

todo el elemento probatorio de que hubiera dispuesto el juez competente. Junto al criterio del «juicio dentro del juicio» suele utilizarse el criterio de la cuantía solicitada en la pretensión frustrada, aunque este último no es válido para las pretensiones judiciales extrapatrimoniales.

Por último, se ocupa de la privación del derecho a que la pretensión sea examinada por los órganos judiciales, que, por otra parte, la jurisprudencia suele identificar con el anterior tipo de daño. Este sí es un perjuicio cierto, con independencia del porcentaje de prosperabilidad del proceso frustrado por el letrado, y según M.<sup>a</sup> Carmen Crespo este daño moral no se integra dentro del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Acaba su libro refiriéndose a otras clases de daños que puede ocasionar la defectuosa actuación del letrado, tanto en la actividad procesal como extrajudicial. Por ejemplo, las costas, cuya partida más importante es la correspondiente a los honorarios del abogado, procurador o de ambos.

Como decía al principio de estas líneas, esta obra constituye una buena muestra de cómo cualidades como el rigor intelectual y la claridad son perfectamente conciliables en el ámbito académico. Agradezco mucho a M.<sup>a</sup> Carmen Crespo Mora su tenacidad y entusiasmo, que han permitido contar hoy con esta esencial aportación, de lectura obligada para todos los estudiosos de esta difícil materia de la responsabilidad civil. Tenacidad y entusiasmo que han permitido a la autora continuar su carrera universitaria y no rendirse, a pesar de que, como muy bien indica en el prólogo su maestro, José María Miquel, ha atravesado en este largo camino universitario por momentos ciertamente duros y precarios, sobre todo desde el punto de vista material.

Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

**SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, Blanca: *La actuación de los representantes legales en la esfera personal de menores e incapacitados*, ed. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2005, 422 pp.**

La doctora Blanca Sánchez-Calero dedica un amplio estudio a los aspectos jurídicos de la persona, concretamente, en este caso, a la esfera personal de los menores e incapaces y al alcance que, en dicha esfera jurídica, puede tener la actuación de sus representantes legales.

En el prólogo de esta obra, realizado por la profesora Teodora F. Torres García, se destaca el enfoque que da la autora a este interesante tema, analizando esta materia desde la óptica de los llamados derechos de la personalidad. En efecto, la mayoría de las conductas que llevan a cabo los representantes legales en el ámbito personal de los menores e incapacitados se corresponden con el ejercicio de distintos derechos de la personalidad reconocidos en el propio texto Constitucional, como, entre otros, el derecho a la libertad personal (art. 17.1 CE), derechos de la personalidad (derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, art. 18 CE), derecho a la vida y a la integridad física (art. 15 CE); respecto de los cuales, en diversos desarrollos normativos, se contemplan intervenciones de los representantes legales de menores e incapacitados.

Desde la década de años ochenta se han ido reformando profundamente las normas reguladoras de instituciones jurídicas tradicionalmente destinadas a la protección de menores e incapaces. Se intenta establecer, como indica la doctora Sánchez-Calero, un equilibrio entre la necesidad de protección de estas personas y las necesidades relacionadas con su propia autonomía; equilibrio que resulta indispensable para promover el libre desarrollo de su personalidad (art. 10 CE) y, tratándose de incapacitados, promover su rehabilitación en la sociedad (art. 49 CE)

A modo de introducción se exponen brevemente, por una parte, los conceptos, caracteres y normas básicas de los institutos jurídicos destinados a la protección de menores e incapaces; y, por otra parte, se expone una idea fundamental: la existencia de la representación legal no es incompatible con el reconocimiento de un ámbito de capacidad propia del menor o del incapacitado que favorezca su desarrollo como persona. La finalidad de este reconocimiento es el mayor beneficio del menor o incapacitado. Como principio básico de esta materia, analiza la autora detalladamente los diversos aspectos del mismo, destacando su heterogéneo contenido, que hace muy difícil, y quizás inútil, intentar una teoría general sobre la actuación de los menores, dado que en cada momento ha de valorarse la concreta situación del menor, tanto en su dimensión subjetiva como objetiva. Otro principio de suma importancia es el de la intervención judicial en el ejercicio de la patria potestad y de la tutela.

