

**EL DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES
PREVIAS: LÍMITES FORMALES Y
APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD.**

Ramón María Moscoso Torres.

Notario. Delegado de la Fundación Aequitas en Andalucía.

EL DOCUMENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS: LÍMITES FORMALES Y APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD.

A. CONCEPTO.

De todos es sabido que la libertad individual es uno de los principios fundamentales proclamado en los derechos modernos, principio que se dice debe respetarse en todos los aspectos que puede afectar a la vida humana y entre ellos obviamente está el de la salud. En este ámbito se proclama el principio de que cualquier intervención sanitaria requiere el consentimiento libre e informado de la persona afectada. Por tanto la persona humana tiene derecho a decidir, dentro de ciertos límites, cómo ha de ser tratada ante una eventual enfermedad, derecho que puede ejercitarse no sólo en el mismo momento en que se padezca la propia enfermedad, sino también en un momento anterior, en previsión de la enfermedad que pueda padecerse en un futuro, dándose entonces el llamado testamento vital, que es un documento en virtud del cual una persona expresa su voluntad sobre las actuaciones sanitarias de las que puede ser objeto en un futuro, en el cual esa persona prevé que ya no gozará de capacidad para consentir, y por tanto dicha voluntad por su estado de salud ya no podrá expresarla.

Presenta características comunes al testamento propiamente dicho, y quizás por ello se le haya llamado “testamento vital”, tales como la de tratarse de:

- Un acto individual, en el sentido de que no se admiten testamentos vitales mancomunados o conjuntos, es decir, otorgados por dos o más personas en un mismo documento.
- Un acto personalísimo, sin que su formación pueda dejarse al arbitrio de un tercero. No obstante en el testamento vital se puede designar un representante para que sustituya al otorgante en la prestación del consentimiento informado, representante que por tanto determinará cómo ha de tratarse el paciente cuando padezca la enfermedad.
- Un acto enteramente voluntario y libre.

- Un acto formal o solemne, pues se exigen determinadas formalidades para su válido otorgamiento.
- Y un acto esencialmente revocable o modificable, es decir, que puede dejarse sin efecto mediante el otorgamiento de otro nuevo, sujeto a las mismas formalidades, o simplemente mediante la manifestación de otra voluntad al médico por quien va a ser atendido en el momento de la enfermedad, si en ese momento aun se conserva la capacidad.

Sin embargo también existen diferencias apreciables, pues el testamento vital (a diferencia del testamento propiamente dicho) no tiene un contenido patrimonial, sino esencialmente personal, y además su eficacia no la despliega después de la muerte, sino en un momento anterior, cuando su otorgante todavía vive, aunque padeciendo una enfermedad, normalmente la última, si bien puede surtir algunos efectos después del fallecimiento, como ocurre cuando se hace donación de órganos

Quizás sean estas palpables diferencias las que hayan hecho que nuestro legislador no haya acogido para designar a este documento la denominación de testamento vital, sino que ha acuñado otras expresiones, tales como la de documento de instrucciones previas, en el ámbito de la legislación estatal, y la de documento de declaración de voluntad vital anticipada en el ámbito de la legislación autonómica.

Esta legislación estatal está constituida fundamentalmente por la **ley 41/2002 de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica**, que regula en su art. 11 el documento de instrucciones previas, y que define como **aquel por el cual, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo**. Y añade este mismo artículo que **el otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el**

médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.

La Exposición de Motivos de esta ley cita expresamente el **Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina, suscrito en Oviedo el 4 de abril de 1997**, el cual entró en vigor en el Estado Español el 1 de enero de 2000, y que establece como principio básico el del reconocimiento de la eficacia de las declaraciones de voluntad vital anticipada o instrucciones previas, al establecer su artículo 9 que **“serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”**.

Por consiguiente los Estados que ratifiquen este Convenio, entre los cuales está España, deben reconocer la eficacia de estas declaraciones, sin que puedan establecerse otras limitaciones que las propias que establece el Convenio en su artículo 26 que señala que **“el ejercicio de los derechos y las disposiciones de protección contenidos en el presente Convenio no podrán ser objeto de otras restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas”**.

B. LIMITACIONES LEGALES DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD VITAL ANTICIPADA.

Tales limitaciones pueden ser de fondo o de forma.

- 1) En cuanto a las limitaciones de fondo o contenido, el artículo 11.3 de la ley estatal dice que **“no serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la «lex artis», ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas”**.

No serán aplicables, pues, las restricciones contrarias al ordenamiento jurídico o a la “lex artis”, esto es, a la buena práctica profesional. En tal sentido hay que tener en cuenta que el artículo 143.4 del Código Penal castiga la llamada eutanasia activa¹, aunque establecer una correcta delimitación de la misma, es decir, determinar en cada caso concreto si puede haber o no este tipo de eutanasia, puede ser una cuestión muy ardua, pues un tratamiento concreto para algunos profesionales médicos puede constituir sedación terminal, mientras que para otros ese mismo tratamiento podría ser o rozar la eutanasia activa, y es por ello por lo que no faltan voces que claman para que se determine legalmente los límites de la sedación terminal, y lo mismo cabe decir con respecto a la llamada obstinación terapéutica. En cualquier caso son los profesionales sanitarios los que tienen más autoridad para la determinación de los cauces de la buena práctica profesional médica o sanitaria, y por tanto voy a centrarme en el tratamiento de los límites de forma.

