artículo cuarto, establece: “La obtención de órganos procedentes de un donante vivo para su ulterior injerto o implantación en otra persona podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

Que el donante sea mayor de edad.

Que el donante goce de plena facultades mentales y haya sido previamente informado de las consecuencias de su decisión. Esta información se refería a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

(1) La pequeña, según los medios de comunicación, ha sido intervenida con éxito, realizándose un trasplante de hígado de un donante fallecido.

Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo... A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente...”».

De similar forma, el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre (por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos), en su artículo 9 establece las condiciones y requisitos para el donante vivo de órganos: «1. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante en otra persona podrá realizarse si se cumplen las siguientes condiciones y requisitos:

a) El donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado».

Segundo: El Código Civil, en su artículo 271, no establece la necesidad de que el tutor precise de autorización judicial para autorizar una donación de órganos. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en su artículo 10, permite que el tutor preste el consentimiento a la intervención quirúrgica cuando no esté capacitado para ello, en cuyo caso corresponderá a las personas allegadas al incapacitado.

No obstante el silencio normativo, no puede estimarse que para el supuesto de donación de órganos baste el consentimiento del tutor, considerando que, por analogía a los supuestos de esterilización del menor, deberá ser autorizada por el Juez supliendo la falta de capacidad del mismo.

Es necesario, por tanto, acudir al proceso judicial, recabar el informe de especialistas, oír en su caso a la incapaz o menor, todo ello con la intervención del Ministerio Fiscal.

El Tribunal Constitucional establece: «La intervención judicial», como inexcusable para que pueda otorgarse la autorización en el supuesto análogo de esterilización, constituyendo la principal garantía a la que están subordinados todas las demás exigiendo los siguientes requisitos:

1. Solicitud por parte de quienes ostenten la representación legal de la persona incapaz ante el Juez del domicilio del incapaz.
2. Exploración judicial de la persona incapaz.
3. Oír a especialistas.
4. Intervención del Ministerio Fiscal.

Requisitos que en el presente supuesto se han cumplido, constatando que la menor es plenamente consciente de los riesgos que implica la intervención y que tiene plena capacidad para entender sobre lo actuado; manifestando, con pleno entendimiento y de forma libre y consciente, su deseo de donar a su hija parte de su hígado. Procediendo, en consecuencia, integrar el consentimiento de la menor.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación, acuerdo: Parte dispositiva DEBO AUTORIZAR Y AUTORIZO ... a la donación de hígado solicitada para su hija ..., quedando así suplida su falta de capacidad, integrándose el consentimiento de la misma».

Constituye el primer Auto que se pronuncia en España sobre un supuesto de trasplante de órganos, en el que se permite que donante y receptor sean me-

nores, por tanto no contamos con antecedentes sobre casos similares, sin duda, la problemática y la trascendencia humana y jurídica de esta cuestión ponen de relieve que estamos ante un conflicto no resuelto en nuestro ordenamiento. Tres son las reflexiones principales sobre las que centramos nuestro comentario: la primera, ¿puede prestar consentimiento un menor para ser donante vivo de un órgano? La segunda, ¿cuál es la información que debe recibir el donante para comprender el acto médico? Y en último lugar, ¿en quién recaería la responsabilidad en el supuesto de que el trasplante tuviera un efecto negativo para el donante? Planteado así el tema, nos parece necesario partir de un análisis normativo para saber si un menor puede ser donante vivo de órganos.

II. MARCO NORMATIVO

De esta materia se ocupa:

En primer lugar, la Ley 30/1979, de 27 de octubre (2), sobre extracción y trasplante de órganos (3), en su artículo cuarto establece: «La obtención de órganos procedentes de un donante vivo para su ulterior injerto o implantación en otra persona podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos:

- a) Que el donante sea mayor de edad.
- b) Que el donante goce de plenas facultades mentales y haya sido previamente informado (4) de las consecuencias de su decisión.
- c) Que el donante otorgue su consentimiento de forma expresa, libre y consciente, debiendo manifestarlo... A los efectos establecidos en esta Ley, no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente...».

El responsable de la unidad médica en que haya de realizarse el trasplante sólo podrá dar su conformidad si se cumplen los siguientes requisitos, según el artículo seis c): «Que el receptor del trasplante exprese por escrito su consentimiento para la realización del trasplante cuando se trate de un adulto jurídicamente responsable de sus actos, o por sus representantes legales, padres o tutores, en caso de pacientes con déficit mental o menores de edad...».

En segundo lugar no podemos dejar de referirnos al Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre (5), por el que se regulan «Las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos», que tiene el carácter de normativa básica sanitaria en su artículo 9, establece las condiciones y requisitos para el donante vivo de órganos:

(2) *BOE* núm. 266, de 6 de noviembre de 1979.