Lógicamente, el Capítulo I de esta obra, como no podía ser de otra manera, dado este serio y ambicioso planteamiento, se dedica, por una parte, a la nada fácil tarea de exponer e intentar precisar los distintos conceptos que se han propuesto por la doctrina respecto de los llamados derechos de la personalidad, su naturaleza jurídica y sus principales caracteres; y, por otra parte, se estudia el ejercicio de los derechos de la personalidad por los representantes legales. En materia de patria potestad, recuérdese que el único precepto del Código civil que se refiere a los derechos de la personalidad es el conocido artículo 162.1 CC, que excluye estos derechos, como regla general, del ámbito de representación legal de los padres respecto de sus hijos menores no emancipados.

La autora realiza un completo análisis de este precepto, exponiendo las diversas opiniones que se han mantenido sobre el mismo y llegando a la conclusión de que ante un supuesto de ejercicio de un derecho de la personalidad por un menor, a falta de previsión legal al respecto, habrá que atender a las condiciones de madurez de ese menor en cuestión, y si las posee será el propio menor el que ejerce el acto relativo al derecho de la personalidad de que se trate; en otro caso, careciendo el menor de las necesarias condiciones de madurez, actuarán sus representantes legales. Ahora bien, existiendo una regulación legal precisa, será ésta la que prime en todo caso (art. 4.3 CC). Para determinar esas condiciones de madurez o capacidad natural habrá que atender, en cada caso singular, al sujeto en cuestión y al acto jurídico de que se trate.

Respecto de los menores o incapaces sujetos a tutela, a la vista del artículo 267 CC, la autora considera que el tutor representará al tutelado en el ejercicio de sus derechos de la personalidad, salvo que éste pueda actuar por sí mismo en el caso concreto de que se trate. Si es un menor habrá que atender a sus condiciones de madurez, en el sentido antes indicado; y si está incapacitado, sea menor o no, habrá que atender a lo dispuesto en la sentencia de incapacitación.

A la vista del derecho fundamental a la libertad personal, la autora estudia el internamiento del menor o incapacitado en un establecimiento psiquiátrico; el cual estará justificado cuando sea la medida más adecuada para procurar la recuperación de la persona, o si esto es imposible, para que no ponga en peligro su vida o la de los demás. Como antecedentes de la actual normativa caber citar un Decreto de 1931, que no aportaba suficientes garantías tanto en el ingreso o internamiento de personas con deficiencias mentales en establecimiento psiquiátricos, como durante su internamiento. Tras la promulgación de la Constitución de 1978 se hace necesaria una reforma de esta materia con profundidad, la cual se lleva a cabo a través de la Ley 13/1983 que introdujo el conocido artículo 211 CC. Esta norma, si bien atribuye una competencia exclusiva a la autoridad judicial, planteaba, sin embargo, una serie de deficiencias, surgiendo críticas no sólo en el ámbito jurídico, sino también en el sanitario. Este precepto sufre una reciente reforma con ocasión de la LO 1/1996, mejorando una serie de aspectos, pero todavía quedaban sin resolver algunas deficiencias. Importantísimo papel asumió, inmediatamente antes de llegar a la normativa actualmente vigente, la STC 129/1999. La regulación actual de esta materia se haya en el artículo 763 LEC de 2000 que la autora analiza exhaustivamente. Con este precepto se gana en precisión sobre el ámbito subjetivo de la norma, ya que se refiere a toda persona, menor o mayor de edad, esté o no emancipada, que como consecuencia de un trastorno psíquico, no se halle en condiciones de decidir el internamiento por sí mismo.

Primeramente se refiere la autora a los internamientos voluntarios, que no necesitan autorización judicial siempre que la persona se halle en condiciones de prestar el consentimiento necesario por sí misma. Ahora bien, ¿pueden prestar ese consentimiento los menores de edad? Blanca Sánchez-Calero considera, a la vista del artículo 162.1 CC, que si el menor goza de un grado de madurez suficiente podrá decidir por sí sólo, sin que actúe la representación legal de sus padres; cuestión distinta es la celebración del correspondiente contrato con el Centro respectivo. Ante cualquier duda que pudiera abrigar el Centro de internamiento sobre la plenitud y las facultades de persona que solicita voluntariamente el ingreso, deberá ponerlo en conocimiento del Juez o del Ministerio Fiscal; máxime cuando se trata de un menor de edad.

