

ESTUDIOS

REGULACIÓN DEL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

JAVIER MOREO ARIZA

RESUMEN

El presente trabajo analiza el denominado documento de voluntades anticipadas desde la perspectiva de su regulación legal. Se parte para ello del estudio de los modelos de relación médico-paciente y de la configuración normativa de este negocio jurídico en el ordenamiento español y en el de las CCAA.

SUMARIO: 1. Planteamiento del problema y antecedentes.—2. Relación médico paciente: Los diversos modelos de fundamentación y el nacimiento de las voluntades anticipadas. El modelo del sistema jurídico sanitario español. 2.1 Los derechos del paciente y su relación con los médicos e instituciones sanitarias. La aparición de las voluntades anticipadas: Breve análisis histórico y comparado. 2.2 La situación en España: la Ley General de Sanidad. 2.3 La regulación de las Comunidades Autónomas. 2.4 La Ley 41/2002.—3. Fundamento, concepto, naturaleza y contenido del documento de voluntades anticipadas. 3.1 Fundamento del documento de voluntades anticipadas. 3.2 Concepto y naturaleza del documento de voluntades anticipadas. 3.3 Contenido del documento de voluntades anticipadas. 3.3.1 Previsiones sobre tratamientos médicos. Especial referencia a las situaciones terminales. 3.3.2 Donación de órganos «post mortem». 3.3.3 Nombramiento de representantes.—4. Los requisitos de forma. 4.1 Modalidades de otorgamiento. 4.2 Capacidad. 4.3 Controles previos de legalidad. 4.4 Revocabilidad.—5. Publicidad y conocimiento. 5.1 Destinatarios de las voluntades anticipadas. 5.2 Condiciones de conocimiento, registro y publicidad. Especial referencia al R.D. 124/2007.—6. Eficacia de las voluntades anticipadas. 6.1 Control de legalidad material. 6.2 Algunos aspectos controvertidos y su influencia en las voluntades anticipadas: eutanasia, tratamientos médicos obligatorios e influencia de la libertad religiosa.—7. Conclusiones.—Bibliografía.

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA Y ANTECEDENTES

Si el centro de gravedad de la asistencia sanitaria es el paciente, deberán quedar garantizados sus derechos cuando puedan verse comprometidos por los diferentes actos médicos, especialmente en las situaciones críticas de la vida. Diversas previsiones normativas atienden a la protección de tales derechos. La mayoría se refieren a los casos en que el paciente conserva su facultad para ser informado y así poder decidir de acuerdo con ese conocimiento. Pero existen circunstancias en las que el paciente no puede recibir información, ni por ello prestar consentimiento alguno. La ley no desampara a las personas que se encuentran en ese estado, pero las soluciones que ofrece no podrán partir de su voluntad expresa si esta no consta previamente expuesta con determinados requisitos que garanticen la autenticidad de su declaración y su validez formal.

Sin duda la situación ideal desde el punto de vista del paciente consiste en disponer del más amplio poder de regir las vicisitudes de los tratamientos médicos que le afecten, incluyendo aquellas en que no pueda tomar personalmente la decisión. Esta idea, en apariencia llena de lógica, nace sin embargo en una época ciertamente reciente, y aún más reciente es la regulación de los derechos atinentes a la autonomía del paciente en los momentos críticos.

Fue en los países anglosajones donde se inició el planteamiento efectivo de estos derechos, sin duda porque en el desarrollo de su historia apareció antes una mayor sensibilidad por la libertad de las personas y también una conciencia generalizada de que a cada individuo se le debe garantizar un ámbito de decisión en los aspectos cruciales de su existencia. En Europa, tras la segunda guerra mundial, apareció un movimiento de concienciación sobre los derechos individuales de los enfermos, primeramente orientado hacia el consentimiento informado en general. Después surgió la conveniencia de un supuesto específico de consentimiento informado como es el previamente ordenado por las personas para aquellos casos en los que, por el avance inexorable de una enfermedad, ya no podrán decidir por sí mismas.

Las leyes que regulan las denominadas voluntades anticipadas deben atender a tres aspectos básicos, a saber, la forma en que han de expresarse y los requisitos de capacidad del otorgante; el contenido de las disposiciones y el control de su legalidad, previo al otorgamiento y en el momento en que han de surtir efecto; y finalmente, las condiciones de publicidad del documento, simultaneando su acceso al personal sanitario y la restricción de su conocimiento a las personas no interesadas, de modo que se preserve la intimidad de los pacientes.

2. RELACIÓN MÉDICO PACIENTE: LOS DIVERSOS MODELOS DE FUNDAMENTACIÓN. EL MODELO DEL SISTEMA JURÍDICO SANITARIO ESPAÑOL

2.1. LOS DERECHOS DEL PACIENTE Y SU RELACIÓN CON LOS MÉDICOS E INSTITUCIONES SANITARIAS. BREVE ANÁLISIS HISTÓRICO Y COMPARADO

a) La aportación inicial de los Estados Unidos de Norteamérica.

Puede afirmarse que es bastante reciente el interés por contar con garantías legales efectivas de los derechos de los pacientes. Prescindiendo de textos clásicos de inspiración moral sin directa eficacia jurídica (Juramento Hipocrático) la necesidad de tutela en Europa solo surgió para evitar la experimentación abusiva e indiscriminada en seres humanos durante la Segunda Guerra Mundial.

Sin embargo, en Estados Unidos ya había venido elaborándose la doctrina judicial del *informed consent* que, aun citada por primera vez en 1957, extendía sus raíces al nacimiento de esa nación, cristalizando así un proceso de más de dos siglos de andadura¹.

En este sentido, el punto de inflexión que marca la tendencia hacia la configuración del consentimiento informado como derecho se fija en el caso «Schloendorff»²: una paciente aquejada de cáncer había autorizado a su médico para que la examinara con anestesia y así averiguar si el tumor era o no maligno. Había dado instrucciones expresas de que no deseaba que se le extirpara el tumor, al menos en esa primera intervención. El cirujano, haciendo caso omiso de la decisión del paciente, extrajo el tumor y en el postoperatorio la mujer sufrió diversas complicaciones que obligaron a la amputación de varios dedos. La sentencia dictada condenó al Hospital sobre la base de que el médico que interviene sin consentimiento vulnera no solo la integridad física del paciente, sino también su derecho a la libre determinación.

Los deseos del paciente alcanzan así la categoría de bien jurídico garantizado, al margen de que la práctica médica fuera totalmente irreprochable, pues hasta entonces solo del error profesional podría surgir responsabilidad jurídica. Este caso sienta el primer precedente para que el *informed consent* se convierta en derecho fundamental y se considere amparado por la protección que otorga a la libertad personal la decimocuarta enmienda de la Constitución de los EEUU.

En lo que afecta a este trabajo debe destacarse que la *Euthanasia Society of America* promovió en 1967 la idea de un documento escrito en el que el paciente pudiera expresar la forma en que deseaba ser tratado cuando ya no pudiera decidir por sí mismo y que en años sucesivos la *Euthanasia Educational Council* difundió miles de

¹ Sobre la aparición y desarrollo del consentimiento informado en Norteamérica, ver TARODO SORIA, S., en «La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano», *Revista Asociación Juristas de la Salud*, p. 229, volumen 14, año 2006, www.ajs.es.

² Schloendorff v. Society of New York Hospital, 211 N.Y. 125, 129, 105 N.E. 92, 93 (1914).

formularios que contenían declaraciones sobre la forma en que el sujeto deseaba que se tratara su proceso de muerte³. En lo que se refiere a las voluntades anticipadas, el Congreso de los Estados Unidos aprobó el 9 noviembre de 1990 la *Patient Self-Determination Act*, norma federal que imponía a los hospitales y residencias la exigencia de facilitar a los pacientes adultos información escrita sobre sus derechos, incluyendo expresamente el de aceptar o rechazar tratamientos y dictar directivas anticipadas. En el momento de la admisión en los centros sanitarios debe preguntarse a cada paciente si ha otorgado documentos de instrucciones previas y, en caso negativo, ofrecer esta posibilidad, proporcionando incluso al paciente el documento tipo de que se disponga⁴. Previamente, el estado de California ya había introducido el testamento vital en su Natural Death Act de 1976.

La experiencia derivada de la aplicación de la ley de 1990 permite extraer algunas consecuencias significativas, y resulta adecuado traerla a colación por tratarse del país donde se han venido otorgando voluntades anticipadas durante un periodo más prolongado: apenas el 10 por ciento de los pacientes suscribe un documento de esta naturaleza. En el estudio denominado «SUPPORT»⁵, este porcentaje ascendía al 12 por ciento, pero, aun dentro de este grupo, solo el 15 por ciento redactó alguna previsión específica sobre tratamientos médicos y un porcentaje mucho menor dispuso pautas sobre técnicas de soporte vital, que son las relacionadas con el rechazo de prácticas clínicas en momentos terminales. En realidad, se detectó que las decisiones de mayor trascendencia se relegaban a las últimas horas de vida, prefiriendo la gran mayoría de quienes se encontraban en ese trance que fuesen los familiares y el médico quienes adoptaran conjuntamente tales decisiones. Se abrió paso por ello a la consideración de que las voluntades anticipadas debían integrarse en un proceso más amplio e integral.

b) La aportación europea.

El antecedente europeo de mayor relevancia lo constituye el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, aprobado por el Comité de Ministros del Consejo de Europa a finales de 1996, abierto a la firma de 41 estados el 4 de abril de 1997. Entró en vigor en España el 1 de enero de 2000, formando parte desde entonces del Derecho interno. El Convenio viene a establecer los derechos de los pacientes, entre los que resaltan el derecho de información, el consentimiento informado y la intimidad de la información relativa a la salud de las personas, aunque respetando también la voluntad de la persona que no desea ser informada y la posibilidad de limitar el derecho a la información, en interés del paciente, y de conformidad con lo previsto en una ley.

El artículo 9 del Convenio dispone que *han de ser tenidos en consideración* los deseos expresados por un paciente, antes de una intervención médica, cuando en el momento de la intervención ya no se encuentre en situación de expresar su voluntad.

³ BARRIO CANTALEJO I. M., SIMON LORDA P., JUDEZ GUTIERREZ J., «De las Voluntades Anticipadas o Instrucciones Previas a la Planificación Anticipada de las Decisiones» en *Revista Científica de Enfermería*, n.º 5, mayo 2004.

⁴ *Vid.*, a este respecto, GIL, C., «El panorama internacional de las voluntades anticipadas», que puede consultarse en el siguiente enlace directo: www.institutodebioetica.org/revista/cgil.pdf.

⁵ *Study to Understand Prognoses and Preferences for Outcomes and Risks of Treatments*, consistente en un macroestudio de 9.105 enfermos hospitalizados. Se perseguía obtener información pronóstica sobre pacientes críticos al final de la vida, describir como se toman las decisiones de tratamiento y evaluar si mejora la toma de decisiones con una mejor información. A este respecto, se analiza detenidamente el informe SUPPORT por BARRIO CANTALEJO I. M., SIMON LORDA P., JUDEZ GUTIERREZ J., op. cit.

El Informe Explicativo del Convenio indica, con parecida redacción, que los deseos del paciente han de ser «tenidos en cuenta», disposición sumamente cautelosa reguladora de un derecho de configuración «débil», pues no se impone su reconocimiento obligatorio y automática; luego tuvo su reflejo en la regulación española del artículo 11 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, que también introdujo tres condicionantes para que las voluntades anticipadas desplegaran su eficacia, a saber, que no contravinieran el ordenamiento jurídico, ni infringieran la *lex artis*, y que en todo caso coincidieran con el supuesto de hecho clínico que pudiera acontecer.