(3) Recordemos que como establece el artículo primero de la citada Ley: «La cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos, para ser utilizados con fines terapéuticos, sólo podrán realizarse con arreglo a lo establecido por la presente Ley y por las disposiciones que se dicten para su desarrollo».

(4) Esta información se refería a las consecuencias previsibles de orden somático, psíquico y psicológico, a las eventuales repercusiones que la donación pueda tener sobre su vida personal, familiar y profesional, así como a los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor.

(5) *BOE* núm. 3, de 4 de enero de 2000.

«1. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos para su ulterior trasplante en otra persona podrá realizarse si se cumplen las siguientes condiciones y requisitos:

- a) El donante debe ser mayor de edad, gozar de plenas facultades mentales y de un estado de salud adecuado.
- b) Debe tratarse de un órgano o parte de él, cuya extracción sea compatible con la vida y cuya función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura.
- c) El donante habrá de ser informado previamente de las consecuencias de su decisión, debiendo otorgar su consentimiento de forma expresa, libre, consciente y desinteresada.
- d) No podrá realizarse la extracción de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas, enfermedad mental o cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento en la forma indicada. Tampoco podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.
- e) El destino del órgano extraído será su trasplante a una persona determinada con el propósito de mejorar sustancialmente su pronóstico vital o sus condiciones de vida.

2. La extracción de órganos de donantes vivos se limitará a situaciones en las que puedan esperarse grandes posibilidades de éxito del trasplante y no se aprecie que se altere el libre consentimiento del donante a que se refiere el apartado 1.c) de este artículo. Será necesario un informe preceptivo del Comité de Ética del hospital trasplantador. En ningún caso se extraerán ni se utilizarán órganos de donantes vivos cuando por cualquier circunstancia pudiera considerarse que media condicionamiento económico o de otro tipo, social o psicológico.

3. El estado de salud físico y mental del donante deberá ser acreditado por un médico distinto del o de los que vayan a efectuar la extracción y el trasplante, que informará sobre los riesgos inherentes a la intervención, las consecuencias previsibles de orden somático o psicológico, las repercusiones que pueda suponer en su vida personal, familiar o profesional, así como de los beneficios que con el trasplante se espera haya de conseguir el receptor. Los anteriores extremos se acreditarán mediante un certificado médico que hará necesariamente referencia al estado de salud, a la información facilitada y a la respuesta y motivaciones libremente expresadas por el interesado y, en su caso, a cualquier indicio de presión externa al mismo. El certificado incluirá la relación nominal de otros profesionales que puedan haber colaborado en tales tareas con el médico que certifica.

4. Para proceder a la extracción de órganos de donante vivo, el interesado deberá otorgar por escrito su consentimiento expreso ante el juez encargado del Registro Civil de la localidad de que se trate, tras las explicaciones del médico que ha de efectuar la extracción y en presencia del médico al que se refiere el apartado 3 de este artículo, del médico responsable del trasplante y de la persona a la que corresponda dar la conformidad para la intervención, según figure en el documento de autorización del centro. El documento de cesión donde se manifiesta la conformidad del donante será firmado por el interesado, el médico que ha de ejecutar la extracción y los demás asistentes. Cualquiera de ellos podrá oponerse eficazmente a la donación si albergan duda sobre que el consentimiento del donante se ha manifestado de forma expresa, libre, consciente y desinteresada. De dicho documento de cesión

deberá facilitarse copia al interesado. En ningún caso podrá efectuarse la extracción de órganos sin la firma previa de este documento.

5. Entre la firma del documento de cesión del órgano y la extracción del mismo deberán transcurrir al menos veinticuatro horas, pudiendo el donante revocar su consentimiento en cualquier momento antes de la intervención sin sujeción a formalidad alguna. Dicha revocación no podrá dar lugar a ningún tipo de indemnización.

6. La extracción de órganos procedentes de donantes vivos sólo podrá realizarse en los centros sanitarios expresamente autorizados para ello por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente. Las condiciones y requisitos que deberán reunir dichos centros son las que se señalan en el artículo 11 del presente Real Decreto.

7. No obstante lo dispuesto en el artículo 8, deberá facilitarse al donante vivo asistencia sanitaria para su restablecimiento».

En tercer lugar, el Convenio de 4 de abril de 1997 (6), ratificado por Instrumento de 23 de julio de 1999, para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respeto a las aplicaciones de la Biología y Medicina, hecho en Oviedo el 4 de abril de 1996 (en adelante, Convenio de Oviedo) establece en el artículo 6, bajo la rúbrica de «*Protección de las personas que no tengan capacidad (7) para expresar su consentimiento*», en su apartado segundo, que:

«2. Cuando, según la ley, un menor no tenga capacidad para expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley.