En cuanto al internamiento involuntario, debe decirse primeramente que se basa fundamentalmente en criterios terapéuticos. La finalidad del internamiento en un establecimiento hospitalario o en un Centro especializado en enfermedades mentales será la de suministrar al internado un tratamiento adecuado a su enfermedad. La finalidad de la preceptiva intervención judicial es, pues, la de controlar un acto esencialmente médico, a los fines de garantizar el derecho fundamental de todo individuo a la libertad personal.

Existen otros tipos de internamiento, cuya posible inclusión en el artículo 763 LEC se cuestiona, como pueden ser los internamientos con finalidad asistencial, o con finalidad educativa o de rehabilitación de personas toxicómanas. En particular, destacan unas interesantísimas observaciones sobre el internamiento de personas de avanzada edad en centros geriátricos o residencias de la tercera edad, considerando que dada la similitud de la finalidad asistencial con la finalidad terapéutica en los internamientos asistenciales, debería considerarse también aplicable el artículo 763 LEC, es decir, que sería muy conveniente la previa autorización judicial cuando se trate de un

internamiento involuntario de una persona que padece un trastorno psíquico y precise atención terapéutica, además de cuidados asistenciales.

Tratándose de internamientos con finalidad educativa, no se precisa autorización judicial si es un menor deficiente psíquico sujeto a la patria potestad de sus padres; en cambio, sí será necesaria si está sujeto a tutela (y sea o no menor), a la vista del artículo 271.1 CC.

El alcance de la autorización judicial comprende únicamente la medida de privación de libertad, pero no alcanza al tratamiento que haya de recibir el internado. Son los familiares o allegados los que han de prestar el consentimiento informado. Ahora bien, se plantea la cuestión sobre si la autorización judicial alcanza también a las restricciones de derechos fundamentales que el internado pueda sufrir como consecuencia del internamiento (libertad, intimidad o secreto de las comunicaciones, uso de medios mecánicos de contención, salas de aislamiento). Se considera que todas estas medidas necesitan de autorización judicial precisa, salvo que se trate de una medida concreta adoptada por una urgencia y con un carácter claramente ocasional. A continuación se analizan los requisitos exigidos por la norma para los internamientos ordinarios (en los que la autorización judicial es previa al internamiento) y los internamientos de urgencia (en los que la autorización judicial es posterior).

Más adelante, Blanca examina los derechos de la personalidad relativos al honor, intimidad y propia imagen. En primer lugar se estudia el consentimiento necesario para excluir el carácter de ilegítimo de una intromisión en los derechos mencionados. La LO 1/1982 exige un consentimiento expreso, aunque gran parte de la doctrina lo interpreta como inequívoco, admitiendo la posibilidad de un consentimiento tácito, si bien otros autores no lo admiten ateniéndose a la literalidad del precepto. Incluso la jurisprudencia del Tribunal Supremo no es demasiado clara al respecto, como lo demuestra la posible contradicción sobre este tema entre las ss. de 3 de noviembre de 1988 y 19 de julio de 2000 (ampliamente analizada ésta última por la autora).

Otro aspecto a destacar es la posibilidad de revocar ese consentimiento indemnizando los daños y perjuicios, incluyendo las expectativas justificadas. Ahora bien, si el consentimiento se prestó en un contrato, surgen dudas sobre la subsistencia de esa facultad de libre revocación, o si ha habido una especie de renuncia a la misma. La STC 81/2001 distingue claramente entre el derecho fundamental a la propia imagen y la protección de los valores económicos, patrimoniales o comerciales de la imagen, que afectan a bienes jurídicos distintos de los propios de un derecho de la personalidad y, por tanto, no forman parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen del artículo 18 CE. Por tanto, la facultad de revocación queda incólume cuando se trata de esfera moral de la personalidad, cuya protección no se ve cortada por la existencia de un contrato; y cuando se trata simplemente de la esfera pública, profesional o artística de la persona se aplicará el régimen general de los contratos.

Claro que, en mi opinión, ante los muy posibles problemas de interpretación del contrato en cuestión, no debe olvidarse la muy estrecha relación entre este derecho a la propia imagen y el derecho a la intimidad, e incluso al derecho a la identidad de la persona, respecto de los cuales, la posible renuncia a la facultad de revocación, por el hecho de existir un contrato, es más que dudosa.