En Europa varios países han regulado las voluntades anticipadas. Francia, en la Ley 2005-370 de 22 de abril de 2005, relativa a los derechos de los enfermos y al fin de la vida, prevé la posibilidad de que los médicos se abstengan de dispensar cuidados terapéuticos inútiles a los enfermos sin esperanza de curación o en fase terminal, sin que ello suponga legalizar la eutanasia activa. Asimismo permite la sedación terminal. La ley citada admite la validez de este tipo de instrucciones cuando el paciente no puede expresar su voluntad, debiendo haber sido otorgadas al menos tres años antes de que se alcance la situación de incapacidad. También Suiza, en una ley del cantón de Ginebra promulgada en 1996, introduce las voluntades anticipadas que el paciente dicte antes de convertirse en incapaz de discernir, y que deberán ser respetadas por los médicos si la situación clínica sobrevinida coincide con las previsiones del otorgante.⁶

c) Una cuestión contemporánea: las voluntades anticipadas como último desarrollo del consentimiento informado. ¿Existe una verdadera demanda social de este instrumento jurídico?

De lo expuesto hasta ahora puede colegirse que en el proceso de consolidación del consentimiento informado como derecho fundamental, las primeras fases se referían a supuestos en que los pacientes conservaban su facultad de decidir y su plena capacidad de obrar, por lo que personalmente podían ser informados y dar instrucciones de acuerdo con ese conocimiento. El progresivo envejecimiento de la población y consiguiente aumento de enfermedades degenerativas ha planteado una nueva realidad: muchas personas, en las etapas más avanzadas de su deterioro psíquico, no van a poder ejercer su derecho al consentimiento informado. Precisamente el documento de voluntades anticipadas viene a llenar este vacío, de tal modo que la expresión del consentimiento se desenvuelva en un periodo de plena capacidad y surta efectos cuando esa capacidad se ha perdido. Parece, además, que el contenido de ese documento se proyecta sobre una clase de tratamientos médicos, los relacionados con la muerte y sus fases preliminares, por lo que algunos autores⁷ no dudan en considerar a este instrumento como una cuestión colateral de la eutanasia, vinculada con el temor ante el encarnizamiento terapéutico y la prolongación estéril de sufrimientos. En general puede afirmarse que hoy concurre una actitud social de generalizado recelo ante las medidas de soporte vital, entendiendo por ellas las intervenciones médicas que

⁶ *Vid.*, sobre el derecho comparado, BERROCAL LANZAROT, A. I., en «Instrucciones previas o voluntades anticipadas en la normativa estatal y autonómica (I)», *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 39, junio 2006, p.13.

⁷ SERRANO GIL-CALDERON, J. M., en «La Ley 41/2002 y las voluntades anticipadas», *Cuadernos de Bioética XVII*, 2006, 1.^o.

retrasan el momento de la muerte y no sirven para el tratamiento de la enfermedad de base.⁸

La regulación legal de este tipo de negocios jurídicos es, por ello, más reciente que la tipificación del consentimiento informado como derecho, pudiendo sostenerse que supone un epílogo en el desarrollo progresivo de las facultades concedidas a los pacientes, optando ya decisivamente por un modelo autonomista en la relación decisoria con los médicos.

Sin embargo, en la práctica se han venido advirtiendo problemas de eficacia evidentes, sobre todo si se compara con la prestación del consentimiento informado en los supuestos de capacidad mantenida. La experiencia pionera de los Estados Unidos ha confirmado que en las sociedades desarrolladas la muerte se presenta como un tema tabú, de modo que las personas tienden a considerarse como «temporalmente inmortales». Enfrentarse a la muerte y a la forma de morir es algo que se relega al último momento⁹, lo que hace perder utilidad a las voluntades anticipadas, como lo prueba el escaso número de otorgamientos¹⁰. A esto se une la dificultad de las personas para anticipar su futura situación vital, y el desconocimiento para abordar cuestiones complejas de naturaleza médica, tales como clases de tratamientos, rechazo de medidas, soportes vitales, sedación terminal o paliativa, coma inducido, entre otros muchos. Existe más bien un estímulo para relegar estas decisiones hasta el momento en que resulten ineludibles, haciendo participar decisivamente en el proceso a los familiares y al propio médico.

Aún no se puede vaticinar un uso frecuente de las voluntades anticipadas en España. A los motivos indicados en el párrafo anterior, válidos para nuestra sociedad, ha de añadirse que los propios requisitos formales de otorgamiento imponen una decisión muy motivada y prevenida. E incluso no faltan quienes piensan que en España se relaciona con facilidad el ejercicio de la medicina y los tribunales, lo que conduce al terreno de las posibles discrepancias entre lo dispuesto en un documento de voluntades previas y la opinión de los familiares cuando el paciente ya ha perdido su facultad de decisión. De ahí que se proponga una interpretación de este documento como herramienta de diálogo médico-paciente, a la que deberían añadirse los familiares y los allegados con su propio criterio. Siguiendo este razonamiento y extremando una visión negativa, se confiere a toda la Ley 41/2002 una intención «prejudicial», lo que se advierte en la especial atención prestada al historial médico y a la documentación de las decisiones que se toman en el curso del tratamiento. Presume este autor¹¹, en resumen, que el primordial efecto de estos documentos podría ser el llegar a servir de prueba de descargo en un hipotético procedimiento judicial, en lugar del genuino, esto es, salvaguardar los derechos de los pacientes.

Otro autor¹², desde una parecida perspectiva, entiende que la regulación sobre el consentimiento informado es percibida por los médicos como un medio para exi-

⁸ Vid., sobre el concepto de soporte vital, ECHEZARRETA FERRER, M., en «La autonomía del paciente en el ámbito sanitario: las voluntades anticipadas», *Revista Electrónica de Geriátrica y Gerontología*, vol. 4, núm. 1, 2002, www.geriatrianet.com.

⁹ Como recuerda el filósofo CIORAN, cuando afirma que «*el hombre acepta la muerte pero no la hora de su muerte. Morir cuando sea, salvo cuando haya que morir*».

¹⁰ GIL, C., cit., p.5.

¹¹ SERRANO RUIZ CALDERON, J. M., cit., p.73.

¹² MARTINEZ-PÉREDA RODRÍGUEZ, J. M., en «Algunos efectos producidos por la implantación del consentimiento informado en España», *Revista Diario La Ley*, núm 6524, p.2.

mirse de responsabilidades ante un eventual resultado fallido del tratamiento. De este modo, sí parece acertado concluir que el cúmulo de novedosas normas no puede, por sí solo, cambiar las actitudes de todas las personas involucradas en el funcionamiento de las instituciones sanitarias. Pero si a los médicos cabe exigirles que interpreten el consentimiento informado como auténtico derecho de los pacientes, a estos se les debe recordar que los derechos deben ejercitarse y ello impone una postura activa en el conocimiento de las todas las circunstancias médicas que les afectan, y después en la toma de decisiones de acuerdo con la información recibida.

2.2 LA SITUACIÓN LEGAL EN ESPAÑA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO: LA LEY GENERAL DE SANIDAD

La Ley 14/86, de 25 de abril, fue la primera norma de ese rango que reguló la exigencia del consentimiento informado, lo que supuso la aplicación en el ámbito sanitario de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Española. En su artículo 10 se regulaba la materia que nos ocupa hasta que sus apartados 5, 6, 8, 9 y 11 quedaron derogados por la Ley 41/2002 de 14 de noviembre. La doctrina consideró que el alcance del derecho a la información en la Ley 14/86 resultaba notoriamente exagerado, pues esa norma llegaba a imponer que se facilitara «(al paciente) y a sus familiares y allegados información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico y alternativas de tratamiento». Se omitía el derecho a no saber, y el llamado privilegio terapéutico, consistente en que los médicos deben no informar al paciente si el conocimiento sobre su estado de salud puede resultarle perjudicial o incluso agravar la enfermedad.

La Ley, por otra parte, no regulaba el documento de voluntades anticipadas, y según algunos autores, vino a entenderse como un expediente para eximir de responsabilidades a los facultativos antes que para atribuir a los pacientes la facultad de decidir sobre temas atinentes a su salud. En definitiva, no se modificó la relación tradicional médico-paciente hasta que la realidad judicial vino a equiparar los defectos de información con el desconocimiento de la «lex artis», susceptible además de indemnización independiente¹³.

2.3 LA REGULACIÓN DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

La propia configuración del estado autonómico en la Constitución de 1978 propició la peculiar circunstancia de que antes de la aprobación de la Ley 41/2002, varias comunidades habían ya legislado en materia sanitaria y, más concretamente, sobre los derechos de los pacientes.

La primera en hacerlo fue Cataluña, con la Ley 21/2000 de 29 de diciembre, que regula el consentimiento informado, el derecho a la información, la documentación clínica y las voluntades anticipadas. Posteriormente fue Galicia, con

¹³ A modo de ejemplo de la falta de información como infracción de la *lex artis*, puede citarse la STS (Sala de lo Civil) de 2 de octubre de 1997 (RJ 1997/7405) Sobre este particular, *Vid.*, ARCOS VIEIRA M.ª L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2007, pp. 19 ss.

la Ley 3/2001 de 28 de mayo, la que fijó normas sobre voluntades anticipadas, consentimiento informado e historia clínica. Extremadura (Ley 10/2001 de 28 de junio), Madrid (Ley 12/2001 de 21 de diciembre), Aragón (Ley 6/2002 de 15 de abril), La Rioja (Ley 2/2002 de 17 de abril) y Navarra (Ley Foral 11/2002 de 6 de mayo) se refirieron a esta materia antes de promulgarse la ley básica estatal. Con posterioridad a esta llegaron la Ley 7/2002 de 10 de diciembre, de Cantabria, la Ley 7/2002 de 12 de diciembre, del País Vasco, la Ley 1/2003 de 28 de enero, de la comunidad de Valencia, la Ley 5/2003 de las Islas Baleares, y la Ley 5/2003 de 9 de octubre.

El problema que suscita la legislación autonómica es el de coordinarla con la estatal cuando surgen discrepancias entre ambas. Concretamente, en el caso español concurre una normativa autonómica anterior a la Ley 41/2002 y otra posterior. No parece que los problemas de validez hayan de resolverse de acuerdo con criterios cronológicos, sino con los de atribución competencial. De este modo, la normativa básica estatal vincula a la regulación autonómica, pudiendo imponerse los principios necesarios para que una materia goce de regulación uniforme en todo el territorio. (STC 147/91). Ante un conflicto con una norma autonómica anterior a la básica estatal no habrá una derogación automática pero sí un límite de validez respecto de los aspectos contradictorios¹⁴. Si se considerara que la legislación básica había descendido a aspectos de detalle, vaciando de competencias la facultad de desarrollo autonómico, sería el Tribunal Constitucional a quien correspondería pronunciarse. Otros autores sostienen que si la norma autonómica es anterior a la Ley 41/2002, aquella resulta desplazada por esta en caso de contradicción. Por el contrario, si la norma autonómica es posterior a la estatal, estaríamos ante una ley inconstitucional por regular una materia de competencia exclusiva del estado.¹⁵

2.4 LA LEY 41/2002 DE DERECHOS Y OBLIGACIONES EN MATERIA DE AUTONOMÍA PRIVADA, INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN CLÍNICA

Mediante esta norma, el legislador desarrolla en el ordenamiento jurídico español el Convenio del Consejo de Europa para la protección del ser humano respecto de las aplicaciones de la Biología y de la Medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997, que impuso la reforma de la Ley General de Sanidad. La Ley se divide en seis capítulos y se estructura alrededor de dos materias: la autonomía privada del paciente y los derechos y obligaciones sobre la documentación clínica. En ambos casos se considera que el respeto a la dignidad humana, la autonomía de la voluntad y la intimidad del paciente, deben regir la actividad de información y documentación clínica. Para ello, toda actuación sanitaria debe recabar el consentimiento previo e informado del paciente, quien tiene derecho a decidir entre las diferencias alternativas y a rechazar tratamientos. Como novedad legislativa, la norma contiene una serie de definiciones legales de conceptos, tales como «consentimiento informado», «historia

¹⁴ Vid., a este respecto, BERROCAL LANZAROT, A. I., en «Instrucciones previas o voluntades anticipadas en la normativa estatal y autonómica (I)», *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 39, junio 2006, p.15 y ss.