La opinión del menor será tomada en consideración como un factor que será tanto más determinante en función de su edad y su grado de madurez».

Advertimos que el párrafo segundo de este artículo, da primacía a la capacidad del menor, pero a su capacidad natural, ya que sólo se requiere la autorización de los representantes cuando se considere que el menor no tiene capacidad. En ningún momento se hace referencia a la capacidad de obrar o a la mayoría de edad, sino a la capacidad en general, por ello se presume que se está refiriendo a una capacidad de entender. Una cuestión que se plantea aquí y que posteriormente veremos, es quién debe valorar si el menor tiene o no tiene esa capacidad.

Por otro lado, es muy importante señalar que el capítulo sexto, titulado *Extracción de órganos y de tejidos de donantes vivos (8) para trasplantes*, en el

(6) BOE núm. 251, de 20 de octubre de 1999.

(7) La regla general viene recogida en el capítulo sobre el consentimiento, al establecer en el artículo 5 de citada ley que: «una intervención en el ámbito de la sanidad sólo podrá efectuarse después de que la persona afectada haya dado su libre e informado consentimiento. Dicha persona deberá recibir previamente una información adecuada acerca de la finalidad y la naturaleza de la intervención, así como sobre sus riesgos y consecuencias. En cualquier momento la persona afectada podrá retirar libremente su consentimiento».

(8) La regla general la establece el artículo 19: 1. La extracción de órganos o de tejidos para trasplantes sólo podrá efectuarse de un donante vivo en interés terapéutico del receptor y cuando no se disponga del órgano o del tejido apropiados de una persona fallecida ni de un método terapéutico alternativo de eficacia comparable. 2.2. El consen-

artículo 20, bajo el epígrafe: «Protección de las personas incapacitadas para expresar su consentimiento a la extracción de órganos», establece que:

«1. No podrá procederse a ninguna extracción de órganos o de tejidos de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento conforme al artículo 5.

2. De modo excepcional y en las condiciones de protección previstas por la ley, la extracción de tejidos regenerables de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes:

- i) Si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento.
- ii) Si el receptor es hermano o hermana del donante.
- iii) Si la donación es para preservar la vida del receptor.
- iv) Si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente.
- v) Si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma».

También aquí queremos hacer una observación, pues aunque este artículo no se refiere expresamente a menores, ya que habla de «personas que no tengan capacidad de expresar su consentimiento», nos parece que la expresión es de tal generalidad que podemos entender incluidas cualquier persona que no tenga capacidad natural.

Por último, en el ámbito estatal hay que esperar hasta la promulgación de la «Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica» (9), para tener una regulación acorde con las bases internacionales y con los compromisos adquiridos (10). Como su propio título indica es una ley básica, lo que significa que contiene los principios rectores que en esta materia se han de seguir en todo el Estado, por lo que la normativa autonómica precedente ha tenido que adaptar sus normas a lo establecido en la ley, para que haya una igualdad en el trato a los pacientes, con independencia de cual sea el lugar de residencia.

El artículo 9.3 de la Ley 41/2002 establece que se otorgará el consentimiento informado por representación:

«c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos. Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embar-

timiento, a que se refiere el artículo 5, deberá ser expresa y específicamente otorgado, bien por escrito o ante una autoridad.

(9) *BOE* núm. 274, de 15 de noviembre. Entró en vigor en mayo de 2003.

(10) Tras la promulgación de la Ley básica, otras Comunidades Autónomas han hecho lo propio sobre este tema, así la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente en la Comunidad Valenciana. La Ley 8/2003, de 8 de abril, de derechos y deberes de las personas con relación a la salud, o de las Cortes de Castilla y León. La Ley 5/2003, de salud de las Islas Baleares.

go, en caso de actuación de grave riesgo, según criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente».

Contempla expresamente el consentimiento del paciente menor de edad, y debe observarse que se pueden dar tres supuestos diferentes:

1. Que sea un menor, mayor de dieciséis años.
2. Que sea un menor entre doce y dieciséis años.
3. Que sea un menor de doce años.

III. CAPACIDAD NECESARIA PARA QUE LOS MENORES PUEDAN PRESTAR EL CONSENTIMIENTO INFORMADO CON CARÁCTER GENERAL EN ÁMBITO SANITARIO

Como se ha señalado, la Ley básica, sí contempla expresamente el consentimiento en los actos médicos cuando el paciente es un menor, que como veremos se aparta de la regla general de la mayoría de edad del Código Civil y se aproxima a la tendencia en la mayoría de los países desarrollados desde el último cuarto del siglo xx, y es la adquisición gradual de la capacidad de obrar, y como consecuencia la posibilidad de tomar decisiones.