A continuación se estudia el consentimiento de menores o incapacitados a intromisiones que, sin el mismo, serían ilegítimas. El régimen general se

encuentra en el artículo 3 de la LO 1/1982, que permite a los menores prestar el consentimiento si sus condiciones de madurez lo permiten; en otro caso, lo harán sus representantes legales. Si se trata de incapacitados, habrá que atender a la sentencia de incapacitación. Por tanto, si el menor goza del suficiente grado de madurez, éste prestará el consentimiento a la intromisión; pero en lo que se refiere al contrato sobre estos derechos de intimidad y propia imagen, habrán de actuar sus representantes legales, con el consentimiento del menor si tiene suficiente juicio (art. 162.3 CC). Si el menor carece de las condiciones de madurez necesarias, el consentimiento lo prestará su representante legal, por escrito y con una comunicación del contrato proyectado al Ministerio Fiscal. Un régimen específico se encuentra en el artículo 4 de la LO 1/1996, que se refiere a la difusión de información, la utilización de imágenes o nombre de los menores en medios de comunicación. Se considera que puede haber intromisión ilegítima en su intimidad, honor o reputación o que tales usos puedan ser contrarios a sus intereses, aún cuando medie el consentimiento del menor o de sus representantes legales, en cuyo caso actuará el Ministerio Fiscal a los efectos oportunos. Esta norma introduce una limitación en la capacidad de obrar de los menores respecto al régimen general de la LO 1/1982 antes mencionado, referido, eso sí, sólo a la utilización del nombre y/o imagen del menor en los medios de comunicación, y sólo cuando tal uso pueda suponer un menoscabo en su honra o sea contrario a sus intereses. También hace referencia la autora al supuesto muy particular de difusión de información sobre menores que han sido víctimas de un delito, resaltando en este tema el papel fundamental del Ministerio Fiscal.

En el Capítulo IV, el más amplio de la obra, se estudian diversos aspectos relacionados con el derecho fundamental a la vida y a la integridad física. Ante su rico contenido, nos limitamos a destacar sus aspectos más sobresalientes.

Así, comienza la autora estudiando el consentimiento informado, por su evidente relación con diversas actuaciones en el ámbito de la salud, que se irán detallando a continuación. El médico tiene la obligación de informar de forma adecuada al paciente antes de cualquier intervención médica. La información correcta se considera un elemento esencial de la *Lex artis ad hoc*; incluso algún autor llega a calificar al consentimiento informado como un derecho fundamental. Su regulación se encuentra en la Ley 41/2002, cuya normativa es exhaustivamente analizada por la autora, fijándose en aspectos tan variados como, entre otros, la información como requisito previo al consentimiento informado, la extensión o alcance de éste y la forma en que ha de prestarse. Aquí simplemente destacaré dos aspectos o cuestiones, el consentimiento legitimador de la actuación médica y la negativa a la actuación médica. Primeramente distingue la autora entre el consentimiento del paciente para someterse a un tratamiento, y el consentimiento para la celebración de un contrato con un médico o con un centro hospitalario. Respecto de este último, nace para el médico la obligación de prestar sus cuidados al paciente y para éste la obligación de satisfacer unos honorarios. La capacidad para prestar el consentimiento al contrato se regirá por las reglas generales de la contratación, por lo que dicho consentimiento deberán prestarlo los representantes legales del menor o incapacitado. Pero debe tenerse en cuenta que si el menor o incapaz tienen suficiente juicio deben consentir la actuación médica, prestando el denominado «consentimiento legitimador» de la intervención médica. Este último se refiere al consentimiento necesario para cualquier intervención médica, con independencia de que la relación médico-paciente

sea contractual o no. La doctrina, considerando que se trataba de un acto relacionado con los derechos de la personalidad, entendía que si el menor tenía capacidad para comprender la trascendencia del acto médico y asumir sus consecuencias debía ser él el que prestase el consentimiento.

Por su parte, la Ley 41/2002, sobre la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, al definir el consentimiento informado como libre, voluntario y consciente, manifestado en el pleno uso de sus facultades por el paciente, se deduce que determinadas personas no podrán prestarlo. La propia Ley prevé esta posibilidad señalando una serie de supuestos en los que el consentimiento lo prestará los representantes legales del paciente. Tales supuestos son: el paciente no es capaz de tomar decisiones, o su estado físico o psíquico no le permite hacerse cargo de su situación; está incapacitado legalmente; o bien, es un menor de edad que no es capaz de comprender ni intelectual ni emocionalmente el alcance de la intervención, salvo que sean menores de dieciséis años en cuyo caso no cabe la representación legal (si es una actuación de grave riesgo los padres serán informados y su opinión se tendrá en cuenta).

En cambio, tratándose de incapacitados, el artículo 760 LEC ordena que la sentencia que declare la incapacitación determine la extensión y límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado. Como es sabido, aparte de la tutela existe la curatela como régimen de protección de ciertos incapaces, en la cual el curador asiste al incapacitado pero no le representa. Por ello, considera la autora que el segundo supuesto antes indicado, se refiere sólo a los incapacitados sometidos a tutela, o a patria potestad prorrogada o rehabilitada, salvo que el incapacitado sometido a curatela no pudiese prestar consentimiento por su estado físico o psíquico, en cuyo caso estaríamos en el primer supuesto. En este punto es de sumo interés la exposición que hace la autora de la normativa francesa sobre esta delicada materia.

Ahora bien, negar al incapacitado, en todo caso, la posibilidad de prestar su consentimiento en el ámbito de la salud no tiene fundamento legal que lo justifique a la vista de los artículos 162.1 CC, 763 LEC, 3 de la LO 1/1982 y otras múltiples normas propias del ámbito de la sanidad. Por ello considera la autora que la interpretación más lógica es considerar que el precepto se refiere a personas incapacitadas imposibilitadas por la sentencia de incapacitación para prestar consentimiento. Si la sentencia nada dice, podrá el incapacitado prestar el consentimiento para aquellas actuaciones médicas cuyo alcance pueda comprender; en otro caso, el consentimiento lo prestará, lógicamente, su representante legal.

En cuanto a los menores no emancipados con menos de dieciséis años, si es capaz de entender el alcance de la intervención podrá consentir él mismo; en caso contrario, su representante legal, después de escuchar su opinión si el menor tiene por lo menos doce años. Si son menores emancipados o con dieciséis años prestarán el consentimiento por sí mismos no cabiendo la representación; si la actuación es de grave riesgo a juicio del facultativo se tendrá en cuenta la opinión de los padres. El problema puede surgir, como muy bien apunta la autora, cuando la opinión del menor es contraria a la de sus padres y pone en grave riesgo su salud o integridad física. Téngase en cuenta que la voluntad del menor no puede ser suplantada: tener reconocida la facultad de opinar no es lo mismo que tener poder de decisión. Caso distinto es que el médico dude de la capacidad real del menor, en cuyo caso será necesario el consentimiento de los representantes legales del menor porque nos encontra-

ríamos en el primer supuesto, de los anteriormente indicados. Respecto al ejercicio de la representación, la Ley 41/2002 señala que la prestación del consentimiento por representación será adecuada a las circunstancias y a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del paciente, no siendo necesaria, a la vista de la regulación actual y como regla general, una autorización judicial previa a la intervención médica. El otro tema que quería destacar era el de la negativa a la actuación médica. La Ley 41/2002 permite al paciente negarse al tratamiento, salvo que existiese un grave riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias recogidas en la propia ley. No obstante, la Ley guarda silencio sobre la posibilidad de que un representante pueda negarse a una actuación médica indispensable en un menor o incapacitado. En principio no parece posible dado que, como antes vimos, la representación legal se ejercitará en beneficio del menor o incapacitado. Si a juicio del médico la negativa es infundada o desaconsejable, podrá pedirse autorización judicial para adoptar el tratamiento en cuestión. Un supuesto especialmente delicado se produce cuando frente a un determinado tratamiento médico, se antepone creencias religiosas. En este sentido, analiza la autora la controvertida STC 154/2002 en la que se antepone el derecho a la libertad religiosa de los padres frente a cualquier otro derecho o interés jurídico. En cuanto a la negativa del propio menor con suficiente capacidad, dado que siempre será necesario su consentimiento, surge el problema cuando la negativa a la actuación médica le pueda ocasionar lesiones irreversibles o la muerte. Concurren dos intereses en conflicto: el poder de autodeterminación del menor sobre su propio cuerpo y la vida, considerándose que debe primar el segundo, de tal modo que podrá autorizarse la intervención necesaria aún en contra de la opinión del menor (claro que una vez llegada la mayoría de edad cesa el efecto tutelar del ordenamiento a favor de la plena autonomía del individuo). Por ello, y ante un posible delito de lesiones por omisión, es recomendable que el médico, en la duda, consulte a la autoridad judicial. Por último, la actuación médica en contra de la voluntad del menor o incapacitado que carecen de suficiente discernimiento, si es necesaria por no existir otra alternativa, debe practicarse siempre con el consentimiento de sus representantes legales.