¹⁵ BERROCAL LANZAROT, A. I., en «Instrucciones previas o voluntades anticipadas en la normativa estatal y autonómica (I)», *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 39, junio 2006, p.17.

clínica», «paciente», entre otros, siguiendo el ejemplo didáctico de los países del Common Law.

Se considera por la doctrina¹⁶ que esta norma introduce un cambio en el modelo de relación médico paciente, sustituyendo el paternalismo predominante en todo el mundo hasta el último cuarto del siglo XX por un autonomismo caracterizado por la autodeterminación decisoria e informativa. Si el paternalismo se caracteriza por el principio de beneficencia, por una situación de sometimiento pasivo del paciente y por la falta de autonomía, el principio contradictorio supone la independencia, la posición activa de los pacientes y el respeto a su facultad de decisión. No faltan quienes consideran que ambos modelos representan posturas maximalistas¹⁷, proponiendo alternativas eclécticas tales como la decisión compartida, la interdependencia y la igualdad decisoria; pero ninguna interpretación de la Ley 41/2002 puede conducirnos a un escenario distinto del descrito en su exposición de motivos: se trata de proteger la facultad de decisión libre e informada de las personas en relación con los profesionales sanitarios, incluyendo también a los menores de edad en determinados casos.

3. FUNDAMENTO, CONCEPTO, NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

3.1 FUNDAMENTO DEL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

Sostienen reconocidos autores¹⁸ que el derecho a la vida, plasmado en el artículo 15 CE adquiere una doble naturaleza jurídica; por un lado se trata de un derecho de inmunidad, de contenido negativo, frente al poder público; por otro, es un derecho de libertad, de contenido positivo, pues permite al sujeto decidir plenamente sobre su propia vida, incluyendo los momentos finales. A su vez, el artículo 10.1 CE vincula los derechos inviolables con la dignidad de la persona y el desarrollo de la personalidad, incorporándose así al elenco de derechos humanos fundamentales que conforman la base última de convivencia en un sistema democrático.

El fundamento del documento de voluntades anticipadas es, entonces, el mismo que el del consentimiento informado: preservar la autonomía del individuo y el respeto a su dignidad. No obstante, se sostiene con motivo¹⁹, la caracterización del consentimiento informado como derecho fundamental puede inducir a error, al no quedar claro si se pretende incluirlo dentro de los derechos fundamentales de la sección 1ª, capítulo segundo, del Título I de la CE, sujetos a regulación por Ley Orgánica en su núcleo esencial. Indica este autor que el Tribunal Supremo es proclive a un uso no del todo riguroso de estos términos, proponiéndose mejor el concepto de «derechos de

¹⁶ SEOANE J. A., en «El significado de la Ley Básica de Autonomía del Paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) en el sistema jurídico-sanitario español. Una propuesta de interpretación», *Revista Asociación Juristas de la Salud*, pp. 41 y ss., volumen 12, año 2004, www.ajs.es.

¹⁷ SEOANE J. A., cit., pp. 51 ss.

¹⁸ A este respecto GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., en *Derechos y Libertades*, Sanz y Torres, Madrid 2003, p. 154.

¹⁹ SANCHO GARGALLO, I., en *El juez civil ante la investigación biomédica*, VVAA, CGPJ, Madrid 2005, p. 210.

la personalidad» por contraposición a los patrimoniales, que se ajustaría por ello con más propiedad a la regulación legal del consentimiento informado.

3.2 CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

Dejando sentados los antecedentes expuestos, el punto de partida de la institución que analizamos, que es la autonomía del paciente y su derecho a la libertad personal, consiste en otorgar a los individuos una serie de facultades de decisión que solo podrán resultar eficaces, según los casos, *si han sido previamente dispuestas, con exhaustividad, y en condiciones de seguridad jurídica*. A este respecto, se considera que en nuestro ámbito cultural son los propios individuos los que pueden decidir su futuro de acuerdo con sus particulares intereses y creencias²⁰. Este ámbito de libertad nos conduce a la institución del negocio jurídico como medio idóneo para que la voluntad declarada de una persona, protegida por el Derecho, produzca efectos vinculantes frente a los demás y frente al Estado. En general, el respeto de la autonomía de la persona como base en que se sustenta el negocio jurídico, encuentra un amparo legal directo en el artículo 1255 del Código Civil, con los límites derivados de la ley, la moral y el orden público.

En efecto, el negocio jurídico consiste en un acto que contiene una declaración de voluntad privada, tutelada por el Derecho, tomada como base para que surta los efectos congruentes con el tenor de la declaración. Puede considerarse que el negocio jurídico tiene auténtica naturaleza preceptiva y no meramente volitiva, pues permite establecer una reglamentación establecida por la autonomía privada para un determinado ámbito personal. De acuerdo con las categorías tradicionales del Derecho privado, el documento de voluntades anticipadas se delimita, pues, como un *negocio jurídico, típico o nominado* (puesto que está regulado legalmente), *solemne* (pues requiere determinadas formalidades para su eficacia), *«inter vivos»* (ya que debe desplegar sus efectos, los esenciales, al menos, antes de la muerte del sujeto), *de naturaleza no patrimonial* (por afectar a derechos de la personalidad) y *principal* (esto es, que tiene razón de ser por sí sólo, sin necesidad de dependencia de otro negocio jurídico y sin función de accesoriedad), *gratuito* (por carencia de contraprestación y contenido económico), *unilateral* (pues procede de una sola parte) y *de eficacia condicional* (ya que sus efectos dependen del acontecimiento de determinados eventos)

Por su contenido puede diferenciarse la declaración de voluntad y el conjunto de efectos que produce. La primera expresa el deseo del otorgante, lo segundo, las consecuencias vinculadas a ese deseo. En el caso que nos ocupa se trataría, pues, de la declaración de una persona para regular determinadas cuestiones relativas al tratamiento médico en los momentos críticos de la vida, cuando esta se encuentra próxima a extinguirse y ya ha perdido el sujeto su capacidad volitiva.

De este modo, en resumen, definimos el documento de voluntades anticipadas como un *negocio jurídico típico, solemne, unilateral, intervivos, no patrimonial, principal, gratuito y condicional, consistente en una declaración de voluntad que regula*

²⁰ Vid., ALBALADEJO, M., en *Derecho Civil I, Introducción y Parte General*, Decimoquinta edición, Bosch Editores, Barcelona 2002, p. 563 y ss, a quien se sigue en la elaboración doctrinal del negocio jurídico privado.

la forma en que el otorgante desea que se le presten tratamientos médicos en situaciones terminales si se halla privado de su facultad de decidir, y asimismo que fija el destino post mortem de sus órganos vitales, y designa, en su caso, a los representantes que han de colaborar con la toma de decisiones adecuadas sobre estas cuestiones llegado el momento previsto.

La terminología elegida por el legislador español en la Ley 41/2002 no parece la más adecuada sin ser tampoco la peor. Es preferible, desde luego, a la de «testamento vital», de procedencia anglosajona, por su impropiedad jurídica, ya que el testamento constituye un negocio jurídico «mortis causa» y de contenido esencialmente patrimonial. Pero resulta menos satisfactoria que la denominación de «voluntades anticipadas», de amplio alcance en la doctrina. El negocio jurídico que nos ocupa, como todo negocio jurídico, consiste en una declaración de voluntad. Este es el «prius», las instrucciones propiamente dichas representan algo posterior, o sea, el objeto de la declaración de voluntad. El concepto volitivo prevalece sobre el descriptivo. Las comunidades autónomas, que se adelantaron al legislador estatal, se han servido de otras denominaciones cuyas diferencias, en todo caso, no pueden suscitar confusión alguna ante la evidente igualdad de significado y concepto.

3.3 CONTENIDO DEL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

Como se ha avanzado en la definición anteriormente desarrollada, en el documento de voluntades anticipadas una persona deja constancia expresa de sus instrucciones relativas a cualquier intervención en el ámbito de su salud, que habrán de surtir efecto cuando llegue a una situación en la que no pueda manifestar su voluntad. Las instrucciones a que se refiere la Ley pueden extenderse a los aspectos que pasamos a estudiar por separado. Se trata, por tanto, de una forma de consentimiento informado previo, que guarda relación con los temores derivados del encarnizamiento terapéutico y la prolongación artificial de la vida. Veamos cuáles son los aspectos susceptibles de la autonomía normativa de las personas.

3.3.1 PREVISIONES SOBRE TRATAMIENTOS MÉDICOS. ESPECIAL REFERENCIA A LAS SITUACIONES TERMINALES

Probablemente la mayor utilidad de las voluntades anticipadas vaya unida a la facultad de disposición por la persona del modo en qué desea ser tratado si llega a una situación sanitaria crítica. Se trata de una manifestación preventiva de la autonomía del paciente, condicionada a que llegue un supuesto concreto. Ese supuesto ha de consistir normalmente en una enfermedad grave, casi siempre terminal, que lo prive de su facultad cognoscitiva. La realidad ha puesto de manifiesto que los documentos de voluntades anticipadas vienen inspirados por una determinada actitud moral ante el final de la vida. Por ello, la referencia a los tratamientos médicos puede envolver una o varias de las siguientes previsiones:

- a) El deseo de que se extremen todas las medidas terapéuticas conocidas, incluso las extraordinarias, con el fin de lograr la curación o al menos la prolongación de la vida.

b) El propósito de no prolongar inútilmente la vida, pero sin llegar a rechazar los tratamientos ordinarios e incluso los soportes vitales como los fluidos intravenosos, hidratación y alimentación artificial.

c) El rechazo de tratamientos, aunque no puedan considerarse como muestra de encarnizamiento terapéutico, si solo sirven para prolongar la vida sin esperanza de curación.

d) Limitarse a solicitar el tratamiento médico que evite el dolor o malestar físico y el sufrimiento psíquico, aunque tales medidas puedan acortar la vida.

e) Solicitar directamente la eutanasia activa en caso de situaciones no terminales, pero sí dentro de los supuestos de responsabilidad penal atenuada del artículo 143.4, del Código Penal. Esto nos sitúa ante la legalidad de las instrucciones que contengan una previsión semejante, lo que será examinado más adelante.

f) Dentro de lo que supone precisar el tratamiento médico que se desea, que el otorgante pueda eximir expresamente de cualquier responsabilidad a los facultativos que se sigan las instrucciones expresadas por el paciente.

g) La incorporación de los valores, creencias u objetivos personales del paciente, que podrían ayudar, tanto si concurre el representante como si no, a interpretar las voluntades anticipadas²¹.