- 2) Por límites de forma hay que entender los que afectan no al contenido de la declaración sino al medio o forma en que esa declaración ha de ser emitida. Esa declaración se puede emitir de múltiples formas (oral, escrita, y dentro de la forma escrita se puede pensar en diversos tipos de documentos) pero siendo declaraciones de gran trascendencia personal, es lógico que la ley exija un cierto rigor formal para su emisión, pues el equipo médico o sanitario debe tener seguridad de que esa declaración ha sido realmente emitida y querida por el paciente al que va a intervenir, y por tanto debe existir autenticidad o certeza de la declaración.

Pero a la inversa, también se debe de entender que los límites formales solo hay que imponerlos en la medida en que “constituyan medidas necesarias”, como dice el artículo 26 del Convenio de Oviedo, para asegurar la certeza

¹ Dice este artículo 143.4 del Código Penal que “el que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.

de la declaración, pues si se establecen otros límites formales podrían darse supuestos en que se tuviera conocimiento de forma indubitada de la existencia de declaraciones de voluntad vital anticipadas, válidas en cuanto al fondo, a las que no se pudiera dar eficacia por incumplimiento de un eventual requisito formal, lo que supondría una vulneración al principio general de dotación de eficacia a esas declaraciones de voluntad vital anticipada, que establece el artículo 9 de este Convenio Internacional, que en nuestro ordenamiento jurídico constituye la norma de mayor rango en jerarquía normativa en esta materia.

Esos límites de forma están establecidos tanto en la ley estatal como en las leyes de las respectivas Comunidades Autónomas.

La ley estatal solo exige que la declaración conste por escrito en su artículo 11.2. . Por consiguiente en principio parece que por muy claro que se tenga que un paciente haya podido manifestar con anterioridad de forma oral sus deseos respecto a una intervención médica, tales deseos no tienen que ser atendidos por no haberse formalizado por escrito. Aplicando el artículo 9.3 de la ley 41/2002, las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho, podrían determinar la aplicación de un tratamiento distinto al expresado de forma oral por el mismo paciente, sin perjuicio de que en caso de discrepancia entre esas personas vinculadas, alguna de ellas pudiera probar esos deseos reales, en cuyo caso podría acudir a la autoridad judicial que si estima probados tales deseos, debería dictar resolución judicial para que se atendieran al amparo del principio básico reconocido en el Convenio de Oviedo, y en ese caso la resolución judicial serviría como “escrito” a los efectos del artículo 11.2. No obstante esa resolución judicial podría llegar demasiado tarde, por lo que es evidente la conveniencia de formalizar estos escritos o documentos de instrucciones previas o voluntad vital anticipada².

² Se desprende del artículo 9.3 de la ley 41/2002 que cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho. Es por ello por lo que, si no hay discrepancias entre tales personas vinculadas con el paciente, y la intervención no entra dentro de

Además, y por el contrario, la sola exigencia de que las instrucciones previas consten por escrito, puede constituir una limitación insuficiente, pues un escrito que contenga una declaración de voluntad vital anticipada no garantiza por sí solo la autenticidad de la declaración si no está revestido de garantías adicionales. Con ese único requisito de que la declaración conste por escrito se plantearían múltiples problemas en la práctica, pues los profesionales sanitarios deberían averiguar si los escritos que se le presentan han sido realmente suscritos por los pacientes que van a tratar, por lo que es patente la necesidad de establecer otras garantías formales, encaminadas a asegurar esa autenticidad o certeza de la declaración.

Lo deseable hubiera sido que la legislación estatal hubiera establecido las formas de emisión de estas declaraciones, ya que se trata de una presupuesto fundamental para el ejercicio de este derecho de formulación de una declaración vital anticipada, que se considera como un derecho civil fundamental y humano al entroncarse con la propia dignidad humana, según se extrae del Convenio de Oviedo. El principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la Constitución Española) exige que las bases para el ejercicio de los derechos civiles fundamentales y humanos estén coordinadas en todo el territorio nacional, y por tanto lo lógico es que la regulación de las formas de emisión de este derecho hubiera sido materia reservada al Estado al amparo de los artículos 149.1.1 y 149.1.16 de la CE.