Existe otro tema importante, también relacionado con el ámbito de la salud, pero con normativa propia, y es el de los ensayos clínicos para la investigación sobre medicamentos para determinar su inocuidad y/o su eficacia. Una vez expuesta la normativa en cuestión, tanto la española como la francesa, la autora llega a la conclusión de que el menor con suficiente capacidad natural debe prestar consentimiento y en todo caso los mayores de doce años y también deben prestar consentimiento los representantes legales del menor. Debe también comunicarse la actuación prevista al Ministerio Fiscal, que interviene como un mecanismo de control similar al ya examinado en la LO 1/1982. En el caso de incapacitados, lógicamente habrá de tenerse en cuenta lo previsto en la sentencia de incapacitación.

Por lo que se refiere a la extracción y trasplante de órganos, la autora desarrolla un amplio e interesante estudio, recogiendo incluso jurisprudencia norteamericana, sobre todo en relación con el supuesto más problemático que es el donante vivo. Téngase en cuenta que se requiere taxativamente la mayoría de edad para prestar el consentimiento, prohibiéndose a los menores de edad, aun con el consentimiento de sus padres o representantes legales. También quedan excluidos, a juicio de la autora, los menores emancipados. Ahora bien, con respecto a los incapacitados pudiera plantearse la duda sobre

si pueden prestar el preceptivo consentimiento si tienen suficiente grado de discernimiento. La norma aplicable indica expresamente que no puede prestar consentimiento las personas que por deficiencias psíquicas o enfermedad mental no pueden otorgar su consentimiento de forma libre, consciente y desinteresada.

A la vista de este panorama, la autora, con buen criterio en mi opinión, propone distinguir, por una parte, respecto de los menores que carecen de capacidad natural para comprender la trascendencia del acto de extracción de un órgano, aunque sea para trasplantárselo a un familiar, para los que debe negarse toda posibilidad de consentimiento por su parte, ni tampoco cabe ninguna actuación de asistencia o de sustitución de sus representantes legales; por otra parte, tratándose de menores con un claro grado de madurez, e incluso cercanos a la mayoría de edad, podría admitirse una excepción a la regla general de la mayoría de edad, exigiéndose, eso sí, unos requisitos muy concretos que protegiesen los intereses del menor; y, finalmente, respecto de los incapacitados, el problema más serio se plantea cuando no tienen ciertamente suficiente discernimiento como para prestar un consentimiento pero pueden manifestar una cierta voluntad al respecto. En muy particulares circunstancias, y atendiendo sobre todo al propio interés del incapacitado, como pueden ser los efectos perjudiciales psíquicos o emocionales que pueden producirse por la pérdida de un familiar del que siente gran dependencia, puede considerarse la autorización a la extracción de un determinado órgano y su consiguiente trasplante. Tratándose de donante fallecido, la ley considera donante a toda persona de la que no conste su oposición. Si es un menor o un incapacitado, la oposición se puede hacer constar por quienes hubieren ostentado en vida de aquéllos su representación legal. La actuación de los representantes legales en estos supuestos no requiere de autorización judicial, salvo que se trate de casos de muerte accidental y cuando medie una investigación judicial.

Sin embargo, para prestar el consentimiento a la donación de tejidos la norma respectiva exige la mayoría de edad, pudiendo prestar dicho consentimiento los incapacitados mayores de edad con suficiente discernimiento para ello. Como excepción se permite a los menores ser donantes de residuos quirúrgicos, de progenitores hematopoyéticos y de médula ósea, ya que se trata de elementos de carácter regenerable. La norma exige que el menor debe prestar el consentimiento, pero también ha de figurar la autorización de los padres o tutores, pero surge la duda sobre si los representantes legales pueden sustituir al menor que carece de suficiente discernimiento. Considera la autora que, efectivamente, en este caso los padres pueden consentir, oyendo la opinión del menor si ello es posible. Si el menor se niega habrá de respetarse, en principio, necesariamente su voluntad; si bien, a juicio de la autora, podría haber circunstancias que aconsejasen soslayar ese carácter vinculante de la negativa del menor, contando, en este caso, con autorización judicial.