El principal problema que suscita el contenido de las voluntades anticipadas radica en la dificultad de anticiparse a las concretas vicisitudes que pueden surgir en la clínica del paciente. Si las disposiciones resultan demasiado detalladas se corre el riesgo de no acoger el acontecimiento clínico preciso, generándose una auténtica laguna. Si son demasiado universales se planteará el problema de interpretar la verdadera voluntad del paciente. En general, hay instituciones que han redactado formularios o modelos guiados por una tendencia ética de alcance poco determinado. La Conferencia Episcopal Española se refiere a la no obligatoriedad de conservar la vida por medio de tratamientos desproporcionados, lo que lleva a su especificación caso por caso de acuerdo con los médicos. El Comité de Bioética de Cataluña atiende al derecho a morir dignamente, rechazando los tratamientos que consistan en medios artificiales de supervivencia²².

No debe impedirse al disponente que ordene por su cuenta los escenarios médicos en que han de surtir efecto las voluntades anticipadas. Entre estas situaciones cabe enumerar el estado vegetativo crónico, la demencia grave e irreversible, el daño cerebral severo e irreversible, las enfermedades degenerativas del sistema nervioso y cualesquiera otras de significado equivalente.

²¹ Estos valores surtirían el mismo efecto que los principios en la hermenéutica jurídica contemporánea (Dworkin, Alexy): paralela a la crisis de la Ley cabría hablar de una crisis de la literalidad contractual. De los valores se deducirían criterios, que, desde dentro del negocio jurídico, ayudarían a comprenderlo y a completarlo. *Vid.*, a este respecto, MUINELO COBO, J. C., y MUÑOZ DE BAENA J. L., *Filosofía del Derecho. Lecciones de Hermenéutica Jurídica*. UNED, Madrid 2006, pp. 127-128.

²² *Vid.*, como resumen de estas posiciones, REQUERO IBÁÑEZ, J. L., en «El testamento vital y las voluntades anticipadas. Aproximación al ordenamiento español», que puede consultarse en www.institutodebiotetica.org/revista/requero.pdf, y también en *Diario La Ley*, núm. 5570, 20 de junio de 2002.

Algunas leyes autonómicas mejoran la parquedad normativa de la Ley 42/2002. A modo de ejemplo, el artículo 34.3 de la Ley 7/2002, de Cantabria, incluye expresamente la posibilidad del rechazo de tratamientos, también del soporte vital, y prevé la solicitud de sedación (se entiende que se refiere a la sedación terminal, que será objeto de estudio posterior, porque la meramente paliativa no requiere de previsiones específicas) y en general el rechazo de cualquier asistencia que prolongue temporal y artificialmente la vida. En parecidos términos, la Ley 9/2005 de La Rioja, añade la previsión, hasta cierto punto contraria, pero del todo razonable, de su artículo 5.1 C, letra a) pues permite al paciente solicitar que se agoten los tratamientos indicados para sus dolencias, siempre que no resulten desproporcionados en su aplicación.

3.3.2 DONACIÓN DE ÓRGANOS *POST MORTEM*

La previsión contenida en el artículo 11 de la Ley 41/2002 sobre los trasplantes de órganos ha de entenderse orientada a la obtención de órganos de un paciente fallecido. En efecto, la Ley 30/79 de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, regula la procedencia de donantes vivos y fallecidos. En el caso de donantes vivos se presupone que disponen de plenas facultades mentales, han sido informados previamente y han otorgado consentimiento expreso, libre, consciente y escrito, en los términos del artículo 4 de la ley especial.

En el caso de donantes fallecidos pudiera parecer superflua la norma del artículo 11 de la Ley 41/02, pues existe una presunción *iuris tantum* de consentimiento del fallecido para la extracción de órganos con fines terapéuticos o científicos, presunción que solo cede si hay constancia expresa de la oposición del donante fallecido. Sin embargo, en la práctica no se procede a la extracción salvo conformidad de los familiares. En consecuencia, puede hacerse uso del artículo 11 de la Ley 41/02 tanto para manifestar la oposición expresa al trasplante como para autorizarlo. En ambos casos deberá entenderse (quien puede lo más, puede lo menos) que el donante puede limitar la disposición u oposición a unos determinados órganos de su cuerpo.

También podrá incluirse dentro de las disposiciones todo lo relativo al destino del cadáver, su incineración o entierro, así como las cuestiones de carácter religioso relativas al rito funerario.

Asimismo, la Ley 14/2006 de 26 de mayo, prevé en su artículo 9.2 que el documento de voluntades anticipadas sirva para prestar el consentimiento para uso «post mortem» del material reproductor del fallecido.

3.3.3 NOMBRAMIENTO DE REPRESENTANTES

Ya se ha indicado que las voluntades anticipadas despliegan su eficacia cuando el otorgante no está en situación de prestar su consentimiento. Llegado este caso cabe acudir a lo que la persona ha dispuesto, de modo que sus instrucciones las reciben directamente las personas interesadas (el médico encargado del tratamiento, el médico o servicio que tiene encomendada la coordinación de trasplantes de órganos) o bien se designa a un tercero interlocutor para que este, junto con el médico o equipo sanitario, procure el cumplimiento de las instrucciones. Así lo establece el artículo 11.1 de la Ley 41/2002.

Puede considerarse que son dos los problemas fundamentales que comporta la institución del representante en este ámbito: el contenido de su función y su posible solapamiento con el tutor si el otorgante resulta después incapacitado:

a) En cuanto a la primera de las cuestiones, no parece que nos encontremos ante una genuina representación, sino ante una figura similar a la del albacea²³. En todo caso, con la aparición del representante quedan desplazadas las personas a que se refiere el artículo 9.3 de la Ley 41/2002, esto es, los parientes u otras personas vinculadas de hecho. El representante tampoco asume las funciones de fiduciario, pues ni cabe suplir la voluntad del paciente ni ceder la facultad de decisión sobre derechos personalísimos. Se trataría de que la persona designada pudiera controlar que los actos médicos correspondientes tomaran en consideración las instrucciones expresadas. El representante debe vigilar que se respetan los derechos del otorgante, pero solo este es quien dispone. No cabe, a mi juicio, la designación de representante sin previas instrucciones, ni tampoco entender que sustituye a los médicos en la toma de decisiones. Los deseos del paciente van dirigidos al personal sanitario, y el representante solo podrá verificar que tales deseos son respetados, en primer lugar, y podrá contribuir, en casos dudosos, a aclarar conceptos oscuros y, según algunos autores, a completar las omisiones concretas en que el otorgante hubiera podido incurrir, aunque en el caso de imprevisión total del supuesto de hecho clínico advenido y falta de mención de valores genéricos, el representante carece de facultades, retornando estas a los familiares y allegados.

No faltan autores, sin embargo, que lo consideran como auténtico representante voluntario al que se le aplicaría la figura del mandatario con facultades decisorias.²⁴ Pero el respeto de la voluntad de quien designa al representante exige que este no pueda adoptar decisiones contradictorias con esa voluntad, lo que requerirá un especial rigor. La única excepción que cabe imaginar es la falta de decisión del paciente sobre el problema concreto suscitado siempre que consten al menos los valores o previsiones genéricas que permitan inducir la voluntad. En ese supuesto sí podrá adoptar decisiones el representante, incluso con preferencia a los familiares o allegados.

También puede ocasionar problemas la designación de más de un representante si esta no es solidaria sino mancomunada. La Ley básica estatal no prevé esta circunstancia, que sí es tenida en cuenta por la comunidad de La Rioja en la Ley 9/2005 de 30 de septiembre, cuyo artículo 5, 1. D III exige, cuando sean varios los representantes, que se indique si han de actuar de forma sucesiva o simultánea, y en este último caso, si lo harán mancomunada o solidariamente.

Alguna referencia ha de hacerse al requisito de la aceptación del cargo por el representante. El artículo 3.3 de la Ley 1/2006 de Islas Baleares, de 3 de marzo de 2006, sí requiere la aceptación en el propio documento de voluntades anticipadas, no así la Ley 42/2002. Pero al margen de esta aislada previsión, el apoderamiento, por su propia naturaleza, es válido sin la aceptación del designado. Si falta esta, como es lógico, no surge la obligación del cargo, pero la aceptación en un momento anterior no impediría declinar las obligaciones del cargo en el futuro. La

²³ Así lo entiende, con acierto, SANCHO GARGALLO, I., en *El juez civil ante la investigación biomédica*, cit., p. 223.

²⁴ BERROCAL LANZAROT, A. I., en «Instrucciones previas o voluntades anticipadas en la normativa estatal y autonómica (II)», *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 40, julio 2006, p. 9.

morte del representante devolverá sus facultades a los familiares y allegados. Y, en directa relación con lo dicho, debemos examinar también el tema de la revocación del nombramiento de representantes. La ley básica, en su artículo 11.4 se limita a sancionar que las voluntades anticipadas podrán revocarse libremente, en cualquier momento, dejando constancia por escrito. Dentro de la revocación a la que se refiere la norma deberá entenderse comprendida la posibilidad de dejar sin efecto el nombramiento, bien para designar a otra persona, bien para eliminar la figura del representante.

b) Problema distinto es el de la posible extinción del apoderamiento cuando la persona ha llegado a una situación de incapacidad de hecho o legal. Parece que la razón de ser del representante radica en este último evento, por lo que resultaría contradictorio entender que pudiera originarse la extinción. Con todo, parte de la doctrina estima que una sentencia judicial de incapacitación extinguiría el mandato, aplicando para ello el artículo 1732.2 Cc tras su reforma por la Ley 41/2003, mientras que otros autores sostienen su pervivencia.²⁵ La mejor solución consiste en considerar el poder otorgado a favor del representante en el documento de voluntades anticipadas como un poder especial, por lo que incluso tras la incapacitación judicial deberá considerarse preferente en su ámbito de decisión.²⁶

4. LOS REQUISITOS DE FORMA

4.1 MODALIDADES DE OTORGAMIENTO

Los requisitos de forma en el otorgamiento de un negocio jurídico tratan de garantizar la intervención genuina de las partes, la certeza de que cuanto consta escrito corresponde con lo declarado, y también que las personas actúan libre y conscientemente²⁷.

En lo que se refiere a las modalidades de otorgamiento deben tenerse en cuenta tres circunstancias: la primera es que varias comunidades autónomas regularon esta materia antes de que se promulgara la ley básica estatal; la segunda es que la Ley 41/2002 contiene una parca ordenación sobre esta cuestión, pues se limita a exigir la forma escrita; la tercera es que algunas comunidades autónomas carecen de regulación alguna sobre los requisitos formales. Examinemos una a una estas circunstancias:

a) Regulación autonómica previa a la ley básica estatal.

En Cantabria, Cataluña, Galicia, Extremadura, Aragón, Navarra, Valencia y Baleares, se prevén dos modos alternativos: ante Notario sin necesidad de testigos, o por escrito ante tres testigos.

²⁵ LOPEZ SÁNCHEZ, C., *Testamento vital y voluntades del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)* Dykinson, Madrid, 2003, p. 131. La autora resume las opiniones doctrinales y se inclina por la última de las posiciones.

²⁶ PARRA LUCAN, M. A., *Actas de los Decimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos)* El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 84.

²⁷ ALBALADEJO, M., cit., pp. 753 y ss.

En La Rioja, la Ley 2/2002 de 17 de abril establece en su artículo 6 que se ha guardar la forma notarial, o por escrito en presencia de tres testigos, exigiéndose la inscripción en un Registro especial de voluntades.

En el País Vasco, la Ley 7/2002 fija tres alternativas de formalización: ante notario, sin testigos; por escrito ante el funcionario público del Registro Vasco de Voluntades Anticipadas; por escrito ante tres testigos, mayores de edad, con plena capacidad y sin vinculación al otorgante por matrimonio, unión libre o pareja de hecho, parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, y sin relación patrimonial alguna entre testigos y otorgante.