Y una vez establecidas por ley estatal las bases fundamentales para la emisión de la declaración de voluntad vital anticipada, que lógicamente regularía las formas de esa emisión, las leyes de las Comunidades

la eutanasia activa prevista en el artículo 143.4 del Código Penal, es difícil que pueda darse en España casos parecidos al de Eluana Englaro (Lecco, Italia, 25 de noviembre de 1970 - Udine, 9 de febrero de 2009), quien sufrió un accidente de tráfico que le dejó en estado vegetativo desde el 18 de enero de 1992, lo que motivó que su padre pidiera la posibilidad de suspender el suministro de alimentos, dejándola morir, ya que, según él, "habría expresado claramente el deseo de morir en caso de sufrir un accidente que la dejara en coma o en estado vegetativo", petición que fue rechazada en diciembre de 1999 por la Corte de Apelaciones de Milán, y en abril de 2005 por la Corte de Casación (en Italia, Tribunal Supremo), provocando una gran debate social en torno a la eutanasia. Una petición de un nuevo juicio fue concedida por la misma Corte de Casación el 16 de octubre de 2007. La Corte de Apelaciones de Milán sentenció, en julio de 2008, que el padre y tutor de Eluana, Beppino Englaro, tendría permitido interrumpirle el suministro de alimentación e hidratación, pero el día 6 de febrero de 2009, Silvio Berlusconi redactó un decreto que pretendía obligar a continuar con el tratamiento de Eluana, decreto que el presidente de la república, Giorgio Napolitano, rehusó firmarlo, impidiendo que entrase en vigor.

Autónomas regularían las medidas necesarias para asegurar su eficacia, que es precisamente lo que viene a decir la Disposición Final Primera de la ley estatal³, así como también el artículo 11.2 de la misma ley, que remite a los distintos servicios de salud para regular el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona.

Pero lo que ha ocurrido es que las leyes de las Comunidades Autónomas, en vez de limitarse a regular procedimientos de garantía de cumplimiento, han regulado procedimientos de emisión de estas declaraciones, dando lugar a diecisiete regulaciones distintas que, aunque muy parecidas, también presentan sus diferencias, lo que en una sociedad con una movilidad personal cada vez más creciente no resulta aconsejable en aras a la seguridad jurídica.

Al regular esos procedimientos de emisión se han admitido tres modalidades distintas de otorgamiento: el documento ante notario, el otorgado ante testigos, y el documento ante un funcionario de los Servicios de Salud de la Comunidad Autónoma correspondiente.

C. EL DOCUMENTO OTORGADO ANTE NOTARIO.

Todas las Comunidades Autónomas han previsto la posibilidad de que la declaración de voluntad vital anticipada o de instrucciones previas pueda formalizarse ante Notario, lo que es lógico teniendo en cuenta que en España el Notario es “el funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”⁴. Y si lo que se quiere garantizar es que no haya duda de que una declaración ha sido emitida por una persona identificada tal y como se contempla en un determinado documento, nada más lógico que otorgarla ante Notario, que además de dar fe, es un profesional

³ Esta norma establece "Esta Ley tiene la condición de básica, de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1.ª y 16.ª de la Constitución.

El Estado y las Comunidades Autónomas adoptarán, en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para la efectividad de esta Ley".

⁴ Así lo establece el artículo 1 de la ley del notariado.

especializado en apreciar bajo su responsabilidad la capacidad del otorgante, en indagar su voluntad y en plasmarla documentalmente, garantizando al mismo tiempo el secreto de las declaraciones que recibe y de los documentos que custodia.

Sin embargo en Andalucía, a pesar de que el reciente Decreto 59/2012 de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Vitales de Andalucía, ha terminado por reconocer la posibilidad de formalización ante notario, la ley andaluza (ley 2/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada) sorprendentemente no admitió este procedimiento de emisión, justificándose ello en la exposición de motivos de la ley en la conveniencia de que no se tenga que recurrir a terceros, como son los testigos y también se dice que son los fedatarios públicos “en un acto que se sitúa en la esfera de la autonomía personal y la intimidad de las personas”. Se limitó por tanto la libertad individual de emitir esta declaración ante notario bajo alegato de preservar la intimidad de las personas, cuando la intimidad es sin duda un dominio inherente a la persona humana que solamente ella podrá determinar cuándo se quebranta. Es decir, si una persona quiere hacer su declaración de voluntad vital anticipada ante notario, entiendo que tendrá que ser precisamente esa persona la que tenga que valorar si se rompe su intimidad por el hecho de efectuar la declaración ante notario, pero no me parece de recibo que esa valoración tenga que venir impuesta por la ley en detrimento de la libertad individual.

Esta inadmisión del documento notarial constituía una extralimitación del legislador andaluz, que necesariamente se ha tenido que corregir por las siguientes razones:

- En primer lugar porque no admitir la validez de un documento notarial que recoja una declaración, supone claramente una vulneración del principio fundamental establecido en el Convenio Internacional de Oviedo en esta materia, y que, como hemos reiterado, obliga a dotar de eficacia a estas declaraciones una vez que se tenga certeza de su existencia, y si ha sido emitida ante Notario, no se puede dudar de la certeza de su existencia, mientras su falsedad no haya sido declarada judicialmente.

- En segundo lugar porque el legislador autonómico no tiene competencia para regular la validez de los documentos notariales, que es competencia exclusiva estatal conforme al artículo 149.1. 8 de la Constitución Española.

- Y en tercer lugar porque la limitación establecida en la ley andaluza supone una restricción en el ejercicio del derecho a otorgar la declaración de voluntad vital anticipada que no puede tener cabida en el ya citado artículo 26 del Convenido de Oviedo, y por tanto lo vulnera, a mi juicio, con toda claridad.