1. MENOR, MAYOR DE DIECISÉIS AÑOS

Siguiendo el tenor literal de la Ley 41/2002, no hay problema en cuanto al menor que ya ha cumplido dieciséis años. Aquí no se cuestiona si el menor tiene o no capacidad para otorgar el consentimiento, se presume que al haber cumplido los dieciséis años tiene capacidad para otorgarlo. Recordemos que el artículo 6 del Convenio de Oviedo no establece esa línea divisoria atendiendo a la edad, sino que tiene en cuenta la capacidad natural del menor para prestar el consentimiento (11).

A pesar de esta capacidad (12) que se le otorga al menor, mayor de dieciséis años, con carácter general para que pueda otorgar el consentimiento informado, la propia Ley hace una salvedad, en el supuesto de que haya una actuación de grave riesgo, según el facultativo, pues requiere que los padres serán informados y se tendrá en cuenta su opinión. Sin duda plantea muchos interrogantes. ¿Y si la opinión de los padres es contraria a la del adolescente? ¿A qué deberá atenderse el médico? La casuística puede dar lugar a innumerables escenarios, pero, a no ser que el paciente mayor de dieciséis años se encuentre en una situación extrema, de no poder ser informado o de no poder prestar el consentimiento, las consecuencias de una actuación médica, decidida por los padres y por el facultativo, puede generar responsabilidades para todos (13).

(11) En este mismo sentido se manifestaron las leyes autonómicas, incluso aquellas que son anteriores a la ley estatal.

(12) Sobre el tema de la capacidad, resulta de gran interés, vid. PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2003, págs. 1 a 23.

(13) Además ese supuesto concreto ya lo prevé el artículo 9.3.a) de la citada Ley, que dice: «3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supues-

2. MENOR ENTRE DOCE Y DIECISÉIS AÑOS

Cuando el consentimiento lo tiene que prestar un menor, mayor de doce años y menor de dieciséis, el tema puede resultar ambiguo. Hemos establecido este margen (entre doce y dieciséis años), porque de forma tácita lo está haciendo la propia ley. Como señalábamos en líneas anteriores, se otorgará el consentimiento por representación cuando el menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En ese supuesto, el consentimiento lo dará el representante, pero después de haber oído la opinión del menor si tiene doce años cumplidos.

En primer lugar, habrá que precisar cuándo se considera por el legislador que el menor es capaz intelectual y emocionalmente para poder entender la información que está recibiendo y posteriormente prestar el consentimiento a cualquier actuación médica. Para ello, SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN afirman que desde un punto de vista forense los criterios utilizados para evaluar la capacidad civil de un individuo son: el criterio cognitivo y el criterio volitivo (14).

La siguiente pregunta que hemos de hacernos es: ¿Quién determina si la capacidad natural del menor está dentro de los parámetros mínimos para entender y querer? Se desprende de la norma que es el médico que le atiende quien lo determina. Quizá se debería haber especificado que ha de ser un especialista, que tras examinar al menor, estime si su capacidad natural le permite tomar determinadas decisiones. Además, la cuestión se presenta compleja cuando la voluntad del menor y la del representante no son coincidentes. ¿Cuál prevalece? ¿Variará dependiendo de los supuestos?

Siendo la voluntad de los padres y del menor coincidente, el Tribunal Constitucional se manifestó sobre la capacidad de decisión de un menor de trece años, Testigo de Jehová, en la sentencia 154/2002, que tras la negativa del menor a que le practicasen una transfusión de sangre, alegando sus convicciones religiosas, se produjo el fallecimiento del mismo. En este caso, el Tribunal Constitucional considera que, por encima de todo, está el interés del menor y el derecho a la vida (15).

tos: a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación».

(14) Consideran que «el criterio cognitivo supone que en el momento de la ejecución del hecho posea la inteligencia y el discernimiento de sus actos. Y el criterio volitivo, que goce de la libertad de su voluntad, de su libre albedrío; es decir, de la facultad de poder escoger entre los diversos motivos de conducta que se presenten ante su espíritu y de determinar libremente la potencia de su voluntad». SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN, *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre; consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, 2003, pág. 57.

(15) Es de especial interés el razonamiento que el Tribunal Constitucional hace de la confrontación entre el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la vida del menor.

«Pasemos ahora a considerar la relevancia que, en su caso, pueda tener la oposición manifestada del menor al tratamiento médico prescrito.

En el recurso de amparo se alega, precisamente, como ya hemos indicado, el error de la sentencia impugnada al establecer «la irrelevancia del consentimiento u oposición de un niño menor de trece años de edad, máxime cuando, como en este caso, está en juego su propia vida».

Es cierto que el Ordenamiento Jurídico concede relevancia a determinados actos o situaciones jurídicas del menor de edad. Ello se aprecia en concreto —atendiendo a la normativa que pudiera regular las relaciones entre las personas afectadas por el tema

3. MENOR DE DOCE AÑOS

Es el supuesto menos problemático de todos. Aunque si nos atenemos a la normativa general sobre capacidad, el Código Civil no delimita edad concreta como hace la Ley 41/2002, simplemente hace alusión a la madurez.

que nos ocupa— tanto en la Compilación del Derecho Civil de Aragón (aplicable en cuanto tuvieran la vecindad civil en dicho territorio foral) como, en su caso, en el Código Civil. Así, los actos relativos a los derechos de la personalidad (entre los que se halla precisamente el de integridad física), de los que queda excluida la facultad de representación legal que tienen los padres en cuanto titulares de la patria potestad, según explícitamente proclama el artículo 162.1 del Código Civil (precepto sin correlato expreso en la Compilación); tal exclusión, por otra parte, no alcanza al deber de velar y cuidar del menor y sus intereses. También cabe señalar diversos actos conducentes a la creación de efectos jurídicos o a la formalización de determinados actos jurídicos, como son, entre otros, los relativos a la capacidad para contraer matrimonio, para testar, para testificar, para ser oído, a fin de otorgar su guarda o custodia a uno de los progenitores. Y asimismo, en el ámbito penal, para la tipificación de determinados delitos.

Ahora bien, el reconocimiento excepcional de la capacidad del menor respecto de determinados actos jurídicos, como los que acaban de ser mencionados, no es de suyo suficiente para, por vía de equiparación, reconocer la eficacia jurídica de un acto —como el ahora contemplado— que, por afectar en sentido negativo a la vida, tiene, como notas esenciales, la de ser definitivo y, en consecuencia, irreparable.

De las consideraciones precedentes cabe concluir que, para el examen del supuesto que se plantea, es obligado tener en cuenta diversos extremos. En primer lugar, el hecho de que el menor ejercitó determinados derechos fundamentales de los que era titular: el derecho a la libertad religiosa y el derecho a la integridad física. En segundo lugar, la consideración de que, en todo caso, es prevalente el interés del menor, tutelado por los padres y, en su caso, por los órganos judiciales. En tercer lugar, el valor de la vida, en cuanto bien afectado por la decisión del menor: según hemos declarado, la vida, «en su dimensión objetiva, es “un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional” y “supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible” (STC 53/1985 [RTC 1985, 53])» (STC 120/1990, de 27 de junio [RTC 1990, 120], F. 8). En cuarto lugar, los efectos previsibles de la decisión del menor: tal decisión reviste los caracteres de definitiva e irreparable, en cuanto conduce, con toda probabilidad, a la pérdida de la vida.

En todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza —y así lo entienden las sentencias ahora impugnadas— que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar (...).

11. Sentados los anteriores extremos, debemos establecer si la condición de garantías, atribuida por las sentencias impugnadas a los recurrentes en amparo, resulta afectada —y, en su caso, en qué sentido— por el derecho de éstos a la libertad religiosa. Es claro que ello comporta la necesidad de tener en cuenta las singulares circunstancias concurrentes en el caso que nos ocupa, de que ya se hizo mérito.

Una consideración previa es necesaria. Ya se ha indicado (Fundamento Jurídico segundo) que el Ministerio Fiscal niega que —como cuestión fáctica ya resuelta— deba cuestionarse en amparo la inobservancia por parte de los padres de la posición de garantías de la vida del hijo. Afirma, al respecto, el Ministerio Público que «el concepto de garante aplicado a los actores por la sentencia nace, y por ello pertenece al campo de la legalidad ordinaria, de la subsunción del supuesto fáctico, consistente en la generación y la falta de edad del hijo, en la normativa legal reguladora de la patria potestad», y que «esta subsunción se realiza por el órgano judicial de manera razonada y fundada en Derecho, único por determinación legal que puede y debe hacerla». Concluye esta consi-

IV. EXCEPCIONES A LA REGLA GENERAL

Conviene también plantearse a qué tipo de actuaciones sanitarias se aplica, pues la propia Ley señala unas excepciones que vienen contempladas en el apartado 4 del citado artículo nueve: la interrupción voluntaria del embarazo, la práctica de ensayos clínicos y la práctica de técnicas de reproducción humana asistida. En estos supuestos la ley se remite a lo establecido con carácter general sobre la mayoría de edad y por las disposiciones especiales de aplicación a las que nos referiremos brevemente:

Respecto de la práctica de las técnicas de reproducción asistida, la Ley 35/1988, de 22 de noviembre, sobre Técnicas de Reproducción Asistida (16), establece en el artículo 6.1 *in fine*, que la usuaria de las técnicas «*Deberá tener dieciocho años al menos y plena capacidad de obrar*», por lo tanto se podía haber omitido esta excepción, ya que la Ley 41/2002 es de carácter supletorio en relación con la legislación especial (17).

En cuanto a los ensayos clínicos, siguiendo la literalidad de la norma, el menor mayor de dieciséis años no puede otorgar el consentimiento, nos tenemos que remitir a lo establecido con carácter general para la capacidad y a la legislación especial allí donde hay regulación. El Convenio de Oviedo establece que para poder llevar a cabo ensayos clínicos en menores (18), siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el propio Convenio, será necesario el consentimiento por escrito del representante del menor, y que no haya un rechazo por el propio menor. Incluso se considera necesario ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal, a tenor de lo dispuesto en el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos con medicamentos (19). Por lo tanto observamos que el legislador ha consi-

deración el Ministerio Público diciendo que: «el Tribunal Supremo estudia esta situación y declara razonada y fundadamente que los recurrentes nunca perdieron el dominio de la situación de garantes, y esta afirmación constituye una cuestión fáctica que, resuelta por el Tribunal en forma legal, carece de dimensión constitucional».

No puede admitirse, en su radicalidad, la tesis expuesta, la cual —en realidad— hace supuesto de la cuestión sometida a debate. Los derechos y obligaciones que surgen en el ámbito de las relaciones humanas —concretados por las normas que estructuran la llamada legalidad ordinaria— son válidos y eficaces en la medida en que su contenido no rebasa el marco constitucional, respetando los límites propios de los derechos fundamentales.

(16) *BOE* núm. 282, de 24 de diciembre. Se modificó por la Ley 45/2003 (aunque los artículos afectados fueron el 4 y el 11).

(17) Así lo establece la Disposición Adicional segunda respecto de una serie de supuestos entre los que se encuentra la práctica de estas técnicas.

(18) Artículo 17 en consonancia con el artículo 6.

(19) El consentimiento informado se regula en el artículo 7 del Real Decreto, dedicando el apartado 3 al consentimiento cuando el ensayo se va a realizar con un menor.

«3. Cuando el sujeto del ensayo no sea una persona capaz para dar su consentimiento o no esté en condiciones de hacerlo, la decisión deberá adoptarse, teniendo en cuenta lo indicado en este artículo. Si el sujeto del ensayo es menor de edad:

1. Se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor; el consentimiento deberá reflejar la presunta voluntad del menor y podrá retirarse en cualquier momento sin perjuicio alguno para él. Cuando el menor tenga doce o más años, deberá prestar además su consentimiento para participar en el ensayo. 2. El menor recibirá, de personal que cuente con experiencia en el trato con menores, una información sobre el ensayo, los riesgos y los beneficios adecuada a su capacidad de enten-

derado que para estos casos el menor, mayor de dieciséis años, no tiene capacidad suficiente para otorgar el consentimiento, pero de gran trascendencia su aceptación.

En relación con la interrupción voluntaria del embarazo, el precepto es innovador, como afirma BENAC URROZ, en la medida en la que no había antecedente alguno en nuestro Derecho (20).

Se presume que hay que tratar de la misma manera al menor emancipado que al menor, mayor de dieciséis años, que no está emancipado. En el supuesto de la utilización de técnicas de reproducción asistida, desde luego, pues la propia ley exige la mayoría de edad para poder utilizar las mismas. En cuanto a la interrupción voluntaria del embarazo, siempre en los supuestos permitidos por la ley, el consentimiento de la embarazada es esencial para poder llevarlo a cabo. El Código Penal no hace mención a la posibilidad de que la embarazada sea una menor, y la Ley 41/2002 nos remite a las normas generales sobre capacidad. Ya hemos manifestado en varias ocasiones que el artículo 162 del Código Civil establece que si el menor tiene capacidad para consentir sobre cuestiones relativas a los derechos de la personalidad, lo podrá hacer, siempre que las Leyes lo permitan o no lo prohíban. Si la menor tiene capacidad natural de entender y posteriormente prestar el consentimiento y su decisión es contraria a la de sus progenitores, ¿cuál debe prevalecer? ¿La menor emancipada tiene capacidad suficiente, siguiendo la normativa general para poder decidir al respecto? El tema se presenta cuanto menos confuso y de difícil solución en la práctica, ya que si se pide la intervención del Ministerio Fiscal, el tiempo puede jugar en contra de cualquier decisión (21).

Una vez señaladas las excepciones establecidas en la ley, nos preguntamos si están todos los casos posibles en los que se presume que el menor maduro, el adolescente o el emancipado no tienen todavía la suficiente capacidad para consentir sobre algo que afecta a su salud, o debería añadirse alguno más. Desde nuestro punto de vista, otros supuestos deberían excepcionarse como, por ejemplo, el sometimiento a cualquier tipo de cirugía estética, cuando no vaya acompañado de otra dolencia. No olvidemos que los menores maduros están obsesionados por la belleza motivados por los cánones marcados por la sociedad actual.

dimiento. 3. El investigador aceptará el deseo explícito del menor de negarse a participar en el ensayo o de retirarse en cualquier momento, cuando éste sea capaz de formarse una opinión en función de la información recibida. 4. El promotor pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal las autorizaciones de los ensayos clínicos cuya población incluya a menores».

(20) A pesar de ello, manifiesta «que algún autor especializado (GALÁN CORTÉS) se ha pronunciado en el sentido de que al exigir la norma la mayoría de edad, para prestar consentimiento podría colisionar con el artículo 162.1 del Código Civil, precepto que atribuye al menor capacidad para realizar los actos relativos a derechos de la personalidad y otros que el menor pueda realizar por sí mismo de acuerdo con sus condiciones de madurez, cuyos actos quedan excepcionados de la patria potestad y por tanto no se requiere que los padres representen al menor sino que habrá de ser éste quien por sí mismo y personalmente decida o preste consentimiento». BENAC URROZ, M., «La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado», en *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, coord. González Salinas y Lizárraga Bonelli, pág. 85.

(21) Incluso pueden darse casos como la utilización de la píldora del día después, en los que no se sabe muy bien si puede autorizar la menor mayor de dieciséis años sola o se necesita el consentimiento de los padres para ello.

1. EL TRASPLANTE DE ÓRGANOS COMO CASO PARTICULAR

Analizada esta normativa, parece especialmente polémica la cuestión de cómo debe incardinarse el supuesto de trasplante de órganos en el caso de menores, como hemos visto en la Ley 30/1979, de 27 de octubre (22), sobre extracción y trasplante de órganos (23), que en su artículo cuarto, establece la necesidad de que el donante sea mayor de edad y señalaba expresamente que... «no podrá obtenerse ningún tipo de órganos de personas que, por deficiencias psíquicas o enfermedad mental o por cualquier otra causa, no puedan otorgar su consentimiento expreso, libre y consciente».

Por tanto, la ley es tajante en esta cuestión, no permite que el trasplante de órganos lo pueda realizar un menor, tenga o no consentimiento de sus padres.

En el mismo sentido hemos visto el Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre (24), por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos, en su artículo 9 establece las condiciones y requisitos para el donante vivo de órganos, exige: Que el donante debe ser mayor de edad..., y además establece que no podrá realizarse la extracción de órganos a menores de edad, aun con el consentimiento de los padres o tutores.

También hemos señalado que la Ley 41/2002 permite que los emancipados y los mayores de dieciséis años puedan prestar el consentimiento, pero no se refiere expresamente a ese supuesto de trasplante de órganos, por lo que cabe plantearse si está o no vigente la Ley 30/1979 en este punto concreto del consentimiento que prohíbe obtener órganos de los menores de edad vivos. La cuestión es compleja. Además se trata de una operación que entraña un riesgo tanto para el donante como para el receptor.

En opinión de PARRA LUCÁN (25): «Resulta preferible mantener la vigencia de una norma dictada para un sector específico en la que el control exigido es mayor, puesto que ningún beneficio se va a derivar para el menor de la extracción de un órgano...».

De todas formas, un aspecto de la cuestión que debe tenerse en cuenta es que el Convenio de Oviedo establece la posibilidad de que, tratándose de órganos o tejidos regenerables, como es el hígado, permitiendo de una persona que no tenga capacidad para expresar su consentimiento podrá autorizarse si se cumplen las condiciones siguientes: (Si no se dispone de un donante compatible capaz de prestar su consentimiento. Si el receptor es hermano o hermana del donante. Si la donación es para preservar la vida del receptor. Si se ha dado específicamente y por escrito la autorización prevista en los apartados 2 y 3 del artículo 6, según la ley y de acuerdo con la autoridad competente. Si el donante potencial no expresa su rechazo a la misma). Quizá este sea un supuesto en el que se podría encajar el caso que analizamos, aunque somos concientes de que se trata de un precepto que admite varias lecturas. ¿Quién consiente? ¿Qué menores podíamos incluir en este supuesto?, etc...

(22) BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 1979.

(23) La cesión, extracción, conservación, intercambio y trasplante de órganos humanos, para ser utilizados con fines terapéuticos, sólo podrán realizarse con arreglo a lo establecido por la presente Ley y por las disposiciones que se dicten para su desarrollo.