En Andalucía, la Ley 5/2003 solo exige la forma escrita, pero como requisito de validez se añade la inscripción, confiriendo el control de legalidad al funcionario público encargo del Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía.

b) La ley básica estatal (Ley 41/2002)

Su artículo 11.2 establece que las voluntades anticipadas deben constar por escrito, sin ninguna condición adicional. Ello no impide, según la doctrina que consideramos acertada, la admisibilidad de voluntades verbalmente expresadas ante el médico y reflejadas en la historia clínica, donde sí encontrarán plasmación escrita.²⁸ La mera exigencia de forma escrita permitirá tanto el documento público como el privado, en este último caso sin necesidad de testigos, lo que puede suscitar problemas de verificación de autenticidad, no fáciles de resolver con la premura que suscita el escenario en que ha de aplicarse el documento.

c) Las comunidades sin regulación formal expresa o que no desarrollan las voluntades anticipadas.

En estos supuestos, simplemente, se habrá de estar a la ley estatal básica (Ley 41/2002) según lo ya expuesto. Asturias y Canarias son comunidades autónomas que aun no han desarrollado la legislación básica.

En cuanto a la forma notarial, parece adecuado enmarcar las voluntades anticipadas dentro de las escrituras públicas y no de las actas, pues las primeras contienen declaraciones de voluntad y actos jurídicos que implican prestación de consentimiento, mientras que las segundas documentan meros hechos jurídicos, como así lo establece el artículo 144.2 del Reglamento Notarial. Se añade por este medio la garantía inherente a la intervención de un fedatario público con sobrados conocimientos jurídicos, que debe comprobar la concurrencia de los requisitos de capacidad y legalidad. En el caso de los documentos privados, se atribuye a los testigos, al menos inicialmente, el control sobre tales requisitos, lo que puede suponer excesiva carga.

4.2 CAPACIDAD

El artículo 11.1 de la Ley 41/2002 establece que para la validez de las voluntades anticipadas, estas deberán ser otorgadas por una persona mayor de edad, capaz y libre. El requisito de capacidad ha de entenderse como capacidad de obrar, definible como la aptitud reconocida por el Derecho para otorgar actos jurídicos. En

²⁸ BERROCAL LANZAROT, A. I., en «Instrucciones previas o voluntades anticipadas en la normativa estatal y autonómica (II)», *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 40, julio 2006, p.15.

rigor, la capacidad de obrar depende del estado civil de la persona, de tal modo que, por ejemplo, una persona mayor de edad en estado de embriaguez plena dispondrá de plena capacidad de obrar, si bien los actos jurídicos que realice serán inválidos por falta de entendimiento de su autor. Así pues, para otorgar válidamente un negocio jurídico se precisa la aptitud abstracta reconocida legalmente y asimismo estar en condiciones psíquicas de poder llevarlo a cabo.²⁹ En este último caso nos referimos a la capacidad natural para comprender el significado del acto y para querer ejecutarlo.

Junto a esa capacidad de obrar general hay capacidades especiales para ciertos actos concretos. En lo que se refiere a las voluntades anticipadas, la Ley básica estatal marca de forma inequívoca el requisito de la mayoría de edad. La doctrina mayoritaria ha criticado la exclusión de los menores, especialmente de los emancipados. Se resalta desde este punto de vista³⁰ que resulta incoherente la exigencia cuando la propia Ley 41/2002, en su artículo 9.3 c) señala que los menores emancipados o con dieciséis años cumplidos disponen de amplia capacidad de consentimiento, lo que supone una presunción de madurez. De este modo se plantea como un contrasentido que el menor que no haya perdido sus facultades de conciencia disponga del control casi pleno de su consentimiento informado y sin embargo se le prive de lo que no deja de constituir una manifestación de ese consentimiento, aunque sea en forma de previsión o instrucción anticipada.

Hay autores que no comparten este criterio, entendiéndolo justificado que la proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida requiera un «plus» de capacidad para expresar una voluntad.³¹ Hay que tener en cuenta, además, que algunas leyes especiales sí fijan el requisito de la mayoría de edad. La propia Ley 41/2002 lo hace para la interrupción voluntaria del embarazo, en su artículo 9.4. En otros casos es indispensable el consentimiento de los padres o tutores: trasplantes de órganos (art. 4.a de la Ley 30/1979 de 27 de octubre), técnicas de reproducción asistida (Ley 14/2006 de 26 de mayo de 2006, art. 6), esterilización y cirugía transexual (art. 156 del Código Penal).

Probablemente lo que el legislador ha tenido en cuenta para exigir la mayoría de edad es la dificultad de aceptar que un menor de edad pueda decidir de forma anticipada sobre realidades objetivamente no previsibles o no probables y no próximas, aunque debemos insistir en que no se ha establecido idéntica precaución para que el menor maduro decida por sí mismo en los casos distintos a los previstos para el documento de voluntades previas. De hecho, la versión definitiva de la Ley no adoptó este requisito sin expreso debate³².

²⁹ Sobre este particular, *Vid.*, ALBALADEJO M., cit., p. 230.

³⁰ Por todos los autores, puede citarse a ROMEO MALANDA S., «Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre (I)», *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm 102, febrero 2004, pp. 118 y ss.

³¹ PARRA LUCAN M. A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español» *Aranzadi Civil*, núm 2, Mayo 2003, p.44. La misma autora razona en otro lugar *Actas...*, cit., p. 85, que no hay incoherencia alguna. Sostiene que la voluntad de un menor que se niega a recibir determinado tratamiento puede ser contrariada si pone en peligro su vida Su consentimiento en materia de tratamientos médicos no tiene la misma eficacia que el de un mayor de edad, porque siguen subsistiendo las funciones de los padres o el tutor y la posibilidad de control judicial de las decisiones, del propio menor o de los padres, si pueden perjudicarlo (art. 158 Cc.).

³² La enmienda 46 del Grupo Parlamentario Socialista proponía que el menor emancipado pudiera otorgar el documento de voluntades anticipadas.

Acarrea un problema adicional la manifiesta discordancia sobre este particular entre la Ley básica estatal y las normas de algunas comunidades autónomas. Y es que, en efecto, la Ley Foral Navarra 11/2002 reconoce a los menores en su artículo 9.1 capacidad otorgar este documento. Del mismo modo lo permite la Ley 1/2003 de la Comunidad de Valencia, en su artículo 17, y la Ley 5/2003 de Andalucía, artículo 4.

Para resolver la contradicción algunos autores razonan que ha de imponerse la legislación básica estatal ante la norma autonómica, pues de otro modo se iría en contra del principio de igualdad de trato entre todos los españoles.³³ Sin embargo, el principio de igualdad no impediría la aplicación de las normas de las comunidades autónomas dictadas de acuerdo con sus competencias de Derecho civil propio, como sostiene Parra Lucan.³⁴ La solución que ofrece la autora resulta del artículo 149.1.1. CE, que atribuye la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y de los deberes constitucionales. No sirve el precepto para ampliar la competencia del Estado a nuevas materias pero sí para privar a las comunidades autónomas de la posibilidad de regular las citadas condiciones básicas. Como las voluntades anticipadas sirven de instrumento al consentimiento informado y este es manifestación de un derecho constitucional, podría entenderse que la exigencia de la mayoría edad entra dentro de las condiciones básicas del derecho.

4.3 CONTROLES PREVIOS DE LEGALIDAD

Nos situamos ahora ante el documento de voluntades anticipadas antes de que haya de surtir efecto. Cabe preguntarse si existe algún control previo de legalidad sobre la forma y, más aún, sobre el contenido material de las disposiciones. La respuesta es afirmativa: sea cual sea la modalidad de voluntades anticipadas elegida según la comunidad autónoma de que se trate, los documentos de voluntades anticipadas, si se presentan en un centro hospitalario, deben someterse a un control previo de legalidad, que corresponde ejercitar, según dispone el artículo 15.5 de la Ley 41/2002, a una comisión existente en cada centro. La regulación de las comisiones varía en cada comunidad autónoma. En el caso de Aragón, a modo de ejemplo, han de estar formadas, según el Real Decreto 100/2003, por tres miembros, de los cuales uno tiene que contar con formación en bioética clínica y otro será licenciado en derecho o titulado superior con conocimientos acreditados en legislación sanitaria. Resulta llamativo que el Decreto al que se ha hecho referencia se refiera a los centros hospitalarios como dependencias administrativas, lo que hace pensar en la imposibilidad de crear estas comisiones en centros sanitarios privados.³⁵ En cuanto a la forma del documento,

³³ SANCHO GARGALLO I., cit. pp.225-226.

³⁴ PARRA LUCAN M. A., *Actas de los Decimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Voluntades anticipadas (autonomía personal:voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 89. La autora razona prolijamente sobre esta cuestión, y expone las diversas opiniones sostenidas por la doctrina.

³⁵ En tal sentido, OLIVAN DEL CACHO, J., *Actas de los Decimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Voluntades anticipadas (autonomía personal:voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006, p. 140.

el artículo 10 de la norma invocada atribuye al Registro de Voluntades Anticipadas la revisión de los requisitos de legalidad para el otorgamiento e inscripción, quedando habilitado el funcionario correspondiente para las actuaciones de comprobación necesarias.

4.4 REVOCABILIDAD

Como se ha indicado antes al hablar de la figura del representante, todo el contenido de las voluntades anticipadas es susceptible de revocación, y así lo establece el artículo 11.4 de la Ley 41/2002. En principio, el documento no tiene fecha de caducidad, su duración es indefinida y puede darse la circunstancia de que haya sido otorgado mucho tiempo antes de que tenga que surtir eficacia. Por tal motivo, la doctrina³⁶ sostiene la conveniencia de ir renovándolo para verificar si se acomoda a la voluntad real de la persona o si el acontecer de hechos nuevos (entre los que se menciona el cambio del estado de salud, la pérdida de confianza en el representante, la aparición de nuevos tratamientos médicos, o la simple mudanza de creencias o valores) aconseja su modificación, para no tener que llegar al caso límite de plantearse la nulidad.

El único requisito formal para la revocación es el de que quede constancia por escrito. Parece por ello que no ha de seguirse la misma forma que en el instrumento inicial, puede el otorgante servirse de cualquier otra modalidad legal, de modo que un documento notarial podrá ser revocado por un documento privado. Esto puede plantear problemas de autenticidad si se piensa, como luego se examinará, que la inscripción del documento no es constitutiva.

Debe entenderse, en buena lógica, que el alcance de la revocación no se limita a dejar enteramente sin efecto las instrucciones originalmente otorgadas. Nada impide la simple modificación o sustitución parcial.

5. PUBLICIDAD Y CONOCIMIENTO

5.1 DESTINATARIOS DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

El problema de la publicidad de las voluntades anticipadas resulta, en un momento dado, inseparable de las personas a quienes va dirigido, a las que va a vincular o condicionar la voluntad del otorgante. Puede afirmarse que las voluntades anticipadas tienen como destinatario al médico responsable³⁷, y que a él le corresponde cumplir e interpretar, si no existe representante, familiares o allegados, las voluntades

³⁶ LOPEZ SÁNCHEZ, C., cit, p. 124. La autora explica que en otros países como Bélgica, y algunos estados de Norteamérica, sí se fija un plazo máximo de eficacia, lo que, si bien se mira, no deja de plantear el problema contrario, esto es, que se deje automáticamente sin efecto lo que en un momento dado fue voluntad de la persona.