Además puede dar lugar a situaciones absurdas, pues si una declaración de voluntad anticipada se considera válidamente emitida si es conforme a la legislación del lugar de otorgamiento⁵, se puede dar la paradoja de que una escritura pública de declaración de voluntad vital anticipada, a pesar de no estar inscrita, debe tener eficacia en todo el territorio nacional, incluido en Andalucía, salvo el caso que esa escritura se hubiera otorgado ante un notario con residencia en Andalucía, supuesto en el que los equipos médicos o sanitarios podrían entender que esa declaración no es válida al no ser conforme a la ley del lugar de otorgamiento que es la ley andaluza.

Es como digo una situación absurda además de muy complicada para los profesionales sanitarios, principales destinatarios de estas declaraciones, en cuanto que les puede generar situaciones de incertidumbre jurídica, en caso de que se les presente una declaración formalizada notarialmente en el territorio de esta Comunidad.

Así lo ha reconocido el Defensor del Pueblo de Andalucía, que en Resolución de 17 de septiembre de 2010 estima la validez de las declaraciones de voluntad vital anticipada otorgada en documento notarial considerándolas susceptibles de posterior inscripción registral, instando a la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía a que "se dicten las instrucciones precisas y/o se promueva la

⁵ Este principio se deduce del art. 11. 5 de la ley estatal que crea el Registro Nacional de Instrucciones Previas "con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y **formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas**". Este criterio conocido jurídicamente como "locus regit actum" además es expresamente acogido en algunas legislaciones autonómicas como la de la Comunidad Valenciana, Madrid, Castilla León, Murcia y La Rioja, aunque en alguna otra como la de Aragón al determinar el ámbito de aplicación se cuida de señalar que se aplica a las personas con residencia en su territorio, y la de Extremadura, declara solo aplicable su ley además de a los profesionales sanitarios de la Comunidad a los extremeños residentes y no residentes. Por todo ello sería deseable que la ley estatal resolviese con claridad los conflictos interregionales que se pudieran suscitar conforme al artículo 149.1.8 de la Constitución Española.

modificación del ordenamiento jurídico autonómico, en orden a que los documentos notariales referidos a declaraciones de voluntad vital anticipada, otorgados ante un notario de Andalucía, sean susceptibles de inscripción ante el registro administrativo correspondiente”.

Y la Junta de Andalucía ha terminado finalmente aprobando en fecha de 13 de marzo de 2012 un nuevo decreto de organización y funcionamiento del registro de voluntades vitales anticipadas, en cuya disposición adicional segunda ya se prevé la posibilidad de acceso al registro del documento notarial. No obstante, creo necesario la reforma de la ley andaluza (ley 5/2003 de declaración de voluntad vital anticipada), que sólo parece admitir la validez del documento ante funcionario dependiente de la Consejería de Salud inscrito en el registro. Además el Decreto de 2012 exige que el documento notarial reúna los requisitos del artículo 5 de la ley para su inscripción, y este art. 5 de la ley exige para que una declaración sea válidamente emitida *que se inscriba en el registro*, por lo que se puede dudar de la validez del documento notarial no inscrito, cuestión que es necesario solventar de forma definitiva por exigencias del principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 de la CE).

La cuestión también podría haber quedado solucionada si se hubiera llegado a aprobar el proyecto de ley estatal reguladora de los derechos de la persona en el proceso final de la vida (conocido como ley de muerte digna), publicado por el Boletín Oficial de las Cortes Generales del día catorce de junio de dos mil once, que modificaba el artículo 11 de la ley 41/2002, estableciéndose que “las instrucciones previas serán válidas y eficaces en todo el territorio nacional cuando consten en documento público o, siempre que, otorgadas por escrito de acuerdo con lo establecido en la normativa autonómica aplicable, se inscriban en el Registro Nacional de Instrucciones Previas”, por lo que teniendo la ley estatal, como hemos visto, el carácter de básica, dejaba aclarado que las normativas autonómicas no podrían establecer la necesidad de inscripción del documento público para su validez. No obstante, a pesar de haber concluido la legislatura anterior sin haberse aprobado este proyecto de ley, entiendo que la conclusión debe ser la misma, pues como ya he reseñado, las legislaciones autonómicas carecen de competencia para determinar la validez o invalidez de un documento público notarial por una cuestión

formal, como es la inscripción, aunque creo necesario una reforma legal, como ya he reseñado, para la plena efectividad del principio constitucional de seguridad jurídica.

D. EL DOCUMENTO OTORGADO ANTE TESTIGOS.

Otra de las posibilidades admitidas por las legislaciones autonómicas, a excepción de la andaluza, es el otorgamiento del documento sólo ante testigos, lo que en una declaración de tanta trascendencia personal como es la de instrucciones previas puede resultar extraña su amplia admisión. Piensen en el conflicto que se le puede presentar a un médico si se le hace llegar un documento que se quiere atribuir a un paciente que en el momento de la intervención médica no puede expresarse y cuya firma desconoce, y del que solo tiene la garantías de unos testigos que pueden no estar presentes y cuyas firmas tampoco tiene que conocer.