Asimismo, para la donación de sangre, la norma reguladora exige la mayoría de edad. Los incapacitados con suficiente discernimiento pueden prestar el consentimiento por sí mismos y si carecen del mismo considera la autora que en supuestos verdaderamente excepcionales cabría la autorización por los representantes legales con intervención judicial. Una excepción a la regla de la mayoría de edad sería el caso de autotransfusión en el que el consentimiento lo prestarán los representantes legales o tutor si el paciente es menor de edad o está incapacitado.

Para la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus estructuras biológicas los menores no emancipados y los incapacitados prestarán su consentimiento libre, expreso y consciente concurriendo con el consentimiento de sus representantes legales. Si el menor está ya emancipado se le supone capacidad plena. Si el receptor de estos productos biológicos es menor o está incapacitado será necesario el consentimiento de los padres o representantes legales. Para cualquier intervención sobre el embrión o feto vivo en el útero, cuya finalidad ha de ser diagnóstica o terapéutica, si los progenitores son menores o incapacitados se requiere el consentimiento de los representantes legales.

Hay que resaltar otro tema de interés, analizado exhaustivamente por la doctora Blanca Sánchez-Calero es el de la esterilización del incapacitado. Comienza este amplio y detallado estudio distinguiendo si la medida tiene una finalidad terapéutica, en cuyo caso se aplicarán las normas relativas a las intervenciones médicas en general, o si sólo tiene una finalidad anticonceptiva, supuesto en el que surgen diversas dificultades o problemas cuando se trata de personas incapacitadas o que están camino de serlo. El Código penal de 1995 permite que cada persona decida sobre su esterilización, pero no respecto de menores o incapaces, ni por sí ni por medio de sus representantes legales. Tratándose de incapacitados se permite la intervención de terceros con determinados requisitos y bajo autorización judicial.

De los antecedentes normativos y de la STC 215/1994, que fundamenta la constitucionalidad de la actual normativa, se puede decir que se posibilita a las personas que padecen una grave deficiencia psíquica el ejercicio de su sexualidad, pero sin el riesgo de una posible procreación cuyas consecuencias no puede prevenir ni asumir conscientemente por razón, precisamente, de su enfermedad psíquica, resaltándose la idea de que la esterilización de los incapacitados debe estar justificada en el interés prioritario y realmente único del propio incapaz.

La persona cuya esterilización se solicita ha de estar previamente incapacitada, por lo que sólo es posible sustituir el consentimiento para la esterilización de las personas judicialmente incapacitadas; las que no lo estén deberán dar ese consentimiento por sí mismas. Por tanto, para esterilizar a un incapaz de hecho, que no puede consentir por sí mismo, deberá procederse primero a su incapacitación. Además, la deficiencia mental ha de ser grave. Para determinar en qué consiste la gravedad de la deficiencia psíquica, el Juez deberá atender a si la enfermedad que sufre el incapacitado le permite el ejercicio de la sexualidad pero no asumirla (ni consentir por sí mismo a la esterilización). En definitiva, ha de ser una enfermedad bastante grave como para que justifique una incapacitación, pero ha de ser una deficiencia psíquica en cierto modo leve permitiéndole el ejercicio de la sexualidad y al mismo tiempo grave, no permitiéndole asumir sus consecuencias.

A este respecto, señala la autora como, en varias ocasiones, se produce una disparidad de criterios a la hora de interpretar el artículo 156 CP, dando lugar a sentencias que se ajustan a una interpretación literal negando la autorización porque la deficiencia psíquica no presentaba la gravedad legalmente exigida, y otras sentencias, quizás con más acierto, se basan en un criterio finalístico a la hora de valorar la gravedad de la enfermedad. Propone la autora una cierta reforma del artículo 156 CP en este aspecto. A cuyo tenor, cabría destacar el principio del mayor interés del incapaz como prevalente, aunque pueden concurrir con los intereses de otras personas, como los padres; el Juez no puede actuar de oficio, por lo que es necesaria la petición

expresa de los representantes legales. Es necesario, además, el dictamen de dos especialistas, uno de ellos ha de ser psiquiatra. Debe haber también una previa exploración del incapacitado, realizada personalmente por el Juez y debe intervenir el Ministerio fiscal y, por último, puede solicitarse la autorización a la esterilización en el mismo procedimiento de incapacitación.

Finaliza esta parte de la obra, dedicada a diversos aspectos relacionados con la salud, con un estudio relativo al aborto, centrándose, claro está en el consentimiento dado por mujeres menores o incapaces y en el consentimiento prestado por los representantes legales. Respecto de la primera cuestión, se considera que la embarazada menor de edad capaz de comprender el alcance de la intervención podrá prestar consentimiento junto con el de sus padres o representantes legales; si es mayor de edad pero está incapacitada, bastará su consentimiento si tiene capacidad para prestarlo y en caso contrario lo darán sus representantes legales. En cuanto a la segunda cuestión, surge la duda sobre si será necesaria o no una previa autorización judicial. Considera la autora que cuando el aborto tiene una finalidad ética o eugenésica, dado que no hay peligro para la salud o la vida de la embarazada sería aconsejable una previa autorización judicial. En la práctica se solicita la autorización judicial cualquiera que sea la finalidad del aborto, incluso en el caso de finalidad terapéutica. En caso de urgencia por riesgo vital de la gestante, lógicamente no será necesario el consentimiento de los representantes legales ni la autorización judicial.

Finaliza este apartado, por una parte, resaltando la necesidad de una regulación concreta y actual que regule los supuestos de aborto no punible y el régimen jurídico del consentimiento; y, por otra parte, se expone un interesante estudio de Derecho comparado, con una sucinta exposición de la normativa de Italia y de Francia.

Seguidamente se estudian los principales supuestos de adquisición de la nacionalidad española en los que el Código civil prevé la actuación de los representantes legales, bien en sustitución de los menores de catorce años o bien como asistentes de los menores con más de catorce años; además, claro está, de su posible participación respecto de menores o mayores de edad incapacitados, en la medida indicada en la sentencia de incapacitación. En la disciplina actual del Código civil sobre esta materia podemos encontrar algún otro supuesto de actuación de la representación legal, como puede ser el recientemente reformado artículo 24.1, primer párrafo, sobre la declaración de mantener la nacionalidad española, que puede ser emitida antes de la emancipación, y en el artículo 25.2, sobre la pérdida de la nacionalidad, que no afectará a terceros de buena fe, por lo que deducir que, en su momento, actuó en beneficio de estos terceros, precisamente la representación legal que sobre los mismos ostentaba el ahora sancionado.

Finaliza esta obra con un interesante análisis sobre el posible ejercicio de acciones de carácter personalísimo por parte de los representantes legales de los titulares de tales acciones. Primeramente realiza la autora un brillante estudio de la importante STC 311/2000 en la que se permitió el ejercicio de una demanda de separación o de divorcio por la representante legal de la esposa incapacitada. El Tribunal Constitucional lo admite siempre que se ejercite de un modo claro en beneficio o interés del tutelado y bajo control judicial. A continuación se desarrollan unas interesantes reflexiones sobre el carácter personalísimo de ciertos actos y la actuación de los representantes legales. Señala la autora que el acto en cuestión seguirá siendo personalísimo a pesar de la actuación representativa porque el tutor está buscando el interés

directo e inmediato del incapacitado y no el suyo propio, actuando en su nombre, es decir, sustituyéndole. Cuando se dice que en los actos personalísimos no cabe la representación, no puede ponerse en un mismo plano la voluntaria y la legal, porque en esta última el representado no puede actuar por sí, y la única forma en que puede ejercitar sus derechos es mediante la actuación de su representante legal.

En fin, a juicio de Blanca, para que esto sea admisible han de concurrir ciertos requisitos: que el incapacitado no tenga capacidad para actuar por sí mismo; que la actuación del representante legal busque el mayor interés del incapacitado; que se obtenga la previa autorización judicial; y, finalmente, que una norma legal no impida expresamente la actuación del representante legal.

En conclusión, es claro que nos encontramos con un análisis muy completo de la esfera jurídica de los menores en su aspecto personal, lo original radica en el enfoque, tomando como punto de partida los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos. Ciertamente, como bien indica la autora, existen ámbitos en los que sería muy recomendable una reforma normativa, en pro, lógicamente, de un mayor nivel de seguridad jurídica, lo cual es de indiscutible necesidad cuando se trata de los intereses de menores o de personas incapacitadas. Por eso es una obra recomendable, no sólo por su estudio certero y completo, sino también por sus críticas y propuestas de meditadas reformas. Sólo nos queda esperar la otra parte de la tesis, la referida a los aspectos patrimoniales en la actuación de los representantes legales, que mantenga estas características, conservando su estilo profundo y claro, y que salga pronto. Su lectura resulta de interés y provecho.

Carlos Javier VATTIER LAGARRIGUE  
Profesor Asociado  
Facultad de Derecho de Burgos