³⁷ BERROCAL LANZAROT, A. I., en «Voluntades anticipadas o voluntades anticipadas en la normativa estatal y autonómica (I)», *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 39, junio 2006, p.25.

anticipadas. «Médico responsable» es un concepto definido legalmente en el artículo 3 de la Ley 41/2002, atendiendo esta figura al profesional que coordina la información y asistencia sanitaria del paciente con el carácter de interlocutor principal. A la figura del médico responsable debería añadirse la mención de los servicios asistenciales encargados en su conjunto de los cuidados médicos.³⁸

Se sostiene, de este modo, que el médico asume una función de garante de derechos que se significa en las siguientes obligaciones³⁹:

- Recibir los propios documentos de voluntades anticipadas.
- Respetar y cumplir su contenido con respeto a los límites legales.
- Incorporar las voluntades previas a la historia clínica.
- Tener en cuenta las instrucciones en las decisiones médicas que adopte y razonar, en la historia clínica, los motivos de no seguir las instrucciones.
- Informar a los pacientes sobre la posibilidad y conveniencia de recurrir a este instrumento jurídico y aconsejar sobre la concreción de las voluntades.

Vistas las graves obligaciones asumidas por los profesionales de la sanidad, aparece como cuestión crucial la relativa al conocimiento por los médicos de la existencia de las voluntades anticipadas, de modo que puedan tomarse en consideración para desplegar su eficacia, aspecto este que pasamos a estudiar en el apartado siguiente.

5.2 CONDICIONES DE CONOCIMIENTO, REGISTRO Y PUBLICIDAD. ESPECIAL REFERENCIA AL RD 124/2007

El artículo 11.2 de la Ley 41/2002 confiere a cada Servicio de Salud la regulación del procedimiento para garantizar el cumplimiento de las voluntades anticipadas y como sostiene Sancho Gargallo⁴⁰, «para que puedan cumplirse o tenerse en consideración es imprescindible facilitar su conocimiento». La legislación autonómica y la estatal han preconstituido dos sistemas para dejar constancia de las voluntades anticipadas, a saber, incorporarlas en la historia clínica o inscribirlas en un registro público con las especificidades que se señalarán:

a) La Ley catalana, 21/2000, en su artículo 8.4, se limitaba a prescribir la incorporación del documento a la historia clínica del paciente, sistema que se repite en la Ley gallega 3/2001 (art. 5.4) y la Ley extremeña 10/2001 (art. 11.5.e)

b) Optaron adicionalmente por la creación de un registro específico las comunidades autónomas de Aragón (Ley 6/2002, art. 15.6, desarrollada por el Decreto 100/2003 de 6 de marzo) que fue pionera en este sentido, y por la mayoría de las leyes autonómicas posteriores.⁴¹

³⁸ SANCHO GARGALLO I., cit., p. 233.

³⁹ BERROCAL LANZAROT, A. I., en «Voluntades anticipadas o voluntades anticipadas en la normativa estatal y autonómica (I)», *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 39, junio 2006, p.26.

⁴⁰ *Cit.*, p.234.

⁴¹ A modo de ejemplo, La Rioja, Ley 2/2002, artículo 6.5.d, País Vasco, Ley 7/2002, artículo 6, Valencia, Ley 1/2003, artículo 17.7 y Cataluña, que creó y reguló el registro autonómico mediante el Decreto 175/2002 de 27 de junio.

Para explicar la situación actual relativa a la constancia de las voluntades anticipadas será necesario remitirse a la última norma dictada, que cierra el sistema. Es el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero de 2007, por el que se regula el Registro Nacional de Voluntades anticipadas y su correspondiente fichero automatizado de datos personales. La función del Registro, según la exposición de motivos de la norma, consiste en garantizar la efectividad del derecho del paciente, de modo que el documento, independientemente de cuándo y dónde se haya otorgado, pueda ser conocido por los profesionales de la salud implicados en el tratamiento. Así, el nuevo Registro, según el artículo 2.2 del RD 124/2007, sirve para acreditar los siguientes datos:

a) La existencia de voluntades anticipadas inscritas en los distintos registros autonómicos.

b) La localización y fecha de inscripción de las declaraciones previas realizadas, así como, en su caso, de su sustitución, modificación o revocación de su contenido, independientemente de la comunidad autónoma y registro en que hayan sido inscritas.

c) El contenido de las voluntades anticipadas.

Para garantizar, cara al futuro, la coordinación de los datos autonómicos y nacionales, el artículo 3 del RD 124/2007 prevé que una vez inscritas las disposiciones en un registro autonómico, el encargado lo comunicará al registro nacional por vía telemática en los siete días siguientes a la inscripción efectuada.

Se establece una cautela para solventar los problemas de las voluntades anticipadas dictadas antes de la entrada en vigor del RD 124/2007: la disposición adicional primera de esta norma prevé que las comunidades autónomas remitan al Registro nacional todas las inscripciones existentes, así como las copias de los documentos otorgados. Ahora bien, conviene aclarar que la inscripción no es constitutiva⁴², por lo que, llegado el caso, dependerá de la diligencia del paciente el comunicar la existencia de las instrucciones a sus parientes o allegados, al representante designado o directamente al médico responsable, consiguiendo así que se incorpore su contenido a la historia clínica.

6. EFICACIA DE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

6.1 CONTROL DE LEGALIDAD MATERIAL

Con carácter general puede afirmarse que todo negocio jurídico, producto, como se ha indicado antes, de la autonomía de la voluntad, queda limitado por normas como el Código civil, que en su artículo 1255 establece el límite de la Ley, la moral y el orden público. La norma más específica que regula en España las voluntades anticipadas, artículo 11.3 de la Ley 41/2002 impide la eficacia de aquellas que sean con-

⁴² Salvo en el caso de Cantabria (art. 34-5 Ley 7/2002) y Extremadura (art. 18.2 Ley 3/2005), restricción esta dudosamente constitucional de un derecho configurado de forma más amplia en la Ley 41/2002. *Vid.*, supra, p. 29, sobre los problemas de constitucionalidad en caso de contradicción de la normativa estatal y la autonómica.

trarias «al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, y las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas».

Como se ha indicado anteriormente, son los médicos y el personal sanitario los destinatarios de las voluntades anticipadas así como los garantes de su cumplimiento. Difícilmente puede plantearse el interés inicial de otras personas, salvo el de los facultativos que habrán de tenerlas en cuenta para respetar los deseos del paciente o bien, en su caso, si concurre causa bastante, para ignorarlas del todo o parcialmente. Pienso, además, que el control de validez no puede tener lugar, o al menos no en todos los casos, al tiempo de ser otorgadas las voluntades previas, sino cuando han de aplicarse. Recuérdese que la inscripción en el Registro nacional no es constitutiva y que las voluntades previas pueden quedar redactadas en mero documento privado. El verdadero control se verificará cuando las instrucciones hayan de ser aplicadas, y por ello el artículo 11.3 de la Ley 41/2002 remite el control a ese momento, exigiendo la norma entonces, si considera el médico que no deben cumplirse las voluntades, la constancia del hecho en la historia clínica y las razones que lo justifican.

El problema al que nos enfrentamos es el del grado de vinculación de los destinatarios, esto es, ¿debe el personal sanitario aplicar literalmente lo dispuesto por el otorgante o sólo debe ser tenido en consideración, como sostenía el artículo 9 del Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, aprobado por el Consejo de Europa. Aunque la mayoría de la doctrina se inclina por esta última posibilidad⁴³ la respuesta no puede convertirse en afirmativa sin más, pues supondría una posible vía de escape para ignorar la voluntad del paciente. De hecho, creo que el principio general ha de ser justamente el de la estricta observancia de lo dispuesto por el otorgante, con vinculación de todos los destinatarios implicados, y la excepción, esto es, la inobservancia de las voluntades previas requerirá siempre la plena concurrencia de una causa impeditiva.

A este respecto, la validez material de las voluntades anticipadas se subordina a tres eventos negativos:

- a) Que no se contraría el ordenamiento jurídico.
- b) Que no se infrinja la *lex artis*.
- c) Que no concurra un supuesto de hecho médico no coincidente con las previsiones del otorgante.

a) En lo referido a la mención del ordenamiento jurídico, habrá de atenderse a todo tipo de norma que prohíba la práctica de la instrucción otorgada, incluso aunque tal voluntad previa hubiera superado, en su caso, los controles previos previstos en las Leyes y que varían según la comunidad autónoma de se trate. Deberá entenderse que el ordenamiento jurídico se refiere a cualquier precepto, de cualquier rama del Derecho, siempre que cuestione la legalidad de la instrucción previa examinada. Entre estas normas cabe citar por su relevancia el Código penal, que en su artículo 143.4 reprime la euta-

⁴³ SANCHO GARGALLO I., cit., pp. 237-238.

nasia activa directa. También las específicas que se relacionan con otros de los contenidos posibles en el documento: trasplantes de órganos, destino del cadáver. A ello nos referiremos con especial atención en el próximo epígrafe por tratarse de los aspectos más controvertidos.

b) En lo que se refiere a la *lex artis*, se trata de un concepto indeterminado, que se ha definido en los casos de responsabilidad civil médica como un criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina. Constituye una regla de medición de la conducta cuyo objetivo es valorar la corrección o no de su resultado, de acuerdo con la generalidad de conductas profesionales en casos análogos⁴⁴. En realidad, sostiene la doctrina con acierto, no resulta fácil distinguir entre el límite del ordenamiento jurídico y el de la *lex artis*⁴⁵, pudiendo casi quedar identificados, aunque otros sostienen que ambas fronteras operan en dos momentos distintos; en un primer momento (de otorgamiento de las voluntades), consideraríamos su ajuste a las normas, y en un segundo momento (el de la aplicación médica) se comprobaría su sometimiento a la *lex artis*⁴⁶. Consideramos esta segunda opinión menos fundada, pues el control previo no siempre se dará, ante las modalidades que no lo hacen necesario, y la *lex artis* bien puede incluir dentro de su criterio valorativo la observancia de normas legales indisponibles.

c) Finalmente, la correspondencia de las voluntades anticipadas con el supuesto de hecho suscitado, entiendo que no es tanto una condición de validez como una condición de eficacia. No cabe pensar que una disposición no contraria al ordenamiento o a la *lex artis* pueda considerarse inválida. Problema distinto será determinar si en un caso concreto deben surtir efecto. Ello requerirá la interpretación de la instrucción previa de que se trate para compararla con el caso clínico suscitado. Obviamente, si no concurre la identidad entre la previsión y el caso concreto, aquella no será eficaz, pero su validez no quedará comprometida, pudiendo alcanzar en otro momento la coincidencia con el supuesto clínico. Por otra parte, deberá interpretarse este límite con alguna flexibilidad⁴⁷ ante la inabarcable tarea que supondría para el otorgante llegar a prever todos los eventos futuros. He aquí donde radica, tal vez, el mayor interés de la figura del representante, y también la conveniencia de que en las voluntades anticipadas se incluyan también los criterios de valor, los principios que han inducido al otorgante a causar el documento y de los que puedan deducirse por analogía las soluciones requeridas por los supuestos no expresamente previstos.

⁴⁴ ASUA GONZÁLEZ, C.I., *Tratado de Responsabilidad Civil (VVAA)*, Primera edición, Pamplona, 2002, pp. 984 y ss.

⁴⁵ SANCHO GARGALLO I., cit., p. 241.

⁴⁶ REQUERO IBÁÑEZ, J. L., cit.

⁴⁷ OLIVAN DEL CACHO J.J., cit., pp.138-139.

6.2 ALGUNOS ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y SU INFLUENCIA EN LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS: EUTANASIA, TRATAMIENTOS MÉDICOS OBLIGATORIOS E INFLUENCIA DE LA LIBERTAD RELIGIOSA

Ya se ha anticipado anteriormente⁴⁸ que el documento de voluntades previas se caracterizaba como instrumento al servicio del consentimiento informado en los momentos finales de la vida. Cuando se hablaba del posible contenido de este negocio jurídico se aludía también a las decisiones de la persona sobre el tratamiento médico que deseaba recibir en esos momentos, el que debía excluirse, e incluso el que podía paliar los sufrimientos aun al precio de acortar la vida.⁴⁹ Surge aquí el problema de la valoración legal de las instrucciones, en la medida que puedan enfrentarse a normas indisponibles del ordenamiento jurídico. Estudiaremos a continuación aquellos aspectos que pueden constituirse en contenido de las voluntades anticipadas y que suscitan las mayores dudas sobre su legalidad.

a) *La eutanasia.*

Para referirse a este concepto en la época actual, la comprensión general lo sitúa en el contexto de enfermedad y sufrimiento⁵⁰. Las conductas que van a examinarse se caracterizan por la intención de que el enfermo en situación crítica e irreversible no siga padeciendo de forma insoportable. Más concretamente, este último concepto se relaciona con los estados terminales, con los de existencia dramática por ir acompañados de sufrimientos psíquicos o físicos, y con los estados persistentes de vida vegetativa⁵¹. El problema desde el punto de vista jurídico consiste en deslindar entre los diversos actos que sirven al mismo interés benévolo de eliminar el sufrimiento, puesto que de ello depende, en el grado más relevante de las consecuencias, la aplicación del reproche penal en el caso de la eutanasia activa, con todo lo que ello implica. En lo que ahora interesa, se ha examinar la eutanasia como posible contenido del documento de voluntades anticipadas para dilucidar si las previsiones son contrarias al ordenamiento jurídico, lo que las privaría de validez y no justificarían los actos de los profesionales sanitarios basados en los deseos del paciente. Debe partirse, además, de que la eutanasia que aceptamos es la voluntaria, porque se vincula al modelo de justificación que pone el acento en la disponibilidad del individuo sobre su propia vida.⁵² Seguidamente, pueden ya examinarse los diferentes tipos de eutanasia desde el punto de vista de la conducta del agente, esto es, los médicos, para comprobar su legalidad y si pueden ser objeto de incorporación al documento de voluntades anticipadas. De este modo, cabe hablar de:

1. La eutanasia activa directa.

Se caracteriza por la realización por un tercero de actuaciones que colaboran de modo directo a la muerte del enfermo, bien auxiliándole para que sea el propio paciente quien se quite la vida, bien causándole la muerte sin mediación alguna de otra persona. El artículo 143. 4 del Código Penal regula conjuntamente ambos supuestos,

⁴⁸ *Vid.*, supra, p. 15.

⁴⁹ *Vid.*, supra, pp. 17-19.

⁵⁰ Los conceptos que van a manejarse en este epígrafe proceden de TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)* Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.

⁵¹ Se sigue a este respecto la clasificación de GASCÓN ABELLAN M., «¿De qué estamos hablando cuando hablamos de eutanasia?», *Revista de Humanidades Médicas*, núm 1, 2006. www.fundacionmhm.org/fondo_editorial.html.

⁵² *Vid.*, a este respecto, GASCÓN ABELLAN, M., cit., p. 21 que examina el significado de la distinción entre eutanasia voluntaria e involuntaria.

aunque que examinados solo cuando es la víctima quien solicita la muerte así causada, pues de no existir la petición nos encontraríamos ante delitos ordinarios de homicidio. La norma penal española opta por una opción intermedia en el castigo de la eutanasia activa solicitada por el enfermo: no se despenaliza la conducta, pero si concurren los requisitos fijados en el CP la responsabilidad quedará atenuada, incluso muy atenuada, podría decirse. Las exigencias para esa responsabilidad disminuida son que la víctima padezca una enfermedad grave que conduzca necesariamente a su muerte y, alternativa o acumuladamente, que produzca (la enfermedad) graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar; asimismo, que la víctima solicite los actos causantes de la muerte, petición que ha de ser expresa, seria e inequívoca.

Parece claro que esa solicitud expresa, seria e inequívoca podría constar en un documento de voluntades anticipadas, pues, como se ha visto anteriormente al estudiar sus formalidades, resulta posible que no se haya planteado ningún control previo al mismo acto de aplicación. Ahora bien, queda claro que este tipo de actos eutanásicos son contrarios al ordenamiento jurídico, por lo que el médico destinatario de las voluntades anticipadas quedaría plenamente legitimado, y aun obligado, a desobedecerlas. En caso contrario la responsabilidad atenuada consistiría en una disminución de la pena de libertad, quedando al arbitrio judicial señalarla en lapso inferior a los dos años lo que a su vez podría llevar consigo la suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad. No hay, pues, despenalización de la eutanasia activa en España. De este modo, no existe un derecho a la propia muerte⁵³, en el sentido de poder exigir a otro, singularmente el Estado, que la cause, por muy desfavorable que sea la condición del paciente y muy firme su voluntad de solicitarla⁵⁴.

Para lo que sí surtirían las voluntades anticipadas un efecto de especial trascendencia es para la calificación del tipo penal atenuado. En ausencia de ese documento podía estimarse complicada la prueba de la voluntad del paciente, pues este ha fallecido. Sin embargo, de mediar el documento con una petición semejante se concretará con nitidez tanto la solicitud expresa (pues aparecerá consignada por escrito) como su base (pues atendiendo a la fecha del documento se podrá comprobar el requisito de la capacidad del otorgante).

2. La eutanasia activa indirecta.

Este supuesto, también conocido, especialmente en el ámbito sanitario, como sedación terminal, se refiere a aquellos casos de muerte inminente en los que el paciente se encuentra aquejado de síntomas agónicos, físicos o psicológicos, no controlables y de duración indeterminada, que requieren la prescripción de fármacos para eliminar esos síntomas aunque se disminuye de modo irreversible el nivel de conciencia del paciente y se acelera el óbito⁵⁵. Se diferencia la sedación terminal de la simplemente paliativa en que esta última alivia el dolor y atenúa el nivel de conciencia pero no de

⁵³ Lo que conduce a algún autor, BARRIOS FLORES, L.F. «La sedación terminal», *Revista AJS*, Vol. 12, núm. 1, 2004, a sostener que social y jurídicamente la vida es el primero de los bienes y tiene como contrapeso el disvalor de la muerte.

⁵⁴ Sobre este particular, han recaído pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sentencia de 29 de abril de 2002, caso *Pretty contra Reino Unido*) negando que el artículo 2 del Convenio de Roma obligue a los estados a provocar la muerte, ni confiere al individuo un derecho a morir que le permita recabar la ayuda de terceros o de las autoridades públicas para lograr la muerte. En el mismo sentido, el T.C. de España configura el derecho a la vida con un contenido de protección positiva, que impide considerarlo como un derecho a la propia muerte, no incluido en el artículo 15 CE, y así se afirma en las STC 120/1990 y 154/2002.

⁵⁵ Sobre la eutanasia activa indirecta, *Vid.*, SEUBA TORREBLANCA J. C., «Consentimiento informado en sedaciones», *Revista Indret*, núm 278, mayo 2005, www.indret.com

modo definitivo. En general, esta práctica clínica⁵⁶ se considera justificada en los casos de muerte próxima y ello requerirá en cada caso un estudio individual del paciente con decisiones personalizadas que habrán de reflejarse en la historia clínica. Como la sedación terminal implica un procedimiento invasor (art. 8.2. Ley 41/2002) se entenderá que el consentimiento habrá de prestarse por escrito. De ahí que también para este supuesto alcance una manifiesta utilidad el documento de voluntades previas, debiendo considerarse que la solicitud genérica de sedación terminal en las situaciones expresadas (inminencia de la muerte, síntomas agónicos refractarios) será plenamente lícita, y que el médico quedará vinculado a lo preordenado por el enfermo.

Sucesos recientes⁵⁷ como el denominado caso Leganés plantean más bien el temor por el lado opuesto, esto es, por el hecho de que una práctica en principio adecuada y positiva, se generalice cuando no concurren los requisitos clínicos de base y, lo que es peor, sin recabar el consentimiento de los familiares y allegados, ni contar con el documento de voluntades previas.

3. La eutanasia pasiva.

El artículo 2.4º de la Ley 41/2002 permite que los pacientes puedan rechazar cualquier tratamiento, excepto en los casos determinados por la Ley. La negativa al tratamiento debe constar por escrito. En lo que se refiere a las voluntades anticipadas, estas parecen el instrumento idóneo para predeterminar la autonomía del paciente ordenando actos médicos constitutivos de eutanasia pasiva, y que podrían dividirse en tres clases:

a) Los que supongan mera omisión de procedimientos terapéuticos que solo prolongarán artificialmente la vida retrasando así una muerte segura sin expectativas de curación.

b) Los que impliquen además un comportamiento activo, tales como la desconexión o supresión de procedimientos técnicos de soporte vital.⁵⁸

c) Los que impongan al médico la omisión de actos reanimatorios en caso de paro cardíaco o respiratorio.

En cualquiera de los supuestos estamos ante conductas lícitas que no merecen el reproche penal, según sostiene la doctrina mayoritaria, quedando el médico vinculado por la voluntad del paciente cuando manifiesta su rechazo a tales medidas.⁵⁹ En todo caso, se entenderá que la actividad sanitaria amparada por la decisión del paciente se acoge a la «lex artis», entendiéndose *sensu contrario* que el comportamiento distanásico (encarnizamiento terapéutico) es contrario al artículo 15 CE, que prohíbe los tratos inhumanos o degradantes.⁶⁰

b) *Los tratamientos médicos obligatorios.*

La autonomía del paciente ordenada en las voluntades anticipadas deberá amoldarse a la obligación de soportar tratamientos médicos dispuestos para proteger bienes y dere-

⁵⁶ Que puede considerarse habitual, hasta el punto de que entre el 16 al 52% de los pacientes oncológicos fallecen bajo los efectos de una sedación atendidos en una unidad especializada. *Vid.*, a este respecto, AZULAY TAPIERO, A., en «La sedación terminal. Aspectos éticos», *Anales de Medicina Interna*, Vol. 20, N.º 12, Madrid 2003, p. 646, donde se examina esta realidad desde el punto de vista médico.

⁵⁷ A los que se refiere SEUBA TORREBLANCA J. C. en el artículo mencionado.

⁵⁸ RODRÍGUEZ LOPEZ, P., cit., p. 181.

⁵⁹ GASCON ABELLAN M., cit., p. 21, sostiene que solo la eutanasia activa debe quedar excluida del documento de voluntades anticipadas según la regulación de la Ley 41/2002.

⁶⁰ MORENO ANTÓN M., cit., p. 64.

chos de superior jerarquía, lo que supone un límite al cumplimiento de las voluntades anticipadas. Dos son las cuestiones que han de merecer un análisis independiente:

1. Supuestos de riesgo para la salud pública.

En efecto, el artículo 9.2 de la Ley 41/2002 dispone que los facultativos deben llevar a cabo intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando exista riesgo para la salud pública a causa de razones establecidas por la Ley. De este modo, cabe imaginar que no deberá someterse el médico a unas voluntades previas que ordenen el rechazo de tratamientos, si de ese rechazo se deriva un riesgo para un bien superior, como es la salud pública.