Por ello, desde mi punto de vista hubiera sido conveniente añadir alguna garantía adicional a este procedimiento, como es la inscripción en el Registro para su eficacia, tal y como exige la normativa de la Comunidad Autónoma Canaria o como se previó en el frustrado proyecto de ley estatal de “muerte digna”.

Con la intervención del funcionario encargado del Registro, que verifica la autenticidad de las firmas y el cumplimiento de los demás requisitos formales, las dudas podrían disiparse.

También podría pensarse que el documento ante testigos podría valer sin necesidad de inscripción en supuestos excepcionales como aquellos en los que el otorgante se encuentra ante un peligro inminente de muerte o de pérdida de conciencia, y por tanto no se pueda saber con certeza si se va a poder llegar a tiempo a la inscripción, que es precisamente lo que permite el Código Civil en su regulación en materia de testamentos. Pero si alguna de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho no lo aprueban, se generarían situaciones de conflictividad que es necesario evitar para salvaguardia de la seguridad jurídica, y no creo que se deba trasladar la responsabilidad en tales casos exclusivamente al médico, quien

debería decidir si consta de forma indubitada el cumplimiento de los requisitos formales de la declaración legalmente exigibles⁶.

E. EL DOCUMENTO ANTE UN FUNCIONARIO DE LOS SERVICIOS DE SALUD DE LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS.

Es otra de las alternativas admitidas por la mayoría de las normativas autonómicas. Normalmente es el mismo funcionario encargado del registro, al que se encomienda la apreciación de la capacidad y la verificación del cumplimiento de los requisitos formales del documento. Sin embargo no siempre se le impone de forma expresa la obligación de comprobar que el contenido del documento es conforme a la voluntad del otorgante, garantía que sí existe en los documentos ante notario, y que debería también existir en el otorgado ante cualquier otro funcionario, dada la gran trascendencia que puede tener un error de formalización, pues puede lugar a la aplicación de un tratamiento médico diametralmente opuesto al pretendido con la formalización de la declaración de voluntad vital anticipada.

F. LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO.

Una vez otorgado el documento por alguno de los procedimientos mencionados es evidente la necesidad de que llegue a conocimiento de los profesionales sanitarios que han de aplicarlo, pues de lo contrario no tendría eficacia. Con esa finalidad las legislaciones autonómicas crean los registros de voluntades vitales anticipadas, así como también las normas más recientes en esta materia, exigen la incorporación de estos documentos al historial clínico del paciente, lo cual obviamente ha de complementarse imponiendo al profesional sanitario la obligación de consultar estos registros así como el historial clínico del paciente cuando en el momento de ser atendido no puede expresar su voluntad .

⁶ Señala el artículo 17.3 de Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana que “deberá constar, indubitadamente, que este documento ha sido otorgado en las condiciones expuestas en el apartado anterior” y en los mismos términos se pronuncia el artículo 15.5 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón.

De la misma forma la ley estatal 41/2002 crea en su artículo 11.5 el registro nacional de instrucciones previas (regulado por el Real Decreto 124/2007 de dos de febrero) "con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas", de tal forma que "inscritas las instrucciones previas en el correspondiente registro autonómico, el encargado de éste lo comunicará al Registro nacional de instrucciones previas, por vía telemática y dentro de los siete días siguientes a la inscripción efectuada"⁷.

Con la inscripción, el documento será conocido por el profesional sanitario que ha cumplido su obligación de consultar el Registro, sin necesidad de que ese documento lo lleve personalmente el paciente o sus familiares en el momento en que va a ser atendido, y además tratándose de un documento privado, como es el otorgado ante testigos se dota de autenticidad al documento, con lo que se evitan problemas a los profesionales médicos que no tendrán que comprobar la autenticidad del documento. Pero si el documento ya es auténtico por haberse formalizado ante notario u otro funcionario público, el afán de conseguir la eficacia del documento no puede conducir al error de erigir la inscripción como constitutiva o determinante de la validez, como hace la legislación andaluza, ya que en ese caso podría negarse la eficacia de un documento público por el hecho de no estar inscrito, consiguiéndose el efecto contrario al que debe servir la inscripción que es el dotar de eficacia a los documentos de cuya validez no se pudiera dudar, pues si la inscripción fuera constitutiva o determinante de la validez, un documento no inscrito no sería válido y por tanto no se le podría dar eficacia, cuando precisamente la finalidad de la inscripción es la contraria, esto es, dotar de eficacia a los documentos de cuya validez no se pudiera dudar.

En definitiva, con la inscripción constitutiva, que es el criterio que sigue la ley andaluza, podría sostenerse la invalidez del documento notarial no inscrito, conclusión que desde mi punto de vista no se puede sostener en contemplación del principio básico del Convenio de Oviedo de reconocimiento de la eficacia de las declaraciones de voluntad vital anticipada o instrucciones previas, a las cuales, una vez garantizada su autenticidad, como ocurre cuando consten en documento notarial, no se les puede exigir requisitos añadidos cuyo incumplimiento pueda determinar su invalidez e ineficacia.

⁷ Artículo 3.1 del R.D. 124/2007.