(24) BOE núm. 3, de 4 de enero de 2000.

(25) *Op. cit.*, pág. 10.

En consecuencia con todo lo apuntado, no podemos dejar de criticar el Auto, pese a que no dudamos de la bondad de la autorización y de que se ha ido en busca de la justicia material. No entendemos porqué hace referencia a la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, artículo 10 apartado 6 (*BOE* núm. 102 de 29 de abril de 1986), que si bien se refiere al consentimiento informado al señalar el derecho: «a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto: ...Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas», ya que no cabe duda de que es un supuesto actualmente derogado por la Disposición Derogatoria de la Ley 41/2002.

No compartimos la opinión de que este caso pueda aplicarse por analogía a los supuestos de esterilización del menor, pues se trata de un supuesto excepcional.

V. RESPONSABILIDAD DERIVADA DEL CONSENTIMIENTO

Hasta el momento, se ha hecho una exposición sobre la situación y las personas legitimadas para prestar el consentimiento ante una situación que normalmente acontece en unas circunstancias extremas. Y siguiendo el Auto con el que comenzábamos este análisis, nos hacemos la siguiente pregunta: ¿Qué sujetos serían responsables si la donación por la madre menor se hubiese llevado a cabo sin éxito? La madre, que en representación de su hija inició el procedimiento para obtener la autorización judicial. La juez, que haciendo una aplicación analógica, no tuvo en consideración lo establecido por la Ley 30/1979, de trasplantes de órganos en materia de capacidad. Incluso el médico que ha realizado la intervención, a sabiendas, de lo dispuesto en el ordenamiento para ese supuesto. Como expresábamos anteriormente, el panorama es complejo en cuanto al consentimiento, y por efecto del mismo, de la responsabilidad derivada de un acto de tanta trascendencia.

Es preciso plantearse quién emite el consentimiento, hasta dónde el menor entiende la trascendencia del acto que se va a realizar, si hay acuerdo o desacuerdo entre la opinión del menor y la de su representante.

VI. CONCLUSIÓN

Aunque la casuística no es la mejor forma de análisis, en ocasiones nos da la posibilidad de atisbar los problemas que pueden surgir ante un determinado hecho. Afortunadamente el Auto, y por ende, la historia que encierra, ha tenido un final sin complicaciones jurídicas. Sin embargo, las posibles cuestiones que se han planteado en estas líneas nos deben hacer reflexionar para intentar paliar la laguna existente o al menos la complejidad normativa cuando es un menor el que quiere ser donante. Es preciso tener claro si lo que se quiere que prime es la capacidad de obrar prevista en las leyes, o la capacidad natural que cada persona tiene. No olvidemos que en el ámbito sanitario, el objeto de la actuación es en algunas ocasiones el propio derecho a la vida, y que el efecto negativo derivado de una información a quien no se debe o incompleta es el consentimiento informado viciado lo que provoca una responsabilidad de aquellos que actuaron negligentemente.

BIBLIOGRAFÍA

- BENAC URROZ, M., «La problemática del menor maduro en la obtención del consentimiento informado», en *Autonomía del paciente, información e historia clínica*, coord. González Salinas y Lizárraga Bonelli, 2004.
- PARRA LUCÁN, M. A., «La capacidad del paciente para prestar valido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español», en *Aranzadi Civil*, núm. 2/2003, págs. 1 a 23.
- SÁNCHEZ-CARO y ABELLÁN, *Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002, de 14 de noviembre; consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, 2003

RESUMEN

DONACIONES DE ÓRGANOS

La responsabilidad derivada de una decisión judicial con fundamentos, cuanto menos confusos, en la que se autoriza a una menor a donar parte de su hígado a su propia hija, ha puesto de relieve una situación conflictiva no resuelta completamente en nuestro ordenamiento. En este comentario se realizan una serie de reflexiones en torno a la capacidad para prestar el consentimiento informado cuando la donación de órganos la hace un donante vivo menor. Las graves implicaciones que el tema entraña bien merecen un estudio en profundidad y una reconsideración de la cuestión. Sirva esto como un pequeño adelanto para llamar la atención sobre el tema.

ABSTRACT

ORGAN DONATIONS

The liability stemming from a judgement made on grounds that are, to say the least, confused, authorising a minor to donate part of her liver to her own daughter, has thrown the spotlight on a conflictive situation that our legislation has not entirely settled. In this commentary there is a series of reflections about the capacity to give informed consent when the organ donation is made by a living underage donor. The topic's serious implications certainly merit an in-depth study and a reconsideration of the question. Let this serve as a small preview to draw attention to the topic.