2. Los casos de una relación de sujeción especial.

Otro de los supuestos en que cede la posible voluntad predeterminada del paciente es aquel en que surge para el Estado la obligación de proteger a las personas que están bajo su custodia en virtud de determinadas relaciones legales. En este sentido, nuestro TC⁶¹ ha señalado que no es lo mismo usar de la libertad para conseguir fines lícitos que hacerlo con objetivos no amparados por la Ley, y así, una cosa es la decisión de quien asume el riesgo de morir en un acto de voluntad que solo a él afecta, y entonces cabría tachar de ilícito el tratamiento médico obligatorio, y otra la decisión de personas situadas en una relación especial (como la penitenciaria), que ponen en peligro su vida para que la Administración no cumpla la Ley obteniendo un trato privilegiado, pues en tales supuestos queda el Estado ante la tesitura injusta de tener que modificar una situación legítima o contemplar pasivamente la muerte de personas que están bajo su tutela.

En estos casos tampoco surtirían efecto las voluntades anticipadas que cuestionaran las obligaciones legales que incumben al Estado para proteger la vida de las personas bajo su custodia.

c) *La influencia de la libertad religiosa.*

Dentro del derecho al rechazo de tratamientos médicos al que antes se ha hecho referencia, sin indicación de la causa que pueda inducir al paciente, parece oportuna una somera reflexión sobre los motivos religiosos como motivo inspirador de la asunción de la muerte. Nos estamos refiriendo a algunas confesiones que rehúsan las transfusiones de sangre, como sucede con los testigos de Jehová⁶². Se considera que en los casos de mayoría de edad y plena capacidad, o en el caso de los menores con madurez suficiente, se debe respetar la negativa a un tratamiento médico de estas características⁶³ y por ello un documento de voluntades anticipadas que exprese la disposición contraria a una transfusión por motivos religiosos deberá ser cumplido por el médico responsable y su equipo sanitario, pues de otro modo se estarían violando el derecho constitucional a la integridad física y moral así como el de libertad religiosa⁶⁴.

⁶¹ *Vid.*, STC 120/1990, que desestima el recurso de amparo de reclusos del GRAPO contra la orden judicial de alimentación forzosa.

⁶² Resuelto el conflicto de derechos a favor de la libertad religiosa por la sentencia del T.C. 154/2002 de 18 de julio.

⁶³ OLIVAN DEL CACHO J. J., *cit.*, p. 135-136.

⁶⁴ De modo diferente, RIVERO HERNÁNDEZ F., *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, VVAA, C.G.P.J. Madrid, 2000, p. 228, sostiene que en situaciones extremas, con riesgos graves e irreversibles, podría someterse a una persona a tratamientos obligatorios en contra de su voluntad, no sólo cuando la ley se lo permita directamente, sino también bajo control judicial, con autorización previa o incluso posterior.

7. CONCLUSIONES

Primera.—La institución de las voluntades anticipadas tiene su origen en Estados Unidos y se vincula al desarrollo del consentimiento informado y la evitación del encarnizamiento terapéutico, alcanzando pleno desarrollo legislativo en las últimas décadas del siglo XX. Su introducción en Europa es posterior, sin que pueda afirmarse que haya sido el producto de una fuerte aspiración social.

Segunda.—En Europa, el primer antecedente legislativo lo constituye el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, que sin embargo contiene una regulación débil del documento de voluntades anticipadas, habiendo sido desarrollado posteriormente por varios países con un mayor respeto a lo dispuesto por el paciente.

Tercera.—La situación legal en España presenta la particularidad de la coexistencia de normas: algunas comunidades autónomas regularon las voluntades anticipadas con anterioridad a la Ley básica estatal 41/2002, y otras con posterioridad, lo que plantea el problema de la compatibilidad y preferencia de las normas, y el de la distribución de competencias en el ámbito de la caracterización esencial de los derechos. Las comunidades autónomas han regulado con más detalle los documentos de voluntades anticipadas, tanto en aspectos de forma como en aspectos materiales, pudiendo hablarse incluso de singularidades y diferencias no secundarias en lo que se refiere a la capacidad para el otorgamiento y al contenido de las voluntades anticipadas (detallado por algunas comunidades autónomas y sin definir en la Ley básica estatal).

Cuarta.—La anterior situación no puede considerarse adecuada, siendo deseable la armonización de los aspectos contradictorios que afecten a la configuración esencial de los derechos para evitar dudas de constitucionalidad, que surgen especialmente respecto de las normas autonómicas.

Quinta.—En cuanto al contenido del documento, sería deseable una regulación previa, precisa y garantista de los actos médicos que constituyen la base esencial de las voluntades anticipadas: se trata de definir legalmente y deslindar los conceptos de eutanasia activa, eutanasia pasiva y sedación terminal, conformando sus límites y requisitos tras el necesario debate multidisciplinar. No obstante, sin necesidad de cambiar la situación legal vigente, tratamientos como la sedación terminal y la eutanasia pasiva, incorporados de hecho a la práctica médica habitual, han de considerarse lícitos y acordes con la *lex artis*.

Sexta.—Para mantener actualizado el contenido de las voluntades anticipadas y ajustarlo a los auténticos propósitos del paciente, convendría fijar un plazo máximo de eficacia, imponiendo al otorgante, previa advertencia de caducidad, su consiguiente y periódica ratificación o adaptación a las nuevas circunstancias que puedan acontecer.

Séptima.—Asimismo parece conveniente, al menos en la Ley básica estatal, regular con mayor detalle la figura del representante, eligiendo alguno de los modelos ya existentes en el Derecho civil, si bien contando con que no podrá extralimitarse más allá de verificar que se cumplen las voluntades del paciente o interpretar conceptos oscuros, sin que le sea conferida la facultad de decidir sobre lo no previsto por el otorgante.

Octava.—En cuanto a los requisitos de forma, convendría recapacitar sobre la conveniencia de exigir instrumentos fehacientes, de superior certeza jurídica y más fácilmente registrables. Asimismo debería replantearse la obligatoriedad del registro, máxime tras la promulgación del RD 124/2007, para lograr la mayor garantía de conocimiento de las disposiciones en una situación de urgencia.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO M., *Derecho Civil I, Introducción y Parte General. Decimoquinta edición*, Bosch Editores, Barcelona, 2002.
- ARCOS VIEIRA M.^a L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007.
- ASUA GONZÁLEZ C. I., *Tratado de Responsabilidad Civil (VVAA), Primera edición*, Aranzadi, Cizur Menor, 2002.
- AZULAY TAPIERO, A., «La sedación terminal. Aspectos éticos», *Anales de Medicina Interna*, Vol. 20, N.º 12, Madrid 2003.
- BARRIOS FLORES L. F., «La sedación terminal» *Revista Asociación Juristas de la Salud*, volumen 13, núm 2, 2005. www.ajs.es
- BELTRÁN AGUIRRE J. L., «La capacidad del menor de edad en el ámbito de la salud: dimensión jurídica» *Revista Asociación Juristas de la Salud*, Extraordinario XV Congreso, www.ajs.es
- BERROCAL LANZAROT A. I., «Instrucciones previas o voluntades anticipadas en la normativa estatal y autonómica (I)», *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 39, junio 2006.
- BERROCAL LANZAROT A. I., «Instrucciones previas o voluntades anticipadas en la normativa estatal y autonómica (II)», *Revista Práctica de Derecho de Daños*, núm. 40, julio 2006.
- CHUECA RODRÍGUEZ R., «Los derechos fundamentales a la vida y la integridad física: el poder de disposición sobre el final de la vida propia», *Revista Asociación Juristas de la Salud*, volumen 16, 2008. www.ajs.es
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho sanitario y responsabilidad médica, segunda edición*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- ECHAZARRETA FERRER M., «La autonomía del paciente en el ámbito sanitario: las voluntades anticipadas», *Revista Electrónica de Geriatría y Gerontología*, vol. 4, núm. 1, 2002, www.geriatrianet.com
- GIL, C., «El panorama internacional de las voluntades anticipadas», www.institutodebioetica.org/revista/cgil.pdf.
- GASCON ABELLAN M., «¿De qué estamos hablando cuando hablamos de eutanasia?», *Revista de Humanidades Médicas*, núm 1, 2006. www.fundacionmhm.org/fondo_editorial.html.
- GOMEZ SÁNCHEZ, Y., *Derechos y Libertades*, Sanz y Torres, Madrid, 2003.

- LOPEZ SÁNCHEZ, C., *Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003.
- MARTINEZ-PEREDA RODRÍGUEZ J. M., «Algunos efectos producidos por la implantación del consentimiento informado en España», *Revista Diario La Ley*, núm. 6524, 12 de julio de 2006.
- MORENO ANTÓN M., «Elección de la propia muerte y Derecho: Hacia del reconocimiento jurídico del derecho a morir», *Revista Asociación Juristas de la Salud*, volumen 12, núm. 1 año 2004, www.ajs.es
- OLIVAN DEL CACHO J., *Actas de los Decimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006.
- PARRA LUCAN M. A., «La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español» *Aranzadi Civil*, núm 2, Mayo 2003.
- PARRA LUCAN M. A., *Actas de los Decimoquintos Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos)*. El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2006.
- REQUERO IBÁÑEZ J. L., en «El testamento vital y las voluntades anticipadas. Aproximación al ordenamiento español», *Diario La Ley*, núm. 5570, 20 de junio de 2002 y www.institutodebiotetica.org/revista/requero.pdf
- RIVERO HERNÁNDEZ F., *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorias*, VVAA, C.G.P.J. Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ LOPEZ P., «Los derechos constitucionales de los pacientes: Derecho a la vida y a la integridad física» *Revista Asociación Juristas de la Salud*, volumen 14, núm 1, año 2006, www.ajs.es
- ROMEO MALANDA S., «Minoría de edad y consentimiento médico en la Ley 41/2002 de 14 de noviembre (I)», *Actualidad del Derecho Sanitario*, núm 102, febrero 2004.
- RUBIO TORRANO E., «Autonomía del paciente y Registro Nacional de Voluntades anticipadas» *Tribuna Aranzadi Civil*, núm 22, marzo 2007.
- SANCHO GARGALLO, I., *El juez civil ante la investigación biomédica*, VVAA, CGPJ, Madrid, 2005.
- SEOANE J. A., «El significado de la Ley Básica de Autonomía del Paciente (Ley 41/2002, de 14 de noviembre) en el sistema jurídico-sanitario español. Una propuesta de interpretación», *Revista Asociación Juristas de la Salud*, volumen 12, núm 1, año 2004. www.ajs.es
- SEOANE J. A., «Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España», *Revista Asociación Juristas de la Salud*, volumen 14, núm 2, 2006. www.ajs.es
- SERRANO GIL-CALDERON J. M., «La Ley 41/2002 y las voluntades anticipadas», *Cuadernos de Bioética XVII*, 2006, 1.^ª.
- SIMON LORDA P., BARRIO CANTALEJO I. M., JUDEZ GUTIERREZ J., «De las Voluntades Anticipadas o Instrucciones Previas a la Planificación Anticipada de las Decisiones», *Revista Científica de Enfermería*, n.º 5, mayo 2004.

- SEUBA TORREBLANCA J. C., «Consentimiento informado en sedaciones» *Revista Indret* núm 278, mayo 2005. www.indret.com
- TARODO SORIA S., «La doctrina del consentimiento informado en el ordenamiento jurídico norteamericano», *Revista Asociación Juristas de la Salud*, volumen 14, año 2006. www.ajs.es
- TOMAS-VALIENTE LANUZA C., «La regulación de la eutanasia voluntaria en el ordenamiento jurídico español y en el Derecho comparado», *Revista de Humanidades Médicas*, núm 1, 2006. www.fundacionmhm.org/fondo_editorial.html
- TOMAS-VALIENTE LANUZA, C., *La cooperación al suicidio y la eutanasia en el nuevo C.P. (art. 143)* Tirant lo Blanc, Valencia, 2000.