Pero el hecho de que a la inscripción no pueda darse carácter constitutivo o presupuesto de validez, no significa que no deba impulsarse, por cuanto creo que es el medio más eficaz para dotar de eficacia a estas declaraciones. De ahí que considere necesario imponer a los notarios o funcionarios intervinientes en la formalización de estos documentos la obligación de comunicar al registro autonómico su otorgamiento, criterio que es el que se está imponiendo, mediante la suscripción de convenios entre los correspondientes Departamentos de Salud de las Comunidades Autónomas y los Colegios Notariales, que obligan al notario a hacer una comunicación telemática de la formalización del documento.

Pero presupuesto de esa formalización documental es la constancia de la capacidad del otorgante en cuyo extremo me voy a detener a continuación.

G. LA APRECIACIÓN DE LA CAPACIDAD DEL OTORGANTE.

Uno de los presupuestos de validez del documento de instrucciones previas es la capacidad del otorgante, requisito que exigen tanto la ley estatal como las normativas autonómicas aunque entre éstas se aprecian importantes diferencias de criterio.

Así la ley estatal y la mayoría de normas autonómicas exigen la mayoría de edad, pero ya la ley andaluza admitió la validez del documento otorgado por el menor emancipado, criterio que también ha admitido Cataluña y la Comunidad de Valencia. En Navarra se admite su otorgamiento por mayor de dieciséis años, sin necesidad de emancipación, y en Aragón puede ser otorgado por el mayor de catorce años en su caso con la asistencia prevista en el artículo 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona.

El rigor de la exigencia de la mayoría de edad entiendo que no casa bien con la necesidad de tomar en consideración los deseos expresados anteriormente por un paciente que en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad, conforme al principio proclamado en el Convenio de Oviedo, por cuanto que en etapas anteriores a la mayoría de edad se puede tener madurez suficiente para expresar deseos respecto a una intervención médica. En tal sentido

resulta llamativo que el Código Civil considere la edad de catorce años como apta para otorgar testamento, documento que desde mi punto de vista se presta más a utilizarse de forma impremeditada o irreflexiva que el documento de instrucciones previas al tener éste más trascendencia personal.

Por ello entiendo que las diferentes normativas del Estado deberían acoger criterios próximos a los de la ley foral navarra 17/2010, de admitir el otorgamiento a partir de los dieciséis años, imponiendo la necesidad de que en caso de actuación de grave riesgo, los padres o tutores sean informados, según criterio del facultativo, y su opinión sea tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente⁸.

Además éste es el criterio que sigue la propia ley estatal en su artículo 9.3 con respecto a la prestación del consentimiento informado, que excluye la posibilidad de otorgarlo por representación a partir de los dieciséis años (y por tanto será el propio menor quien lo otorgue siempre que sea capaz de comprender el alcance de su intervención) y además exige a partir de los doce años, tener en cuenta su opinión. Si el testamento vital no es más que la prestación del consentimiento informado otorgado de forma anticipada, en previsión de una futura enfermedad, no se alcanza a comprender bien las diferencias de criterio entre los artículos 9 (regulador del consentimiento informado) y 11 (relativo a las instrucciones previas) de la misma ley 41/2002, por lo que *de lege ferenda* sería conveniente una modificación en este extremo del artículo 11 de dicha ley.

CON RESPECTO A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, hay que partir de la Convención de las Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, que exige en su artículo 12 la dotación a estas personas de los apoyos necesarios para el ejercicio de su capacidad jurídica, así como también en su artículo 25.1 exige a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado.

Por consiguiente no se debe excluir a una persona con discapacidad de la posibilidad de otorgar un documento de instrucciones previas por el hecho mismo

⁸ Artículo 51.2 con relación al artículo 54.1 de la ley 17/2010.

de la discapacidad. Solo en el caso altamente improbable de que se trata de una persona incapacitada judicialmente con sentencia que contenga un pronunciamiento expreso acerca de la incapacidad para otorgar este específico documento habría que excluir en principio la posibilidad de su otorgamiento.

Pero si la sentencia de incapacitación no contiene pronunciamiento expreso, no tiene que excluirse de forma absoluta la posibilidad de su otorgamiento⁹. Es cierto que el artículo 9.3 de la ley estatal 41/2002 establece que si una persona está incapacitada judicialmente la prestación del consentimiento informado corresponderá a su legítimo representante, padre o tutor, pero desde mi punto este precepto hay que interpretarlo para aplicarlo solo en dos supuestos: uno, cuando la sentencia de incapacitación haya previsto la incapacidad para prestar el consentimiento informado; y el otro, cuando aún faltando esta previsión en la sentencia de incapacitación, la persona con discapacidad no sea capaz de comprender el alcance de la intervención¹⁰, pues lo contrario podría suponer una vulneración a los artículos 12 y 25.1 de la Convención de las Naciones Unidas de 2006.

Igualmente también es cierto que algunas legislaciones autonómicas como la de Madrid, La Rioja y Castilla León exigen como requisito para su otorgamiento el hecho de no estar incapacitado judicialmente y otras como la de Canarias y Baleares exigen tener una plena capacidad de obrar. Pero a pesar de ello, en estas Comunidades es norma con rango superior jerárquico a sus leyes reguladoras de estos documentos, la Convención de las Naciones Unidas citada, que proclama unos derechos para las personas con discapacidad que hay respetar, y entre ellos el de prestar un consentimiento libre e informado a cualquier intervención médica, consentimiento que puede prestarse de forma anticipada a través de este documento.

⁹ La ley andaluza admite expresamente la posibilidad de que los incapacitados judicialmente puedan emitir la declaración salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación. La del País Vasco y Castilla La Mancha, parecen seguir un criterio parecido al exigir como requisito que no se esté incapacitado judicialmente “para ello” o “para emitirla”.

¹⁰ También hay que tener en cuenta que el artículo 9.5 de la ley 41/2002 establece que el paciente participará *en la medida de lo posible* en la toma de decisiones a lo largo del proceso sanitario. Por consiguiente si el paciente está en condiciones de comprender el alcance de su intervención, no se puede excluir su participación, aunque esté incapacitado judicialmente.

En estos casos, y lo mismo cuando se trata de una persona con discapacidad no incapacitada judicialmente, el notario o el funcionario del correspondiente servicio de salud, ha de apreciar si la persona que se propone otorgar este documento tiene capacidad suficiente¹¹ para ello. Se ha de emitir en consecuencia un juicio de capacidad que básicamente consiste en determinar si esa persona con discapacidad quiere pasar por las consecuencias de su declaración. Se trata de un procedimiento técnico jurídico, y no médico o psiquiátrico¹², ya que lo que hay que determinar no es la patología que se padece sino si el sujeto está en condiciones de prestar una declaración coherente y querida de voluntad vital anticipada, labor que se ha de realizar cumpliendo la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, que exige el apoyo de estas personas en el ejercicio de su capacidad jurídica. Y ese apoyo debe empezar por los funcionarios públicos intervinientes en el ejercicio del derecho pretendido, que deben poner todos los medios posibles para indagar la voluntad, y solo en el caso de que no se pueda descubrir, habría que negar la autorización o inscripción del documento.

A pesar de tratarse de un procedimiento más técnico-jurídico que médico, el notario o el funcionario correspondiente puede servirse del dictamen de facultativos para apreciar la capacidad, posibilidad expresamente admitida en el artículo 665 del Código Civil en materia de testamentos que pretendan otorgarse por personas incapacitadas judicialmente, con sentencia que no contenga pronunciamiento expreso acerca de la capacidad para testar. Y para tales casos puede tenerse en cuenta los criterios que, las llamadas leyes de “muerte digna” de Andalucía, Aragón y Navarra¹³, proporcionan para que los facultativos médicos puedan apreciar la capacidad, tales como la dificultad para comprender la información que se suministra, la retención de la misma y su utilización lógica en el proceso de toma de

¹¹ Las normativas autonómicas de Valencia, Cataluña y Extremadura utilizan la terminología de “capacidad suficiente” al referirse al requisito de la capacidad.

¹² Así lo entiende Rafael Martínez Die con relación al juicio de capacidad, en “El juicio de capacidad en su dimensión negativa: régimen jurídico y consecuencias”. *La Notaría*, mayo de 2012.

¹³ Andalucía: artículo 20 de la ley 2/2010 de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.

Aragón: artículo 20 de la ley 10/2011 de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte.

Navarra: artículo 19 de la ley foral 8/2011 de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte.

decisiones, la apreciación de las consecuencias entre las distintas alternativas, o la posibilidad de tomar finalmente una decisión o comunicarla. También aconseja contar con la opinión de otros profesionales implicados directamente en la atención de los pacientes y con la familia y seres queridos, con objeto de tener la mejor información posible.

Por otra parte también considero que es posible la aplicación al documento de instrucciones previas de lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 9 de la ley estatal 41/2002 cuando exige ofrecer a las personas con discapacidad, las medidas de apoyo pertinentes, incluida la información en formatos adecuados, siguiendo las accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad, para favorecer que pueda prestar por sí su consentimiento. Este precepto está redactado conforme a la ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas de discapacidad, ley que desde mi punto de vista tuvo que haber incidido no solo en la prestación del consentimiento informado sino también en el documento de instrucciones previas, en cuanto que, como ya hemos reiterado, es una prestación del consentimiento informado otorgado de forma anticipada.

También he de decir que la prestación de estas medidas de apoyo, que evidentemente exige la intervención de terceros en el otorgamiento del documento de instrucciones previas, desde mi punto de vista no supone en ningún modo la quiebra del carácter personalísimo del documento de instrucciones de previas, pues esas medidas se prestan precisamente para facilitar la adopción de una decisión personalísima del otorgante, a quien no se sustituye en el ejercicio del derecho¹⁴.

Igualmente el notario podría exigir la presencia de testigos para reforzar el juicio de capacidad, lo que puede tener base nuevamente en la analogía con el artículo 697.3 del Código Civil cuando regula la intervención de testigos en los testamentos.

¹⁴ Creo que no se puede trasladar la doctrina de la DGRN de la Resolución de 30 de septiembre de 2005, que en relación a los testamentos niega la posibilidad de intervención de cualquier persona, incluso curador, para complementar la capacidad del otorgante, debido a su carácter personalísimo. Esta doctrina podría pugnar con la necesidad de implementar medidas de apoyo o de “ajuste razonable” que exige la Convención de las Naciones Unidas de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad, en el ejercicio de los derechos.

En definitiva el hecho de la incapacitación judicial, por si sola, no debe impedir siempre a la persona afectada el otorgamiento de este documento por mucho que la normativa autonómica correspondiente la erija como causa que lo impida. Evidentemente el notario o funcionario correspondiente la debe tener en cuenta de forma muy especial para emitir su juicio de capacidad, pero entiendo que no siempre va a impedir que la persona que se proponga formalizar este documento pueda hacerlo, pues en un momento determinado la persona incapacitada judicialmente puede tener un intervalo de lucidez mental, o simplemente la discapacidad que ha provocado la incapacitación judicial no puede ser de una entidad tal que impida a esa persona la declaración de voluntad vital anticipada. Y de forma inversa, el hecho de no estar incapacitado judicialmente va a permitir siempre el otorgamiento, lo que puede ser una obviedad en personas que padezcan una discapacidad psíquica muy severa.

En cualquier caso también quiero destacar que para la apreciación de capacidad, especialmente en personas con discapacidad, es imprescindible que quien se proponga otorgar un documento de instrucciones previas transmita al funcionario correspondiente la presunta voluntad, pues de lo contrario es imposible que la misma pueda ser correctamente indagada y plasmada en el correspondiente documento. Por ello, como antes apuntaba, la apreciación de la capacidad está reñida con una preservación absoluta o llevada a sus últimos extremos de la intimidad personal como pretende la ley andaluza, que la entiende quebrantada por el solo hecho de manifestar la voluntad al notario o personas ante las que se formaliza el correspondiente documento, cuando lo lógico es que la sociedad civil confíe en el cumplimiento del deber impuesto a estos funcionarios públicos de guardar secreto de las manifestaciones que reciban de los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos, deber que en el caso de los notarios, rara vez se ha puesto en cuestión su incumplimiento.

La comunicación de la presunta voluntad es en definitiva presupuesto del apoyo que ha de prestarse a las personas con discapacidad, y que la Convención de las Naciones Unidas exige. Además en la formalización de un documento de tanta trascendencia personal como el que estamos tratando, quizás no solo necesiten

apoyo las personas con discapacidad, sino también otras personas, bien porque no tengan suficiente formación cultural para comprender el significado de las proposiciones impresas en los modelos de declaración de voluntad vital anticipada, o bien porque, aun teniendo alguna formación cultural, es posible la comisión de errores en la formalización del documento, errores que pueden llevar a un desenlace fatal. Y para demostrar que hay errores que no es difícil cometer, solo se tienen que leer el modelo de declaración de voluntad vital anticipada previsto en el anexo II del decreto 238/2004 de 18 de mayo, por el que se regula el Registro de Voluntades Vitales de Andalucía, y que estará vigente hasta el día veintiséis de abril de 2012, pues afortunadamente quedará derogado con la entrada en vigor del nuevo decreto de 13 marzo de 2012. Dicho modelo contiene un formulario con las más frecuentes afirmaciones o negaciones de voluntad vital anticipada a las que debe responderse marcando una casilla en blanco de “sí”, “no” o “no me pronuncio”. Pues bien, basta leer alguna de ellas para darse cuenta de la posibilidad de error, y concretamente, entre otras, la declaración tercera que dice:

“Deseo que no me sea aplicada ninguna de las medidas de soporte vital, reanimación o cualquier otra con el fin de prolongar mi supervivencia.” Y siguen las casillas en blanco del “sí”, “no” o “no me pronuncio”.

Si uno no quiere que no le sea aplicada ninguna de esas medidas de soporte vital tendrá que marcar la casilla del “sí”. Pero también es posible que uno piense que como no quiere ninguna de esas medidas en realidad debe marcar la casilla del “no”. Pues bien en ese hipotético caso, nada improbable, y de hecho me consta que este concreto error se ha producido en la práctica, el embrollo ya estaría montado.

Con todo esto se demuestra una vez más la certeza del llamado “modelo social” en el tratamiento de la discapacidad, acogido por la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, y que parte de la consideración de que la sociedad no se divide en personas “capaces” e “incapaces”, sino que se compone de sujetos con capacidades y aptitudes diversas que en algunas situaciones pueden necesitar niveles de ayuda o asistencia distintos para el ejercicio de su capacidad jurídica y la adopción de sus decisiones. Evidentemente las personas con discapacidad psíquica podrán necesitar un mayor grado de atención y

asistencia, pero especialmente cuando sea trate de adoptar una decisión personalísima, como es la de determinar cómo una persona debe ser tratada ante una eventual enfermedad, habrá que tener en cuenta cuáles son sus preferencias, valores y deseos, ya que lo contrario supondría atentar contra la propia dignidad humana, premisa fundamental tanto del Convenio de Oviedo como de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad.