



UNIVERSIDAD DE MURCIA

ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

Eficacia Jurídica de las Declaraciones de Voluntad
Contenidas en los Documentos de Instrucciones
Previas Sanitarias

D.^a María José Ayala Vargas

2022

**UNIVERSIDAD DE
MURCIA**



ESCUELA INTERNACIONAL DE DOCTORADO

DE LA

UNIVERSIDAD DE MURCIA

TESIS DOCTORAL

**EFICACIA JURÍDICA DE LAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD
CONTENIDAS EN LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS
SANITARIAS**

María José Ayala Vargas

Realizada bajo la dirección de los doctores

**Dr. Juan Antonio Fernández Campos
Dr. José Ramón Salcedo Hernández**

Murcia, 2022

VOLUNTAS AEGROTI SUPREMA LEX,



Alegoría de la Medicina, 1888. Autor: Asterio Mañanós. Iltr. Colegio Oficial de Médicos de Palencia

NON OMNIS MORIAR

Dedicatoria

A mi marido José Antonio por todo su apoyo y sus ánimos a superarme, y sobre todo por la comprensión del tiempo que no ha podido pasar conmigo.

A mis padres, familia y amigos, por su ayuda, cariño y comprensión.

In memoriam

A mi padre, quien me ha enseñado a respetar la voluntad de los demás y defender todo aquello en lo que uno cree, y sobre todo por su apoyo incondicional en esta Tesis.

A mi amiga Juana María que la vida se la llevó muy pronto dejándonos huérfanos de su amistad, por estar a mi lado en los principios de este proyecto.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	8
1. JUSTIFICACIÓN.....	8
2. OBJETIVOS.....	10
3. ESTRUCTURA.....	11

PARTE PRIMERA LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS COMO EXPRESIÓN DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE

CAPÍTULO I. EL CONTEXTO DE LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS..... 14

I.1.- EL ESCENARIO ORIGINARIO: LAS DECISIONES AL FINAL DE LA VIDA.....	14
I.2.- UNA APROXIMACIÓN A LA REALIDAD REGIONAL Y NACIONAL.....	16
I.3.- AUTONOMÍA DEL PACIENTE: LOS PRINCIPIOS DE LA BIOÉTICA.....	22
I.4.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN EN ESTADOS UNIDOS, EUROPA Y AMÉRICA LATINA	25
I.5.- PANORAMA LEGISLATIVO EN ESPAÑA: DIVERSIDAD Y PROFUSIÓN LEGISLATIVA ..	37
5.1.- <i>Antecedentes</i>	37
5.2.- <i>Legislación autonómica</i>	39
5.3.- <i>Conflictos entre ley estatal y leyes autonómicas</i>	46
5.4.- <i>Incidencia de la legislación sobre garantías y derechos al final de la vida en los documentos de instrucciones previas</i>	48

CAPÍTULO II. REQUISITOS PERSONALES Y FORMALES DE LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS..... 54

II.1.- LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS COMO NEGOCIO JURÍDICO	54
II.2.- ELEMENTOS PERSONALES.....	58
II.3.- REQUISITOS FORMALES	69
3.1.- <i>Formas de otorgar las instrucciones previas</i>	69
3.2.- <i>La inscripción del Documento de Instrucciones Previas en el Registro: ¿puede configurarse como requisito para su validez?</i>	75
II.4. LOS REGISTROS AUTONÓMICOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS. EN ESPECIAL, EL REGISTRO DE LA REGIÓN DE MURCIA	78

CAPÍTULO III. EL CONTENIDO DE LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS..... 84

III.1.- LOS CUIDADOS Y TRATAMIENTOS MÉDICOS	92
1.1.- <i>Situaciones al final de la vida con soporte vital y sus limitaciones</i>	98

1.2.- Las instrucciones previas en los Testigos de Jehová.....	105
1.3.- Las enfermedades mentales y el documento de instrucciones previas	106
1.4.- La prestación de ayuda a morir en el documento de instrucciones previas	110
III.2.- DESTINO POST MORTEM DE ÓRGANOS Y DEL CUERPO	116
2.1.- Datos de donación y trasplante de órganos y los documentos de instrucciones previas	121
2.2.- Consentimiento presunto y declaraciones de la familia	126
2.3.- La donación de órganos en las diferentes confesiones religiosas.....	128
2.4.- Donación de órganos en asistolia	130
2.5.- Donación y trasplante de células y tejidos humanos y los productos derivados de ellos	139
2.6.- El destino del cuerpo una vez fallecido	140
2.7.- Autopsias clínicas	145
III.3.- NOMBRAMIENTO DE REPRESENTANTE.....	147
3.1.- Funciones del representante	150
3.2.- Designación de representante	155
3.3.- Revocación del nombramiento.....	161
III.4.- OTRAS DECLARACIONES DE VOLUNTAD	163
4.1.- Autorización de la fecundación post mortem	163
4.2.- Asistencia espiritual.....	166
4.3.- Lugar donde pasar los últimos días.....	169
4.4.- Caso de mujer embarazada	169
4.5.- No ser informado ante diagnósticos fatales.....	170
4.6.- Acceso a la historia clínica una vez fallecido el paciente	171
4.7.- Seguro privado de dependencia.....	171

PARTE SEGUNDA. EL VALOR (EFICACIA) JURÍDICO DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE EXPRESADA EN LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS

CAPÍTULO IV. EFICACIA EN EL TIEMPO DE LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS

IV.1. ACTUALIDAD DE LA VOLUNTAD DEL PACIENTE EXPRESADA EN LOS DOCUMENTOS	174
IV.2. REVOCACIÓN, MODIFICACIÓN Y SUSTITUCIÓN DE LOS DOCUMENTOS	179

CAPÍTULO V. EL CUMPLIMIENTO DE LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS POR LOS PROFESIONALES SANITARIOS ...

V.1. ACTUACIÓN DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS EN RELACIÓN CON LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS. (LOS COMITÉS DE ÉTICA ASISTENCIAL)	184
1.1.- <i>Deberes de los profesionales sanitarios en relación con los documentos de instrucciones previas</i>	184
1.2.- <i>Los Comités de Ética Asistencial</i>	189
V.2. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EXPRESADA EN LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS.....	192
2.1.- <i>Instrucciones contrarias al ordenamiento jurídico</i>	192
2.2.- <i>Instrucciones contrarias a la lex artis</i>	196
2.3.- <i>Instrucciones en las que el supuesto de hecho previsto por el otorgante no se corresponda con la situación real</i>	200
V.3. LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA DE LOS PROFESIONALES SANITARIOS Y LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS	202
3.1.- <i>Introducción</i>	202
3.2.- <i>La objeción de conciencia en la jurisprudencia y la legislación</i>	206
3.2.1.- <i>Reconocimiento en la jurisprudencia</i>	207
3.2.2.- <i>Regulación positiva: Constitución, Derecho internacional, estatal y legislación autonómica</i>	210
3.3.- <i>Códigos Deontológicos</i>	217
3.4.- <i>Límites en la objeción de conciencia</i>	219
3.5.- <i>Objeción de conciencia e instrucciones previas</i>	222
 CAPÍTULO VI. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS	229
VI. 1. RESPONSABILIDAD PENAL	233
1.1.- <i>Actuar conforme a la voluntad del paciente exime de responsabilidad penal al profesional sanitario</i>	235
1.2.- <i>Lesiones y coacciones (relevancia del consentimiento)</i>	239
1.3.- <i>Estado de necesidad</i>	246
1.4.- <i>Otros tipos penales contra la voluntad del paciente</i>	252
VI. 2. RESPONSABILIDAD CIVIL	256
VI. 3. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA	267
VI. 4. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA DEL PROFESIONAL SANITARIO	275
VI. 5. RESPONSABILIDAD DEONTOLÓGICA	280
 CONCLUSIONES	286
BIBLIOGRAFÍA	290
ENLACES POR ORDEN DE APARICIÓN:	305
ANEXOS	311

INTRODUCCIÓN

1. Justificación

Estudios recientes¹ constatan un progresivo incremento de las inscripciones de documentos de voluntades anticipadas debido a varios factores, entre ellos al envejecimiento de la sociedad y la proliferación de enfermedades degenerativas, que permiten tomar cada vez más en consideración la importancia de la autonomía de la voluntad al expresar las decisiones respecto a recibir o no una técnica o procedimiento sanitario, donación de órganos, así como el nombramiento de un representante como interlocutor con el profesional sanitario: de esta forma se asegura que será la decisión del otorgante, y no la de terceros, la que prevalezca en la asistencia sanitaria que se va a recibir².

A través del documento de voluntades anticipadas se trata de evitar el tan temido encarnizamiento terapéutico con la prolongación de tratamientos fútiles consecuencia de los adelantos médicos que permiten prolongar la vida del paciente a pesar de las bajas expectativas de vida, más aún cuando se han tenido conocimiento de casos en los que se han mantenido en el tiempo situaciones indeseadas por no contar con este tipo de documentos, como sucedió en el caso de Nancy Cruzan, Eliana Englaro, Vicent Lambert, etc.

El documento de voluntades anticipadas supone un instrumento privilegiado para manifestar la voluntad del paciente en el caso de tratamientos médicos. Además, también ha demostrado ser útil para expresar otros contenidos de gran importancia para el otorgante como la autorización de la fecundación *post mortem*, asistencia espiritual, donación del cuerpo con finalidad docente e investigadora, o donación de órganos, el poder reflejar situaciones probables de casos de enfermedad mental³ o la inclusión de un

¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Las voluntades anticipadas como fórmula de protección de la autonomía de las personas mayores”, en ANDREU MARTÍNEZ, M. B. y SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R. (coordinadores) *Autonomía del paciente mayor, vulnerabilidad y e-salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 189-192.

² DIAS PEREIRA, A.G., *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, 2015, pp. 371 y ss.

³ AYALA VARGAS, M.J., VIGUERAS PAREDES, P., SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El contrato de Ulises como modalidad de documento de instrucciones previas”. *Derecho y Salud*, Vol. 25, Nº Extra 1, 2015, pp.105-111.

seguro de la dependencia⁴ entre otros. Sin embargo, la aplicación de dicho documento no se presenta plácida puesto que pueden surgir problemas de interpretación a pesar de establecer los valores y principios del otorgante y existir un representante. Por ello, se prevé la posibilidad de acudir al Comité de Ética Asistencial como órgano multidisciplinar que puede orientar sobre las dudas planteadas, así como establecer protocolos en temas relacionados con la bioética.

El documento de voluntades anticipadas no será aplicado cuando sea contrario al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* o cuando no se corresponda con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. No hay que olvidar que existe la posible objeción de conciencia por parte del profesional sanitario para no cumplir el contenido del documento debiendo de subsanarse tal eventualidad para poder hacer efectiva la voluntad de paciente⁵.

Sin duda, el documento de voluntades anticipadas tiene eficacia jurídica; sin embargo, ha sido poco tratado el estudio en nuestra doctrina de las consecuencias que supone la no aplicación del mismo, así como de sus correspondientes responsabilidades aparejadas tanto penales como civiles, patrimoniales, administrativas o deontológicas.

La plena garantía del cumplimiento del documento de voluntades anticipadas es crucial para dotar de eficacia al mismo y otorgar la debida seguridad jurídica al paciente que verá cumplido su reconocido derecho a la autonomía. Esta figura jurídica no sólo es necesaria, y conveniente, para respetar la personalidad de cada individuo sino también para facilitar la labor del facultativo o de los familiares⁶.

⁴ AYALA VARGAS, M.J., VIGUERAS PAREDES, P., AMOSTEGUI FERNÁNDEZ, E., HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, L., SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El seguro de la dependencia en el documento de instrucciones previas”, *Revista Digital Ilustre Colegio de Abogados de Murcia*. Edición Nº III, 2019, Murcia, pp. 42-51.

⁵ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Objeción de conciencia sanitaria”, en SALCEDO HERNÁNDEZ (director) *Derecho y salud: estudios de Bioderecho: (Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 302-317.

⁶ HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, L., “Notas sobre la autonomía de la voluntad de las personas vulnerables en el ámbito socio-sanitario”, *Revista Internacional de Investigación en Bioderecho*, nº 3, 2016, pp. 1-18.

Por último, en este estudio hemos constatado una variedad legislativa autonómica, que no siempre es coincidente a la estatal, por lo que surge diversidad entre comunidades en la regulación de temas de gran importancia tales como la edad del otorgante, la forma de otorgar o la obligatoriedad de su registro, que supone una fuente potencial de conflictos jurídicos y dificulta su conocimiento por los profesionales y por los ciudadanos⁷.

2. Objetivos

En la presente investigación nos proponemos alcanzar los siguientes objetivos:

- 1) Estudio del régimen jurídico de los documentos de voluntades anticipadas en el ordenamiento español. Somero estudio del origen y evolución de esta institución, así como su realidad social y legal actual.
- 2) Analizar los requisitos personales y formales de los documentos de voluntades anticipadas, así como la necesidad o no de inscripción en algún Registro para determinar su eficacia.
- 3) Analizar las diversas declaraciones de voluntad que se pueden introducir como contenido de estos documentos de voluntades anticipadas, tanto las previstas en el artículo 11 de la Ley 41/2002 como otras.
- 4) Examinar la eficacia jurídica que habrá que otorgarse a la voluntad del paciente contenida en los documentos de voluntades anticipadas como negocio jurídico de Derecho Civil en el ámbito de la asistencia sanitaria, su eficacia en el tiempo y su revocación.
- 5) Examinar el carácter vinculante para los profesionales sanitarios de la voluntad del paciente manifestada en los documentos de voluntades anticipadas así como el alcance de la cláusula de objeción de conciencia del profesional sanitario para no cumplir la voluntad del paciente.

⁷ MARÍN MORA, A.A., *La autonomía del paciente expresada en los documentos de voluntades anticipadas*, Tesis doctoral Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, 2019.

- 6) Estudiar las consecuencias que se derivan de la falta de cumplimiento de los documentos de voluntades anticipadas y, por tanto, la diversa responsabilidad en la que pueden incurrir los profesionales sanitarios que no tienen en cuenta la voluntad del paciente así expresada.

3. Estructura

La primera parte de la tesis consta de tres capítulos: en el primer capítulo después de una introducción acerca de los documentos de voluntades anticipadas, examinando su origen así como su implantación en la sociedad en el momento actual, analizaremos el principio de autonomía del paciente, y los otros principios de la bioética. Estudiaremos la evolución histórica de este tipo de documentos en los Estados Unidos y su llegada a Europa, América Latina y España. Examinaremos la diversidad legislativa existente tanto a nivel estatal como autonómico.

En un segundo capítulo analizaremos cuál es la estructura de los documentos de voluntades anticipadas como negocio jurídico en el ámbito sanitario, las similitudes o diferencias existentes con otras figuras jurídicas. Examinaremos la figura del otorgante para el que el artículo 11 de la Ley 41/2002 exige que sea mayor de edad, capaz y libre. Esto supone, por tanto, la imposibilidad del menor de edad de otorgar estos documentos de voluntades anticipadas a diferencia de lo que sucede con el consentimiento informado. Después nos centraremos en los requisitos formales para otorgar el documento de voluntades anticipadas, y las distintas posibilidades existentes de otorgarse: ante testigos, ante notario y ante el funcionario del Registro de Instrucciones Previas correspondiente. Veremos, finalmente la importancia de los Registros de Instrucciones previas tanto autonómicos como estatal, su procedimiento de inscripción y acceso al Registro Nacional de Instrucciones Previas y cómo aseguran una mayor eficacia al permitir el conocimiento en todo el sistema nacional de salud de las voluntades anticipadas otorgadas en cualquier lugar.

En el capítulo tercero nos centraremos en el contenido de los documentos de voluntades anticipadas. Un primer apartado estará dedicado a los cuidados y los

tratamientos médicos que se quieren o se rechazan, para evitar la obstinación terapéutica que suponga prolongar la vida del otorgante innecesariamente, incluso con la posibilidad de solicitar la prestación de ayuda médica a morir, con base en la Ley Orgánica 3/2021, de regulación de la eutanasia. Un segundo apartado referente al destino *post mortem* de órganos y del cuerpo, pionera inclusión no contemplada por el originario *living will* norteamericano, el propio otorgante podrá expresar su deseo de ser donante de órganos y esta decisión habrá de cumplirse. En un tercer apartado se hará referencia a la importante figura del representante, interlocutor con el equipo médico el cual velará por el cumplimiento de la voluntad del paciente contenida en el documento de voluntades anticipadas, ayudará a una correcta interpretación del documento e incluso llegará a tomar decisiones concernientes a la salud del paciente cuando no se encuentren recogidas en el propio documento. Veremos la importancia que tiene esta figura y los requisitos e impedimentos para ser representante. Por último en el apartado cuarto veremos otras declaraciones de voluntad que podrán formar parte de estos documentos, como por ejemplo la autorización de la reproducción asistida *post mortem* (art.9 Ley 14/2006).

En la segunda parte nos centraremos en la eficacia jurídica en las declaraciones de voluntad consignadas en el documento. En el cuarto capítulo se examinará la eficacia de la voluntad del paciente, en el tiempo, manifestada en el documento de voluntades anticipadas, así como la revocación, modificación y sustitución de dichos documentos, puesto que la voluntad del paciente no puede quedar petrificada en el documento sino que la misma es susceptible de cambios a lo largo del tiempo. En el capítulo quinto trataremos el cumplimiento de las voluntades anticipadas por parte de los profesionales sanitarios, los límites a la autonomía del paciente expresada en los documentos de voluntades anticipadas, así como el alcance de la objeción de conciencia de los profesionales sanitarios, que deben cumplir la voluntad del paciente. En el sexto capítulo analizaremos la responsabilidad por incumplimiento de la autonomía del paciente establecida en los documentos de voluntades anticipadas: la responsabilidad penal, la civil, la responsabilidad patrimonial, responsabilidad disciplinaria del profesional sanitario y la responsabilidad deontológica.

PARTE PRIMERA.

**LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS COMO EXPRESIÓN
DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE**

CAPÍTULO I. EL CONTEXTO DE LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS

I.1.- El escenario originario: las decisiones al final de la vida

Desde que nacemos estamos irremediablemente condenados a morir, pero si nuestro nacimiento es un misterio todavía lo es más la propia muerte. Ese no saber cuándo ni cómo es lo que hace más difícil conocer a qué nos tenemos que enfrentar llegado ese momento, y quizás por ser un tema tan ingrato no se suele planificar sino que más bien se prefiere ignorar al considerarlo lejano y así mantenerlo ajeno a nosotros mismos. Sólo cuando vemos a alguien cercano pasar por un trance o situación fatal nos damos cuenta de cómo de frágil es nuestra existencia y cuánto de mortal hay en nosotros.

Quizás llegado ese momento desearíamos que no nos prolongasen la vida y asegurarnos de no recibir tratamientos en contra de nuestra voluntad, evitando de este modo que se produzcan situaciones indeseadas, o prever la donación de órganos para, de esa manera, garantizar que éstos lleguen a ser de utilidad. Es posible nombrar a alguien que se responsabilice de llevar todo esto a término en el momento que nosotros ya no podamos hacer frente por haber perdido la capacidad; en esto radica la importancia de otorgar el documento de voluntades anticipadas.

Las voluntades anticipadas vienen a facilitar el hecho de que cualquier persona manifieste, llegado el momento, cómo quiere ser tratada, y de este modo evitar a la familia la difícil tesitura de decidir qué hacer en ciertos casos, y del mismo modo al propio médico, el cual si el paciente ha otorgado un documento de voluntades anticipadas se atendería de forma expresa a la voluntad del mismo, evitando de este modo posibles denuncias por la actuación realizada⁸.

⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Responsabilidad civil por el incumplimiento de la voluntad del paciente declarada en los documentos de instrucciones previas sanitarias”, *Cuestiones actuales y clásicas del derecho de daños (Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón)*, Toma 2, Aranzadi, 2021, p. 615.

La realidad es que el ciudadano cuenta con una serie de formularios burocráticos que dificultan su comprensión y provoca que no encuentre la posibilidad de resolver sus dudas sobre qué es exactamente lo que puede o no contemplarse en el abanico frecuente de posibilidades a las que se puede enfrentar llegado el caso. Como siempre la sociedad cabalga entre las modas y las tradiciones y ninguna de ellas parece acompañar, sólo actuamos cuando suceden casos llamativos que nos ponen en guardia sobre terribles situaciones que nos parecen insufribles. Casos que normalmente vienen dados a conocer por los medios de comunicación o por nuestro propio entorno social y familiar. Personas conocidas que han sufrido lo indecible tras haberle practicado tratamientos, pruebas o intervenciones que no han servido para nada pero que han prolongado inútilmente su vida, y es en esos casos cuando se nos ocurre dejar previsto cómo queremos que se nos trate, aunque a la hora de la verdad a veces la voluntad es recogida de forma poco clara dificultando su interpretación y aplicación.

Tanto las instituciones públicas, las Comunidades Autónomas como las asociaciones particulares que lo han regulado, han recogido formularios tipo que, aunque contienen formulaciones genéricas, ayudan a recoger las situaciones más frecuentes y facilitan la prevención del mayor número de situaciones posibles, entre las que se encuentra evitar el encarnizamiento terapéutico o los tratamientos fútiles.

Ciertos autores⁹ han relacionado las voluntades anticipadas con la solicitud de ayuda para morir, sin embargo la declaración sobre la eutanasia realizada por la Sagrada Congregación para la Doctrina de la Fe de la propia Iglesia Católica expresó, en 1990, que “ante la inminencia de una muerte inevitable a pesar de los medios empleados es lícito en conciencia tomar la decisión de renunciar a unos tratamientos que procurarían una prolongación precaria y penosa de la existencia, sin interrumpir, sin embargo, las curas normales debidas al enfermo en casos similares”, dejando claro que son conceptos distintos, y que las voluntades anticipadas no son un equivalente a la eutanasia, sino

⁹ LÓPEZ PENA, I. “El proceso de recepción de los Testamentos Vitales en el ordenamiento jurídico español”, *X Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho Sanitario*, Madrid, Fundación Mapfre Medicina, 2003, p. 303; BERROCAL LANZAROT, A.I. “Análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación”, *XII Congreso Nacional de la Sociedad Española de Derecho Sanitario*, Madrid, 2005, p. 6; DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Muerte Digna y Constitución. Los Límites del Testamento Vital*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2009, pp. 152-160.

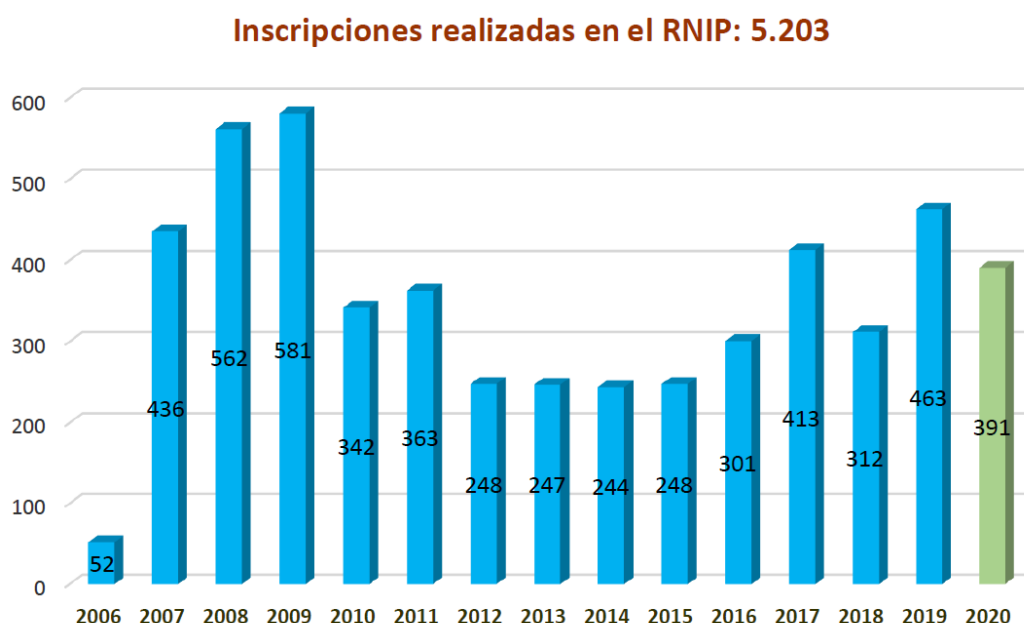
más bien un valiosísimo documento donde por fin el ciudadano puede expresar su voluntad.

I.2.- Una aproximación a la realidad regional y nacional

Para tener una visión práctica del uso del documento de voluntades anticipadas en la sociedad murciana, el Registro de Instrucciones Previas de la Región de Murcia nos ha facilitado el número de expedientes inscritos desde su inicio el 19 de enero de 2006 hasta el año 2020, el cual asciende a un total de 5.203 inscripciones (Figura 1). Como se puede observar, entre los años 2006 y 2009 el número de inscripciones experimentó un incremento significativo, seguido de un descenso los años 2010 y 2011 que se mantuvo en el tiempo hasta el año 2015. Este descenso fue seguido de una curva ligeramente ascendente los años 2016 y 2017. Posteriormente se produjo una fluctuación a la baja durante el año 2018. En el año 2019 se tasó un número de registros superior al descrito en 2018 y similar al descrito los años 2007 y 2017. En el año 2020 se aprecia un leve descenso respecto al año 2019

Los datos obtenidos a partir del registro murciano sobre las voluntades anticipadas se encuentran sincronizados con el Registro Nacional de Instrucciones Previas desde enero de 2009. Es importante destacar que los años 2007, 2008 y 2009, en los que se observa un incremento importante, coinciden con la etapa de divulgación promovida por la Consejería de Sanidad de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

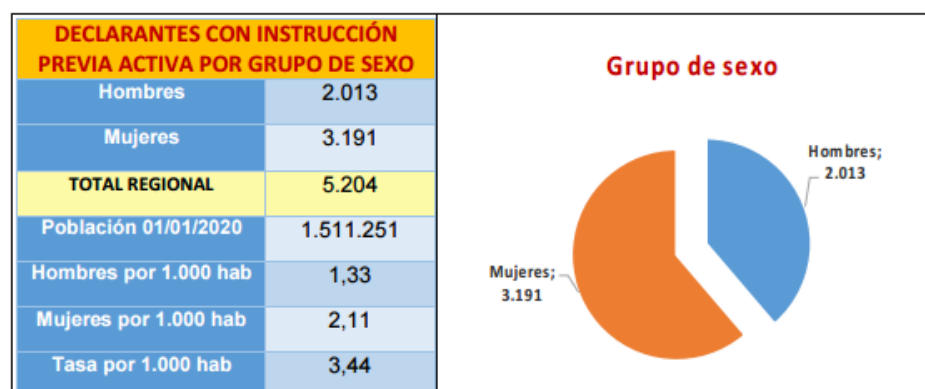
Figura 1



En la Figura 2 se representa una distribución de las inscripciones realizadas en el Registro de Instrucciones Previas de acuerdo al sexo del otorgante. Como se puede observar el número de declaraciones de voluntades anticipadas es mayor en mujeres ($n=3.191$; 61%) que en hombres ($n=2.013$; 39%), con un total de 2,11 mujeres por cada 1000 habitantes frente a 1,33 hombres por cada 1000 habitantes; *ratio* mujeres/hombres=1,586. Frecuencias similares se pueden observar en el ámbito nacional según los datos recogidos en el Registro Nacional de Instrucciones Previas¹⁰, lo que denota una mayor previsión sobre el devenir de su futuro en mujeres respecto a hombres.

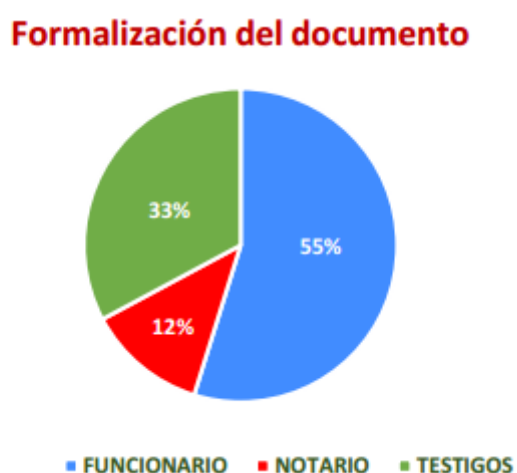
¹⁰ Página del Registro Nacional de Instrucciones Previas:
<https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/rnip/home.htm> (visto abril 2021).

Figura 2



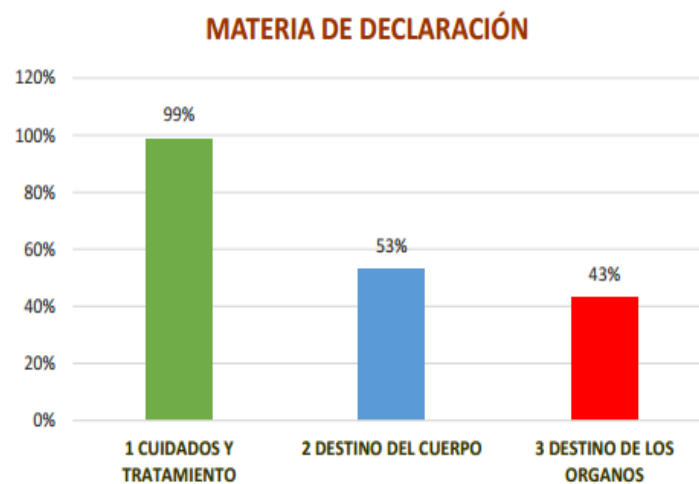
En la Figura 3 se representa el medio elegido para la formalización del documento. Como se puede observar el otorgante opta en primer lugar por efectuarlo ante funcionario público (55%), en segundo lugar ante testigos (33%) y por último, y con una gran diferencia respecto a los dos anteriores, ante notario (12%).

Figura 3



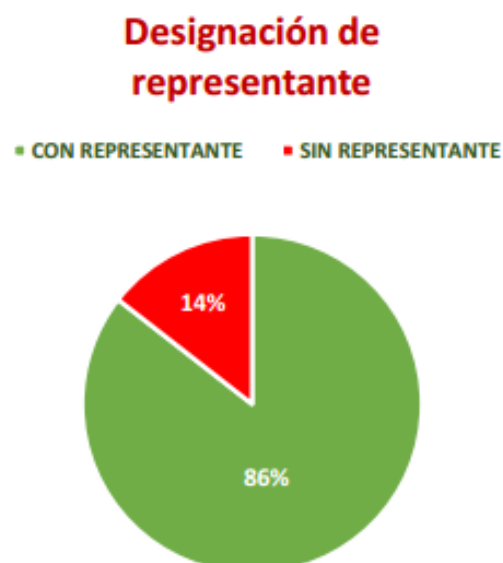
Respecto a la materia de declaración (Figura 4), en la mayoría de los casos el otorgante manifiesta sus preferencias en relación con los cuidados y tratamiento (99%), seguido por el destino del cuerpo (53%) y, por último, el destino de los órganos en un 43% de las ocasiones.

Figura 4



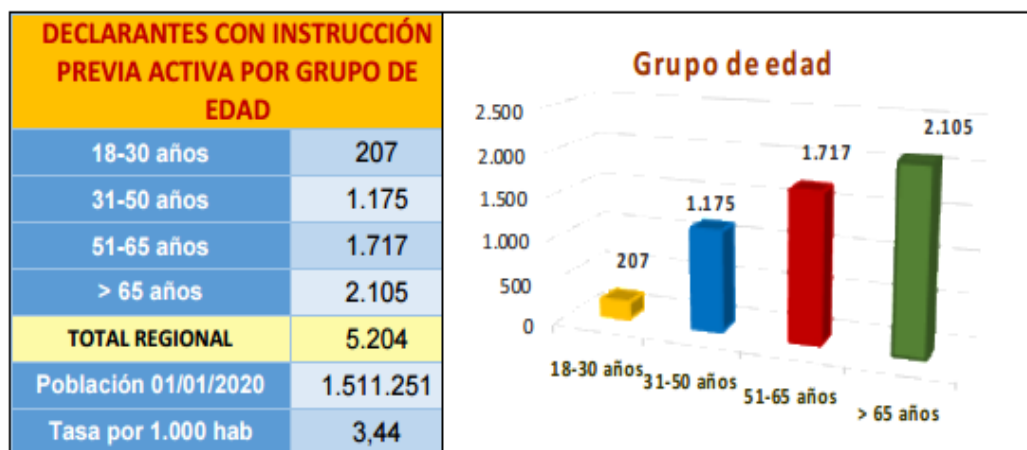
En relación a la designación de representante (Figura 5), el otorgante prefiere la presencia de un interlocutor entre el facultativo y él mismo (86%) frente al 14% que no desea representante.

Figura 5



En cuanto al número de declarantes con instrucción previa activa por grupo de edad (Figura 6), se puede observar un incremento importante y mantenido entre los grupos de edades comprendidos entre el de 18-30 años y el de más de 65 años. Así, en el rango de edad de los 18-30 años se han registrado un total de 207 voluntades anticipadas. El número de registros aumenta hasta las 1.175 voluntades anticipadas en el rango de edad de los 31-50 años. En el rango de edad comprendido entre los 50 y 65 años sigue incrementando hasta los 1.717 documentos registrados. Posteriormente, a partir de los 65 años se alcanza el máximo de registros con un total de 2.105 documentos de voluntades anticipadas activos. Por tanto, en la población mayor de 50 años existe un punto de inflexión acerca del planteamiento su futuro, lo que se refleja por el incremento en el número de inscripciones observado en el rango de edad de los 51-65 años y posteriores. En la Región de Murcia se experimenta un aumento en el número de otorgamientos de voluntades anticipadas del mismo modo que sucede en el ámbito nacional según se refleja en el Registro Nacional de Instrucciones previas, alcanzando su máximo a partir de los 65 años de edad¹¹.

Figura 6



En la Figura 7 se representa la nacionalidad del otorgante. Como se indica la mayoría de las declaraciones de voluntades anticipadas han sido registradas por

¹¹ Página del Registro Nacional de Instrucciones Previas: <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/rnip/home.htm> (visto abril 2021).

otorgantes de nacionalidad española (90%). También se aprecian otorgantes de nacionalidad extranjera aunque estos suponen una minoría (10%).

Figura 7



Por otra parte, como se muestra en la Tabla 1, los datos facilitados por el Registro Nacional de Instrucciones previas revelan que la mayor tasa de declarantes con instrucción previa activa por cada 1.000 habitantes aparece en primer lugar en la Comunidad Foral de Navarra (15.9), seguido de cerca por el País Vasco (14,21), Cataluña (12,29) y La Rioja (11,52), lo cual sugiere un mayor grado de concienciación de la población en estas comunidades en comparación con el resto de comunidades descritas en la Tabla 1, en relación con la planificación del futuro.

La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia quedaría en la posición antepenúltima por delante de Ceuta y Melilla y Extremadura. Además, hay que destacar la baja tasa por 1000 habitantes observada en Andalucía (5.16) y la Comunidad de Madrid (5.1), las cuales se encuentran incluso por debajo de la media nacional (7.09) a

pesar de tratarse de la primera y tercera Comunidades Autónomas en número de habitantes, respectivamente¹².

Tabla 1

DECLARANTES CON INSTRUCCIÓN PREVIA ACTIVA POR COMUNIDAD AUTÓNOMA Registro Nacional de Instrucciones Previas. Enero 2021			
	TOTAL	Población 01/01/2020 (*)	Tasa por 1.000 hab.
ANDALUCIA	43.667	8.464.411	5,16
ARAGON	10.841	1.329.391	8,15
ASTURIAS	7.857	1.018.784	7,71
BALEARES	10.305	1.171.543	8,80
CANARIAS	12.754	2.175.952	5,86
CANTABRIA	3.723	582.905	6,39
CASTILLA-LA MANCHA	8.602	2.045.221	4,21
CASTILLA Y LEON	12.979	2.394.918	5,42
CATALUNA	95.656	7.780.479	12,29
C. VALENCIANA	30.402	5.057.353	6,01
EXTREMADURA	2.196	1.063.987	2,06
GALICIA	11.613	2.701.819	4,30
MADRID	34.602	6.779.888	5,10
MURCIA	5.204	1.511.251	3,44
NAVARRA	10.510	661.197	15,90
PAIS VASCO	31.552	2.220.504	14,21
RIOJA	3.684	319.914	11,52
CEUTA Y MELILLA(**)	181	171.278	1,06
TOTAL NACIONAL	336.329	47.450.795	7,09

(*) Real Decreto 1147/2020, de 15 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2020.

I.3.- Autonomía del paciente: los principios de la bioética

El presupuesto de las voluntades anticipadas parte de la propia autonomía del paciente, en cuanto a poder decidir por sí mismo qué es lo que desea hacer; ya no va a ser el médico quien decida qué es lo mejor para el otorgante como se venía haciendo hasta ahora, pues se le suponía mejor cualificado para ello, incluso se daba el caso de tomar las decisiones sin contar con la opinión del enfermo. Ahora va a ser el propio paciente quien trace la ruta de su propio destino pues existe la obligación del médico de no actuar sobre el cuerpo de su paciente, salvo que éste haya consentido libremente¹³.

¹² Página del Registro Nacional de Instrucciones Previas: <https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/rnip/home.htm> (visto abril 2021).

¹³ Como hace décadas ya señalaba ATAZ LÓPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*, Madrid, Montecorvo, 1985, p. 69.

El poder de decisión por parte del paciente se tradujo primero en un consentimiento informado como máximo exponente de su derecho a autorizar y elegir sobre una concreta intervención, prueba, tratamiento o experimentación, y ello tras recibir la información oportuna por parte del facultativo. Pero la autonomía fue más allá al permitir que se pueda decidir sobre qué queremos a modo de previsión, lo que puede llegar a suceder, y qué no queremos al final de nuestros días, y todo ello gracias a los documentos de voluntades anticipadas.

Los principios de la bioética los podemos encontrar en 1978 en el Informe Belmont¹⁴ donde ya se hablaba de tres principios fundamentales: beneficencia, autonomía y justicia, a los que posteriormente en 1979 uno de los miembros de la Comisión Nacional para la protección de Sujetos Humanos de las Investigaciones del Comportamiento y Biomédicas, Beauchamp, junto con Childress, al publicar *Los Principios de ética biomédica* añadirían, como cuarto principio, el de no maleficencia completando este elenco. Por tanto partiremos de estos principios para hablar de los problemas éticos de la medicina.

-Beneficencia: prima el interés del enfermo, aquello que es mejor para él según las pautas médicas marcadas, o la *lex artis*, pero sin tener que prescindir de la experiencia del propio médico¹⁵. Aquí no cuenta la voluntad del paciente, ésta se limita por su propio bien. Por tanto, se evaluarán los pros y los contras para determinar qué es lo mejor para el paciente y una vez decidido se actuará con independencia de lo que éste opine. Culturalmente esto ha llevado a que exista una relación paternalista entre médico y paciente. Este paternalismo, que parecía ya superado, en el caso de enfermedades muy graves o terminales ha sido transferido a la familia, la cual buscará siempre el “interés” del enfermo pero sin contar en muchas ocasiones con su opinión, ya que no quieren que sepa la enfermedad que padece puesto que podría afectarle. El único supuesto donde se justifica el principio de beneficencia es por la ausencia de autonomía o capacidad del sujeto para decidir.

¹⁴ *The Belmont Report*. Principios éticos y orientaciones para la protección de sujetos humanos en la experimentación.
https://www.chospab.es/comite_etica/documentos/INVESTIGACION_%20BIOETICA/Informe_Belmont_1978.pdf (visto marzo 2021).

¹⁵ SIMÓN LORDA, P. y JÚDEZ GUTIÉRREZ, J., “Consentimiento informado”, *Medicina Clínica*. Vol. 117, Nº 3, 2001, p. 100.

-Autonomía: derecho de las personas a tomar decisiones y a realizar acciones basadas en valores y creencias personales de una forma libre y sin ningún tipo de control externo¹⁶. De este modo, el paciente puede decidir por sí mismo, incluso hasta el punto de negarse a un tratamiento. Vinculado a este principio, y como expresión del mismo, se encuentra el consentimiento informado, precursor de las voluntades anticipadas.

-Justicia: actúa limitando la autonomía otorgada a los sujetos frente al bien común o al interés de terceros. Supone la preeminencia del bien social frente a los intereses particulares. Así mismo procura que exista una distribución equitativa de los recursos sanitarios y de este modo tratar a todas las personas por igual evitando cualquier tipo de discriminación. Este principio aparece recogido de forma expresa en el artículo 26 del Convenio de Oviedo de 1997 cuando dice: “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”.

-No maleficencia (*Primum non nocere*)¹⁷: no causar daño a otro intencionadamente, prevenir o eliminar el daño y proporcionar el bien. En palabras de Beauchamp “utilizaré el tratamiento para ayudar a los enfermos según mis capacidades y mi juicio, pero nunca lo utilizaré para dañarlos, del modo que sea”. Comporta la obligación de evitar todo mal al paciente. Consecuentemente, las obligaciones de no maleficencia obligan con más fuerza que las de beneficencia. De este principio se derivan las siguientes normas morales:

- No causar daño o sufrimiento alguno

¹⁶ GÓMEZ RUBÍ, J.A., “Directivas anticipadas: la última oportunidad de ejercer la autonomía”, *JANO*, 2001; 1377: pp. 70-71.

¹⁷ GRACIA GUILLÉN, D., *Primum non nocere. El principio de no-maleficencia como fundamento de la ética médica*, Real Academia Nacional de Medicina, Madrid, 1990, pp. 89-93.

- No causar discapacidad
- No ofender la dignidad de la persona
- No privar a las personas de los bienes de la vida¹⁸

I.4.- Origen y evolución en Estados Unidos, Europa y América Latina

Los documentos de voluntades anticipadas aparecieron en EE.UU en la década de los sesenta del siglo pasado y posteriormente fue llegando a Europa. Anteriormente, en 1914 el Juez Benjamin Cardozo estableció en el Caso *Schloendorff* el derecho a la autonomía del paciente, justificando el hecho de solicitar su consentimiento para realizar procedimientos invasivos¹⁹. Pero la primera vez que se utilizó el término consentimiento informado, fue en 1957 en el caso *Salgo contra Leland Stanford, Jr. University Board of Trustees*²⁰ como la obligación del médico de obtener el consentimiento tras haber informado al paciente.

En 1967 la *Euthanasia Society of America* creó el *living will* o testamento vital, un documento mediante el cual los enfermos podrían expresar su conformidad con que se les retirasen los tratamientos de soporte vital si no había posibilidad de mejoría: se trataba de evitar el encarnizamiento terapéutico. Luis Kutner, abogado de profesión, en 1969²¹ propuso un documento donde rezaba: “en el caso de que el estado corporal del individuo llegue a ser completamente vegetativo y sea seguro que no va a poder recuperar sus capacidades mentales y físicas, el tratamiento médico deberá cesar”. Posteriormente en 1976 se promulgó en California la *Natural Death Act o Living Will Act*, (Ley sobre muerte natural), que fue la primera ley en aprobar el *living will* o testamento vital. Con posterioridad otros Estados legislaron al respecto. La *Natural*

¹⁸ GALLEGO RUESTRA, S., *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas. Una realidad legal*, Pamplona, Aranzadi, 2009, pp. 52-53 y p. 62 Beneficencia; pp. 64-78 Autonomía; pp. 78-82 Justicia.

¹⁹ SÁNCHEZ-CARO, J., “Concepto y evolución histórica de las instrucciones previas”, en SÁNCHEZ-CARO, J. /ABELLÁN-GARCÍA, F. *Instrucciones Previas en España, Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, Granada, 2008, pp. 68-75.

²⁰ BEAUCHAMP, T.L. y CULLOUGH L.B., *Ética médica*, Labor, Barcelona, 1987. p. 64. TARODO SORIA, S., “La doctrina del Consentimiento informado en el ordenamiento norteamericano”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 14, nº 1, Enero-Junio 2006, p. 229.

²¹ KUTNER, L., “Due Process of Eutanasia: The Living will, a Proposal”, *Indiana Law Journal*, Nº 44, 1969, pp. 539-554. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A., *Informe sobre Instrucciones Previas*, Subdirección General de Bioética y Orientación Sanitaria, Consejería de Sanidad y Consumo, Comunidad de Madrid, 2005, pp. 299-352.

Death Act permitía al paciente renunciar a los tratamientos vitales eximiendo a los médicos de toda responsabilidad siempre que dicha decisión constase en un documento de voluntades anticipadas y que el otorgante fuese mayor de edad, con capacidad plena y firmase el documento libremente en presencia de dos testigos que no fuesen familiares suyos. Pese a estos precedentes legislativos, no fue hasta 1990 que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se pronunció sobre la legalidad de las voluntades anticipadas, en el Caso Cruzan, dónde decidió favorablemente sobre el derecho del individuo a rechazar el tratamiento médico, aún cuando se tratara de tratamientos de soporte vital, porque para poder tomar decisiones por parte del paciente ya incapaz no es suficiente con reconstruir sus prioridades sino la existencia de voluntades anticipadas para una mayor garantía, en la que se podrá nombrar a un representante²².

En 1983 se aprobó de nuevo en el Estado de California la primera Ley de poder notarial de duración indefinida para el cuidado de la salud (*power of attorney for health care decisions*) mediante el cual el declarante nombra un apoderado (representante voluntario) para que tome cualquier decisión en caso de que el otorgante se convirtiera en incapaz y no hubiese redactado una directiva anticipada. En 1985, posteriormente revisado en 1989, la *National Conference of Commissioner on uniform State Laws* de EE.UU aprobó una declaración de *living will*, llamada *Uniform Rights of the Terminalely III Act*, sobre los derechos de los enfermos terminales, parecido al documento de voluntades anticipadas para situaciones en las que padeciese una enfermedad incurable y no pudiese tomar decisiones manifestaba no seguir recibiendo tratamientos que prolongasen innecesariamente la vida.

Como consecuencia de lo anterior, en 1991, se aprueba la *Patient Self-Determination Act* o Ley Federal de Autonomía del Paciente, por la que cualquier persona puede rechazar un tratamiento médico indeseado y, además, todos los hospitales subvencionados con fondos federales están obligados a preguntar a los pacientes en el momento de ingresar si disponen de voluntades anticipadas para así adjuntarlas a la historia clínica y, en caso negativo, informarles de su derecho a otorgarlas. Hay que reseñar que la *Patient Self-Determination Act* no creó las

²² COUCEIRO VIDAL, A., “Las directivas anticipadas en España: contenido, límites y aplicaciones clínicas”, *Revista de Calidad Asistencial*, Vol. 22, nº 4, 2007, p. 214.

voluntades anticipadas sino que más bien se limitó a validar su existencia en cada uno de los Estados²³.

Dos años más tarde, en 1993, se dictó la llamada *Uniform Health Care Decisions Act* por la Conferencia Nacional de Comisiones de Unificación de leyes estatales, para dotar a algunos familiares de la posibilidad de tomar decisiones en caso de que el otorgante se convirtiera en incapaz y no hubiese redactado una directiva anticipada. Además, también se posibilitaba al paciente para que, de forma verbal, pudiera designar un sustituto y, si éste no constase, se otorgase este poder a la persona que conociera los valores del enfermo y se preocupase de su salud²⁴.

En 1994 se reconoce la eficacia jurídica a algunas *Advance Health Care Directives*, las cuales son elaboradas por una persona capaz y están dirigidas a los profesionales sanitarios sobre las actuaciones a aplicar o no, con posibilidad de nombramiento de quién va a tomar las decisiones respecto a las actuaciones, dotando al facultativo de una verdadera inmunidad en cuanto a una posible responsabilidad. Se puede realizar de forma separada o conjunta como *living will* o *living care* (testamento vital), o como *durable power of attorney for health care* (poder de representación duradero para cuidados de salud). Posteriormente se han ido incorporando en un único documento como directivas anticipadas que junto con los *values oriented history* (historia clínica orientada a valores) formarán parte de manera habitual de las *Advance Health Care Directives*²⁵.

En el año 2000, en California, se establece la posibilidad de que una persona mayor de edad, o menor emancipado, pueda otorgar un documento no sólo en el caso enfermedades terminales o coma profundo sino en cualquier situación que pueda privar al paciente de la voluntad para decidir recibir o rechazar ciertos tratamientos²⁶.

²³ BERROCAL LANZAROT, A.I. y ABELLÁN SALORT, J.C., *Autonomía, libertad y testamentos vitales (Régimen jurídico y publicidad)*, Dykinson, 2009, pp. 91-98. BERROCAL LANZAROT, A.I., (2005), p. 8.

²⁴ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., *Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 16 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003, pp. 34-35 nota 19.

²⁵ BERROCAL LANZAROT, A.I. y ABELLÁN SALORT, J.C., (2009), pp. 91-98.

²⁶ GALLEGO RUESTRA, S., (2009), p. 121.

En EE.UU han influido algunos factores que han supuesto un cambio en la legislación: en primer lugar de tipo sociocultural con la consagración de la autonomía personal, es decir, ser libres para elegir los cuidados y tratamientos adecuados, dejando establecido de qué manera, llegado el momento, desea ser tratado, y en segundo lugar de tipo asistencial, debido a que con el adelanto médico existente para poder prolongar la vida del paciente, éste puede llegar a sufrir innumerables intervenciones y pruebas y, por tanto, un auténtico encarnizamiento terapéutico, cuando lo que el médico desea es hacer todo lo posible por prolongar la vida a un enfermo sin solución²⁷.

También hay pacientes y familiares que apuestan por lo mismo, es decir alargar la vida todo lo posible aún sabiendo que no hay expectativas: surge así el concepto de futilidad. El Informe de la *President's Commission* también apuntaba la posibilidad de los médicos de negarse a dar tratamientos fútiles si creen que no le proporcionará ningún beneficio al paciente. Esta línea ha sido la mantenida por las sociedades científicas en los años noventa²⁸.

En EE.UU., durante el proceso de implantación de las voluntades anticipadas, tuvieron gran influencia algunos casos que salpicaron a la opinión pública y que dejaban al descubierto que, en ausencia de una manifestación, la única vía posible que le quedaba a la familia era la judicial haciendo que se prolongase excesivamente en el tiempo una situación indeseada, cuando todo ello se podía haber evitado con una simple manifestación de la voluntad en un documento²⁹.

En Europa, Dinamarca fue el primer país en reconocer las voluntades anticipadas en 1992³⁰, como un derecho del paciente a rechazar un tratamiento médico;

²⁷ GALLEGO RIESTRA, S., (2009), p. 120.

²⁸ GALLEGO RIESTRA, S., (2009), p. 123.

²⁹ El caso Karen Ann Quinlan de 1975, conocido como *seminal case* o caso semillero por crear Derecho y generar una nueva tendencia, y el Caso Nancy Cruzan de 1983. En los dos casos se planteaba la retirada del soporte vital en estado vegetativo sin *living will* o testamento vital, vide LÓPEZ SÁNCHEZ, C., (2003), p. 31, nota 8.

³⁰ Ley 351 de 14 de mayo de 1992 y establece las pautas a seguir en la Ley 782 de 18 de septiembre de 1992.

posteriormente la ley fue modificada en 1998³¹, de este modo cualquier persona mayor de edad podía expresar sus deseos de recibir o rechazar ciertos tratamientos médicos, o que no se mantuviese artificialmente su vida, sin plazo de revisión, destacando el carácter vinculante de este tipo de documentos para el personal sanitario. El resto de países europeos las han admitido después del Convenio de Oviedo de 1997. En Hungría, ese año se aprobó la Ley de Salud que permite al paciente igualmente rehusar tratamientos en casos de enfermedad incurable, con la posibilidad de designar a un representante, lo que será manifestado en documento notarial tras recibir un certificado emitido por un psiquiatra; el documento deberá renovarse cada dos años.

En 2001, en Holanda se aprobó la Ley de comprobación de la finalización de la vida al ampliar el contenido de las voluntades anticipadas³², que establece para solicitar la práctica de la eutanasia unos rangos de edad que comprenden entre los doce y dieciséis años con suficiente madurez si sus padres o tutores están de acuerdo, los dieciséis y dieciocho años que lo indiquen estando conscientes o que lo hayan manifestado a través de un testamento vital, siempre que sus padres hayan participado en la toma de decisión, y las personas mayores de dieciocho años que se encuentren consciente o que lo hayan indicado previamente en unas voluntades anticipadas. En 2002 se despenaliza la eutanasia en Bélgica³³, de este modo, a partir de este año se puede solicitar la eutanasia por escrito por una persona mayor de edad, y cualquier persona mayor de edad o menor emancipado como contenido del documento de voluntades anticipadas que deberá ser revisado cada cinco años. No obstante, antes de su aplicación se tendrá que comprobar si se han cumplido los requisitos exigidos. En Luxemburgo, se despenalizó la eutanasia en 2009³⁴, la cual debe ser solicitada por escrito por cualquier persona mayor de edad, existiendo la posibilidad de designar a un representante como interlocutor; se contempla el supuesto de objeción de conciencia que se comunicará a la persona del representante, o familiares, debiendo ser sustituido

³¹ Ley 482 de 1 de julio de 1998.

³² Ley 26691/2001 ley de terminación de la vida a petición propia y del auxilio al suicidio.

³³ Ley *Belga* sobre eutanasia de 28 de Mayo de 2002.

³⁴ Ley de cuidados paliativos, eutanasia y suicidio asistido de 16 de marzo de 2009.

el sanitario objetor para que se cumpla la voluntad del paciente. El documento tendrá una duración de cinco años³⁵.

En Austria y Alemania se introduce el documento de voluntades anticipadas de forma más tardía, en 2006 y 2009 respectivamente. En Austria se precisa que sea otorgado por escrito como exigencia formal para ser vinculante, con presencia de un abogado, notario o persona capacitada legalmente para defender a los pacientes³⁶. Además, habrá que renovarlo cada cinco años y en él se expresará aquellos tratamientos médicos que son rechazados previo asesoramiento. En el caso de Alemania, conforme a una Ley federal de 29 de junio de 2009 se modifica el Código Civil, en su parágrafo 1901a, por el cual el documento de voluntades anticipadas será otorgado por una persona mayor de edad que anticipará su consentimiento sobre determinados tratamientos e incluso preverá la intervención de la figura del asistente para el cumplimiento de lo manifestado por él mismo.

En Portugal, la Ley 25/2012, de 16 de julio, regula las voluntades anticipadas con la posibilidad de nombramiento de un representante y el registro correspondiente, que será de carácter declarativo pero conveniente. Se ha de tener la mayoría de edad y plena capacidad para poder expresar por escrito el documento unilateral y revocable. Además, este documento se podrá formalizar ante notario o funcionario del registro y será renovable cada cinco años. En el documento de voluntades anticipadas se establecerán situaciones clínicas tales como rechazar tratamientos de soporte artificial, aquellos tratamientos que sean fútiles y de nutrición artificial o hidratación; se puede rehusar tratamientos en fase experimental o participar en ensayos clínicos, además de recibir los cuidados paliativos correspondientes. El documento de voluntades anticipadas tiene plena vinculación jurídica y, aunque existen limitaciones a su eficacia en situaciones similares a las de nuestro país, se permite a los profesionales sanitarios que cuando su acceso suponga un retraso que ponga en riesgo la vida del paciente no tengan la obligación de aplicar las voluntades anticipadas, con lo cual la autonomía del paciente queda relegada.

³⁵ PINTO PALACIOS, F., “El régimen jurídico del testamento vital en Europa”, MARCOS DEL CANO, A.M. (Dir.), *Voluntades anticipadas*, Dykinson, 2014, pp. 188-200.

³⁶ Ley 55/2006, de 8 de mayo.

En Francia, en el año 2005, se regulan los documentos de voluntades anticipadas con la llamada Ley *Leonetti*, Ley 2005-370, de 22 de abril de 2005, tras modificar el Código de Salud. Como antecedente queremos destacar el caso de *Vicent Humbert* que quedó tetraplégico en el año 2000 tras un accidente de tráfico que le llevó a pedir, tras un proceso de infructuosa recuperación, que le dejaran morir y que no se castigase a la persona que le ayudase. Su muerte tuvo lugar en el año 2003 después de que su madre le suministrara una gran cantidad de barbitúricos y que posteriormente el Jefe de Servicio de Reanimación le desconectara del aparato de respiración artificial y le inoculara una inyección letal. Ambos fueron procesados pero la jueza de instrucción del caso decidió en 2006 archivarlo, no sólo por las circunstancias que rodearon el caso, sino también por la aprobación de la *Ley de derechos de enfermos terminales y final de la vida* que permite que a partir de los dieciocho años de edad se manifieste la suspensión de un tratamiento en la fase terminal. En el año 2006 se desarrolló reglamentariamente la forma de redactar el documento de voluntades anticipadas, el cual ha de ser otorgado al menos tres años antes de que se alcance la situación de incapacidad. En caso de encontrarse incapacitado el otorgante deben intervenir dos testigos, pudiendo quedar las voluntades anticipadas en poder de los profesionales sanitarios y dentro de la historia clínica. En la ley anteriormente citada se prevé preguntar al representante o familiares sobre la existencia del documento para aplicarlo. Posteriormente surge otro suceso, el caso *Vicent Lambert*, un ciudadano francés que tras un accidente de circulación queda tetraplégico y después de un largo proceso de intentos de recuperación que resultan infructuosos se opta por la retirada del tratamiento para evitar la obstinación terapéutica, pero en todas las ocasiones parte de la familia del paciente, sus padres y un número reducido de sus hermanos, se opusieron a la misma mediante litigios que impidieron las desconexiones. Finalmente y tras un largo proceso judicial que llegó incluso a consultar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁷, *Vicent Lambert* falleció en julio de 2019. Entre medias de este conflicto familiar, en el año 2016, se aprueba por la Asamblea Nacional de Francia la Ley número 2016-87, de 2

³⁷ TEDH (Gran Sala) Caso Lambert y Otros contra Francia. Sentencia de 5 junio 2015, TEDH\2015\73: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-155352"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{) (visto en marzo 2021). Sobre la cuestión v. CADENAS OSUNA, D., “La interrupción del tratamiento vital en pacientes incapaces en el ordenamiento jurídico francés. Estudio de la cuestión a la luz del caso Lambert”, *Revista de la Fundación de Ciencias de la Salud*, nº 48, 2017, pp. 51-69.

de febrero, que crea nuevos derechos de los enfermos y de las personas al final de la vida, con un documento de voluntades anticipadas más vinculante que prevé el rechazo a ciertos tratamientos pero pudiendo contar, eso sí, con los cuidados paliativos oportunos³⁸.

En el Reino Unido ha habido casos sobre el final de la vida como el caso *Pretty*. En 2001 *Diane Pretty* padecía una enfermedad neurodegenerativa conocida como ELA (Esclerosis lateral amiotrófica) y solicitó que su marido no fuese procesado si la ayudaba a morir, aunque finalmente sus pretensiones en vía judicial no prosperaron. En 2005 se reguló la *Mental Capacity Act*, sobre las *advance decisions to refuse treatment*, donde se indica que las voluntades anticipadas que se soliciten por escrito por cualquier persona capaz mayor de dieciocho años expresarán qué tratamientos se rechazan y si se nombra o no representante. El documento de voluntades anticipadas deberá ser inscrito para que tenga validez. Si los profesionales sanitarios no están de acuerdo con lo decidido por el representante al no considerarlo más beneficioso, éstos pedirán otra opinión a otros expertos y si aún así no fuese posible solucionar el conflicto se acudirá a los tribunales.

En el caso de Italia, el documento de voluntades anticipadas se reguló en la Ley 245, de 15 de diciembre de 2010³⁹ tras un debate marcado por el caso de *Eluana Englaro*, que, como en ocasiones anteriores, tras un accidente de circulación ocurrido en 1992 sufrió graves lesiones cerebrales que le provocaron un estado vegetativo. Después de varios años y a la vista de la irreversibilidad de su estado, y la falta de mejoría, su padre inicia una campaña legal para desconectar las medidas de soporte vital de su hija. Finalmente la sentencia de la Corte de Casación dio la razón a su progenitor al considerar que si la paciente había manifestado con anterioridad que no quería un tratamiento de soporte vital, o continuar con él, dicha declaración debía de ser considerada para decidir sobre el futuro de la misma, por lo que las actuaciones se

³⁸ GARCÍA GARCÍA, A.A., “Apuntes sobre la ley francesa de 2 febrero de 2016 por la que se crean nuevos derechos de los enfermos y de las personas al final de su vida y la sentencia del Tribunal Europeo Humanos de 5 de junio de 2015, recaída en el caso Lambert y otros contra Francia”. *Derecho y Salud*. Vol. 26 Extraordinario XXV Congreso 2016, pp. 496-505

³⁹ Ley 245, de 15 de diciembre de 2010, sobre relación terapéutica, consentimiento informado y directrices anticipadas de tratamiento. PINTO PALACIOS, F., (2014), p. 195.

devolvieron a la Corte de Apelaciones de Milán para que procediera a dictar nueva resolución. Cuando parecía que por fin este caso se iba a resolver el Gobierno de Berlusconi paralizó la ejecución de la esperada sentencia al considerar que hasta que no se aprobara una norma con rango de Ley sobre tratamientos al final de la vida no se podía suspender ningún tratamiento de soporte vital. La propuesta de Berlusconi no llegó a prosperar por diferencias institucionales, aunque finalmente esto no fue necesario porque *Eluana Englaro* falleció en 2009. La normativa aprobada en el año 2010 permite que cualquier persona mayor de edad y capaz pueda rechazar por escrito tratamientos desproporcionados a través del documento de voluntades anticipadas, el cual tendrá un período de vigencia de cinco años. Sin embargo, se garantiza que exista alimentación e hidratación artificial acotando con ello el posible contenido del documento, el cual no se aplicará cuando exista riesgo de muerte para el otorgante y siempre bajo la interpretación del médico en pro de la inviolabilidad de la vida humana. En caso de conflicto éste siempre se podrá resolver ante los tribunales⁴⁰. En 2014 el *DJ Fabo*, *Fabiano Antoniani*, quedó tetrapléjico y ciego tras un accidente de tráfico; de nuevo se volvió a abrir el debate sobre este tipo de situaciones al final de la vida, pues después de haber solicitado en varias ocasiones al Gobierno italiano que le ayudara a morir sin obtener ningún resultado, en febrero de 2017 se desplazó con la ayuda de un colaborador a Suiza para poner fin a su sufrimiento. Finalmente en Italia se aprueba la Ley estatal 219/2017, de 22 de diciembre, *Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*, en la cual se utiliza la terminología “Disposiciones Anticipadas de Tratamientos”. Esta ley exime al facultativo de responsabilidad al realizar la voluntad manifestada por el paciente y permite la posibilidad de modificar en cualquier momento el documento de voluntades anticipadas sin existir una limitación de vigencia temporal. Además, dicho documento presenta una mayor amplitud de formalización porque se podrá realizar tanto por escrito como a través de vídeo cuando las circunstancias físicas del paciente no lo permitan, según se indica en el artículo 4 de la Ley estatal 219/2017, de 22 de diciembre. Hemos de destacar la importancia que adquiere la figura del representante, *fiduciario*, y el hecho

⁴⁰ PINTO PALACIOS, F., (2014), p. 198.

de que se debe garantizar el cumplimiento del documento de voluntades anticipadas incluso aunque el facultativo se retraiga de intervenir por motivos de objeción⁴¹.

Todos los casos citados han demostrado fundamentalmente que es necesaria una regulación sobre la aplicación del documento para evitar conflictos y litigiosidad y que, además, es conveniente expresar en un documento de voluntades anticipadas las propias preferencias y deseos para de este modo evitar que sucedan situaciones como las anteriormente citadas que se resuelven y prolongan en los tribunales.

En cuanto al documento de voluntades anticipadas en lo que respecta a América Latina⁴², Puerto Rico ha sido el primer país en regular, en el año 2001, los tratamientos médicos en casos de salud terminal o estado vegetativo persistente en pacientes mayores de 21 años con plenas capacidades mentales, con la posibilidad de poder nombrar un procurador, debiendo registrarse el documento de voluntades anticipadas. Además, la voluntad del paciente también puede declararse ante un médico y dos testigos, cuya ejecución es vinculante ante el profesional sanitario y la institución de salud, con la salvedad de que la otorgante estuviese embarazada, circunstancia que haría que se suspendiera tal ejecución hasta que se produjese el alumbramiento. De este modo se pretende atender al derecho a la intimidad y la autonomía de la voluntad, reconocida en la constitución de este país como inviolabilidad de la dignidad humana.

En Argentina, el documento de voluntades anticipadas se reguló en primer lugar en las provincias y posteriormente a nivel federal. Así, en Buenos Aires, en 2004 se reguló la legalización del testamento. Más tarde, en el año 2007, la provincia de Río Negro fue la primera en proclamar la Ley 4.263 de Voluntad Anticipada, y así sucesivamente se fueron sumando otras provincias en la regulación del documento de voluntades anticipadas hasta que finalmente, en el año 2009, se promulgó la Ley Federal 26.529, modificada en 2012 para recoger cuestiones sobre la autonomía del paciente. Por tanto, una persona mayor de edad y capaz puede manifestar, de forma

⁴¹ ADAMO, U. “La regulación del “Testamento Vital” en Italia: estudio crítico de la Ley 219/2017”, *Revista de Estudios Jurídicos* nº 18/2018 (Segunda Época). Universidad de Jaén, 2018, pp. 1-41 (visto marzo 2021).

⁴² DA SILVA FONTES MONTEIRO, R., y GOMES DA SILVA JUNIO, A., “Directivas anticipadas de voluntad: recorrido histórico en América Latina”, *Rev. Bioética*, Vol. 27, nº 1 Brasilia. Ene/Mar. 2019, pp. 90-93.

escrita y ante dos testigos un documento de voluntades anticipadas, el cual debe ser registrado posteriormente ante escribano público o juzgado de primera instancia. En este documento se puede disponer sobre la aceptación o no de tratamientos médicos preventivos o paliativos, excluyendo actuaciones que puedan llevar a la eutanasia. Además, dicho documento se podrá revocar en cualquier momento y exonerará a los profesionales sanitarios que cumplan lo estipulado en el documento de voluntades anticipadas de toda responsabilidad civil, penal o administrativa.

En México, en 2008, se promulga la Ley de Voluntad Anticipada, cuyo documento se podrá elaborar por cualquier individuo capaz que se encuentre enfermo en etapa terminal, o por sus familiares si éste no puede manifestar su voluntad por sí mismo. El documento se deberá hacer ante notario y en caso de que el paciente no puede desplazarse se hará ante el médico y dos testigos, los cuales no podrán ser familiares hasta el cuarto grado, deberán conocer la lengua del paciente y, además, no pueden haber sido condenados por falso testimonio, ni tampoco ser menores de dieciséis años. Una vez otorgado, el documento se enviará al registro, indicando su existencia a los profesionales médicos que acatarán su contenido. Aunque es posible recurrir a la objeción de conciencia cuando concurren condiciones contrarias a principios éticos, morales o religiosos, habrá de asegurarse el cumplimiento de las directivas anticipadas. Es posible nombrar a un representante que velará por el cumplimiento del documento sin ejercer funciones de sustitución. En el documento también se podrá establecer la donación de órganos y tejidos. En cualquier caso la eutanasia está expresamente prohibida.

En Uruguay, en 2009, a través de la Ley 18.473 se autoriza la declaración de voluntades anticipadas, regulada en el Decreto 385/2013 para poder expresar la voluntad del paciente de forma escrita, por personas mayores de 18 años mentalmente competentes, debiendo éste ser firmado ante testigos. El documento versará sobre la oposición del paciente a procedimientos médicos que vayan a prolongar la vida si no hay una mejora en la calidad de la misma. Esto se limitará a casos de enfermedad incurable, irreversible y en estado terminal, sin que pueda afectar a la vida de terceros. Puede dar un consentimiento anticipado acerca de tratamientos que sí quiere recibir. Se puede nombrar a un representante, incorporando el documento a la historia clínica y pudiendo ser revocado en cualquier momento de forma escrita o verbal. El médico

responsable comunicará los casos de suspensión del tratamiento al Comité de Bioética de la institución, para ser analizado dentro de las 48 horas de su recepción, pudiendo pronunciarse acerca del incumplimiento de las directivas.

En Colombia, en 2014, con la Ley 1.722/2014, conocida como Ley Consuelo Devis Saavedra, que regula el acceso a los cuidados paliativos, se establece que los mayores de edad, capaces de comprender las consecuencias del contenido del documento, puedan indicar la posibilidad de elaborar voluntades anticipadas además de tratar sobre los derechos a información sobre su enfermedad y tratamiento, segunda opinión, etc., cuando se encuentren enfermos en fase terminal, crónica degenerativa e irreversible. Así mismo, en esta Ley se establecen los derechos de los pacientes y las obligaciones de los médicos e instituciones de salud, pública o privada. Además, también permite indicar en el documento de voluntades anticipadas si el otorgante será donante de órganos, aunque sin hacer referencia al procedimiento a seguir para su registro, al plazo de validez del documento, o a qué directivas están permitidas.

Respecto a Brasil, no hay regulación del documento de voluntades anticipadas como tal, creando inseguridad en los profesionales sanitarios, aunque ciertas normas sí hacen mención velada sobre la autonomía de la voluntad, como en la Constitución Federal de 1988 al hablar de la dignidad humana y en la Ley 10.741/2003, que en su artículo 17 reconoce el derecho de un anciano en uso de sus facultades mentales para decidir sobre el tratamiento de salud más favorable. Además, en el Código Civil se indica, en su artículo 15, que el paciente no puede ser obligado a someterse a tratamiento o intervención con riesgo de su vida. Hay que destacar el caso de la resolución del Consejo Federal de Medicina 1.995/2012, la cual enfatiza que el médico tendrá en cuenta las directivas anticipadas sobre las decisiones sobre cuidados y tratamientos del paciente cuando éste se encuentre incapaz de expresar su voluntad. Sin embargo, esta resolución no tiene fuerza de Ley por lo que no supuso su legalización. No obstante, en dicha resolución se encuentran aspectos tales como la elaboración del documento, la designación de un representante y la prohibición de los documentos de voluntades anticipadas contrarias al código de ética médica. En 2013, la Fiscalía General de Goiás presentaba una acción civil pública cuestionando la constitucionalidad de la resolución mencionada, pero en 2014 se dicta una sentencia que valida el documento como un instrumento para cualquier persona que no pueda expresar su

voluntad y señala la necesidad de una legislación al respecto, e incluso resalta la posibilidad de que se busque al poder judicial, tanto por la familia como por el poder público, si se considera que la actuación médica es contraria a las disposiciones de las voluntades anticipadas o es ilícita.

1.5.- Panorama legislativo en España: diversidad y profusión legislativa

5.1.- Antecedentes

Con anterioridad al Convenio de Oviedo de 1997 podemos encontrar algunas menciones a la voluntad de los pacientes en el *Real Decreto 2082/1978, de 25 de agosto sobre normas de garantías de los usuarios de los hospitales públicos* como un primer intento de regular los derechos de los pacientes, aunque posteriormente fue declarado nulo por la Sala IV del Tribunal Supremo en Sentencia de 10 de diciembre de 1982 por no haber contado con el preceptivo dictamen del Consejo de Estado en su elaboración. Posteriormente, con el Plan de Humanización de la Asistencia Hospitalaria del INSALUD en 1984 se quiso evitar la indefensión del enfermo a través de la Carta de Derechos y Deberes de los Pacientes que todavía forma parte del panorama hospitalario, siendo preciso un consentimiento expreso previo a cualquier actuación.

La *Ley General de Sanidad, Ley 14/1986 de 25 de abril*, en su artículo 10 recoge los derechos de los pacientes, algunos de ellos ya consagrados en nuestra Constitución como el derecho a la libertad ideológica, religiosa y de culto, artículo 16 de la Carta Magna; no llega a reconocer la posibilidad de otorgar documentos de voluntades anticipadas pero sí recoge el derecho al consentimiento informado. Toda esta situación ha provocado un cambio en la relación entre médico y paciente, dotando de una convicción más firme a estos últimos a la hora de pedir información para poder decidir sobre los tratamientos. En la aplicación práctica esta nueva situación médico-paciente provocó inconvenientes que era necesario resolver, lo que dio lugar a la *Ley reguladora de la Autonomía del Paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, Ley 41/2002 de 14 de noviembre*, la cual analizaremos más adelante junto a la legislación de la Comunidad Autónoma de Murcia.

Por otra parte, la Subsecretaría del Ministerio de Sanidad y Consumo en 1997 junto a un Grupo de Expertos en Información y Documentación Clínica y el Consejo

General del Poder Judicial se reunieron para introducir cambios en la legislación a fin de subsanar la inseguridad creada con la Ley 14/1986, Ley General de Sanidad. Se pretendía ajustar la regulación con lo previsto por el *Convenio de Oviedo de 1997 para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a la Biología y la Medicina*. El Convenio de Oviedo de 1997 entró en vigor el 1 de enero de 2000 formando parte, desde ese momento, de nuestro ordenamiento jurídico. En él se reconoce el derecho de los pacientes a la información, a un consentimiento informado y a su derecho a la intimidad, intentando establecer un marco de regulación igualitaria en los países firmantes. En su artículo 9 del Capítulo II se prevé: “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”, es decir dejaba abierta la posibilidad, de forma expresa, de establecer unas voluntades anticipadas⁴³.

El 3 de mayo de 1999 se publicó el Documento sobre situaciones al Final de la Vida resultado de un convenio de colaboración entre el Ministerio de Sanidad y Consumo y el Consejo General del Poder Judicial del 1 de octubre de 1998. En dicho documento queda definido el documento de voluntades anticipadas como: “la declaración expresada previamente por escrito en condiciones de plena capacidad de discernimiento y decisión”. Además, el Código de Deontología Médica en 1999, en su artículo 27.2, expresaba que el médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas, ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar el tratamiento para prolongar su vida y a morir con dignidad. Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables⁴⁴. En 2011 el Código de Deontología Médica menciona de forma expresa que el médico está obligado a atender las peticiones del paciente reflejadas en el documento de voluntades anticipadas en el artículo 36.4.

⁴³BERROCAL LANZAROT, A.I. y ABELLÁN SALORT, J.C., *Autonomía, libertad y testamentos vitales*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 58.

⁴⁴ Artículo 27.2 Código de Ética y Deontología Médica 1.999. Consejo General de Colegios de Médicos. https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Codigo_Etica-y-deontologia-medica_1999.pdf (visto marzo 2021).

5.2.- Legislación autonómica

Tras el Convenio de Oviedo de 1997 se suscitó una necesidad legislativa tanto a nivel estatal como en las Comunidades Autónomas, pero fueron estas últimas las pioneras regulando las voluntades anticipadas antes de que se hiciese a nivel estatal.

La primera Comunidad en aprobar una normativa de voluntades anticipadas fue Cataluña con la *Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica*⁴⁵. En su artículo 8, reconoce la validez de los documentos de voluntades anticipadas, y su posterior Decreto 175/2002, de 25 de junio, regula el Registro de Voluntades anticipadas⁴⁶. Tras la regulación del documento de voluntades anticipadas en esta Comunidad empezaron a llegar el resto de legislaciones autonómicas e incluso la estatal, tal y como se describe a continuación siguiendo un orden cronológico⁴⁷:

- Galicia: Artículo 5 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia; posteriormente modificada por la Ley 3/2005, de 7 marzo, modificando la anterior y el artículo 6 del Decreto 159/2014, de 11 de diciembre, por el que se establece la organización y funcionamiento del Registro gallego de Instrucciones Previas sobre cuidados y tratamiento de la salud⁴⁸.

- Extremadura: Ley 10/2001, de 28 de junio, sobre normas reguladoras de la salud; el artículo 17 de la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente; y el Decreto 311/2007, de 15 de octubre, que regula el registro

⁴⁵ BOE 2-02-2001.

⁴⁶ DOGC 27-06-2002.

⁴⁷ Siguiendo a FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El Derecho a otorgar documentos de instrucciones previas”. Comentarios a la Ley 3/2009, *Derechos y Deberos de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 185-189. NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, Bosch Editor, Barcelona, 2019, pp. 25-97.

⁴⁸ Galicia: Ley 3/2001 de 28 de mayo BOE 3-07-2001 y Ley 3/2005 de 7 marzo BOE 19-04-2005. Decreto 159/2014, de 11 de diciembre, DOG 29-12-2014.

de expresión anticipada de voluntades y el fichero automatizado de datos de carácter personal⁴⁹.

- Madrid: Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid el derogado artículo 28, de las instrucciones previas entre los derechos y deberes de los ciudadanos y la *Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente*. Posteriormente el Decreto 101/2006, de 28 de noviembre, que regula el registro de instrucciones previas. La orden 2191/2006, de 18 de diciembre, que regula igualmente el registro y establece modelos oficiales de documentos de solicitud y su revocación, modificación y sustitución y la Orden 645/2007, de 19 de abril, sobre otorgamiento de instrucciones previas, su modificación, sustitución y revocación ante el personal al servicio de la Administración⁵⁰.

- Aragón: Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón en el artículo 15 y Decreto 100/2003, de 6 de mayo, para el Reglamento de organización del registro de voluntades anticipadas⁵¹.

- La Rioja: Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud de la Rioja modificada por la *Ley 9/2005, de 30 de Septiembre, sobre el documento de instrucciones previas de la sanidad de la Rioja*. Decreto 30/2006, de 19 de mayo, que regula el Registro, desarrollado por la Orden 8/2006, de 26 de julio, sobre la forma de otorgar el documento de instrucciones previas ante el personal de la Administración⁵².

⁴⁹ Extremadura: Ley 10/2001 de 28 de junio BOE 25-07-2001, Ley 3/2005 de 8 de julio BOE 5-08-2005 y Decreto 311/2007 de 15 de octubre DOE 18-10-2007.

⁵⁰ Comunidad de Madrid: Ley 12/2001 de 21 de diciembre BOE 5-03-2002, Ley 3/2005 de 23 de mayo BOE 10-11-2005, Decreto 101/2006 de 28 de noviembre DOCM 28-11-2006, La orden 2191/2006 de 18 de diciembre DOCM 20-12-2006 y la Orden 645/2007 de 19 de abril DOCM 7-05-2007.

⁵¹ Aragón: Ley 6/2002 de 15 de abril BOE 21-05-2002 (modificado por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre) y Decreto 100/2003 de 6 de mayo BOA 28-05-2003.

⁵² La Rioja: Ley 2/2002 de 17 de abril BOE 3-05-2002, Ley 9/2005 de 30 de Septiembre BOR 6-10-2005, Decreto 30/2006 de 19 de mayo BOR 25-05-2006 y la Orden 8/2006 de 26 de julio BOR 5-08-2006.

- Navarra: En un principio se reguló por la *Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica*, que fue derogada por la Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de Derechos y Deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra y el Decreto 140/2003, de 16 de junio, que regula el Registro de Voluntades Anticipadas⁵³.

- Cantabria: Artículo 34 de la Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, modificada por la Ley 6/2009, de 28 de diciembre. El Decreto 139/2004, de 5 de diciembre, por el que se crea y regula el Registro de Voluntades Previas. Con la Orden SAN/27/2005, de 16 de septiembre, se crea el documento tipo de voluntades previas y con la Orden SAN / 28 / 2005, de 16 de septiembre, el fichero automatizado de datos de carácter personal del Registro de Voluntades Previas de Cantabria⁵⁴.

- País Vasco: *Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad* y Decreto 270/2003, de 4 de noviembre, que crea y regula el Registro, modificado por el Decreto 66/2018, de 2 de mayo, de modificación del Decreto por el que se crea y regula el Registro Vasco de Voluntades Anticipadas⁵⁵.

- Comunidad Valenciana: Artículo 17 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana, derogada por la Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de salud (modificada por la Ley 8/2018, de 20 de abril), y desarrollada por el Decreto 168/2004, de 10 de Septiembre, que regula el documento de

⁵³ Navarra: Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, BOE 20-05-2003, Ley Foral 17/2010 de 08 de noviembre, BOE 28-12-2010, y Decreto 140/2003 de 16 de junio BON 30-06-2003.

⁵⁴ Cantabria: Ley 7/2002 de 10 de diciembre BOE 7-01-2002, Ley 6/2009, de 29 de diciembre, BOE 21-01-2010. Decreto 139/2004 de 5 de diciembre BOC 27-12-2004, Orden SAN/27/2005 de 16 de septiembre BOC 30-09-2005 y Orden SAN/28/2005 de 16 de Septiembre BOC 30-09-2005.

⁵⁵ País Vasco: Ley Foral 7/2002 de 12 de diciembre BOPV 30-12-2002 y Decreto 270/2003 de 4 de noviembre BOPV 28-11-2003.

voluntades anticipadas y crea el registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad Valenciana que se desarrolla por la Orden de 25 de febrero de 2005⁵⁶.

- Islas Baleares: Artículo 18 de la Ley 5/2003, de 4 de abril, de Salud de las Islas Baleares y la Ley 1/2006, de 3 marzo, de voluntades anticipadas; junto con el Decreto 58/2007, de 27 de abril, que desarrolla la Ley y regula el registro de voluntades anticipadas⁵⁷.

- Castilla y León: Artículo 30 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud y Decreto 30/2007, de 22 de marzo, que regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y su registro⁵⁸.

- Andalucía: Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada y Decreto 59/2012, de 26 de marzo, que regula la organización y funcionamiento del Registro de voluntades vitales anticipadas⁵⁹.

- Castilla La Mancha: Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud y el Decreto 15/2006, de 21 de febrero, para el Registro de voluntades anticipadas⁶⁰.

- Murcia: Decreto 80/2005, de 8 de julio, que aprueba el Reglamento de instrucciones previas y su registro y Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y

⁵⁶ Comunidad Valenciana: Ley 1/2003, de 28 de enero BOE 25-02-2003, Ley 10/2014, de 29 de diciembre BOE 10-02-2015, Ley 8/2018, de 20 de abril, BOE 14-05-2018, Decreto 168/2004 de 10 de Septiembre DOGV 21-09-2004 y Orden de 25 de febrero de 2005 DOGV 15-03-2005.

⁵⁷ Baleares: Ley 5/2003 de 4 de abril BOE 8-05-2003, Ley 1/2006 de 3 marzo BOE 5-04-2006 y Decreto 58/2007 de 27 de abril BOIB 10-05-2007.

⁵⁸ Castilla León: Ley 8/2003 de 8 de abril BOE 30-04-2003 y Decreto 30/2007 de 22 de marzo BOCyL 28-0-2007.

⁵⁹ Andalucía: Ley 5/2003 de 9 de octubre BOE 21-11-2003, Decreto 238/2004 de 18 de mayo BOJA 28-05-2004.

⁶⁰ Castilla La Mancha: Ley 6/2005 de 7 de julio BOE 25-08-2005 y Decreto 15/2006 de 21 de febrero DOCM 24-02-2006.

deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia, en sus artículos 50 y 51, que regula el derecho a otorgar documentos de instrucciones previas⁶¹.

- Canarias: Decreto 13/2006, de 8 de febrero, de manifestaciones anticipadas de voluntades en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro, que desarrolla la Ley 11/1994, de 26 de julio, de ordenación sanitaria⁶².

- Principado de Asturias: Decreto 4/2008, de 23 de enero, de organización y funcionamiento del Registro de instrucciones previas en el ámbito sanitario, Resolución de 29 de abril de 2008, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, de desarrollo y ejecución del citado Decreto⁶³.

- Ceuta y Melilla: carecen de regulación propia sobre este tema por lo que les será de aplicación la regulación estatal: artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, que regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas.

Como vemos, en este elenco hay legislación específica sobre documento de voluntades anticipadas junto a legislación general sectorial sobre ordenación de salud o derechos de los pacientes.

Queremos destacar especialmente que algunas Comunidades han mencionado el documento de voluntades anticipadas en sus Estatutos de Autonomía:

- Cataluña: la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma de su Estatuto, regula el derecho a vivir con dignidad el proceso de la muerte y, aunque no hace

⁶¹ Región de Murcia: Decreto 80/2005 de 8 de julio BORM 19-07-2005 y Ley 3/2009 de 11 de mayo BOE 9-02-2011.

⁶² Canarias: Decreto 13/2006 de 8 de febrero (BOC 2-03-2006).

⁶³ Principado de Asturias Decreto 4/2008 de 23 de enero de 2008 BOPA 7-02-2008 y Resolución de 29 de abril de 2008, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, de desarrollo y ejecución del Decreto 4/2008, de 23 de enero, de Organización y Funcionamiento del Registro del Principado de Asturias de Instrucciones Previas en el ámbito sanitario BOPA 07-05-2008.

referencia al documento de voluntades anticipadas, sí que menciona la posibilidad de expresar de forma anticipada las instrucciones sobre intervenciones y los tratamientos médicos⁶⁴. Esta ley Orgánica en su artículo 20 indica:

1. Todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a vivir con dignidad el proceso de su muerte.

2. Todas las personas tienen derecho a expresar su voluntad de forma anticipada para dejar constancia de las instrucciones sobre las intervenciones y los tratamientos médicos que puedan recibir, que deben ser respetadas en los términos que establecen las leyes, especialmente por el personal sanitario cuando no estén en condiciones de expresar personalmente su voluntad.

- Andalucía: la Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo, de reforma de su Estatuto, en su artículo 20, dedicado al testamento vital y decisiones al final de la vida⁶⁵, expresa:

1. Se reconoce el derecho a declarar la voluntad vital anticipada que deberá respetarse, en los términos que establezca la ley.

2. Todas las personas tienen derecho a recibir un adecuado tratamiento del dolor y cuidados paliativos integrales y a la plena dignidad en el proceso de su muerte.

- Castilla y León: la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, relativo a los derechos sociales, como derechos y deberes relativos a la salud⁶⁶, en su artículo 13.2 manifiesta:

Todas las personas tienen derecho a la protección integral de su salud, y los poderes públicos de la Comunidad velarán para que este derecho sea efectivo. Los ciudadanos de Castilla y León tendrán garantizado el acceso, en condiciones de igualdad, a los servicios sanitarios de la Comunidad en los términos que la ley determine. Asimismo serán informados sobre los servicios que el Sistema de Salud preste. Se establecerán legalmente los derechos y deberes de los usuarios del sistema

⁶⁴ BOE 20-07-2006.

⁶⁵ BOE 20-03-2007.

⁶⁶ BOE 01-12-2007.

sanitario, y entre ellos los siguientes: ... e) A ser suficientemente informados antes de dar su consentimiento a los tratamientos médicos o a manifestar en su caso instrucciones previas sobre los mismos.

- Canarias: la Ley Orgánica 1/2018, de 5 de noviembre, de Reforma del Estatuto de Canarias ha introducido una referencia al derecho de formular instrucciones previas, gesto que dota al documento y a la autonomía del paciente de la importancia que requiere⁶⁷. Esta Ley Orgánica en su artículo 20 expresa:

Todas las personas mayores de edad y capaces, en los términos que establezcan las leyes, tienen derecho a declarar libremente de forma anticipada y expresa su voluntad sobre los cuidados y los tratamientos y, en su caso, sobre el destino de su cuerpo y los órganos del mismo, con el objeto de que esta se cumpla si, cuando llegue el momento, la persona no se encuentra en condiciones de expresarla personalmente.

Por otro lado, destacamos que en el Capítulo II, Título I, del Libro Segundo del Código Civil de *Cataluña* redactado por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, recoge en su artículo 212-3, con muy buen criterio, el documento de voluntades anticipadas, a diferencia de lo que sucede en el Código Civil. En dicho artículo se hace constar:

1. La persona mayor de edad con plena capacidad de obrar puede expresar en un documento de voluntades anticipadas las instrucciones para la realización de actos y tratamientos médicos, para el caso en que se encuentre en una situación en que no pueda decidirlo por ella misma. También puede designar la persona que, en su sustitución, debe recibir la información sobre su salud y decidir sobre la realización de aquellos actos y tratamientos.

2. En el documento de voluntades anticipadas pueden constar previsiones referentes a la donación de los órganos o del cuerpo, y a las formas de entierro o a la incineración.

⁶⁷ BOE 06-11-2018.

3. Los profesionales que atiendan al otorgante de un documento de voluntades anticipadas deben respetar las instrucciones que expresa, dentro de los límites establecidos por la legislación del ámbito sanitario.

4. En cuanto a la forma de otorgamiento del documento de voluntades anticipadas, al procedimiento de comunicación de las voluntades anticipadas al centro sanitario y a sus efectos, es preciso ajustarse a lo establecido por la legislación especial de ámbito sanitario.

5. El documento de voluntades anticipadas es siempre revocable.

6. Si la persona otorgante de un documento de voluntades anticipadas ha hecho delación voluntaria de su tutela de acuerdo con el artículo 222-4 y ambos actos contienen designaciones o instrucciones incompatibles, prevalecen las del documento de fecha posterior.

5.3.- Conflictos entre ley estatal y leyes autonómicas

En 2002 llega la Ley 41/2002 reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en adelante Ley 41/2002, norma básica de obligado cumplimiento en todo el territorio nacional, conforme al artículo 149.1.1 y 16 de la Constitución, por lo que las Comunidades Autónomas tendrán que acomodar sus regulaciones a esta ley básica⁶⁸.

Con esta concurrencia de normas aplicables hemos de decidir qué criterio es el más conveniente considerando la posibilidad de que las instrucciones previas previstas en el artículo 11, de la Ley 41/2002, sean un negocio jurídico y por tanto de materia civil, con lo cual para saber qué norma aplicar acudiríamos a la vecindad civil⁶⁹. Sin embargo, existe la posibilidad de que estemos ante normas de Derecho público, que en el caso de que sean normas autonómicas han de respetar, como normas básicas, a la Ley 41/2002, o si son anteriores, a la Ley 14/1986, y de este modo las habilita para su

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E; FERNÁNDEZ, T.R. *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, Civitas, 1986, p. 304.

⁶⁹ TUR FAÚNDEZ, M.N. “El documento de Instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (Colegio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), Tomo II, Murcia, Editum, 2004, p. 4871.

desarrollo legislativo. Aunque la Comunidad Autónoma de Cataluña hace referencia al documento de voluntades anticipadas en su legislación civil, remitiendo su procedimiento a la legislación sanitaria, en el resto de comunidades y a nivel estatal se regulan en normas de Derecho sanitario, sectorial, por lo que estaríamos ante leyes administrativas que regulan cuestiones del Servicio de Salud y de los registros correspondientes. Por otro lado la regulación de los documentos de voluntades anticipadas también es de aplicación en la sanidad privada.

En opinión de la doctrina, el principio de seguridad jurídica del artículo 9.3 de la Constitución Española exige que las bases para el ejercicio de los derechos civiles fundamentales estén coordinadas en todo el territorio nacional. Por tanto, lo lógico es que la regulación de las formas de ejercicio de este derecho hubiera sido materia reservada al Estado al amparo de los artículos 149.1.1 y 149.1.16 de la CE⁷⁰.

Se trata de reconocer que la voluntad del interesado determinará las decisiones relativas a su salud como pasa en el consentimiento informado, reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo⁷¹, como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral consagrado en el artículo 15 de la Constitución, con la diferencia de que en el documento de voluntades anticipadas se tratará de un consentimiento expresado con antelación para un momento posterior⁷².

Como suele suceder, las Comunidades Autónomas han tomado la iniciativa y han establecido regulaciones más allá de lo indicado por la legislación básica del Estado que vuelve a dejar a criterio de las mismas su regulación provocando una diversidad a nivel nacional. En los apartados correspondientes analizaremos estas diferencias respecto al sujeto, la formalización del documento de voluntades anticipadas y los

⁷⁰ MOSCOSO TORRES, R.M. *El documento de instrucciones previas: Límites formales y apreciación de la capacidad*, p. 7, disponible en el enlace:

https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=74566c2b-3e47-4ab2-a3fe-66580cb688a1&groupId=10228

⁷¹ DÍAZ MARTÍNEZ, A., “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral (Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo)”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, Vol I, nº 5, septiembre 2011, pp. 25-35.

⁷² PARRA LUCAN, M.A. “Voluntades anticipadas (Autonomía personal: voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos)”. *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2006, p. 80.

procedimientos establecidos para su registro. Diferencias que no deben de afectar a la seguridad jurídica y la eficacia de su aplicación en el caso de que a un ciudadano de una Comunidad le haya de ser aplicado el documento al recibir asistencia sanitaria en otra Comunidad⁷³. No en vano el acceso al Registro Nacional permite la consulta de las voluntades anticipadas en todo el territorio y éste debe ser aplicado para evitar diferencias sustanciales entre habitantes de distintas comunidades o regiones. Considero que el poder expresar el derecho a la autonomía de la voluntad se debe protocolizar para una aplicación más acorde y sincronizada a través del Consejo Interterritorial evitando diversidades en situaciones sustanciales, para impedir de este modo un verdadero encarnizamiento legislativo⁷⁴. En cualquier caso la aplicación del documento debe ser garantizada para cualquier otorgante en cualquier momento e independientemente de su localización geográfica en ese momento.

5.4.- Incidencia de la legislación sobre garantías y derechos al final de la vida en los documentos de instrucciones previas

Actualmente la mayoría de Comunidades Autónomas han aprobado leyes sobre derechos y garantías en el final de la vida conocidas como “de muerte digna”⁷⁵, que han introducido reformas en sus normativas anteriores de voluntades anticipadas, entre las cuales se encuentran:

- Andalucía: Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte⁷⁶.

- Aragón: 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 muerte⁷⁷.

⁷³ TUR FAÚNDEZ, M.N., (2004), pp. 4865-4885.

⁷⁴ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., (2009), p. 56.

⁷⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “Leyes para una Muerte Digna y voluntades anticipadas”, *Derecho y Salud*, Volumen 23, Nº 1, Enero-Junio 2013, p. 61.

⁷⁶ Ley 2/2010, de 8 de abril, BOE 25-05-2010.

⁷⁷ Ley 10/2011, de 24 de marzo, BOE 14-05-2011.

- Navarra: Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte⁷⁸.

- Canarias: Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida⁷⁹.

- Islas Baleares: Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir⁸⁰.

- Galicia: Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales⁸¹.

- País Vasco: Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida⁸².

- Madrid: Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir⁸³.

- Asturias: Ley 5/2018, de 22 de junio, sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida⁸⁴.

- Valencia: Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida⁸⁵.

⁷⁸ Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, BOE 26-04-2011

⁷⁹ Ley 1/2015, de 9 de febrero, BOE 4-03-2015.

⁸⁰ Ley 4/2015, de 23 de marzo BOE, 22-04-2015.

⁸¹ Ley 5/2015, de 26 de junio, BOE 23-09-2015.

⁸² Ley 11/2016, de 8 julio, BOE 21-07-2016.

⁸³ Ley 4/2017, de 9 de marzo, BOE 23-06-2017.

⁸⁴ Ley 5/2018, de 22 de junio, BOE 27-07-2018.

⁸⁵ Ley 16/2018, de 28 de junio, BOE 30-07-2018.

Hay que destacar que las leyes anteriormente citadas vienen fundamentalmente a regular el rechazo a tratamientos, la limitación de las medidas de soporte vital o la sedación paliativa proporcionando una seguridad jurídica no sólo a los ciudadanos sino también a los profesionales sanitarios⁸⁶, formulando expresamente la obligación de dichos profesionales de respetar los valores e instrucciones contenidos en la manifestación anticipada de voluntad⁸⁷. Se hace, igualmente, referencia a la dignidad de la persona en el proceso de morir asegurando la autonomía del paciente a través del documento de voluntades anticipadas y se menciona de forma expresa al comité de ética asistencial, a excepción de la normativa del País Vasco. Se establecen infracciones y sanciones dirigidas al incumplimiento de cualquier obligación o por la vulneración de cualquier prohibición previstas en las leyes⁸⁸ y se garantiza el derecho a la atención sanitaria en el domicilio. Destacar el hecho de promover entre los profesionales de la salud y la ciudadanía, la realización de declaraciones de voluntades anticipadas, mediante cursos de formación, campañas de información, elaboración de protocolos y cualquier otro medio que considere adecuado⁸⁹, incluso a través de la existencia de un observatorio de la muerte digna se realizará como una de sus funciones la recogida de datos acerca del número de documentos de voluntades anticipadas otorgadas, formación de profesionales y pacientes acerca de los derechos y deberes recogidos en esta ley⁹⁰.

⁸⁶ Exposición de Motivos de la Ley 2/2010 de Andalucía. Preámbulo Ley de la 10/2011 de Aragón. Exposición de Motivos de la Ley 1/2015 de Canarias. Preámbulo de la Ley 4/2015 de las Islas Baleares. Exposición de Motivos de la Ley 5/2015 de Galicia. Preámbulo y artículo 2.3 de la Ley 4/2017 de Madrid. Preámbulo y artículo 3.g de la Ley 5/2018 de Asturias. Preámbulo y artículo 2.4 de la Ley 16/2018 de la Comunidad Valenciana.

⁸⁷ Artículo 19.3 de la Ley 2/2010 de Andalucía. Artículo 19.3 Ley 10/2011 de Aragón. Artículo 21.5 Ley 5/2018 de Asturias. Artículo 19.3 de la Ley 4/2015 de las Islas Baleares. Artículo 19.3 de la Ley 1/2015 de Canarias. Artículo 17.3 de la Ley 5/2015 de Galicia. Artículo 1.c de la Ley 4/2017 de Madrid. Artículo 18.4 de la Ley 8/2011 de Navarra. La Ley 11/2016 del País Vasco en su artículo 16 y el artículo 20.1 de la Ley 16/2018 de la Comunidad Valenciana, sólo menciona la obligación de consultar la existencia del documento en el registro pero no hace referencia al respeto de los valores e instrucciones contenidos en él.

⁸⁸ Título V de la Ley 2/2010 de Andalucía. Título V de la Ley 10/2011 de Aragón. Título V de la Ley 1/2015 de Canarias. Título IV de la Ley 5/2015 de Galicia. Título V Ley 4/2017 de Madrid. Título IV de la Ley 5/2018 de Asturias. Título V de la Ley 16/2018 de la Comunidad Valenciana.

⁸⁹ Disposición adicional cuarta de la Ley Foral 8/2011 de Navarra. En un sentido similar Disposición adicional segunda Ley 5/2018 de Asturias, la disposición adicional segunda de la Ley 4/2015 de las Islas Baleares, y el artículo 40 de la Ley 16/2018 de la Comunidad Valenciana.

⁹⁰ Artículo 31 Ley 5/2018 de Asturias.

En definitiva, se pretende garantizar que los pacientes puedan acceder a cuidados paliativos y a una atención sanitaria en su domicilio en los momentos finales, así como evitar la obstinación terapéutica. Igualmente, a través de las leyes de muerte digna se ha actualizado la normativa que regula los documentos de voluntades anticipadas⁹¹.

Recientemente se ha aprobado la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia⁹², según la cual la solicitud de eutanasia forma parte del contenido del documento de voluntades anticipadas al no ser, en la actualidad, contraria al ordenamiento jurídico. Esta ley, que trataremos en el capítulo dedicado al contenido del documento, es de suma importancia ya que tiene connotaciones históricas en nuestro país y recientemente ha llevado a las primeras reflexiones sobre dicha Ley Orgánica, incluyendo las voluntades anticipadas y la prestación de ayuda a morir⁹³.

Por último, junto a la ley estatal básica y las normas autonómicas hay que destacar al menos dos normas adicionales⁹⁴: por un lado la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida, la cual en su artículo 9 establece que no podrá determinarse legalmente la filiación ni reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido, por la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, y el marido fallecido, cuando el material reproductor de éste no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón. No obstante, existe la posibilidad de que el marido haya prestado su consentimiento mediante las voluntades anticipadas para que su material reproductor sea utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento, y así de este modo se producirán los mismos efectos legales que una filiación. Por otro

⁹¹ Como sucede en la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Andalucía, al modificar la Ley 5/2003, de 9 de octubre, al añadir un nuevo apartado 4 en el artículo 3, o cambiar el contenido del artículo 6 y 9.2. La Ley 10/2011, de 24 de marzo, de Aragón que modifica la Ley 6/2002, de 15 de abril, en la redacción de los artículos 4.1.1, 13.1.b y el artículo 15. En la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de las Islas Baleares al modificar el artículo 1, artículo 3.2 y 3.4, y en el artículo 4 de la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas. La Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Madrid, al modificar los artículos 5.2 b y d, y el 12 de la Ley 3/2005, de 23 de mayo.

⁹² BOE 25-03-2021.

⁹³ También véase DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir”, en *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* / coord. por Carmen Tomás-Valiente Lanuza, Marcial Pons, 2021, pp. 119-153.

⁹⁴ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., (2009), pp. 41-42.

lado, la Ley 14/2007, de 3 de julio, de investigación biomédica permite realizar análisis genéticos en personas fallecidas, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente en vida y así se acredite por medio del documento de voluntades anticipadas.

Paralelamente al documento de voluntades anticipadas algunas leyes se han interesado por la planificación anticipada⁹⁵ (*Advance Care Planning*), con la participación de profesionales sanitarios respecto a la calidad técnica, ética y humana de la atención sanitaria a los pacientes y sus familias como esfuerzo conjunto para su funcionamiento. Se trata de unas prevoluntades anticipadas en las que se deja constancia del rechazo o no de intervenciones, donación de órganos, las personas que desea estén presentes cuando fallezca, el destino del cuerpo tras el fallecimiento. Los procesos de la planificación anticipada se registrarían en la historia de salud de la persona, independientemente que pueda terminar plasmándose en un documento de voluntades. En este caso el consentimiento para registrar en la historia la planificación será verbal.

En la tabla que se expone a continuación⁹⁶ se expresan las diferencias existentes entre el Documento de Voluntades Anticipadas y la planificación de decisiones anticipadas.

⁹⁵ Artículos 5 y 7 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir de la Comunidad de Madrid; Artículos 5, 12, 20, 29 y DA 2ª de la Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida de la Comunidad Valenciana.

⁹⁶ CEGRI LOMBARDO, F., “Planificación de decisiones anticipadas”, *semFYC* <https://www.semfy.com/wp-content/uploads/2019/05/Cap%C3%ADulo-Muestra.pdf> p. 188.

Tabla 1. Diferencias entre voluntades anticipadas y planificación de decisiones anticipadas

	Voluntades anticipadas	Planificación de decisiones anticipadas
Regulación	Legal	Protocolo asistencial
Fundamento	Autonomía de la voluntad	
Elemento esencial	Revocabilidad	
Autores	Individuo enfermo o sano con asesoramiento o no	Persona o familia + profesionales sanitarios
Negocio jurídico	Unilateral (declaración de voluntad recepticia) Mayor de 18 años	Bilateral (fruto del consenso) Jóvenes maduros mayores de 12 años junto con el representante legal*
Destinatarios	Indeterminados	Determinados
Eficacia	Futura (circunstancia prevista)	Presente (enfermedad en curso)
Contenido	Instrucciones Nombramiento representante	Planificación de la atención Nombramiento representante
Requisitos formales	Documento notarial Documento privado con tres testigos Funcionario del registro	Constancia escrita
Lugar de depósito	Historia clínica Registro administrativo	Historia clínica

* Ley 26/2015 de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, de 28 de julio, BOE núm. 180, sec I, págs. 64544-64613.

En la planificación anticipada los profesionales sanitarios sí se implican con los pacientes a diferencia de lo que sucede en las voluntades anticipadas, creando así otro documento menos formalista en lugar de potenciar el ya existente que tiene una repercusión más limitada.

CAPÍTULO II. REQUISITOS PERSONALES Y FORMALES DE LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS

II.1.- Los documentos de voluntades anticipadas como negocio jurídico

El documento de voluntades anticipadas supone la manifestación de la voluntad del paciente prestada de forma unilateral, libre y consciente por parte de un sujeto mayor de edad de forma personal y por escrito siguiendo las formalidades exigidas por ley para determinar mientras esté vivo la asistencia sanitaria que desea, así como el destino de su cuerpo y órganos una vez que haya fallecido. El documento contempla la posibilidad de que el otorgante pueda nombrar a un representante para procurar el cumplimiento de su voluntad, y que, en general, vele por sus intereses. Además de que sólo será aplicable cuando el sujeto no pueda expresar por sí mismo su voluntad.

El documento ha recibido diversas denominaciones tales como⁹⁷: directivas anticipadas, voluntades anticipadas⁹⁸, instrucciones previas⁹⁹, directivas previas, testamento vital, testamentos biológicos, declaraciones vitales o disposiciones anticipadas de tratamiento. Las diferentes designaciones posibles del documento quedan reflejadas en el Anexo del Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, que regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal, siendo tal elenco un *numerus apertus* al señalar expresamente dicho Anexo la posibilidad de utilizar otras acepciones para el documento

⁹⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., “El Derecho a otorgar documentos...” (2013), pp. 194-196.

⁹⁸ Cataluña Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente y la documentación clínica; Aragón Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón; País Vasco Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad; Valencia Ley 10/2014, de Salud (modificada por la Ley 8/2018, de 20 de abril); Baleares Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas; Castilla y La Mancha Ley 6/2005, de 7 de julio, sobre declaración de voluntades anticipadas en materia de la propia salud; Navarra Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.

⁹⁹ Galicia Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia; Madrid Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente; Asturias, La Rioja Ley 9/2005, de 30 de septiembre, sobre el documento de instrucciones previas de la sanidad de La Rioja; Castilla y León Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud; Murcia Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia; Ceuta y Melilla Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

de voluntades anticipadas, (incluso encontramos en el artículo 9 del Convenio de Oviedo de 1997 la expresión “deseos expresados anteriormente”).

Además, en otras Comunidades existen terminologías tales como expresión o manifestación anticipada de voluntades¹⁰⁰, voluntad vital anticipada¹⁰¹ o expresión de la voluntad con carácter previo¹⁰². Quizás la denominación más utilizada sea la de “voluntades anticipadas” al reflejar mejor el verdadero sentido y naturaleza del documento y el de “instrucciones previas” por ser la denominación en la ley básica estatal. En cualquier caso, considero con otros autores¹⁰³ que no existe una diferencia de fondo entre una u otra en línea. De hecho, el término instrucciones previas no es el que aparece en un principio en el borrador de la proposición que dio lugar posteriormente a la Ley 41/2002¹⁰⁴, sino el de voluntades anticipadas, pero tras una enmienda, la número 90 propuesta por el Grupo Parlamentario Popular hubo una modificación a instrucciones previas¹⁰⁵.

En el presente trabajo se usará indistintamente esta variada terminología, dado que todas las acepciones suponen una forma de dejar constancia de la voluntad del paciente sobre si, llegado el momento, desea recibir o no un tratamiento, donar sus órganos e incluso su cuerpo a la docencia y la ciencia médica, etc. Estas y otras

¹⁰⁰ Extremadura expresión anticipada de voluntades Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente. Canarias manifestación anticipada de voluntades Decreto 13/2006, de 8 de febrero, de manifestaciones anticipadas de voluntades en el ámbito sanitario y la creación del correspondiente registro.

¹⁰¹ Andalucía Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada.

¹⁰² Cantabria Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de ordenación sanitaria de Cantabria, modificada por la Ley 6/2009, de 28 de diciembre.

¹⁰³ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., (2009), pp. 57-58. FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A., "El documento de voluntades anticipadas. Una denominación controvertida", en BARRADA / GARRIDO / NASARRE (coordinadores) *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 171-188; ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Estudio Jurídico sobre el marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y Comunidades Autónomas; SÁNCHEZ-CARO, J / ABELLÁN-GARCÍA, F. *Instrucciones Previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Granada, Comares, 2008, pp. 115-116.

¹⁰⁴ BOCG, Congreso de los Diputados, Serie B, número 134-14, de 27 de septiembre de 2001.

¹⁰⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho y responsabilidad médica y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Lex Nova, Valladolid, 2007, p. 410. VILLAR ABAD, G., “La regulación de las Instrucciones Previas en la Ley 41/2002”, en *Autonomía del Paciente, Información e Historia Clínica (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)* Thomson-Civitas, 2004, p. 322.

decisiones y declaraciones de voluntad tendrán reflejo en el documento de voluntades anticipadas por quien aún tiene capacidad para hacerlo, facilitando así la labor a los profesionales sanitarios¹⁰⁶.

En cuanto a la naturaleza jurídica del documento, ni la legislación estatal ni la mayoría de las legislaciones autonómicas entran a regularlo. No obstante, a juicio de la doctrina estamos ante un negocio jurídico que consagra la eficacia jurídica de la autonomía privada en este ámbito de la asistencia sanitaria¹⁰⁷ y al que el legislador otorga valor de ley siempre que la persona en su configuración actúe dentro del ámbito o competencia a ella reconocido y que su voluntad no sea “contraria al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*”¹⁰⁸.

Para poder determinar la naturaleza jurídica de los documentos de voluntades anticipadas analicemos previamente sus caracteres¹⁰⁹:

1) Declaraciones de voluntad unilateral del ciudadano, es decir, el equipo sanitario simplemente es el destinatario de la voluntad del otorgante y por tanto solo procederá al cumplimiento del contenido que estará dentro del ordenamiento jurídico, por lo que no es necesario que el profesional sanitario acepte ni que esté de acuerdo con las decisiones establecidas.

2) Voluntad personalísima que sólo puede ser expresada por el otorgante del documento y por nadie más, ni siquiera un representante legal como sucede con el consentimiento informado por sustitución según el artículo 9.3 de la Ley 41/2002. Una de las funciones principales del notario, testigos o del empleado público del registro, ante los que comparece el interesado, es acreditar su autenticidad que la declaración procede del otorgante.

¹⁰⁶ SÁNCHEZ-CARO, J., (2008), pp. 64-67, nota 5; FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El derecho a otorgar documentos...” (2013), pp. 175-177.

¹⁰⁷ TUR FAÚNDEZ, M.N., (2004), p. 4871.

¹⁰⁸ BERROCAL LANZAROT, A.I., (2005), p. 25.

¹⁰⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El derecho a otorgar documentos...” (2013), pp. 192-194.

3) Declaraciones de voluntad formal, ya que los documentos de voluntades anticipadas deberán ser recogidas por escrito en la forma establecida por la ley, no siendo posible su otorgamiento oral hasta el momento. Las Comunidades Autónomas podrán legislar las formas válidas de otorgamiento por remisión expresa del artículo 11.2 Ley 41/2002. En este sentido, las voluntades anticipadas son válidas si siguen los requisitos de forma y procedimiento que cada ley autonómica establezca

4) Son revocables como dispone el artículo 11.4 Ley 41/2002, porque una vez emitidos pueden ser modificados en cualquier momento, o cancelados o sustituidos, sin necesidad de alegar una justa causa, siempre y cuando el otorgante deje constancia por escrito y siga siendo consciente y capaz. La finalidad del documento es la de recoger la voluntad actual del otorgante.

5) Produce efectos *inter vivos* sobre los tratamientos que se desea o no recibir y el nombramiento de representante, siendo ambos los contenidos más frecuentes, pero también produce efectos *mortis causa* al regular el destino de sus órganos o del cuerpo o autorizar la inseminación o transferencia embrionaria post mortem (artículo 9 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida).

Muchos de estos caracteres son compartidos con otros negocios jurídicos que permiten suplir los casos de vacíos en la regulación de las voluntades anticipadas o lagunas que puedan surgir en la legislación de las mismas, como es el caso de la aplicación analógica de la regulación del testamento en materia de revocación. En este sentido, la doctrina ha señalado que los documentos de voluntades anticipadas presentan características comunes al testamento propiamente dicho, tales como¹¹⁰:

- Acto individual: no se admiten testamentos vitales mancomunados o conjuntos otorgados por dos o más personas en un mismo documento.

- Acto personalísimo: su formación no puede dejarse al arbitrio de un tercero. No obstante, en el testamento vital se puede designar un representante, para que sustituya al

¹¹⁰ MOSCOSO TORRES, R.M. El documento de instrucciones previas..., pp. 2 y 3, disponible en el enlace https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=74566c2b-3e47-4ab2-a3fe-66580cb688a1&groupId=10228

otorgante en la prestación del consentimiento informado, el cual determinará cómo ha de tratarse al paciente cuando padezca la enfermedad.

- Acto enteramente voluntario y libre.

- Acto formal o solemne: se exigen determinadas formalidades para su válido otorgamiento.

- Acto esencialmente revocable y modificable: se realiza mediante el otorgamiento de un nuevo documento sujeto a las mismas formalidades o, simplemente, mediante la manifestación de otra voluntad al médico por quien va a ser atendido el otorgante en el momento de la enfermedad, si éste todavía conserva la capacidad suficiente.

Pero también debemos señalar que existen diferencias, ya que los documentos de voluntades anticipadas, a diferencia del testamento propiamente dicho, no tienen un contenido patrimonial, sino esencialmente personal (aunque también el testamento sucesorio o patrimonial puede albergar contenido extrapatrimonial como el reconocimiento de una filiación), y su eficacia no se despliega después de la muerte, sino en un momento anterior, cuando su otorgante todavía vive, si bien también van a surtir efectos después del fallecimiento respecto de la donación de órganos o del destino *post mortem* de su cuerpo.

II.2.- Elementos personales

El artículo 11 de la Ley 41/2002 señala como requisitos para manifestar la voluntad que el otorgante del documento sea mayor de edad, capaz y libre. En los mismos términos se pronuncia muchas leyes autonómicas como la Ley 3/2009 de la Región de Murcia. A diferencia del consentimiento informado que el paciente presta de cara a un tratamiento o intervención más inmediata, las voluntades anticipadas aluden a un futuro hipotético; eso justifica que la ley exija una edad mayor que para prestar el

consentimiento informado (artículo 9.3 Ley 41/2002)¹¹¹, además de tratarse de disposiciones sobre la propia vida¹¹².

La voluntad manifestada por el otorgante ha de ser libre, es decir, sin ningún tipo de coacciones que determinen el sentido de la voluntad del mismo. De darse estas coacciones se le aplicaría el régimen de los vicios de la voluntad de los actos jurídicos; es decir, como el documento de voluntades anticipadas contiene declaraciones de voluntad del paciente se aplicará el régimen previsto en el Código Civil para los contratos y extensivo a otros actos jurídicos y no el régimen, en este caso, del testamento cuya regulación de los vicios deja mucho que desear. Del mismo modo actuaríamos si estuviésemos ante casos de error (de hecho o de derecho), o en supuestos de dolo o engaño¹¹³.

Se entiende por otorgante capaz aquel que comprende el alcance de su decisión. En el caso del consentimiento informado es el médico el que se encuentra facultado para determinar si el paciente está capacitado para prestar su consentimiento, sin embargo, en las voluntades anticipadas quien lo determina en función del procedimiento empleado para su otorgamiento y formalización será, como regla general, el Notario, el funcionario o empleado público del Registro y los testigos¹¹⁴. Aunque no se indica cómo se va a realizar la constatación por las personas ante las que se otorgará el documento de voluntades, posiblemente el notario está más habituado para dilucidar la capacidad del otorgante. De hecho el artículo 665 del Código Civil establece que sea el Notario el que establezca cuándo una persona con discapacidad puede otorgar testamento, procurando, además, que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias. Por tanto, la formalización ante Notario quizás otorgue una garantía máxima sin la intromisión ni

¹¹¹ GALLEGU RUESTRA, S., (2009), págs. 160-168.

¹¹² PARRA LUCÁN, M.A., “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Aranzadi civil*, nº1, 2003, p. 1930.

¹¹³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El derecho a otorgar documentos...” (2013), pp. 182-183.

¹¹⁴ CASADESUS RIPOLL, P., “Las voluntades anticipadas de los pacientes menores de edad: Análisis de la legislación balear”. *Rev. Boliv. De Derecho* nº 29, enero 2020, p. 357.

influencia de persona alguna y en condiciones de capacidad exigidas en cada normativa¹¹⁵.

En ciertas leyes de final de la vida se establece que cuando la persona está bajo atención médica, el responsable sanitario será quien valore si se encuentra en situación de incapacidad, incluso contando con la opinión de otros profesionales implicados en la atención del paciente para que estimen que si éste se encuentra con falta de capacidad, incluso se tendrá en cuenta la opinión de la propia familia. Una vez establecida esta valoración se hará indicación de la misma en la historia clínica con los datos de quien deba actuar en representación del paciente. Los factores que se indican para establecer si existe una situación de falta de capacidad así como aquellos que se estimen clínicamente convenientes son:

- a) si tiene dificultades para comprender la información que se le suministra.
- b) si retiene defectuosamente dicha información durante el proceso de toma de decisiones.
- c) si no utiliza la información de forma lógica durante el proceso de toma de decisiones.
- d) si falla en la apreciación de las posibles consecuencias de las diferentes alternativas.
- e) si no logra tomar finalmente una decisión o comunicarla¹¹⁶.

El otorgante, con anterioridad a la reforma de la Ley 8/2021, podía sufrir modificación de su capacidad por sentencia judicial. Si esto sucedía, según el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se tenía en cuenta el alcance de la misma para determinar de qué modo se veía afectada dicha capacidad para el otorgamiento del documento de voluntades anticipadas. El otorgar la declaración de voluntad en estos documentos es un hacer personalísimo, por lo que el representante legal no podía prestar

¹¹⁵ NORIEGA RODRÍGUEZ, L. (2019), p.105.

¹¹⁶ 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 de Andalucía; 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 de Aragón; artículo 19 Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte de Navarra; Artículo 20 de la Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida de Canarias; Artículo 20 de la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir de las Islas Baleares; Artículo 17 de la Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida en el País Vasco.

el consentimiento en su nombre¹¹⁷. Se le reconocía esa capacidad legal al incapacitado salvo que la resolución de incapacitación recogiera pronunciamiento en sentido contrario y siempre que, en el momento de expresar esas voluntades anticipadas, tuviera madurez y consciencia de sus actos como sucede en el artículo 4.2 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía, lo cual era digno de elogiar por el hecho de que permitía la redacción del documento de voluntades anticipadas salvo que la sentencia de incapacitación se expresara en otros términos¹¹⁸.

Tras la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se descarta una declaración de incapacidad, por lo que si se considera que la persona con discapacidad tiene capacidad jurídica a criterio del profesional sanitario responsable, como cualquier otro sujeto, no existiría ningún impedimento para que éste pueda otorgar un documento de voluntades anticipadas sobre los tratamientos o intervenciones a realizar¹¹⁹ ni para que, con el apoyo necesario, pueda expresar su voluntad en un documento de voluntades anticipadas. Esta situación la encontramos en el denominado contrato de Ulises, el cual se expondrá en el próximo capítulo. Los profesionales que traten a las personas con discapacidad deberán prestar sus respectivas funciones considerando estos nuevos principios y no proceder con actitudes paternalistas. Para ello, se debe brindar a la persona con discapacidad los apoyos necesarios tanto voluntarios como judiciales y así, de este modo, ésta podrá ejercer la capacidad jurídica en los tiempos establecidos o cuando ello se considere preciso.

En cuanto a la mayoría de edad, tanto la legislación estatal como la legislación de ciertas comunidades autónomas coinciden en exigir haber cumplido los dieciocho años para poder formalizar los documentos de voluntades anticipadas; es decir, un menor emancipado no podría otorgarlo. Esto puede sorprender *a priori* porque en otros ámbitos sanitarios el menor de edad posee lo que se conoce como la capacidad del “menor maduro”. Así, en aquellos ensayos clínicos en los que participen menores de

¹¹⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El derecho a otorgar documentos...” (2013), pp. 198-202.

¹¹⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “EL derecho a otorgar documentos...”, (2013), p. 196.

¹¹⁹ BERROCAL LANZAROT, A.I, y ABELLÁN SALORT, J.C., (2009), p.188.

edad, 12 años o más, éstos “deben” prestar su consentimiento, además del consentimiento prestado por sus padres o representantes legales¹²⁰.

En algunas leyes autonómicas, entre ellas la de Andalucía¹²¹ y la de la Comunidad Valenciana¹²², se prevé que el menor emancipado pueda redactar sus voluntades anticipadas. En el caso de la Comunidad de Aragón se ha incorporado al menor aragonés mayor de catorce años además de al menor emancipado¹²³. Por su parte, en la Comunidad Foral de Navarra¹²⁴ se ha considerado al menor emancipado o a los mayores de 16 años para poder otorgar las voluntades anticipadas y en Baleares a menores de edad emancipados o con 16 años cumplidos¹²⁵. No obstante, esto podría suponer una contradicción con la legislación básica dado que llegado el momento dichas instrucciones pueden no ser aplicadas por apartarse de la Ley básica estatal¹²⁶.

Exigir la mayoría de edad para otorgar un documento de voluntades anticipadas supone una negación de la autonomía del menor en ese ámbito específico¹²⁷. No parece coherente establecer una mayor exigencia en la edad para otorgar el documento de voluntades anticipadas que para el consentimiento informado sobre todo porque ambos

¹²⁰ VIGUERAS PAREDES, P. “Derechos específicos en el ámbito de la experimentación e investigación sanitaria”, *Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberos de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia*, Valencia, Tirant Lo Blanch y Editum, 2013, p. 323.

¹²¹ Artículo 4.1 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía.

¹²² Artículo 11 de la Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida.

¹²³ Artículo 15 Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón modificado por la Disposición final 1ª 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.

¹²⁴ Artículo 54.1 Ley Foral 17/2010, de 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra... El documento de voluntades anticipadas es el dirigido al médico responsable en el cual una persona mayor de edad, o un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente Ley Foral... Los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento (artículo 8.2).

¹²⁵ Disposición final 2ª de la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir que modifica el artículo 1 de la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas.

¹²⁶ GALLEGO RUESTRA, S. (2009), pp. 161-162.

¹²⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I. “La autonomía del menor: Su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”, en *X Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, 2003.

tipos de documentos parten de la autonomía de la voluntad del paciente y dicha autonomía es reconocida por ley a los menores con suficiente madurez, a partir de los 16 años, o a menores emancipados. Por tanto, no es sólo el dato cronológico de la edad el que determina la facultad de ejercer los derechos de la personalidad sino el grado de madurez del menor¹²⁸.

El artículo 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, sobre protección jurídica del menor, establece que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se deberán interpretar de forma restrictiva, por lo que los derechos de la personalidad se deben desarrollar en todos los ámbitos incluido el sanitario como sucede con el consentimiento informado.

En el artículo 9.3.c de la Ley de Autonomía del Paciente se establece que si el paciente es menor de edad, y no es capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión conforme a lo dispuesto en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, donde en lugar de establecerse un criterio objetivo de tener que escuchar la opinión del menor, si este tiene 12 años se establece un criterio subjetivo de tener en cuenta la madurez del mismo, el llamado menor maduro, para una mayor participación en asuntos que le atañen a su salud, pudiendo, a sensu contrario, prestar el consentimiento tras la valoración del facultativo asignado al otorgarle éste esa capacidad. Esta conclusión puede deducirse de la aplicación analógica del artículo 162.1 del Código Civil relativo a los hijos menores no emancipados, por el que éstos pueden realizar los actos referentes a los derechos de su personalidad de acuerdo con su madurez¹²⁹, quedando en manos de los profesionales

¹²⁸ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., (2003), p. 109. ANDREU MARTÍNEZ, M. B., “Consentimiento por sustitución”, en SALCEDO HERNÁNDEZ (director) *Derecho y Salud. Estudios de Bioderecho (Comentarios a la Ley 3/2009 de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, Editum, Murcia, 2013, pp. 158-167; ANDREU MARTÍNEZ, M. B., *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 17-85.

¹²⁹ CADENAS OSUNA, D., *A vueltas con las instrucciones previas: ¿Institución fallida o tesoro por descubrir?*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 40.

sanitarios la responsabilidad de determinar si el menor posee un grado de madurez suficiente para decidir¹³⁰

El artículo 9.4 de la Ley de Autonomía del Paciente señala que cuando se trate de menores emancipados, o mayores de 16 años, que no se encuentren en los supuestos b) y c) del apartado 3, no cabe prestar el consentimiento por representación puesto que si han cumplido los 16 años se presume que podrán dar su consentimiento para intervenciones al considerárseles maduros, salvo graves riesgos¹³¹ para la vida o salud del menor de acuerdo con el criterio del facultativo, en cuyo caso se precisará de la participación de los representantes legales. Con la reforma del 2015 se difuminaba la presunción de madurez puesto que el consentimiento lo prestaban los representantes legales tras escuchar y tener en cuenta la opinión del menor, atendiendo caso por caso al mayor beneficio del mismo. Sin embargo, con anterioridad a esta reforma eran los padres, y no los representantes legales, quienes recibían la información y cuya opinión se tenía en cuenta para la decisión.

Según se describe en el artículo 9.4.2 de la Ley 41/2002, cuando a criterio del facultativo exista riesgo para la vida del menor o para su salud el consentimiento informado lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta la opinión del mismo. Por tanto, sería interesante la posibilidad de que el menor pudiese otorgar un documento de voluntades anticipadas en el que reflejar cuál es su opinión en los casos de grave riesgo para su vida y salud para cuando éste no pueda prestarla por sí mismo.

En cualquier caso, cuando el consentimiento haya de otorgarlo el representante legal, o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho, las decisiones deberán adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente, y aquellas que sean contrarias a los intereses del mismo deberán ponerse en

¹³⁰ ANDREU MARTÍNEZ, M. B., (2018), pp. 41-67. ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº extra 10, 2, 2019, pp. 514-547.

¹³¹ Artículo 17 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

conocimiento de la autoridad judicial, directamente o a través del Ministerio Fiscal, de acuerdo con el artículo 9.6 de la Ley de Autonomía del Paciente. Además, en la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se ha previsto la figura del defensor judicial del menor en el caso de existir conflicto de intereses con los representantes legales cuando el tutor no cumpla con sus funciones así como cuando se trate de un menor emancipado que requiera complementar su capacidad¹³².

Se hace preciso que en la Ley 41/2002 se reconozca la autonomía de la figura del menor maduro al demostrar su capacidad tanto intelectual como emocional, y de este modo que éste pueda otorgar los documentos de voluntades anticipadas como ocurre en el caso de los mayores de edad, los menores emancipados o los mayores de 16 años, para el consentimiento informado¹³³.

Por tanto, un menor de 16 años con la suficiente madurez para opinar sobre las posibles situaciones que se puedan plantear acerca de su futuro sanitario debería de poder otorgar el documento de voluntades anticipadas ante Notario, funcionario o empleado público del Registro de Instrucciones Previas o incluso ante testigos, los cuales asesorarían al menor otorgante sobre las posibles declaraciones de voluntad, como ya viene sucediendo actualmente con los funcionarios o empleados de este Registro, o incluso en el caso del Notario a la hora de realizar un testamento¹³⁴. De este modo, la Ley 41/2002, y su consiguiente desarrollo autonómico, contemplarían al unísono la capacidad para prestar el consentimiento informado en cualquier actuación sanitaria, bien de una forma directa ante el profesional sanitario o bien otorgándolo a través de un documento de voluntades anticipadas. Hasta que no se produzca esta reforma en dicha Ley la normativa autonómica debería de abstenerse de contradecir la

¹³² Artículo 235 y siguientes del Código Civil.

¹³³ Sobre la nueva regulación de la autonomía sanitaria del menor maduro, v. CADENAS OSUNA, D., "El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015", *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 71, nº 3, 2018, pp. 789-853.

¹³⁴ Adviértase que por esa razón, el Código Civil reconoce capacidad para otorgar válidamente testamento a los menores de edad pero mayores de 14 años, si lo otorgan ante Notario pero, en cambio, si el testamento se otorga sin presencia de Notario (el llamado testamento ológrafo) entonces la edad mínima se eleva a los 18 años (art. 688 del Código Civil).

norma básica y así, de este modo, se respetaría tanto el reparto de competencias como la jerarquía normativa establecida constitucionalmente. Además, se contaría con una coherencia legislativa a nivel nacional que evitaría disparidades en su aplicación¹³⁵.

Respecto al contenido del documento en relación con el destino de los órganos, el cuerpo o la autorización *post mortem* de las técnicas de reproducción asistida una vez haya fallecido el otorgante, así como para la solicitud de la prestación de ayuda médica a morir, es necesario tener la mayoría de edad según cada una de las respectivas legislaciones específicas.

En el caso del destino de los órganos, el artículo 4.a de la Ley 30/1979, de 27 octubre, sobre extracción y trasplante de órganos señala: “La obtención de órganos procedentes de un donante vivo, para su ulterior injerto o implantación en otra persona, podrá realizarse si se cumplen los siguientes requisitos: que el donante sea mayor de edad...”. Igualmente sucede en el caso de la donación del cuerpo¹³⁶, en el caso de la reproducción asistida como se indica en el artículo 5.6 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Asistida¹³⁷ donde se señala: “Los donantes deberán tener más de 18 años”, así como para solicitar la prestación de ayuda a morir¹³⁸. En conjunto, lo anteriormente descrito nos hace pensar que el legislador, en ciertas cuestiones, realiza un vaciamiento de la autonomía de la voluntad del menor de edad a la hora de redactar sus voluntades anticipas.

En la tabla 2 se representan los declarantes con instrucción previa (IP) activa por Comunidad Autónoma y grupos de edad, de acuerdo con el Registro Nacional de Instrucciones Previas a enero de 2021. Como se puede observar, solamente han sido registrados 35 documentos de voluntades anticipadas por menores de edad a nivel

¹³⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El derecho a otorgar documentos...” (2013), pp. 201-202.

¹³⁶ Donación del cuerpo para la ciencia médica. Departamento de Anatomía y Embriología Humana I. Sociedad anatómica española. Universidad Complutense de Madrid. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/morfos/donaciones/> (visto octubre 2021).

¹³⁷ BOE 27-05-2006.

¹³⁸ Artículo 5.1.a) Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

nacional, de los cuales la mayoría (17 casos) se han realizado en Cataluña, seguido por Baleares, la Comunidad Valenciana, Navarra y por último Aragón con tan solo un caso.

Llama la atención que en Andalucía no se ha realizado ninguna inscripción, siendo ésta la Comunidad con mayor población y que además permite la inscripción de los menores emancipados. También es de destacar que en Cataluña se haya registrado la mayoría de los documento de voluntades anticipadas otorgados por menores teniendo en cuenta que en dicha Comunidad no se prevé expresamente el otorgamiento del documento de voluntades anticipadas por menores de edad, seguida de las Islas Baleares donde si se permite expresamente la prestación del documento por parte de los menores de 18 años.

Tabla 2 (tabla modificada del Registro Nacional de Instrucciones Previas)¹³⁹

DECLARANTES CON IP ACTIVA POR COMUNIDAD AUTÓNOMA Y GRUPOS DE EDAD
Registro Nacional de Instrucciones Previas. Enero 2021

	< 18 años	18-30	31-50	51-65	>65	TOTAL	Población 01/01/2020	Tasa por 1.000 hab.
ANDALUCIA		1.253	8.804	14.453	19.157	43.667	8.464.411	5,16
ARAGON	1	149	1.354	3.234	6.103	10.841	1.329.391	8,15
ASTURIAS		90	1.093	2.415	4.259	7.857	1.018.784	7,71
BALEARES	11	145	1.345	2.687	6.117	10.305	1.171.543	8,80
CANARIAS		368	2.778	4.329	5.279	12.754	2.175.952	5,86
CANTABRIA		46	532	1.237	1.908	3.723	582.905	6,39
CASTILLA-LA MANCHA		295	1.800	3.043	3.464	8.602	2.045.221	4,21
CASTILLA Y LEON		154	1.658	4.622	6.545	12.979	2.394.918	5,42
CATALUÑA	17	1.011	10.175	22.688	61.765	95.656	7.780.479	12,29
C. VALENCIANA	4	779	4.893	8.633	16.093	30.402	5.057.353	6,01
EXTREMADURA		72	481	679	964	2.196	1.063.987	2,06
GALICIA		220	1.708	3.803	5.882	11.613	2.701.819	4,30
MADRID		466	4.514	9.834	19.788	34.602	6.779.888	5,10
MURCIA		207	1.175	1.717	2.105	5.204	1.511.251	3,44
NAVARRA	2	105	1.101	3.500	5.802	10.510	661.197	15,90
PAIS VASCO		218	2.698	9.518	19.118	31.552	2.220.504	14,21
RIOJA		41	468	1.280	1.895	3.684	319.914	11,52
CEUTA Y MELILLA		2	44	66	69	181	171.278	1,06
TOTAL NACIONAL	35	5.621	46.621	97.738	186.314	336.329	47.450.795	7,09

La modificación de la legislación civil y procesal a través de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica¹⁴⁰, tiene la finalidad de adecuar el ordenamiento jurídico español con la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con

¹³⁹ <https://www.mscbs.gob.es/ciudadanos/rnip/home.htm> (visto en mayo 2021).

¹⁴⁰ Capacidad jurídica significa que tienes derechos y obligaciones y que puedes ejercer tus derechos y tus obligaciones por ti mismo, aunque necesites ayuda. Observación general Número 1 del 2014 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la Organización de Naciones Unidas.

discapacidad hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y señala en su artículo 12 que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Así, los Estados parte deberán adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica respetando los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica las medidas de apoyo establecidas tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico¹⁴¹, siendo dichas medidas proporcionales al grado en que las mismas afecten a los derechos e intereses de las personas con respeto a su dignidad, así como a la tutela de sus derechos fundamentales. Por tanto, quienes presten su apoyo deberán actuar conforme a la voluntad de la persona con discapacidad y a las preferencias del otorgante procurando que éste pueda desarrollar su proceso de toma de decisiones. Si fuera necesario acudir a una función representativa para determinar dicha voluntad ha de tenerse en cuenta las predilecciones que hubiese manifestado el interesado de haber podido hacerlo por sí mismo.

Se pretende, por tanto, pasar de una sustitución de toma de decisiones por representación de la persona con discapacidad a una situación en la que, como regla general, se respete su voluntad y preferencias. Para ello, se han introducido en el Código Civil las medidas de apoyo que van a recibir, pudiendo así ejercer su capacidad jurídica que se concretará en una toma de decisiones, partiendo en principio con medidas voluntarias que pueda adoptar la persona con discapacidad, como los poderes y mandatos preventivos, entre los que se encontrarían los documentos de voluntades anticipadas. Cualquier medida de apoyo voluntaria podrá ir acompañada de las salvaguardas necesarias para garantizar en todo momento y ante cualquier circunstancia el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad¹⁴².

En conjunto, podemos concluir que con los apoyos necesarios, y siempre que esté contenido en la ley, nada debería impedir que menores de edad o emancipados, así como personas discapacitadas, puedan expresar su voluntad en un documento de

¹⁴¹ Artículo 249 Código Civil.

¹⁴² Artículo 250 Código Civil.

voluntades anticipadas para de este modo poder conocer sus preferencias y valores en el ámbito sanitario.

II.3.- Requisitos formales

3.1.- Formas de otorgar las instrucciones previas

El art. 11.2 de la Ley 41/2002 dispone que las instrucciones previas deben constar siempre por escrito, delegando la determinación de las diferentes formas concretas de otorgar el documento, así como el añadir cualquier otra formalidad, en manos de la competencia normativa de las respectivas Comunidades Autónomas¹⁴³. Además el artículo 11.5 de la mencionada Ley establece que para asegurar la eficacia de las instrucciones previas en todo el territorio nacional en el propio Ministerio de Sanidad y Consumo se creará el Registro Nacional de Instrucciones Previas.

Algunos autores opinan que la declaración de voluntades anticipadas tendrían que poder otorgarse verbalmente, debiendo eso sí, ser recogidas en la historia clínica, como pasa con los consentimientos informados, aunque es preferible que el documento de voluntades anticipadas conste por escrito, y además se adjunte a la historia clínica, para que no puedan surgir dudas sobre cuál es la voluntad del paciente, puesto que se da la circunstancia de que ya no es posible consultar la opinión del mismo¹⁴⁴.

Por tanto, se evidencia que deben ser por escrito y que tendrán las formalidades que establezca la legislación de las Comunidades Autónomas, tal y como se prevé por la ley básica estatal. Como hemos señalado, el documento de voluntades anticipadas es un negocio jurídico formal¹⁴⁵, en tanto en cuanto la exigencia de la forma escrita es un requisito necesario e imprescindible para la validez del negocio; una forma *ad solemnitatem*, pues los requisitos formales condicionan su validez y eficacia¹⁴⁶. A pesar

¹⁴³ BERROCAL LANZAROT, A.I., (2005), p. 37. En el caso de la Región de Murcia el procedimiento empleado para otorgar y formalizar el documento de instrucciones previas se indica en el artículo 51.2 de la Ley 3/2009 y en el artículo 2.2.c del Real Decreto 80/2005.

¹⁴⁴ BERROCAL LANZAROT, A.I., (2005), p. 38.

¹⁴⁵ GALLEGO RUESTRA, S., (2009), p. 155.

¹⁴⁶ SEOANE, J.A. “Derechos y planificación anticipada de la atención: Panorama jurídico de las instrucciones previas en España”.

de ello, la Comunidad de Madrid ha previsto de manera excepcional que los pacientes en riesgo vital puedan manifestar sus voluntades anticipadas en cualquier soporte que de forma fehaciente exprese su libre e inequívoca voluntad, que se deberá incorporar a la historia clínica, debiendo requerirse la firma del médico y de la enfermera responsable. Posteriormente la dirección del centro lo notificará al Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid¹⁴⁷. En esta línea, la Ley estatal 219/2017 italiana señala en su artículo 4 que deben estar redactados por escrito pero sin embargo permite que en caso de que la condición física del paciente no lo permita, las disposiciones anticipadas de tratamiento pueden expresarse a través de la grabación de vídeo o dispositivos que permitan a la persona con una discapacidad comunicarse.

Gracias a la formalidad requerida para realizar el documento de voluntades anticipadas, se garantiza la posibilidad de expresar anticipadamente la voluntad y que esa voluntad no pueda verse burlada u obviada, sino cumplida¹⁴⁸. Esa forma escrita se puede recoger en documento público o privado, así se aseguran la autenticidad, identidad del autor, firma, fecha y lugar de otorgamiento. Cada Comunidad Autónoma habrá expresado en sus respectivas legislaciones cuales van a ser las formas de otorgamiento¹⁴⁹:

1.- *Ante notario en documento público*: el notario dará fe sobre la identidad y capacidad del otorgante, así como que éste ha sido previamente informado del contenido del documento, que lo contenido es lo manifestado por él y que se corresponde con su voluntad sin ningún vicio que la invalide.

Los notarios cuentan con un aplicativo informático mediante el cual están conectados con los registros autonómicos de las voluntades autonómicas a través de la plataforma tecnológica corporativa del Notariado, gestionada por la Agencia Notarial de

¹⁴⁷ Disposición final 1ª.1 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir que modifica la Ley 3/2005, de 23 de mayo, que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente.

¹⁴⁸ SAN JULIAN PUIG, V. “Instrucciones previas: Un negocio jurídico, no un simple formulario” XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho Sanitario”, Madrid 2005, p. 4 <https://www.aeds.org/congreso/congresos-aeds/ponencias/Veronica%20San%20Julian.pdf> (visto abril 2021)

¹⁴⁹ GALLEGO RUESTRA, S., (2009), pp. 156-157.

la Certificación S.L. (ANCERT). Actualmente se hallan adheridos a este servicio de comunicación telemática desde la propia notaría autorizante el Registro de Voluntades Anticipadas de Cataluña y el Registro de Voluntades Anticipadas de las Islas Baleares; de este modo podrán transmitir al registro de la Consejería de Sanidad las copias electrónicas de voluntades anticipadas¹⁵⁰. La persona otorgante deberá manifestar al notario que desea inscribir el documento telemáticamente en el registro y esto debe constar en la escritura por medio de una conexión segura.

2.- *Ante testigos en documento privado*: en este supuesto son los testigos los que se encargan de comprobar la identidad, capacidad, voluntad y firma del otorgante¹⁵¹. Los testigos deberán reunir los requisitos exigidos por la ley y no incurrir en ninguna de las causas de incompatibilidad, es decir, deberán ser mayores de edad y con plena capacidad, y además se pedirá que, en función de la Comunidad de que se trate, no tengan relación de parentesco con el otorgante hasta el segundo grado, no estén vinculados con él por relación patrimonial y que no sea cónyuge o relación análoga, ni laboral o de servicio. Curiosamente la Ley 3/2009 de la Región de Murcia en su artículo 51.2¹⁵² no hace ninguna mención sobre estos requisitos.

En cuanto a quién controla estas limitaciones y su veracidad, para evitar incidencias en el caso de que el otorgamiento sea ante testigos se han buscado soluciones de control en los documentos otorgados tales como requerir copias del D.N.I compulsadas y declaraciones de los propios testigos de que no incurren en ningún tipo de limitación antes expuesta.

¹⁵⁰ aANCERT Tecnología e innovación al servicio del notariado: <https://www.ancert.com/liferay/web/ancert/voluntades-anticipadas> (visto mayo 2021).

¹⁵¹ FRANCINO I BATLLE, F.X. “El otorgamiento del documento de voluntades anticipadas. Cuestiones prácticas”, *IX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho Sanitario*, Fundación Mapfre Medicina, 2002, p. 227.

¹⁵² Art. 51.2 Ley 3/2009 “El documento de instrucciones previas se formalizará por escrito, mediante uno de los siguientes procedimientos:

a. Ante Notario.

b. Ante tres testigos mayores de edad con plena capacidad de obrar, antes quienes firmará el otorgante, y que declararán, bajo su responsabilidad, que aquél es mayor de edad, actúa libremente y no les consta que esté incapacitado judicialmente.

c. Ante funcionario o empleado público encargado del Registro de Instrucciones Previas de la Región de Murcia, de conformidad con las previsiones reglamentarias.

Cuando se utiliza el documento privado es usual recurrir a formularios tipo que pueden haber sido elaborados por distintas entidades o asociaciones, como la Asociación Oncológica, los Colegios de Médicos, Colegios Notariales e incluso por la propia Administración Pública o el modelo de DMD, la asociación pro derecho a morir dignamente. No obstante, de este modo parece que no se estaría emitiendo la verdadera voluntad del otorgante sino que el otorgante simplemente se limitaría a aceptar unas condiciones ya previstas¹⁵³. Es decir, nos encontraríamos ante una modalidad negocial similar al contrato de adhesión¹⁵⁴. La Consejería de Sanidad de Murcia a través del portal de *murciasalud.es* ofrece diversos modelos¹⁵⁵ que, aunque su uso no es de carácter obligatorio, facilitan mucho la gestión tanto de el profesional sanitario que los consulta como del propio otorgante pues le muestra a este último el abanico de posibilidades con el que cuenta.

En el artículo 51 de la Ley 3/2009 de la Región de Murcia se menciona que cuando el otorgante firme el documento ante los testigos, éstos deberán declarar que aquél es mayor de edad, que lo hace libremente y que no les consta que esté incapacitado judicialmente. Esta función de los testigos se menciona también en la legislación de otras comunidades¹⁵⁶.

Comprobar la mayoría de edad es fácil, basta con recurrir a cualquier documento tipo D.N.I o pasaporte, pero para conocer la capacidad o incapacidad del otorgante se ha de recurrir al Registro Civil y a un juicio de discernimiento sobre su competencia. Como ya hemos dicho esa comprobación corresponde a los testigos porque en el caso de la Región Murcia se establece en la Ley 3/2009 en su artículo 51. De este modo se

¹⁵³ TUR FAÚNDEZ, M.N., (2004), p. 4877.

¹⁵⁴ GALLEGO RUESTRA, S., (2009), pp. 158-159.

¹⁵⁵ Página web del servicio murciano de salud sobre instrucciones previas: [https://sede.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1916&IDTIPO=240&RASTRO=c\\$m40288](https://sede.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1916&IDTIPO=240&RASTRO=c$m40288) (visto mayo 2021).

¹⁵⁶ Artículo 4.b.c) Decreto 30/2007 de 22 de marzo, por el que se regula el documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el Registro de Instrucciones Previas de Castilla y León, al indicar que una declaración de los testigos de que son mayores de edad, que tienen plena capacidad de obrar y, que a su juicio, la persona otorgante es capaz, actúa libremente y ha firmado el documento en su presencia.

asegurarán de que el otorgante comprende el alcance y los efectos de lo que está declarando¹⁵⁷.

3.- *Ante el funcionario encargado del Registro:* algunas Comunidades Autónomas contemplan la posibilidad de otorgar ante el funcionario encargado del Registro de Voluntades Anticipadas. Esta nueva opción presenta una importante ventaja de carácter práctico: facilita y agiliza, enormemente, los trámites de inscripción del documento de voluntades anticipadas ya que se otorga en el propio Registro previsto para tal efecto¹⁵⁸. En el caso de Murcia esta modalidad está prevista en el art. 51.2 de la Ley 3/2009.

En relación con esta modalidad de otorgamiento ante empleado público la Comunidad de Baleares, distingue que se pueda formalizar el documento de voluntades anticipadas ante la persona encargada del Registro de Voluntades Anticipadas o ante el funcionario público habilitado al efecto por la consejería competente en materia de salud¹⁵⁹. Por su parte, la Comunidad de Madrid ha modificado el apartado que decía ante el personal al Servicio de la Administración, ahora se puede formalizar en las unidades administrativas y en los servicios de atención al paciente de las instituciones y centros sanitarios y socio-sanitarios, públicos y privados¹⁶⁰. Estas previsiones facilitan el otorgamiento de documentos al aumentar el número de lugares y de personas habilitados buscando la mayor cercanía al paciente.

¹⁵⁷ Labor que acostumbran a hacer por razón de su oficio los notarios. FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El derecho de otorgar documentos de instrucciones...” (2013), p. 219.

¹⁵⁸ AYALA VARGAS, M.J., “Inscripción de los documentos de instrucciones previas”, *Revista de Bioderecho.es*, nº 3, 2016, p. 5

¹⁵⁹ Disposición final 2º.2 de la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir que modifica el artículo 1 de la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas

¹⁶⁰ Disposición final 1ª.1 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir que modifica el artículo 5.2 de la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente.

Por otro lado, la ley básica 41/2002 no ha establecido la estructura del documento de voluntades anticipadas, pero sí lo han hecho algunas Comunidades Autónomas como es el caso de Extremadura¹⁶¹:

- a) Nombre y apellidos del interesado
- b) D.N.I, pasaporte o permiso de residencia
- c) Domicilio
- d) Designación de representante indicando su nombre
- e) Nombre, apellidos y D.N.I de los testigos, o del notario, ante los que se otorgó el documento y la firma de los mismos
- f) Situaciones sanitarias concretas en que se requiere que se tengan en cuenta las instrucciones
- g) Instrucciones y límites concretos en la actuación médica ante decisiones previstas, sobre todo cuando se tiene información de probabilidades evolutivas
- h) Otras consideraciones, como objetivos vitales, valores personales y decisiones sobre la donación de órganos
- i) Lugar y fecha
- j) Firma del otorgante del documento

Un documento otorgado sin cumplir los requisitos legales exigidos, a pesar de haber sido otorgado por escrito, no tendrá validez como se recoge en el Auto 160/2010, de 2 de junio, de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife Sección 3ª, por el cual se desestimó la solicitud de autorización judicial de una mujer para la fecundación asistida con el semen del esposo fallecido tras presentar una carta mecanografiada y firmada por él mismo¹⁶². El tribunal consideró que dicho escrito no tenía la consideración del documento de voluntades anticipadas.

¹⁶¹ Artículo 5 Contenido del Registro de Expresión Anticipada de Voluntades. Decreto 311/2007 de 15 de octubre de contenido, organización y funcionamiento del Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura y se crea el Fichero Automatizado de datos de carácter personal del citado Registro.

¹⁶² Recurso de apelación 296/2010 (Auto 160/2010 de 2 de junio de la Audiencia Provincial del Santa Cruz de Tenerife Sección 3ª AC/2010/1755).

La diversidad de regulaciones autonómicas de las formas de otorgar las voluntades anticipadas puede generar el problema cuando la declaración de voluntad del interesado se otorga en una Comunidad Autónoma distinta de la de residencia y en la que se exigen unos requisitos distintos de la originaria para el otorgamiento ¿Qué pasaría entonces a la hora de hacer cumplir las voluntades anticipadas en una Comunidad en la que se han exigido otros requisitos? ¿Qué criterio debería seguirse? Si se realizan unas voluntades anticipadas con arreglo a los requisitos formales del lugar de su redacción, éstas deben cumplirse independientemente del lugar en que se encuentre el otorgante en el momento de la ejecución. De este modo, la consulta del Registro Nacional de Instrucciones Previas a nivel nacional facilitará el conocimiento de la existencia del documento de voluntades anticipadas y su cumplimiento.

3.2.- La inscripción del Documento de Instrucciones Previas en el Registro: ¿puede configurarse como requisito para su validez?

El artículo 11.5 de la Ley 41/2002 prevé la creación de un Registro Nacional de Instrucciones Previas que fue regulado posteriormente por el R.D. 124/2007, de 2 de febrero. Tras ser remitido el citado Decreto por el Ministerio de Sanidad y Consumo al Consejo de Estado para su preceptivo informe, como paso previo a su aprobación por el Consejo de Ministros, se creó el Registro Nacional de Instrucciones Previas adscrito al Ministerio de Sanidad y Consumo a través de la Dirección General de Cohesión del Sistema Nacional de Salud y Alta Inspección.

Inicialmente, como fue el caso de la legislación catalana de 2000, se dotaba de eficacia a los documentos de voluntades anticipadas por el hecho de incorporarse a las historias clínicas aunque estos no se hubieran registrado, pero esta medida puede tener escasa repercusión a nivel nacional debido a que la inexistente coordinación de las historias clínicas entre las distintas Comunidades Autónomas hace difícil que se pueda conocer en unas comunidades el contenido de las otras por lo que la inscripción en el Registro Nacional de Instrucciones Previas ofrece mejores garantías.

Otra cuestión que se podría plantear es: ¿Qué ocurre cuando una Comunidad no ha regulado el Registro de Voluntades anticipadas? En este caso, estaríamos ante una

“ejecución supletoria” del Estado, tal y como manifestó el Consejo de Estado, dado que la Ley 41/2002 no ha atribuido al mismo la potestad de regular la formalización de la voluntad de los pacientes, ni siquiera de forma excepcional. En base al artículo 149.3 de la Constitución, se podría discutir si el Estado puede dictar legislación supletoria, pero lo que está claro es que el Estado no puede sustituir a las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias de ejecución, y menos mediante una norma con rango de Real Decreto que cubre el vacío de la Ley 41/2002. Quizás serían los ciudadanos los que deberían instar a que esta regulación se produzca¹⁶³.

En cuanto al carácter constitutivo o meramente declarativo del registro, en la mayoría de legislaciones autonómicas se ha considerado declarativo como es el caso de Murcia; sin embargo, para otras comunidades como Andalucía, Extremadura o Islas Baleares¹⁶⁴, la inscripción es un requisito necesario para la validez del documento y por tanto constitutivo. En este sentido, se ha advertido que las legislaciones autonómicas que piden la inscripción de los documentos como requisito para su eficacia o validez se han extralimitado en sus competencias puesto que el desarrollo autonómico de la Ley 41/2002 no autoriza añadir un requisito que la propia ley estatal básica no ha establecido¹⁶⁵.

Puesto que en Andalucía¹⁶⁶ se pide que la inscripción de los documentos de voluntades anticipadas en el registro sea constitutiva se plantea la siguiente cuestión: ¿cabe sostener la invalidez del documento notarial no inscrito?¹⁶⁷ La doctrina ha señalado que si se confirmara una inadmisión del documento notarial constituiría una

¹⁶³ GALLEGO RIESTRA, S. (2009), p. 201.

¹⁶⁴ Artículo 3.4 de la Ley 1/2006 de las Islas Baleares que señala que “este documento se inscribirá en el Registro de voluntades anticipadas”; y el artículo 18.2 de la Ley 3/2005 de Extremadura, al establecer que “será aceptado como válido cualquier documento escrito que, cumpliendo los requisitos expresados en el artículo anterior, contenga la información regulada en este artículo y esté debidamente inscrito en el Registro de Expresión Anticipada de Voluntades de la Comunidad Autónoma de Extremadura”.

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. "El derecho a otorgar documentos..." (2013), pp. 226-227.

¹⁶⁶ Artículo 7 de la Ley 5/2003, de Andalucía, al indicar que “la declaración de voluntad vital anticipada, una vez inscrita en el Registro previsto en el artículo 9 de esta Ley, será eficaz”.

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. "El derecho a otorgar documentos..." (2013), p. 226.

extralimitación del legislador andaluz, la cual necesariamente tendría que ser corregida por las siguientes razones¹⁶⁸:

- En primer lugar porque no admitir la validez de un documento notarial que recoge una declaración de voluntades anticipadas supone claramente una vulneración del principio fundamental establecido en el Convenio Internacional de Oviedo sobre esta materia, y que, como hemos reiterado, obliga a dotar de eficacia a estas declaraciones una vez que se tenga certeza de su existencia. Añadiendo, además, que si dicha declaración ha sido emitida ante notario no se puede dudar de su validez en tanto ésta no haya sido declarada así judicialmente.

- En segundo lugar porque el legislador autonómico no tiene atribuciones para regular la validez de los documentos notariales, que es de competencia exclusiva estatal conforme al artículo 149.1.18 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 artículo 26 del ya citado Convenio de Oviedo, por lo que se vulnera con toda claridad.

En mi opinión, en relación a lo descrito anteriormente, lo que se cuestiona no es la validez del documento de voluntades anticipadas realizado ante notario como escritura pública, sino su eficacia al no estar inscrito con la formalidad que es exigida en la Comunidad Autónoma Andaluza¹⁶⁹, Baleares y Extremadura. En este sentido, el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía

¹⁶⁸ MOSCOSO TORRES, R.M., El documento de instrucciones previas..., pp. 9-10, disponible en el enlace https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=74566c2b-3e47-4ab2-a3fe-66580cb688a1&groupId=10228

¹⁶⁹ Artículo 9 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de la Comunidad Autónoma de Andalucía. 1. Se crea el Registro de Voluntades Vitales Anticipadas de Andalucía adscrito a la Consejería de Salud, para la custodia, conservación y accesibilidad de las declaraciones de voluntad vital anticipada emitidas en el territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía. Reglamentariamente, se determinará la organización y funcionamiento del citado Registro, asegurando en todo caso la confidencialidad y el respeto de la legislación de protección de datos personales, con el objetivo de dotar de efectividad a las declaraciones de voluntad vital anticipada, facilitando su acceso por los centros sanitarios.

del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica señala que cada Servicio de Salud regulará el procedimiento para garantizar el cumplimiento de las voluntades anticipadas y para asegurar su eficacia en todo el territorio nacional, para lo que se creará el Registro Nacional de Instrucciones Previas. Es por ello que el Servicio Andaluz de Salud, entre otros, ha considerado que para poder garantizar la eficacia del documento de voluntades anticipadas éste debe ser inscrito como requisito previo para que sea eficaz, por lo que estas comunidades no se extralimitan en este punto.

Con la inscripción el documento podrá ser conocido por el profesional sanitario, el cual habrá cumplido con su obligación de consultar el registro, sin necesidad de que dicho documento sea aportado personalmente por el paciente, o sus familiares, en el momento en que vaya a ser atendido, y además, tratándose de un documento privado, como es el otorgado ante testigos, al inscribirlo se le dota de autenticidad, con lo cual se evitan problemas a los facultativos que no tendrán que comprobar la misma. Pero si el documento ha sido formalizado ante notario o ante funcionario público su eficacia no puede basarse en el hecho de que la inscripción sea constitutiva, como pretenden estas leyes autonómicas, ya que se estaría negando la eficacia de un documento público por no estar inscrito, consiguiéndose el efecto contrario al pretendido con la inscripción. A los documentos de voluntades anticipadas no se les puede exigir requisitos añadidos cuyo incumplimiento pueda determinar su invalidez e ineficacia¹⁷⁰.

II.4. Los Registros Autonómicos de Instrucciones Previas. En especial, el Registro de la Región de Murcia

El Registro Nacional de Instrucciones Previas nace con el fin de asegurar el conocimiento de las voluntades anticipadas existentes en todo el territorio nacional y otorgadas por cualquier ciudadano según la ley autonómica correspondiente¹⁷¹.

¹⁷⁰ MOSCOSO TORRES El documento de instrucciones previas..., p. 14, disponible en el enlace https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=74566c2b-3e47-4ab2-a3fe-66580cb688a1&groupId=10228

¹⁷¹ GALLEGU RUESTRA, S. (2009), pp. 196-197.

En Murcia el registro autonómico se regula por la Ley 3/2009 que en esta materia resulta ser una simple remisión a lo ya contenido en el Decreto 80/2005, el cual ya preveía la creación de un Registro de Instrucciones previas en Murcia adscrito a la Consejería de Salud.

Según el artículo 8.3 del Decreto 80/2005 las funciones del Registro de Instrucciones previas en Murcia son las siguientes¹⁷²:

- a) Inscribir los documentos de instrucciones previas que cumplan los requisitos formales y materiales establecidos en la legislación estatal y autonómica.
- b) Custodiar los documentos inscritos y dar traslado de su copia al centro sanitario para su incorporación a la historia clínica del otorgante.
- c) Comunicar la existencia de los documentos al personal del centro sanitario que presten asistencia al otorgante, ya sea éste público o privado.
- d) Transmitir al personal médico que atiende al otorgante el contenido de las instrucciones previas.
- e) Asesoramiento e información a la hora de otorgar el documento de instrucciones previas para que éste cumpla con todos los requisitos. Ya se haga ante el funcionario del registro, o sea para luego hacer la declaración ante testigos. En caso de otorgamiento ante Notario será éste quien preste el asesoramiento.
- f) Coordinación prevista en la Ley 41/2002 con el Registro Nacional de Instrucciones previas.

El control de los requisitos para la inscripción del documento de voluntades anticipadas se realizará por el responsable del registro tal y como señala el artículo 12 del Decreto 80/2005¹⁷³. Se trata de los requisitos sobre la capacidad de obrar del

¹⁷² FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El derecho a otorgar documentos...” (2013), pp. 227-229. Art. 8 Decreto 80/2005 “facilitar el conocimiento de la existencia de documentos de instrucciones previas y de su contenido, de manera ágil y rápida, a los profesionales sanitarios que tengan que conocer las orientaciones e instrucciones que contienen, en aquellas situaciones en que el otorgante no pudiera manifestar su voluntad”.

¹⁷³ Artículo 12 Decreto 80/2005 “Una vez presentada la solicitud de inscripción del documento de instrucciones previas, su modificación, sustitución o revocación, en el Registro de Instrucciones Previas de la Región de Murcia, el responsable del Registro deberá comprobar el cumplimiento de los requisitos de la legalidad para el otorgamiento e inscripción pudiendo realizar las actuaciones de comprobación que estime oportunas”.

otorgante y demás formalidades indicadas para el caso de estos documentos, pero sin llegar a entrar a valorar el hecho de si contradicen o no la “*lex artis*”. Además, la Ley básica 41/2002, y por extensión la Ley 3/2009 y el Decreto 80/2005 de la Región de Murcia, solamente alude a que “no se tendrán en cuenta las instrucciones que sean contrarias al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*”. Por tanto, la inscripción sólo podrá denegarse en caso de inobservancia de las formalidades legalmente establecidas para el otorgamiento de las voluntades anticipadas¹⁷⁴.

Cuando no sean admitidos los documentos de voluntades anticipadas por el funcionario del registro la denegación deberá ser motivada.

La ley 41/2002 establece un doble sistema para el otorgamiento de las voluntades anticipadas ya que la regulación de la formalización de los documentos lo delega a las Comunidades Autónomas. Sin embargo, en lo referente a la eficacia del documento en todo el territorio nacional, ésta queda supeditada al hecho de haber sido inscrito en el Registro Nacional de Instrucciones Previas. La doctrina ha denunciado que el período que transcurre entre la inscripción en el registro autonómico y el nacional puede ser de siete días, plazo de tiempo que puede provocar una consulta infructuosa en el registro nacional puesto que aún no se puede consultar la nueva inscripción en el mismo. Por tanto, no habrá correspondencia entre la voluntad del otorgante inscrita en el registro autonómico y en el registro nacional a pesar de haberse cumplido sobradamente las formalidades exigidas por la norma autonómica¹⁷⁵.

Desde que entró en vigor el Registro Nacional de Instrucciones Previas todas las inscripciones autonómicas han sido enviadas al mismo por lo que si se aprecia que la información recibida está incompleta, o la existencia de algún defecto subsanable, el trámite a seguir es hacer una inscripción provisional y requerir al registro autonómico para que lo subsane en un plazo no superior a 15 días y si en ese plazo no se realizase se denegaría la inscripción sin más trámites, sin perjuicio de su eficacia transitoria y provisional hasta ese momento¹⁷⁶.

¹⁷⁴ SALCEDO HERNÁNDEZ, J. R., “Objeción de conciencia sanitaria”, (2013), pp. 315-319.

¹⁷⁵ GALLEGU RIESTRAS, S. (2009), pp. 198-201.

¹⁷⁶ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2007), pp. 438-439.

En cuanto al acceso y consulta del registro de instrucciones previas se debe cumplir tres requisitos¹⁷⁷:

- *Accesibilidad*: que el usuario pueda publicar, revocar o modificar el documento de instrucciones previas cuando sea preciso y que el sistema sanitario pueda saber que ese documento existe y cuál es su contenido.

- *Confidencialidad*: garantizará el derecho a la intimidad, según aparece en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, sobre todo en materia de datos referidos a la salud.

- *Legitimidad*: el registro dará un conocimiento del documento y además garantizará su legitimidad respecto a la verdadera voluntad del otorgante, la capacidad del mismo, la idoneidad de los testigos o la compatibilidad del representante. Existe un mecanismo de control previo al acceso del documento al registro que garantiza que se publicará la voluntad del otorgante.

El facultativo que deba acceder a las voluntades allí recogidas y valorar si se ajustan o no en su contenido al ordenamiento jurídico o *lex artis*, podrá ser asistido, en su caso por el Comité de Ética según lo recoge el artículo 50 de la ley 3/2009 y artículo 6 del Decreto 80/2005 de la Región de Murcia y a la hora de resolver conflictos que puedan surgir en la aplicación de las voluntades anticipadas se resolverán por la dirección del centro sanitario oído asimismo el Comité de Ética Asistencial, pudiendo incluso solicitar un informe al Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial¹⁷⁸.

¹⁷⁷ FRANCINO I BATLLE, F.X., (2002), p. 229.

¹⁷⁸ Con el nombre de Dr. D. Juan Gómez Rubí, intensivista murciano, regulado por R.D. 26/2005 de 4 de marzo, BORM nº 59 de 12 de marzo, calificado "Como órgano consultivo interdisciplinar , y cuyas funciones son informar sobre cuestiones de ética asistencial" resolviendo a título particular, la consulta que a tal efecto se le haga; o la de "colaborar en la elaboración y armonización de protocolos y orientaciones de actuación referidos a cuestiones éticas en la asistencia sanitaria" cuando se constata una duda o conflicto asistencial reiterado en más de un centro sanitario de la Región de Murcia, FERNÁNDEZ CAMPOS J.A. "El derecho a otorgar documentos...", (2013), p. 229, nota 70.

Respecto al trámite ordinario del Registro, cuando un facultativo atiende a un paciente que ya no puede manifestar su voluntad, éste deberá comprobar si existe un documento de voluntades anticipadas y acceder a su contenido. La forma de acceder al mismo será la prevista en las normas autonómicas. Para el caso de Murcia la prevista en el Decreto 80/2005.

Se encuentran legitimados para el acceso al registro:

- La persona otorgante.

- El representante legal del otorgante o el que a tal efecto hubiera sido designado de manera fehaciente por éste. El artículo 13.2 del Decreto 80/2005 de la Región de Murcia no menciona expresamente al representante como persona autorizada; sin embargo, se entiende que éste está legitimado máxime cuando es el encargado de cumplir la voluntad expresada por el otorgante.

- Los responsables acreditados de los registros autonómicos.

- Las personas designadas por la autoridad sanitaria de la Comunidad Autónoma correspondiente o por el Ministerio de Sanidad y Consumo¹⁷⁹.

Actualmente se puede formalizar la inscripción presentando la solicitud tanto por el otorgante como por su representante legal de forma telemática en las páginas habilitadas para este fin o bien ante el empleado del registro. Del mismo modo, la consulta o acceso por parte de los facultativos habilitados para ello podrá ser a través de las plataformas creadas al efecto. Todo ello garantizando la identificación de la persona que recibe los datos, la integridad de la información, la disponibilidad de acceso telemático las 24 horas al día, la conservación de la información comunicada y la confidencialidad de los datos.

¹⁷⁹ Art. 13.2 Decreto 80/2005 de 8 de julio “Tendrá igualmente derecho de acceso al Registro, el médico responsable de la asistencia sanitaria a la persona que haya otorgado un documento de instrucciones previas, con objeto de conocer su contenido y darle aplicación en aquellas situaciones en que sea preciso”.

Después de que se ha inscrito el documento de voluntades anticipadas se podrá acceder a la consulta del mismo en la dirección electrónica <https://rnip.mscbs.es/RnipAccesoWeb/entradaAction.do>, acreditándose debidamente a través de un certificado electrónico, DNI electrónico o sistema Cl@ve¹⁸⁰.

Es importante destacar la relevancia de la confidencialidad. En todo momento se actuará con arreglo a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales y el artículo 13.4 del Decreto 80/2005 de Murcia que indica: “las personas que tengan acceso a cualquier dato del Registro de Instrucciones Previas de la Región de Murcia están obligados a guardar secreto de los mismos fuera del ámbito de su aplicación”.

¹⁸⁰ En la Región de Murcia, acceso al Registro de instrucciones previas / Registro Testamento Vital / Registro Voluntades Anticipadas (código 1916) (SIA 207416)
[https://sede.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1916&IDTIPO=240&RASTRO=c\\$m40288](https://sede.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1916&IDTIPO=240&RASTRO=c$m40288) (visto abril 2021).

CAPÍTULO III. EL CONTENIDO DE LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS

El ser humano no es dueño por completo de su propio destino, sin embargo, si es conecedor de que inexorablemente éste va a llegar a su fin sin que pueda evitarlo. Esta situación futura genera una gran inquietud e incertidumbre, siendo el documento de voluntades anticipadas un instrumento que ofrece la posibilidad de participar activamente en las distintas opciones que se pudieran plantear en un futuro más o menos próximo. En definitiva, en el documento de voluntades anticipadas dejamos constancia de nuestras directrices para cuando no podamos manifestar nuestras intenciones evitando así que se produzca el temido ensañamiento terapéutico. Esto supone dejar a un lado la práctica del paternalismo¹⁸¹, tan presente en épocas anteriores, y dar paso a la autonomía del paciente para que pueda planificar cómo se debe actuar en distintas situaciones que se planteen al final de la vida, máxime cuando en esos momentos no va a poder expresarse por sí mismo¹⁸². Se ha querido conferir autonomía al paciente por parte del legislador otorgando una facultad para poder decidir acerca de los contenidos que el documento de voluntades anticipadas va a tener.

El otorgante, conecedor de un devenir incierto, puede establecer de forma fehaciente las declaraciones que desea que se cumplan a través del documento de voluntades anticipadas, garantizando así que se hagan efectivas y que su voluntad llegue más allá de su estado de consciencia, bien porque estuviese en una fase terminal o porque el paciente careciese de su capacidad de forma temporal debido a su estado físico o psíquico.

Estamos ante una modalidad específica de consentimiento informado, el cual es otorgado de una forma anticipada para cuando el sujeto carezca de capacidad para poder expresar personalmente su libre voluntad¹⁸³. Las decisiones por representación y el testamento vital se muestran como una prolongación y una consecuencia de la

¹⁸¹ GÓMEZ RUBÍ, J.A., *Ética en medicina crítica*. Triacastela, Madrid, 2002, pp. 236-237.

¹⁸² SEOANE, J.A. “Derecho e Instrucciones previas”, *Derecho y Salud*, Vol. 22, Nº. Extra 1, 2011, p. 11.

¹⁸³ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R. “El derecho a rechazar tratamientos y la legitimidad de su suspensión”, *La tutela de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España*, Editum, Murcia, 2013, pp. 266-267.

incorporación de la autonomía moral de los pacientes a la toma de decisiones clínicas, fenómeno que ha dado lugar a la teoría del consentimiento informado¹⁸⁴, siendo, por tanto, el documento de voluntades anticipadas una continuación de ese consentimiento en los supuestos en los que el enfermo carezca de capacidad¹⁸⁵. De este modo el paciente contaría con un consentimiento informado contemporáneo y otro para los tratamientos y cuidados futuros¹⁸⁶.

Sin embargo, en mi opinión, aunque el documento de voluntades anticipadas procede, al igual que el consentimiento informado, del principio de autonomía de la voluntad, éste sin embargo tiene su propia identidad y difiere del consentimiento informado¹⁸⁷. El otorgante va a prestar su consentimiento para cuando no pueda hacerlo, trazando un plan de acción que servirá de guía sobre su voluntad. No sólo se va a referir a una actuación u operación médica concreta sino que además va a poder manifestar su intención de donar sus órganos o el destino de su cuerpo, posibilidades inexistentes para el consentimiento informado: por lo tanto, no se trata de una mera prestación de otorgamiento de consentimiento una vez recibida la pertinente información.

Los documentos de voluntades anticipadas deben ser fruto de una comunicación entre médico y paciente, pues si finalmente el personal sanitario se limita a cumplir sólo las expectativas fijadas en el documento se corre el riesgo de ser, lo que podríamos denominar, un enfermo abandonado¹⁸⁸. Además, el otorgante se limitaría a rellenar formularios ofrecidos sin asesoramiento profesional en lugar de realizar unas voluntades anticipadas de forma conjunta barajando todas las opciones posibles que se pueden

¹⁸⁴ SIMÓN, P y BARRIOS I.M. “¿Quién puede decidir por mí? Una revisión de la legislación española vigente sobre las decisiones de representación y las instrucciones previas”, *Rev Calidad Asistencial*, 2004, p. 461.

¹⁸⁵ MARCOS DEL CANO, A. “La toma de decisiones al final de la vida: El testamento vital y las indicaciones previas”, *Moralia*, nº 92, 2001, p. 498.

¹⁸⁶ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F. “Límites a la autonomía de la voluntad e instrucciones previas: Un análisis desde el derecho constitucional”, *Derecho y Salud*, nº 1, 2010, p. 72.

¹⁸⁷ DE CASTRO VÍTORES, G. “Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio” *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 740, 2013, pp. 3708-3709.

¹⁸⁸ MARTÍNEZ URIONABARRETXEA, K. “Los documentos de Voluntades Anticipadas”, *Anales del sistema sanitario de Navarra*, Vol. 30, Nº Extra, Navarra. 2007, p. 90.

encontrar. Elaborar, de este modo, unas voluntades anticipadas sin una deliberación entre el médico y el paciente no distaría mucho de no tenerlas.

Si lo que se pretende es proteger la autonomía de la voluntad esto se consigue mejor en la consulta de un médico comprometido con su paciente que en el despacho de un notario o en la oficina de un funcionario. Respetar a los pacientes no quiere decir abandonarlos a su libertad sino cuidarlos y ayudarlos aportándoles un beneficio, pues la vida es lo suficientemente imprevisible como para ser adecuadamente fijada¹⁸⁹.

El momento en el que se expresa la voluntad del otorgante mediante el contenido del documento de voluntades anticipadas es un momento decisivo. Aunque las causas o motivos que originan su redacción pueden ser de muy diversa índole, todos tienen en común una finalidad: que se respete su decisión cuando ya no tenga capacidad para manifestarla.

El otorgante al redactar el documento de voluntades anticipadas debe dejar bien claro cuáles son los objetivos que persigue, tales como las cuestiones relativas a los cuidados y tratamiento de la salud, el destino del cuerpo y de sus órganos una vez fallezca, así como quién será el representante que actuará como interlocutor con el médico¹⁹⁰.

En el Convenio de Oviedo no encontramos mención acerca de los contenidos posibles en los documentos de voluntades anticipadas: así en su artículo 9 simplemente hace una referencia a los denominados “deseos expresados anteriormente”, limitándose a indicar que se tomarán en consideración con respecto a una intervención médica en el momento en el que un paciente no se encuentre en situación de expresar su voluntad, sin señalar ningún otro posible contenido. La primera norma que regula las voluntades anticipadas en nuestro país fue la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, en Cataluña, en la cual no se hizo mención sobre cuáles podrían ser los posibles contenidos al respecto, únicamente se determinó que en el documento se expresarían sus instrucciones, sin precisar cuáles serían éstas, así como el momento en el que se debían de tener en cuenta.

¹⁸⁹ MARTÍNEZ URIONABARRETxea, K., (2007), pp. 90-93.

¹⁹⁰ ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., (2008), p 124.

En la Ley 41/2002 en su artículo 11 se definieron finalmente los siguientes contenidos de los documentos de instrucciones previas:

- Los cuidados y el tratamiento de su salud.
- El destino de su cuerpo o de sus órganos una vez fallecido.
- La designación de un representante que servirá de interlocutor con el médico.

Estos contenidos se han mantenido en la mayoría de leyes autonómicas partiendo siempre del mínimo fijado por la legislación básica estatal. No obstante, las legislaciones autonómicas son las que de forma más detallada inciden en este asunto, poniendo de manifiesto que no se trata de un contenido *numerus clausus*, puesto que el propio espíritu de las leyes es abierto y, por tanto, existen otras posibles manifestaciones de la voluntad que se pueden establecer dentro del documento relacionadas todas ellas con momento ligado a la pérdida de consciencia, como puede ser la expresión de los objetivos vitales y valores personales y religiosos¹⁹¹, instrucciones sobre atención espiritual y religiosa, etc., tal y como se contempla en la Ley 1/2006 de las Islas Baleares¹⁹², el artículo 5.1.A de la Ley 9/2005 de la Rioja¹⁹³, y el artículo 4.2 del

¹⁹¹ Guía para hacer la voluntad vital anticipada. Junta de Andalucía, 2012 p.16, http://www.repositoriosalud.es/bitstream/10668/691/5/Guia_RVA.pdf (visitado 18/03/2016).

A continuación se incluyen algunos ejemplos de valores que pueden ser importantes y que puede incluir en la Declaración si lo considera oportuno: - Comunicarme de alguna forma con mi familia o amigos/as - Tener un grado suficiente de consciencia para darme cuenta de las cosas - Asearme por mi mismo/a - Alimentarme sin necesidad de medidas artificiales - Moverme con la menor ayuda posible - Vivir sin necesidad de estar conectado permanentemente a máquinas de soporte vital - Vivir con el menor dolor físico posible - Ser cuidado en mi casa por las personas que me quieran - Permanecer en mi domicilio durante los últimos días de mi vida - También puede incluir frases como por ejemplo: “Deseo que mi tratamiento se limite a medidas que me mantengan cómodo y aliviado del dolor físico o sufrimiento psíquico que me ocasione mi enfermedad, incluso si ello pudiera acelerar mi muerte” o/y “No quiero que se me sigan poniendo tratamientos y haciendo pruebas cuando ya esté claro que no voy a recuperar la consciencia”.

¹⁹² Artículo 2.a) de la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas Islas Baleares.

Las voluntades anticipadas podrán contener:

a) La manifestación de sus objetivos vitales y sus valores personales.

¹⁹³ Artículo 5.1.A de la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad de la Rioja.

1. El documento de instrucciones previas podrá contener las siguientes previsiones:

A. La expresión de objetivos vitales, calidad de vida y expectativas personales; así como las opciones personales en cuanto a valores éticos, morales, culturales, sociales, filosóficos o religiosos.

Decreto 13/2006 de Canarias¹⁹⁴ sobre manifestaciones anticipadas de la voluntad. La Ley 7/2002 del País Vasco en su artículo 2 establece que en el documento de voluntades anticipadas se manifestarán objetivos vitales y valores personales, así como las instrucciones sobre su tratamiento, que servirán para interpretar y orientar lo expresado en el documento de instrucciones al final de la vida. Tanto los objetivos vitales como los valores¹⁹⁵ facilitarán su aplicación e interpretación llegado el momento en que la voluntad manifestada se torne poco clara o ambigua, o bien que esta sea inexistente¹⁹⁶. Por tanto, la inclusión de estos objetivos vitales y valores en el documento de voluntades anticipadas servirá de guía para saber y entender cuáles podrían ser las pretensiones del otorgante/paciente como señala la Ley 3/2005¹⁹⁷.

En cuanto a la regulación que se produce en nuestra región, esta se encuentra contenida en el artículo 50 de la Ley 3/2009 de la Región de Murcia:

1. De conformidad con lo dispuesto en la legislación básica estatal, se entiende por instrucciones previas el documento por el que 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.

2. Además, el otorgante del documento puede designar un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor con el médico o equipo sanitario para promover el cumplimiento de las instrucciones previas.

¹⁹⁴ Artículo 4.2 del Decreto 13/2006, 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro.

2. Además, podrá recoger las indicaciones de naturaleza ética, moral o religiosa que expresen sus objetivos vitales y valores personales para que orienten a los profesionales médicos en la toma de decisiones clínicas.

¹⁹⁵ Guía para hacer la voluntad vital anticipada. Junta de Andalucía, 2012, p. 39.

Valores vitales: Conjunto de ideales y creencias de una persona que dan sentido a su proyecto de vida y que respaldan sus decisiones y preferencias en los procesos de salud, enfermedad y muerte.

¹⁹⁶ GONZÁLEZ MORÁN, L. “De la bioética al Bioderecho”. *Libertad, vida y muerte*, Dykinson, 2006, p. 896.

¹⁹⁷ Artículo 17.1.2 de la Ley 3/2005, 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente en Extremadura.

En otras legislaciones autonómicas como La Rioja¹⁹⁸ vemos un contenido más detallado:

1. La expresión de objetivos vitales, calidad de vida y expectativas personales; así como las opciones personales en cuanto a valores éticos, morales, culturales, sociales, filosóficos o religiosos.

2. Las situaciones del declarante relativas a su estado de salud en las que habrá de recurrirse a las instrucciones otorgadas, ya se trate de una enfermedad o lesión que el otorgante padece, ya se trate de las que relacionadas de forma concreta pudiera padecer en el futuro.

3. Los cuidados, o el tratamiento, a los que quiere o no someterse en los casos anteriormente expresados, de entre los que con carácter enunciativo se señalan los siguientes:

- a) Que se agoten los tratamientos indicados sobre sus dolencias siempre que no sean desproporcionados en su aplicación o en relación a su previsible resultado.
- b) Su voluntad contraria a recibir tratamiento de soporte vital o interrumpir el ya iniciado cuando éste sea inefectivo para la satisfacción de determinados valores o para mantener una adecuada calidad de vida.
- c) Su voluntad contraria a que se prolongue temporal y artificialmente la vida si no se acompaña de ningún resultado aceptable para los objetivos del otorgante.
- d) Su deseo de que se utilicen los procedimientos de sedación y analgesia necesarios para evitar el dolor y el sufrimiento.

4. La designación de uno o varios representantes, con facultades para tomar decisiones en lugar del otorgante, actuar de interlocutor con el médico o equipo sanitario e interpretar el documento, todo ello dentro de los límites contenidos en el propio documento. Los representantes deberán estar debidamente identificados, ser mayores de 18 años, no estar incapacitados y aceptar la designación.

¹⁹⁸ Artículo 5.1. c Ley de la Rioja 9/2005 de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito sanitario.

5. Instrucciones sobre el destino de su cuerpo, así como de los órganos del mismo, una vez llegado el fallecimiento, de acuerdo con lo establecido en la legislación específica.

Si comparamos todas las normas autonómicas observamos la gran disparidad que puede existir entre ellas a la hora de regular el contenido del documento de voluntades anticipadas, aunque todas persiguen determinar los criterios y objetivos del documento que faciliten su aplicación.

En conjunto, podemos concluir que el contenido de las voluntades anticipadas puede versar sobre tres situaciones: de urgencia vital, de incapacidad y *post mortem*¹⁹⁹. Además, se puede decir que a pesar de la diversidad legislativa la mayor expresión del principio de autonomía por parte del otorgante tiene lugar al poder manifestar por escrito los siguientes contenidos²⁰⁰:

- Qué intervenciones le pueden ser practicadas y cuáles no, así como indicar que tipo de fármacos o tratamientos, incluidos los ensayos clínicos, le pueden ser administrados llegado el momento por los médicos que le atiendan.
- Sobre situaciones de urgencia que se puedan producir y enfermedades que priven al sujeto de su capacidad, tales como aquellas en las que se encuentre en coma o en situación terminal²⁰¹.
- Si desea hacer donación de sus órganos o de su cuerpo, ya sea para la docencia, la investigación o trasplantes.
- Sobre la información asistencial que el equipo médico facilite al paciente, si desea recibirla él personalmente e incluso indicar a qué familiares no se les debe informar sobre su estado. No podemos olvidar que se trata del titular de la información y por tanto decidirá a quién se ha de informar sobre su estado

¹⁹⁹ SÁNCHEZ CARO, J y ABELLÁN, F. *Derechos y deberes de los pacientes. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, Comares, Granada, 2003, p. 92.

²⁰⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El derecho a otorgar documentos ...”, (2013), pp. 202-204.

²⁰¹ ALVENTOSA DEL RIO, J. “La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas”. *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, Ediciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 184.

y a quién no²⁰². En La Ley 3/2009 de la Región de Murcia esta cuestión se prevé en su artículo 31.1, en la cual se especifica que el paciente puede tanto prohibir que se informe a cualquier persona como revocar posteriormente dicha prohibición en cualquier momento, pero siempre por escrito.

- Si desea estar acompañado en los últimos momentos de su vida o durante su estancia en el centro hospitalario. El tipo de asistencia religiosa que desea o si por el contrario la rechaza.
- Expresar los objetivos vitales, los valores personales que puedan ayudar a interpretar las instrucciones y orientar al equipo médico a la hora de tomar decisiones.

Posteriormente se han ido incorporando otra serie de posibles contenidos:

- La autorización a las técnicas de fecundación *post mortem*, artículo 9 de la *Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*.
- La forma de enterramiento del cadáver.
- La autorización sobre investigación biomédica Ley 14/2007²⁰³.

Observamos que, en comparación con el testamento vital norteamericano²⁰⁴, en nuestro país se abarca un mayor número de contenidos, puesto que en el *living will* sólo se hace referencia al tratamiento y al hecho de nombrar un representante pero no existe ninguna mención sobre la donación de órganos ni el destino del cuerpo.

Sin duda lo más conveniente es dejar constancia en el documento de voluntades anticipadas de los criterios y valores que queremos que sean respetados, pues en caso contrario habría que acudir a los criterios del juicio sustitutorio (*substituted judgment*)

²⁰²MATEO SANZ, J.B., “El derecho a la información asistencial en la Ley 8/2003”, en *Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León*, Lex Nova, Valladolid, 2009, pp. 77-138.

²⁰³ Ley 14/2007, de 3 de julio, de Investigación biomédica. BOE nº 159 de 4 de julio de 2007, pp. 28826 a 28848.

²⁰⁴BERROCAL LANZAROT, A.I. y ABELLÁN SALORT, J.C., (2009), pp 127-152; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., (2003), pp. 31-36.

que son indicios que nos indican qué hubiese decidido el paciente en esa situación, lo que resulta de difícil comprobación, y a los mejores intereses (*bests interests*) decidiendo otra persona ajena al paciente lo que es mejor en su situación. Ambos criterios pueden ser aplicados por separado o de forma conjunta y de ese modo orientar sobre cómo actuar en determinados momentos evitando abusos en la utilización de alguna indicación médica que suponga encarnizamiento terapéutico, encontrando su fundamento en el derecho de rechazar o consentir un tratamiento incluido en el *right to privacy* (derecho a la intimidad)²⁰⁵. De otro modo estaríamos dejando nuestra decisión a criterio de terceras personas, familiares o allegados, existiendo una presunción *iuris tantum* a favor del interés del paciente.

Dada la complejidad de las situaciones que pueden presentarse relacionadas con cualquiera de los puntos anteriormente enumerados es fácil deducir la utilidad de nombrar a un representante que pueda velar por el cumplimiento de lo expresado y asegurar aún más la eficacia de las declaraciones de voluntad contenidas en el documento.

III.1.- Los cuidados y tratamientos médicos

Con carácter general, en el documento de voluntades anticipadas se pueden recoger las siguientes situaciones:

- Las relativas al estado de salud del declarante en las que se recurrirá a ellas²⁰⁶.
- Los cuidados o tratamientos a los que quiere o no someterse llegado el caso.

²⁰⁵ MARCOS DEL CANO, A.M. “Voluntades anticipadas: Estado de la cuestión”, en *Voluntades anticipadas*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 23-27

²⁰⁶ Guía para hacer la voluntad vital anticipada. Junta de Andalucía, 2012, p.18.

A modo de ejemplo, se nombran algunas situaciones clínicas que conllevan un deterioro físico intenso: - Daño cerebral severo o irreversible (coma irreversible, estado vegetativo permanente, estado de mínima consciencia). - Enfermedad en situación terminal. - Enfermedad en situación de agonía. - Enfermedad degenerativa del sistema nervioso en fase avanzada. - Enfermedad degenerativa del sistema neuromuscular en fase avanzada. - Demencia de causa degenerativa en fase avanzada. - Inmunodeficiencia en fase avanzada.

Los cuidados y tratamientos médicos vienen a constituir el contenido por excelencia del documento de voluntades anticipadas al manifestar y planificar qué atención sanitaria desea el otorgante recibir llegado el momento de no poder expresarse. En cierto modo, la amplitud de opciones posibles lo convierte en un gran cajón de sastre donde poder consignar cualquier tipo de situación clínica, específica o genérica, cuando el paciente ya esté padeciendo una enfermedad degenerativa o mortal, o bien como previsión de futuro considerando las posibles situaciones críticas vitales e irreversibles que se pueden plantear. El documento de voluntades anticipadas trata de evitar el sufrimiento, por ejemplo con el uso de medidas paliativas, o sencillamente no prolongar la vida artificialmente por medio de las tecnologías como sucede en las legislaciones de las Comunidades Autónomas de Navarra²⁰⁷ o Madrid²⁰⁸.

El documento de voluntades anticipadas puede contener diversas directrices dependiendo de la ley autonómica de que se trate. En Cantabria la Ley 7/2002 en su artículo 34.3, cuando menciona la expresión de la voluntad con carácter previo nos habla directamente de la posibilidad de que la Consejería competente en materia de sanidad establezca un documento tipo a disposición de los usuarios, en el cual se incluye la posibilidad de establecer un rechazo de los procedimientos de soporte vital, la petición de sedación en casos terminales, el rechazo de tratamientos que prolonguen temporal y artificialmente la vida, así como la constancia escrita de las personas en las que el usuario delega su representación.

²⁰⁷ Artículo 9.1.2 Ley Foral Navarra 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica.

“En las voluntades anticipadas se podrán incorporar manifestaciones para que, en el supuesto de situaciones críticas, vitales e irreversibles respecto a la vida, se evite el sufrimiento con medidas paliativas aunque se acorte el proceso vital, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios, ni se atrase abusiva e irracionalmente el proceso de la muerte”.

²⁰⁸ Art. 6.1 Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente, en la Comunidad de Madrid.

1. La manifestación anticipada de los deseos puede referirse a los cuidados y al tratamiento de la salud o, una vez llegado el fallecimiento, al destino del cuerpo o de sus órganos o piezas anatómicas. En todo caso, en el supuesto de situaciones críticas vitales e irreversibles respecto a la vida, podrá incorporar declaraciones para que se evite el sufrimiento con medidas paliativas, no se prolongue la vida artificialmente por medio de tecnologías y tratamientos desproporcionados o extraordinarios.

En la Región de Murcia, como en la mayoría de las Comunidades Autónomas, en su Decreto 80/2005 de 8 de julio y siguiendo el artículo 11 de la Ley 41/2002, se ha desarrollado, a través de la página web *murciasalud.com*²⁰⁹, una relación de contenidos que indican qué decisiones médicas se pueden tomar ante una futura incapacidad o deterioro físico y/o mental producida por alguna de las siguientes situaciones:

- Cáncer diseminado en fase avanzada.
- Daño cerebral grave e irreversible.
- Demencia grave debida a cualquier causa.
- Daños encefálicos graves (coma irreversible, estado vegetativo persistente).
- Enfermedad degenerativa del sistema nervioso y/o muscular en fase avanzada con importante limitación de movilidad y falta de respuesta positiva al tratamiento.
- Enfermedad inmunodeficiente en fase avanzada.
- Enfermedades o situaciones de gravedad comparable a las anteriores.
- Además, prevé la posibilidad de añadir otras situaciones no previstas especificando cuales.

Es importante que se tenga en cuenta la calidad de vida del otorgante, por lo que si la situación llega a ser irreversible en opinión de los facultativos, al menos uno de ellos especialista, se cumplirá su voluntad:

1. Que no le sean aplicadas – o bien que se retiren si ya han empezado a aplicarse – las medidas de soporte vital o cualquier otra que intente prologar su supervivencia.
2. Que se instauren las medidas que sean necesarias para el control de cualquier síntoma que pueda ser causa de dolor o sufrimiento.
3. Que se le preste una asistencia necesaria para proporcionarle un digno final, con el máximo alivio del dolor, siempre y cuando no resulte contraria a la buena práctica clínica.

²⁰⁹ Página del servicio murciano de salud, [murciasalud.es](https://www.murciasalud.es), sobre las instrucciones previas, <https://www.murciasalud.es/pagina.php?id=78223> (visto octubre 2021).

4. Que no se le administren tratamientos complementarios y terapias no contrastadas que no hayan demostrado su efectividad para su recuperación y prolonguen fútilmente su vida.

En el caso de que entre los tratamientos que se rechazan en el documento de voluntades anticipadas se vea afectada la salud pública, se aplicará lo dispuesto en el artículo 9.2 de la Ley 41/2002²¹⁰ al no considerarse la salud pública encuadrable en ninguno de los límites establecidos en el artículo 11.3 de la Ley 41/2002 para la aplicación de las instrucciones previas.

Las situaciones previstas estarán reflejadas en el documento en función de si el otorgante se encuentra inmerso en alguna enfermedad o no. De no ser así las previsiones serán meramente preventivas y más generales, siendo importantes los principios vitales y opciones personales expresadas en el documento. En cualquier caso existe el código deontológico por el cual los médicos se limitan a aliviar los dolores físicos y morales del paciente evitando acciones obstinadas. En el caso de que el otorgante padezca alguna enfermedad se podrán precisar más los supuestos posibles en el documento²¹¹.

El paciente se podrá negar a recibir aquellos tratamientos que no sean eficaces en una enfermedad irreversible, decidiendo de este modo sobre su calidad de vida a través del documento de voluntades anticipadas²¹².

Existen documentos de voluntades anticipadas que se podría calificar como contenido típico a través de diferentes modelos propuestos²¹³. Así, la Asociación

²¹⁰ Artículo 9.2 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

2. Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables en favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, en los siguientes casos:

a) Cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley. En todo caso, una vez adoptadas las medidas pertinentes, de conformidad con lo establecido en la Ley Orgánica 3/1986, se comunicarán a la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas siempre que dispongan el internamiento obligatorio de personas.

²¹¹ TUR FERNÁNDEZ, M.N., (2004), pp. 4875-4876.

²¹² GÓMEZ RUBÍ, J.A., (2002), pp. 236-237.

²¹³ LARIOS RISCO, D. “Voluntades anticipadas en Castilla-La Mancha”. Jornada Regional de Ética en Atención Primaria, Talavera de la Reina, http://www.chospab.es/cursos_jornadas

Derecho a Morir Dignamente elaboró su propio formulario impreso para poder facilitar este trámite, en el cual se recogen los siguientes puntos:

- 1) Deseo finalizar mi vida con una limitación del esfuerzo terapéutico evitando todos los medios artificiales tales como técnicas de soporte vital, fluidos intravenosos, fármacos (incluidos antibióticos), alimentación artificial (sonda nasogástrica) o cualquier otro tratamiento que pueda prolongar mi supervivencia.
- 2) Deseo unos cuidados paliativos adecuados al final de la vida, entendiendo como tales la atención que se da a un paciente con una enfermedad potencialmente mortal en fase avanzada, y al que no afectan los tratamientos curativos, para aliviar el dolor o sedarlo. Que se me administren los fármacos que palien el sufrimiento y aquellos cuidados que me ayuden a morir en paz, aún en el caso de que pueda acortar la vida (sedación terminal).

La Conferencia Episcopal Española también da una serie de pautas en cuanto al contenido de los documentos: “pido que si por mi enfermedad llegara a estar en situación crítica irrecuperable no se me mantenga en vida por medio de tratamientos desproporcionados, que no se me aplique la eutanasia (ningún acto u omisión que por su naturaleza y en su intención me cause la muerte) y que se me administren los tratamientos adecuados para paliar los sufrimientos”.

La mayoría de Comunidades Autónomas, e incluso otras instituciones o asociaciones privadas, han elaborado unos modelos tipo de documentos de voluntades anticipadas con los contenidos más frecuentes. Sin embargo, el otorgante al enfrentarse a estos formularios en ocasiones se limitará simplemente a adherirse a ellos sin recibir ningún tipo de información sobre el alcance de lo que está autorizando. Igualmente se recogen una serie de situaciones que en algunos casos son demasiado amplias y abstractas en lo que respecta al paciente en un futuro. Los documentos de voluntades anticipadas ofrecen una visión amplia de las opciones y casos que se pueden plantear, por lo que sería deseable que su contenido se fijase en compañía de un profesional

[/derecho_sanitario/David_Larios/VoluntadesAnticipadascomentario.pdf](#), pp. 7-8. Guía para la elaboración del documento de instrucciones previas de la Comunidad de Madrid, <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM050450.pdf>, septiembre 2021, pp. 17-19

sanitario que pudiese explicar con detalle las opciones y las posibles situaciones que se pueden plantear y en qué consisten cada una de las medidas como las de soporte vital, los cuidados paliativos o los objetivos y valores que pueden reflejarse para una futura interpretación²¹⁴.

En el consentimiento informado, con anterioridad a su firma, se ha de proceder a una previa explicación acerca de la intervención quirúrgica, el tratamiento o las pruebas a realizar. De este modo el paciente podrá decidir si desea realizar dichas pruebas, la intervención o seguir el tratamiento una vez que conoce todos los riesgos, beneficios u opciones que le ofrecen. Sin embargo, con un formulario tasado, por muy buena intención que se tenga en su formulación, no se recogerá la voluntad del otorgante al tratarse de un conglomerado de situaciones que orbitan en una redacción de amplio espectro.

Se trata, por tanto, de que el profesional sanitario participe en la elaboración del documento de voluntades anticipadas, buscando el consejo experto, y así evitar que se separe de la decisión del otorgante y se mantenga neutral²¹⁵. Es por ello que la participación del médico y demás profesionales sanitarios resulta fundamental en la elaboración del documento de voluntades anticipadas como resultado de un proceso de reflexión, asesoramiento legal y ético, evitando que el documento de voluntades anticipadas sea un mero acto automático de adhesión²¹⁶.

Por otra parte, sería aconsejable, en este tipo de documentos, no sólo hablar con un facultativo sino hacer partícipes también a los familiares o seres queridos de cómo desea ser tratado en un futuro como paciente, y además que se exprese los valores del otorgante²¹⁷.

²¹⁴ MARTÍNEZ URIONABARRETxea, K., (2007), pp. 89-90.

²¹⁵ HERNANDO, P, DIESTRE, G y BAIGORRI, F. “Limitación del esfuerzo terapéutico: Cuestión de profesionales o ¿también de expertos?”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 30 Suplemento 3, Pamplona, 2007, p. 134.

²¹⁶ CASADO BLANCO, M. “Aspectos éticos y legales de las instrucciones previas”. *Ciencia Forense. Revista Aragonesa de Medicina Legal*, nº 9-10, año 2009-2010, p. 146.

²¹⁷ MARTÍNEZ URIONABARRETxea, K., (2007), p. 97.

Todas estas medidas tienen un objetivo común: evitar padecer un final no deseado que suponga prolongar la vida inútilmente y que conduzca al paciente a padecer hasta el último momento permaneciendo conectado a una máquina. El equipo médico debe mantener al paciente con vida pero no a cualquier precio ni en cualquier circunstancia, siendo ésta, precisamente, la finalidad del documento y por tanto su otorgamiento pretende evitar situaciones como las descritas, proporcionando un final lo más placentero posible.

1.1.- Situaciones al final de la vida con soporte vital y sus limitaciones

Se deben emplear los medios disponibles para preservar la vida, no para prolongar una muerte, evitando cualquier situación considerada fútil puesto que no aporta ningún beneficio para el paciente. Esto supondría que llegado el caso no se practiquen reanimaciones cardiopulmonares o se apliquen tratamientos que lejos de mejorar las condiciones del paciente las agraven.

Las principales situaciones en las cuales el paciente no va a poder manifestar su voluntad son²¹⁸:

- Una enfermedad terminal: existe un deterioro progresivo sin respuesta al tratamiento así como una escasa posibilidad de éxito, más bien de progresivo deterioro.
- Coma: el paciente no tiene conciencia, permanece como en estado de sueño y en función de su respuesta podremos tener una mejor o peor evolución. Normalmente la recuperación, si la hay, será lenta.
- Estado de mínima conciencia: existe grave compromiso de la conciencia pero con evidencias de conciencia de sí mismo o de su entorno.
- Estado vegetativo: no tiene capacidad de interactuar ni consigo mismo ni con el entorno, abre los ojos de forma espontánea y conserva ciclos de sueño y vigilia pero está ausente, puede ser persistente si dura más de un mes o permanente si es irreversible, siendo su manifestación más grave cuando el sujeto depende de la máquina al no poder hacerlo por sí mismo.

²¹⁸ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), pp. 274-5.

- Muerte encefálica: cese de las funciones de las estructuras neurológicas intracraneales, de los hemisferios cerebrales y del tronco del encéfalo. En este caso se emplearán medios encaminados a preservar los órganos en el supuesto de que el otorgante sea donante.

En el estado vegetativo permanente y en la muerte encefálica, como situación irreversible debido al estado del paciente, se hace necesario, entre otros, recurrir a la alimentación parenteral, enteral o por sonda nasogástrica, hidratación y tratamiento de procesos infecciosos, además de ejercicios pasivos. Por parte de algunos profesionales, e incluso para la Academia Americana de Neurología desde el año 1989, se sigue considerando tanto la alimentación artificial como la hidratación como tratamientos médicos de soporte vital que podrían ser limitados. De hecho, para la mayoría de los especialistas al tratarse de un tratamiento médico puede ser retirado²¹⁹.

Se emplearán técnicas de soporte vital considerando como tal toda intervención médica, técnica, procedimiento o medicación que se administra a un paciente para retrasar el momento de la muerte, esté o no dicho tratamiento dirigido hacia la enfermedad de base o el proceso biológico causal²²⁰, comprendiendo, entre otros, la nutrición e hidratación artificial, ventilación mecánica, oxigenación extracorpórea y los diuréticos. Al llegar a una situación de dependencia terapéutica que no conduce a un beneficio o mejoría del paciente, se podría limitar el esfuerzo terapéutico al retirar las medidas de soporte vital. Una vez limitado el soporte vital se procederá a suministrar cuidados paliativos evitando sufrimientos ante un previsible fallecimiento²²¹.

²¹⁹ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), pp. 273-282

²²⁰ *Hastings Center Report: Guidelines on the termination of treatment and the care of the dying.* Briarcliff manor, NY 1987

²²¹ Guía para hacer la voluntad vital anticipada. Junta de Andalucía, (2012), pp. 38-39,
Cuidados paliativos: Conjunto coordinado de intervenciones sanitarias dirigidas, desde un enfoque integral, a la mejora de la calidad de vida de pacientes y de sus familias, afrontando los problemas asociados con una enfermedad terminal mediante la prevención y el alivio del sufrimiento, así como la identificación, valoración y tratamiento del dolor y otros síntomas físicos y/o psíquicos.
Sedación paliativa: Consiste en la administración de fármacos, en las dosis y combinaciones requeridas, para reducir la conciencia de un/a paciente en situación terminal tanto como sea preciso, para aliviar adecuadamente uno o varios síntomas refractarios que le producen sufrimiento, como por ejemplo dolor intratable o intensa dificultad para respirar. Este tratamiento puede acortar el tiempo de vida, circunstancia que es importante que tanto usted como sus familiares conozcan.

En esta situación resulta determinante la autonomía del paciente al tenerse en cuenta lo manifestado en el documento de voluntades anticipadas, pero también se ha de tomar en consideración la decisión de los profesionales al no querer para el paciente un sufrimiento innecesario, es decir, evitar un encarnizamiento terapéutico. La elaboración del documento de voluntades anticipadas no impide que tanto la persona otorgante como su entorno desarrollen un plan de trabajo en función de la situación clínica y/o un plan anticipado de cuidados médicos futuros que van más allá del documento de voluntades anticipadas²²².

En la Tabla 3 se muestran los recursos asistenciales practicados en la Región de Murcia sobre los equipos de soporte de atención domiciliaria y atención hospitalaria, y de cuidados paliativos pediátricos desde el año 2019 hasta el 2020²²³. El plan integral de cuidados paliativos de la Región de Murcia pretende mejorar la atención y la calidad de vida de los pacientes en situación de enfermedad terminal y la de sus familias de forma integral e individualizada, garantizando el respeto a su dignidad y el derecho a su autonomía²²⁴.

²²² SEOANE, J.A., (2011), pp. 28-30.; MARTÍNEZ URIONABARRETXE, K., (2007), pp. 94-96.

²²³ Datos actualizados a 26/11/2021 sobre los cuidados paliativos en la Región de Murcia.
<https://econet.carm.es/web/crem/inicio/-/crem/sicrem/PU261/sec13.html>.

²²⁴ Plan integral de Cuidados Paliativos en la Región de Murcia
http://www.fffis.es/ups/PLAN_CUIDADOS_PALIATIVOS_2009_nueva_edicion.pdf.

Tabla 3

Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	MURCIA (Región de)	Área I - MURCIA OESTE	Área II - CARTAGENA	Área III - LORCA	Área IV - NOROESTE	Área V - ALTIPLANO	Área VI - VEGA MEDIA DEL SEGURA	Área VII - MURCIA ESTE	Área VIII - MAR MENOR	Área IX - VEGA ALTA DEL SEGURA
2019										
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1	2	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	9	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0
2020										
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1	2	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	9	1	1	1	1	1	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	1	1	0	0	0	0	0	0	0	0

Fecha de actualización: 30/06/2021.

Además de estos 3 tipos de dispositivos, existe una Unidad de Cuidados Paliativos (UCP) ubicada en el Hospital STº María del Rosell, que está compuesta de 8 camas.

En el caso de la población infantil existe la unidad de referencia regional "Hospitalización a domicilio infantil" donde aplican el protocolo de cuidados paliativos domiciliarios pediátricos (PCPP). Su misión básica es apoyar, colaborar y dar soporte a los profesionales en la atención integral y continuada de niños en situación de terminalidad así como a sus familias y/o cuidadores. Su ámbito de actuación es la Región de Murcia, interviniendo en el domicilio, en el Centro de Salud o en el Hospital, aportando una cobertura telefónica de 24 horas todos los días del año.

Mapa sanitario 2015 de la Región de Murcia, Orden de 14 de mayo de la Consejería de Sanidad y Política Social, BORM 26 de mayo de 2015.

- Consejería de Salud. Dirección General de Planificación, Investigación, Farmacia y Atención al Ciudadano

Existe un formulario de limitación de tratamientos de soporte vital²²⁵ que especifica con claridad las preferencias que el paciente establece en el marco extrahospitalario. Médicos y personal de enfermería de cuidados intensivos han valorado como útil la mejora en el proceso de morir de los pacientes críticos, haciendo constar los tratamientos de soporte vital que se omiten o retiran, así como fecha y firma del médico responsable del paciente en aquel momento. De este modo, se facilitaría el proceso decisorio sobre el inicio o retirada de tratamientos en cualquier paciente.

²²⁵ MONZÓN MARÍN, J.L., y otros "Recomendaciones de tratamiento al final de la vida del paciente crítico. Recomendaciones de Grupos de trabajo de la SEMICYUC", *Medicina Intensiva*, vol.32, nº 3, Madrid, 2008, pp. 129-131.

HOSPITAL Servicio de Medicina Intensiva	Identificación del paciente
ÓRDENES DE LIMITACIÓN DE TRATAMIENTOS DE SOPORTE VITAL	
1. En caso de paro cardiorrespiratorio NO iniciar medidas de RCP	
2. Otras limitaciones de tratamiento:	
No intubación	
No diálisis	
No transfusión	
No fármacos vasoactivos	
No nutrición artificial	
3. Mantener el tratamiento iniciado sin aumentarlo ni iniciar nuevo tratamiento (excepto paliativo)	
4. Retirada de Tratamientos de Soporte Vital:	
Diálisis	
Fármacos vasoactivos	
Ventilación mecánica	
5. Rescisión de las órdenes anteriores	

Se aconseja mantener este formulario en la sección de órdenes médicas. Si se han de rescindir una o más de las órdenes de limitación del soporte vital, tachar lo anterior, fechar y rubricar el espacio de rescisión. Entonces iniciar un nuevo formulario actualizado si es necesario. En caso de alta hospitalaria, las órdenes se consideran automáticamente rescindidas.

El fundamento de las decisiones (argumentos médicos y voluntad del paciente o sus representantes) debe constar en la evolución clínica.

Verificar si se ha dispuesto el tratamiento paliativo necesario para asegurar el control del dolor y el bienestar del paciente.

Sería deseable incluir este tipo de formulario como contenido del documento de voluntades anticipadas para ser aplicado en cualquier unidad de medicina intensiva que trate al otorgante llegado el momento. Es conveniente, una vez más, contar con el asesoramiento de médicos, ya sea de primaria o de especialistas, para que el otorgante pueda manifestar su voluntad dada la complejidad de posibilidades que la medicina ofrece, y así lograr disminuir tanto la responsabilidad de los profesionales como de las instituciones sanitarias.²²⁶

²²⁶ MARTÍNEZ URIONABARRENETXEA, K., (2007), p. 90.

Los pacientes van a acudir al hospital en estado crítico sin poder expresar sus preferencias; tras una consulta al registro de documentos de voluntades anticipadas se podrá conocer las predilecciones del enfermo. En estos supuestos la labor de interpretación de lo manifestado en el formulario puede no resultar fácil para cumplir lo manifestado por el otorgante, sin duda un reto para la persona o personas que rodeen al paciente en ese momento, intentar ser fiel en la medida de lo posible a su voluntad.²²⁷

El progreso técnico hace necesario que la voluntad del paciente tenga que ser matizada respecto a la manifestada al redactar el documento, debido a que ciertas situaciones médicas ya no van a tener un carácter irreversible siendo posible su curación. La solución a estos problemas interpretativos viene dada a través del representante designado para que actúe como interlocutor con el equipo sanitario²²⁸.

Existen opiniones de que el documento de voluntades anticipadas es un “consentimiento prospectivo”, otorgado para manifestar un derecho a rechazar o autorizar tratamientos y cuidados médicos, que finalmente va a recoger más una ideología preestablecida que una necesidad puramente clínico-médica, debiendo ser el médico quién, al ver posibilidades de recuperación, decida proseguir el tratamiento si el paciente está inconsciente, no siendo así para el caso de que se trate de prolongar una dolorosa muerte inevitable²²⁹. Una de las críticas efectuadas al documento de voluntades anticipadas es que las decisiones que se reflejan se han establecido hace tiempo y cuando se van a aplicar pueden resultar irreparables, pues el paciente no puede pronunciarse sobre ellas, ni modificarlas, al encontrarse en una fase de inconsciencia. Para algunos autores este tipo de documentos constituye una figura foránea que se ha introducido en nuestro ordenamiento aunque no se ha consolidado en nuestra sociedad al no atender a los principios y características de nuestro sistema legal²³⁰.

En nuestra opinión aunque el documento de voluntades anticipadas ha tenido su origen en otra legislación diferente a la nuestra, éste forma parte de nuestro

²²⁷ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), pp. 328, 330 y 338.

²²⁸ PINTO PALACIOS, F., (2014), p. 185.

²²⁹ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., (2009), p. 308.

²³⁰ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., (2009), pp. 190-191.

ordenamiento, es decir, ha sido adaptado a nuestra realidad social, perfeccionando su contenido al recoger previsiones y contenidos que en el país de origen no existían. Si bien es cierto que no se realizan muchos otorgamientos de voluntades anticipadas, los que se realizan van incrementando en número al tratarse de un valioso instrumento donde recoger nuestra voluntad.

No hay que olvidar que se ha reconocido el principio de autonomía, por el cual podemos expresar nuestra voluntad, consecuencia de las creencias e ideas culturales propias. Llegado el momento, manifestar cuáles son las preferencias al final de la vida nos hace libres y maduros al poder decidir cómo queremos morir. Evidentemente el otorgante no va a disponer de conocimientos médicos para redactar este tipo de documentos, sin embargo, esto será subsanable si lo hacemos asesorados por un profesional sanitario. Se trata de reflejar cómo queremos que se desarrolle un final presumible cuando llegue ese momento, *ab initio*, siendo perfectamente modificable en cualquier momento según nuestros criterios e incluso podremos adaptarlo a los avances o cambios existentes, nombrando a un representante para cerciorarse de su cumplimiento.

El caso Eluana Englaro evidencia el grave riesgo que se corre por la ausencia de un documento de voluntades anticipadas, pues fue una larga condena a una ausencia de vida, un empecinamiento terapéutico en manos de personas indebidas que se posicionaron como *dominus* de la vida de la paciente al querer mantener un cuerpo sin vida²³¹. Su padre luchó sin tregua por el descanso de su hija desde 1992 hasta que finalmente el 3 de febrero de 2009 se cumplió el protocolo previsto, aunque no faltaron denuncias por homicidio voluntario que posteriormente fueron archivadas²³².

²³¹ CAMPIONE, R., “Razonamiento judicial y razonamiento legislativo a partir del caso Englaro”, *Anuario de filosofía del Derecho*, 2013 (XXIX), p. 316.

²³² NOTO, T., *Libertad y autonomía en la relación clínica en la etapa final de la vida. Un estudio comparado desde la perspectiva del Bioderecho*, Tesis doctoral (Programa de Doctorado Internacional en Bioderecho), Universidad de Murcia, 2021, pp. 315-318.

1.2.- Las instrucciones previas en los Testigos de Jehová

Uno de los colectivos que más recurre a la declaración de voluntades anticipadas es el representado por los Testigos de Jehová puesto que ven en este documento el instrumento perfecto para expresar sus convicciones religiosas y que éstas sean respetadas en un intento de mitigar el temor de que, llegado el momento, el médico que los atiende les practique una transfusión si no se encuentran conscientes para negarse a ella. Tal vez por esta razón es uno de los colectivos que más acude a los Registros de Instrucciones Previas.

La voluntad expresada por un Testigo de Jehová en un documento de voluntades anticipadas oponiéndose a recibir transfusiones de sangre ha de ser respetada por el facultativo que le atienda sin que por ello se incurra en un delito de auxilio al suicidio. Es más, de no hacerlo esto sería contrario al ordenamiento jurídico. De tal modo que si no se llegase a cumplir dicha voluntad nos encontraríamos ante la violación de derechos constitucionales, tales como el derecho a la integridad física y moral y a la libertad religiosa, salvo que se encuentren en juego otros derechos fundamentales de terceros como ha declarado el Tribunal Constitucional²³³: “El paciente se opone a una injerencia ajena en su cuerpo al ejercitar el derecho de autonomía que tiene por objeto el propio substrato corporal como distinto al derecho a la salud o a la vida y que se traduce en el marco constitucional como un derecho fundamental a la integridad física²³⁴”.

La decisión de rechazar una transfusión es tomada por una persona mayor de edad, capaz y libre por razones religiosas y de conciencia, la cual se ha de respetar como muestra de ejercicio de su derecho fundamental de libertad y de libre desarrollo de su personalidad. Esto debe ser garantizado por el ordenamiento jurídico dado que se trata de hacer libre al hombre para poder decidir siempre y cuando no se ponga en peligro a los demás, algo que sucede en el caso de los Testigos de Jehová cuando se niegan a someterse a una transfusión sanguínea²³⁵.

²³³ ALONSO ORTEGA, A. “Los derechos de los pacientes: las voluntades anticipadas”, *Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la sanidad en Aragón*, Vol. 1, Zaragoza, J.M. Pemán, 2004, p. 224.

²³⁴ STC 154/2002, de 18 de julio, F.J.9.

²³⁵ GIL HERNÁNDEZ, A. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Madrid, Colex, 1995, p. 114.

Los facultativos deben respetar la decisión emitida por el signatario puesto que no sería aceptable utilizar la objeción de conciencia para imponer un tratamiento. La objeción de conciencia protege al personal sanitario de la obligatoriedad de hacer algo contrario a su juicio clínico, sin que ello suponga un derecho a imponer su criterio a quien no la comparte²³⁶.

1.3.- *Las enfermedades mentales y el documento de instrucciones previas*

En el documento de voluntades anticipadas no sólo tienen cabida las decisiones al final de la vida, pues en la psiquiatría norteamericana encontramos la figura del “contrato de Ulises”²³⁷ que consiste en autorizar un tratamiento o investigación para cuando la situación del paciente no le permita expresarse por sí mismo. En la *Odisea*²³⁸, Ulises cubrió a sus hombres los oídos con pan de cera y ordenó que lo atasen a un mástil para evitar sucumbir a los reclamos de las sirenas porque éstas le llevarían a su fin. En definitiva, dejó instrucciones a sus hombres para que incumplieran sus órdenes o súplicas y no le desatasen por mucho que lo pidiese, sino al contrario, que reforzasen sus ataduras. En cierto modo, podríamos interpretar que nos encontramos ante unas voluntades anticipadas dirigidas a la tripulación para cuando Ulises perdiese la cordura y no fuese capaz de controlar su voluntad²³⁹. El contrato de Ulises es un documento mediante el cual ciertos enfermos psiquiátricos van a poder pautar las directrices de cómo desean que se afronte su situación ante momentos de pérdida de juicio, que puede formar parte del documento de voluntades anticipadas. De este modo, cuando se manifieste algún tipo de crisis, propia de su enfermedad, y no pueda expresarse con cordura se podrá avisar a familiares, conocidos e incluso al especialista, todos ellos designados por el otorgante. Además, se podrá saber cuáles son sus preferencias sobre medicación o tratamientos e incluso dónde oculta objetos o medicamentos que puedan ser perjudiciales en esos momentos y cuya ubicación sólo conoce el otorgante.

²³⁶ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), p. 260.

²³⁷ SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN, F., (2008), pp. 82-83.

²³⁸ HOMERO: *Odisea*, Editorial Gredos, Madrid, 2014, pp. 222-223.

²³⁹ SÁNCHEZ CARO, J y ABELLÁN, F., (2008), pp. 80-81.

Incorporando el contenido del contrato de Ulises en las voluntades anticipadas se estaría abarcando los tratamientos psiquiátricos²⁴⁰ para el caso de brotes temporales de enajenación mental. Dado que sobre este tema no se pronuncia la Ley 41/2002, ni las normas de las Comunidades Autónomas, resulta difícil hacer una apreciación al respecto sin valorar el caso concreto. Quizás una posibilidad sea la aplicación por analogía de la Ley de Autonomía del Paciente al ser ambas figuras una forma de expresar su voluntad.

A diferencia del consentimiento informado, que es prestado por el paciente de cara a un tratamiento, intervención o ensayo clínico en un corto plazo de tiempo, en las voluntades anticipadas se alude a un futuro hipotético como sucedería con el contrato de Ulises²⁴¹.

Se abre así la posibilidad de que enfermos mentales puedan manifestar en este tipo de documento de voluntades anticipadas su hoja de ruta para esta dura travesía que les espera. Esto supondría poder plasmar con toda claridad, en un momento de lucidez contrastada por un especialista en materia psiquiátrica, qué tratamiento desea o no recibir cuando sea internado involuntariamente.

El contrato de Ulises puede ser utilizado para ciertas patologías dentro de las enfermedades mentales tales como la esquizofrenia, casos de bipolaridad y maníaco depresivo, como una herramienta útil entre el paciente y el facultativo especialista a la hora de enfocar la enfermedad cuando se llegue a situaciones de incapacidad. Incluso, también se podría contemplar para casos en los que exista algún tipo de dependencia que posibilite al paciente dar instrucciones para poner sobre aviso a su entorno de las situaciones en las que él mismo podría estar manifestando una recaída como sucede en la ludopatía y el alcoholismo, así como para los casos de anorexia de tipo nervioso.

Estos enfermos, en muchas ocasiones, se ven avocados a enfrentarse solos a su propio demonio cuando éste se presenta sin poder contar con más ayuda que la prestada por un especialista, el cual, a veces, no sabe con qué herramientas puede contar, e incluso, en otras situaciones, se puede encontrar con una serie de trabas administrativas

²⁴⁰ ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., (2008), p. 124.

²⁴¹ GALLEGO RUESTRA, S., (2009), pp. 160-168.

que debe solventar. El contrato de Ulises supondría una ayuda que facilita la labor del especialista, puesto que en este documento ya se le estaría autorizando y proporcionando información para cuando sucediera una situación de pérdida de capacidad para expresarse con cordura por parte del enfermo.

En los momentos de incapacidad puede resultar útil contar con datos que el paciente haya manifestado, tales como:

- A qué familiares avisar en caso de ser internado en una unidad de psiquiatría distinta de la habitual. Esta circunstancia facilitaría la localización de familiares o personas vinculadas al paciente.
- Qué médicos especialistas en materia de psiquiatría llevan al paciente con asiduidad y así poder consultar cualquier tipo de tratamiento, problema, antecedente médico o incluso prever un posible traslado a su centro habitual.
- Dónde se han depositado objetos, medicamentos o cualquier elemento que pueda resultar perjudicial en el momento de perder la capacidad mental y que sólo él o ella conoce su ubicación, como puede suceder con copias de llaves de su vehículo que le permitirían conducir bajo ese estado o con pastillas que podrían ser nocivas o excesivamente perjudiciales si son ingeridas sin ningún control o en un momento de profunda depresión.
- Qué tipo de tratamiento desean recibir y cuál no, estableciendo su preferencia por una dosis lo más mínima posible de medicación que le permita llevar una vida con alguna autonomía, todo ello tras agotar todas las vías posibles hasta llegar a la medicación, y siempre la que menos efectos secundarios tenga. Manifestar que no se le aplique *electroshock*. De este modo, en el caso de que no quede más remedio que aplicarlo que los especialistas sepan que no es partidario de recibirlo.
- Su disposición a participar en ensayos clínicos o en algún tipo de investigación relacionada con su patología con el equipo médico que le está tratando.
- Si no desea que reciban información ciertos miembros de su entorno familiar.
- Nombrar a un representante. El representante será quien dentro de las pautas indicadas en el documento de voluntades anticipadas vigile que se cumpla la voluntad del futuro paciente. Por tanto, es una figura fundamental para la interpretación del documento otorgado, de ahí la importancia a la hora de ser

designado por el enfermo debido a la importante función que le está encomendando²⁴².

Es conveniente que el contenido recogido en el contrato de Ulises, y posteriormente incorporado al documento de voluntades anticipadas, sea realizado con el asesoramiento y el apoyo técnico y profesional del psiquiatra o profesional que esté tratando al paciente por su enfermedad, ya que orientará mejor los pasos que se deben seguir llegado ese supuesto, dejando la decisión final al otorgante.

Desde que se mencionara por primera vez el contrato de Ulises por Thomas Gutheil han pasado treinta años. Este tipo de contratos continua siendo más esgrimido por pacientes mentales en el mundo anglosajón de donde es originario.

En nuestro país las posibilidades que ofrece el contrato de Ulises son prácticamente desconocidas y no son utilizados por este tipo de enfermos en momentos de incapacidad. No se está aprovechando la ocasión por parte de los psiquiatras de elaborar junto con sus pacientes de forma preestablecida las situaciones de futuros internamientos, tratamientos, o revelación de lugares en los cuales el paciente tiene objetos que en alguna ocasión pueden ser peligrosos para ellos. Sería deseable que esta herramienta no quede en desuso y consiga ser de utilidad llegando a formar parte del documento de voluntades anticipadas²⁴³.

Por otro lado, hay pacientes que hacen necesario el uso de algún tipo de contención mecánica, como una medida de carácter preventivo, terapéutico y de cuidados que limitan o impiden la movilidad de parte del cuerpo o del cuerpo en su conjunto. En su aplicación se ha de procurar el máximo respeto a la autonomía del paciente anticipándose, si es necesario, a su utilización explicando al paciente la posibilidad de su uso en un futuro. Por todo ello, la organización médica colegial²⁴⁴

²⁴²AYALA VARGAS, M.J., VIGUERAS PAREDES, P., SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El contrato de Ulises ...”, (2015), p.109.

²⁴³ AYALA VARGAS, M.J., VIGUERAS PAREDES, P., SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R. y FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., (2015), pp. 107-110.

²⁴⁴ Declaración de la comisión central de deontología de la organización médica colegial sobre “contención mecánica de pacientes”, Madrid 25 de abril de 2015.

indica que en los supuestos de enfermedades mentales y trastornos neurológicos o degenerativos, e incluso en pacientes de edad avanzada, es conveniente expresar la voluntad del paciente acerca de estas medidas en un documento de voluntades anticipadas cuando aún es capaz de comprenderlas. De este modo, las medidas de contención mecánica han de ser usadas únicamente en los casos en los que el enfermo no pueda ser controlado por procedimientos farmacológicos.

1.4.- La prestación de ayuda a morir en el documento de instrucciones previas

Hasta ahora era aconsejable incluir en el documento de voluntades anticipadas el siguiente apartado: “si para entonces la legislación regula el derecho a morir con dignidad mediante eutanasia activa, es mi voluntad morir de forma rápida e indolora de acuerdo con la *lex artis ad hoc*”. Sin embargo, con la Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia (LORE)²⁴⁵ y su entrada en vigor el día 25 de junio del mismo año, es posible establecer como contenido del documento de voluntades anticipadas, o análogo, la solicitud de la prestación de ayuda a morir, siendo aconsejable reflejar nuestra voluntad para cuando no podamos expresarla. No en vano, el artículo 9 de dicha ley indica que cuando exista una situación de incapacidad de hecho el médico responsable está obligado a aplicar lo previsto en las voluntades anticipadas o documento equivalente. Se establece, además, un protocolo de valoración de la situación de incapacidad de hecho para la prestación de ayuda a morir. Esta valoración corresponde al médico responsable y comienza con una entrevista clínica.

Con la entrada en vigor de la LORE se ha modificado el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, que regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas, así como el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal con el fin de actualizar la información mínima que deben trasladar las Comunidades Autónomas al Registro Nacional de Instrucciones Previas, incorporando la prestación de ayuda para morir en el apartado denominado “materia de la declaración”. El fichero automatizado de datos de carácter personal, regulado con la Orden SCO/2823/2007, de 14 de

https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/declaracion_ccd_contencion_mecanica_de_pacientes_19_06_15.pdf.

²⁴⁵ Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. B.O.E. 25/03/2021.

septiembre, se actualizará para incluir en su punto séptimo del apartado a) sobre materias de declaración la prestación de ayuda para morir²⁴⁶.

La prestación sanitaria de ayuda para morir se trata de un derecho individual que forma parte de la cartera de servicios²⁴⁷ que pretende evitar el sufrimiento cuando el solicitante padezca una enfermedad grave e incurable²⁴⁸ certificada por el médico responsable, o en su caso un padecimiento grave, crónico e imposibilitante²⁴⁹, en los términos establecidos en dicha Ley. Esta Ley regula los requisitos para ser solicitada y el procedimiento y los controles establecidos tanto para autorizarla como para su ejecución y a todos los efectos va a tener la consideración de una muerte natural. Igualmente también contempla la posibilidad de nombrar a un representante, además del hecho de poder revocar la solicitud en cualquier momento e incluso aplazar la prestación de ayuda para morir a partir de una fecha²⁵⁰.

Tras la verificación previa por parte de la Comisión de Garantía y Evaluación, si la resolución es positiva la Ley establece dos formas de realizar la prestación de ayuda para morir:

- Administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente.
- Prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia para su auto-administración y de este modo causar su propia muerte.

²⁴⁶ Manual de buenas prácticas sobre eutanasia, Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, p.18 (visto 25/06/2021) https://comeca.org/wp-content/uploads/2021/06/25-06-2021-Manual-bbpb-260621_V2-1.pdf.

²⁴⁷ Información a la ciudadanía de la eutanasia con distintos modelos de solicitud en la Región de Murcia: <https://www.murciasalud.es/pagina.php?id=483901>.

²⁴⁸ Aquella que origine por su naturaleza sufrimientos físicos o psíquicos de forma constante e insoportable que no alivien de forma que el paciente considere tolerable, con un pronóstico de vida limitado y en un contexto de fragilidad progresiva.

²⁴⁹ Limitaciones que inciden de forma directa a la autonomía tanto física como para las actividades de la vida diaria, no pudiendo el paciente hacer cosas por sí mismo, incidiendo en su capacidad de expresión y relación que además suponen un sufrimiento físico o psíquico constante e intolerable, con persistencia en el tiempo de esas limitaciones sin cura ni mejoría, suponiendo una dependencia absoluta de apoyo tecnológico.

²⁵⁰ Revocación/aplazamiento prestación de ayuda para morir de la Consejería de Salud: <https://www.murciasalud.es/recursos/ficheros/484518-Solicitud4.pdf>.

Estas dos modalidades podrán practicarse tanto en centros sanitarios públicos como en centros privados o concertados, e incluso en el propio domicilio. Tras realizar la prestación de ayuda a morir se comunicará a la Comisión de Garantía y Evaluación.

Por otra parte, existe la posibilidad de que los profesionales sanitarios puedan alegar objeción de conciencia: tal negativa a realizar la prestación será individual y deberá manifestarse anticipadamente y por escrito. Para ello, las administraciones sanitarias crearán un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia a realizar la ayuda para morir. Al mismo tiempo se regula la obligación de las administraciones e instituciones correspondientes para asegurar el correcto ejercicio del derecho reconocido en esta Ley.

Cuando se deniegue la prestación de ayuda para morir será por escrito y de manera motivada por el médico responsable. Ante dicha negativa se podrá presentar una reclamación a la Comisión de Garantía y Evaluación²⁵¹. Las resoluciones de la Comisión que informen de manera desfavorable a la solicitud de la prestación de ayuda para morir se podrán recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La Comisión de Garantía y Evaluación, como órgano administrativo y multidisciplinar, será creada por las distintas Comunidades Autónomas y por las Ciudades de Ceuta y Melilla y estará compuesta por médicos, personal de enfermería y juristas. Los artículos de la L.O. 3/2021 dedicados a la creación de esta Comisión en cada una de las diferentes comunidades, así como su composición, entraron en vigor al día siguiente de su publicación, el 26 de marzo de 2021.

En Murcia la Comisión de Garantía y Evaluación ha sido creada por Orden de la Consejería de Salud²⁵² y está compuesta por once expertos, cinco de los cuales son

²⁵¹ Modelo de reclamación Consejería de Salud de la Región de Murcia:
<https://www.murciasalud.es/recursos/ficheros/484519-Reclamacion.pdf>.

²⁵² Orden de la Consejería de Salud, por la que se crea y regula el Régimen Jurídico, composición, organización y funciones de la Comisión Regional de Garantía y Evaluación de la prestación de ayuda para morir en la Región de Murcia, de 20 de mayo de 2021, B.O.R.M de 5 de junio de 2021:
<https://www.borm.es/services/anuncio/ano/2021/numero/4006/pdf?id=794683>.

licenciados en Medicina con prioridad a las especialidades de Medicina Interna, Intensiva, Cuidados Paliativos, Neurología, Psiquiatría, Oncología, Anestesia, Medicina Legal o Atención Primaria, quienes podrán proceder tanto del sector público como del privado; tres son graduados en Derecho; dos diplomados en Enfermería que desarrollan sus funciones en atención hospitalaria o atención primaria y un graduado en Farmacia especializado en Farmacia Hospitalaria. Los miembros de esta Comisión permanecerán por un período de dos años renovables.

Para garantizar la igualdad y calidad asistencial de la prestación de ayuda para morir, el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud deberá elaborar un manual de buenas prácticas que sirva para orientar la correcta aplicación de esta Ley y los protocolos para la valoración de la situación de incapacidad de hecho por el médico responsable.

Resulta fundamental la modificación que se produce de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal en su artículo 143, con la que se exonera de responsabilidad penal las actuaciones que sigan lo dispuesto en esta Ley otorgando de este modo una mayor seguridad jurídica. Concretamente modifica su apartado 4) y añade un apartado 5) quedando ambos redactados de la siguiente forma:

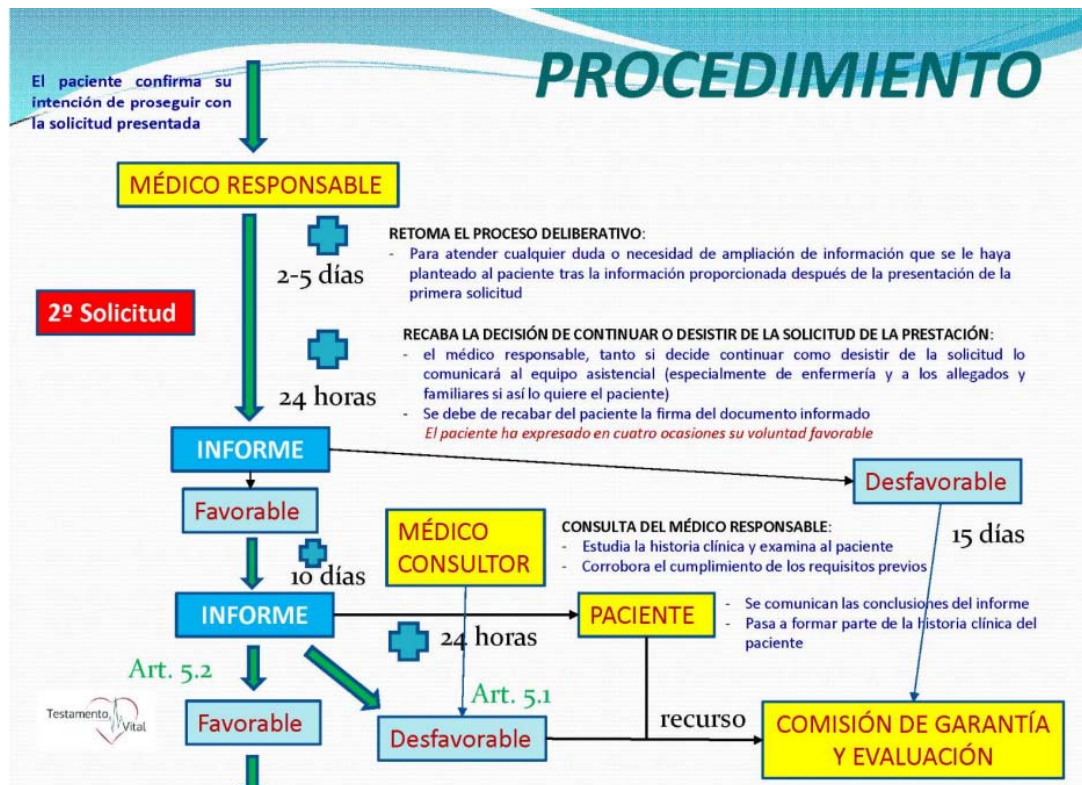
Modificación del apartado 4) “El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de una persona que sufriera un padecimiento grave, crónico e imposibilitante o una enfermedad grave e incurable, con sufrimientos físicos o psíquicos constantes e insoportables, por la petición expresa, seria e inequívoca de esta, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los apartados 2 y 3”.

Apartado 5) “No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia”.

El procedimiento de la prestación de ayuda para morir viene resumido en el documento de información para el paciente elaborado por la Consejería de Salud de la Región de Murcia a través de los tres esquemas siguientes²⁵³:



²⁵³ Documento de información para el paciente sobre el derecho a la prestación de ayuda para morir (Ley Orgánica 3/2001, 24 de marzo, de regulación de la eutanasia).
<https://www.murciasalud.es/recursos/ficheros/483900-Procedimiento.pdf>



El tiempo dirá si esta Ley viene a cumplir una demanda social que no sólo incluye a personas de edad avanzada, sino también aquellas que padecen enfermedades degenerativas y a víctimas de accidentes de consecuencias nefastas, es decir, cualquier circunstancia que pueda relegar a una persona a situaciones inasumibles. El hecho de poder decidir de una manera más amplia sobre un posible futuro no deseado supone un triunfo de la autonomía de la voluntad y garantiza una calidad de vida al final de la misma. En julio tuvo lugar el primer caso conocido en España, y en septiembre de 2021 se ha practicado el primer caso de prestación de ayuda a morir en la Región de Murcia.

III.2.- Destino post mortem de órganos y del cuerpo

Los documentos de voluntades anticipadas pueden contener previsiones acerca del destino de los órganos, tejidos e incluso del propio cuerpo con finalidad terapéutica, docente o de investigación una vez haya fallecido el otorgante. Esto lo contempla tanto la Ley 41/2002 como la Ley 3/2009 de la Región de Murcia, yendo un paso más allá que otras leyes autonómicas anteriores a la Ley Básica de Autonomía del Paciente como la Ley 21/2000 de Cataluña e incluso la legislación norteamericana que no lo incluía en el contenido para el testamento vital o *living will* a pesar de tener en este campo una mayor trayectoria.

En la Ley 30/1979, de 27 de octubre sobre extracción y trasplante de órganos y su Real Decreto 1723/2012²⁵⁴, el legislador no hace mención al documento de voluntades anticipadas como, sin embargo, sí ha hecho con el consentimiento informado, dejando pasar una vez más la posibilidad sobre todo en el Real Decreto y con una reforma de la ley, en su caso, de reforzar la existencia de este documento para expresar la voluntad de donar órganos y la posibilidad de manifestar las inquietudes religiosas. La Organización Nacional de Trasplantes (ONT) alude a la existencia del documento de voluntades anticipadas tanto en los textos que ha redactado como en su propia página web, por medio del cual cualquier ciudadano podría hacerse donante. Este documento le otorga mayor utilidad a la donación que la tarjeta de donante por lo que

²⁵⁴ Real Decreto 1723/2012, que deroga el R. D. 2070/1999 de 30 de diciembre sobre obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos en adaptación a la Directiva 2010/53/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante.

sería deseable que la ONT hiciera una mayor difusión de su existencia y potenciara su uso.

En nuestra legislación sobre trasplantes se aplica el consentimiento presunto en la donación de órganos procedentes de cadáver haciendo innecesaria la autorización del fallecido o familiares. Así pues si el otorgante no deseaba donar los órganos, éste debería de haber expresado esa negativa, es decir, que la ley parte de un principio de altruismo y solidaridad²⁵⁵ a la hora de disponer de los órganos convirtiendo a todos los individuos en potenciales donantes²⁵⁶. Se trata, por tanto, de una redacción del legislador ambiciosa sin una aplicación práctica efectiva en todo su potencial alcance.

En la práctica se sigue el criterio mantenido por la Organización Nacional de Trasplantes, el cual consiste en pedir la autorización a la familia y si ésta expresa su negativa se respeta la decisión sin realizar la extracción a pesar de que el propio fallecido hubiese manifestado en alguna ocasión querer ser donante²⁵⁷. El documento de voluntades anticipadas supone dar por solventada esta situación puesto que el propio otorgante ya ha manifestado de forma expresa su deseo de ser donante de órganos y cuya decisión ha de cumplirse. Es importante que el otorgante tenga en cuenta que ser donante de órganos supondrá que cuando llegue el momento sus órganos deberán de ser preservados para mantener su viabilidad hasta su extracción, practicándose a tal efecto las medidas necesarias para este fin a pesar de que el paciente puede haber manifestado no querer dichas medidas, es decir, supondrá modificar nuestros criterios.

La Ley Foral de Navarra 11/2002, en su artículo 9.1.4, fue pionera en recoger la donación de órganos en el documento de voluntades anticipadas²⁵⁸, posteriormente otras

²⁵⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2007), p. 684.

²⁵⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. “El derecho a otorgar documentos...”, (2013), pp. 206-207.

²⁵⁷ GALLEGO RUESTRA, S., (2009), p. 172.

²⁵⁸ *Artículo 9.1.4 Ley 11/2002 de Navarra*

“La persona interesada podrá hacer constar la decisión respecto de la donación total o parcial de sus órganos para fines terapéuticos, docentes o de investigación. En este supuesto, no se requerirá ninguna autorización para la extracción o utilización de los órganos donados ”.

Comunidades Autónomas, así como la propia Ley 41/2002 siguieron sus pasos como sucede en la Región de Murcia que en su documento tipo lo recoge expresamente²⁵⁹.

Cuando se realiza la extracción de órganos en un centro autorizado, la persona a la que le corresponda dar la conformidad para dicha extracción debe realizar una serie de comprobaciones:

1) Recabar información sobre si el interesado manifestó a alguno de sus familiares, o profesionales que le han atendido en el centro sanitario, la voluntad de ser donante con anotaciones que éstos últimos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad o en la historia clínica. La constancia en el Registro Nacional de Instrucciones Previas puede facilitar esta tarea.

2) Examinar la documentación y pertenencias personales que llevaba consigo el difunto, y si las circunstancias no lo impiden se facilitará a los familiares información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria si se encuentran en ese momento en el centro sanitario.

3) Extender un documento en el que se haga constancia expresa de las personas que ostenten su representación legal y de que se ha facilitado la información a los familiares anteriormente reseñados, siempre que las circunstancias objetivas no lo hayan impedido, haciendo constar esta última situación si ocurriera. Tanto los datos del donante como del receptor serán confidenciales, es decir, no se podrá facilitar ninguna información que permita la identificación de cualquiera de ellos. Esta prohibición incluye a los propios familiares o personas allegadas que desconocerán la identidad de quién fue el donante y, en igual medida, la persona que lo recibió²⁶⁰.

En atención a los familiares y personas allegadas los responsables sanitarios deben respetar escrupulosamente las garantías previstas en la Ley 29/1980, de 21 de junio, reguladora de las autopsias clínicas y en el R.D. 2230/1982 que lo desarrolla. Esta norma exige que se garantice a los familiares la no desfiguración manifiesta del cadáver y la no comercialización de las vísceras; estas disposiciones son de aplicación a la extracción de órganos para trasplante. Las muestras depositadas en el Hospital siguen la cadena de custodia según protocolo y están a disposición del Juez instructor para que

²⁵⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El derecho a otorgar documentos...”,(2013), p. 206.

²⁶⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2007), pp. 684-686.

determine su destino²⁶¹. Una vez finalizada la extracción el donante deberá ser trasladado bien a la sala de autopsias, si procede, o bien a la morgue.

La persona que recibe el órgano, según el artículo 6.c de la Ley 30/1979, debe expresar por escrito el consentimiento para la realización del trasplante en el caso de ser adulto jurídicamente responsable de sus actos. En los casos previstos por la ley, tal como menores de edad o pacientes con déficit mental, serán los representantes legales los que deberán expresar por escrito dicho consentimiento²⁶². Esto plantea la posibilidad de que en las voluntades anticipadas se contemple tanto el hecho de ser donante de órganos como de estar dispuesto a recibir o no un trasplante. En los casos no previstos, si surge la necesidad de recibir un trasplante, se plantearía la siguiente pregunta: ¿Podría el representante manifestar su conformidad para que el otorgante reciba un trasplante después de haber sido informado sobre los riesgos de la intervención y de las pruebas? En este caso el representante asignado optará por la solución más beneficiosa para el otorgante tras sopesar los pros y contras, y si a la vista de los objetivos y valores manifestados por su representado no encontrase ninguna objeción podría manifestarse partidario a que el otorgante reciba el órgano. De tal modo que una vez que se le otorga la capacidad de representación en un momento tan importante tendría que asumir la decisión adoptada.

Igualmente, en el documento de voluntades anticipadas también se puede manifestar que en el supuesto de que un familiar se halle en una situación de necesitar un trasplante de médula ósea, riñón, hígado u otros, y el otorgante se encuentre en una situación en la que no sea posible manifestar su voluntad se le realicen las pruebas necesarias para realizar la correspondiente donación²⁶³.

Según el artículo 17.2 del Real Decreto 1723/2012 (ya regulado en el anterior artículo 15.2 del Real Decreto 2070/1999) en el documento donde conste el consentimiento informado por el receptor figurará: nombre del centro sanitario, fecha de

²⁶¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2007), pp. 685-686, nota 109.

²⁶² Respecto de las personas con discapacidad, téngase en cuenta ahora la reciente Ley 8/2021.

²⁶³ Artículo 4 de la Ley 30/1979 sobre trasplantes y artículo 8 del R.D. 1723/2012 para la obtención de órganos de donante vivo.

la autorización para hacer trasplantes, nombre del receptor y, en su caso, del representante que lo autoriza. El documento irá firmado tanto por el médico que informó al receptor o al representante como por éstos últimos archivándose en la historia clínica del paciente y dándoles una copia. En la historia clínica del receptor se recogerán los datos necesarios para identificar al donante, al órgano y al centro hospitalario del que procede el órgano trasplantado, con las correspondientes claves alfanuméricas que garanticen el anonimato y confidencialidad, conforme a lo previsto en el artículo 5.3 y 4 del Real Decreto 1723/2012²⁶⁴.

De acuerdo con lo descrito anteriormente la doctrina se ha planteado: ¿por qué no manifestar todo esto en un testamento tradicional y no en un documento de voluntades anticipadas? El testamento no sería tan inminente como lo serían las voluntades anticipadas debido a lo urgente de la actividad extractora. Para solventar este problema se ha llegado a plantear el obviar los plazos señalados por el Reglamento Notarial siempre que “el notario autorizante de tales testamentos expida un testimonio parcial del mismo, que contenga de la cláusula relativa a la donación de órganos”²⁶⁵. En la Comunidad de Euskadi se establece la posibilidad de otorgar las voluntades anticipadas respecto al destino del cuerpo o de sus órganos a través de las formas de testar reconocidas en el Derecho Civil, como una cláusula de cualquier testamento con efectos *mortis causa*, sin que dichas cláusulas estén afectadas por la invalidez que se derive de la falta de adveración y elevación a escritura pública prevista respecto del testamento otorgado en peligro de muerte. A su vez, el notario ante quién se otorgue este testamento con este tipo de cláusulas deberá notificarlas al Registro Vasco de Voluntades Anticipadas para su inscripción²⁶⁶, evitando de este modo que no se pueda conocer con inmediatez.

²⁶⁴ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2007), pp. 686-687.

²⁶⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2007), p. 421. Nota 708; SÁENZ DE SANTAMARÍA, A. “Donación de órganos y testamento”, *La Ley*, 1986-3, pp. 192 y ss.

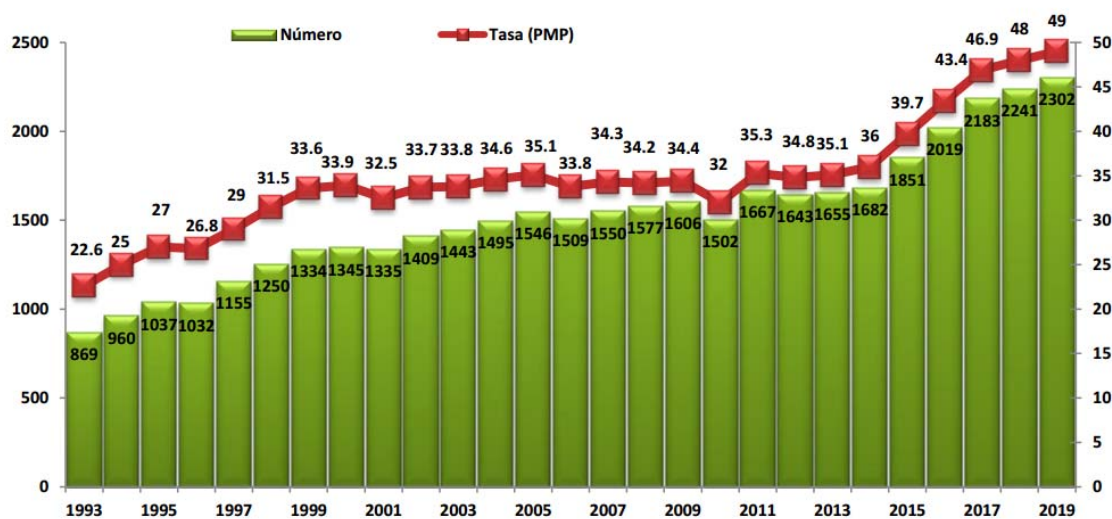
²⁶⁶ Artículo 8 de la Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida.

2.1.- Datos de donación y trasplante de órganos y los documentos de instrucciones previas

En primer lugar hay que destacar que en la memoria de la actividad sobre donación y trasplante de la ONT en 2020 no se refleja el número de donaciones que se correspondieron con lo establecido en el documento de voluntades anticipadas.

Según datos recogidos de la Organización Nacional de Trasplantes²⁶⁷ se han realizado las siguientes donaciones de órganos en el ámbito nacional hasta el año 2019 (Figura 8). Como se puede observar se detecta un incremento tanto en el número total de donaciones como en la tasa anual expresada por millón de población.

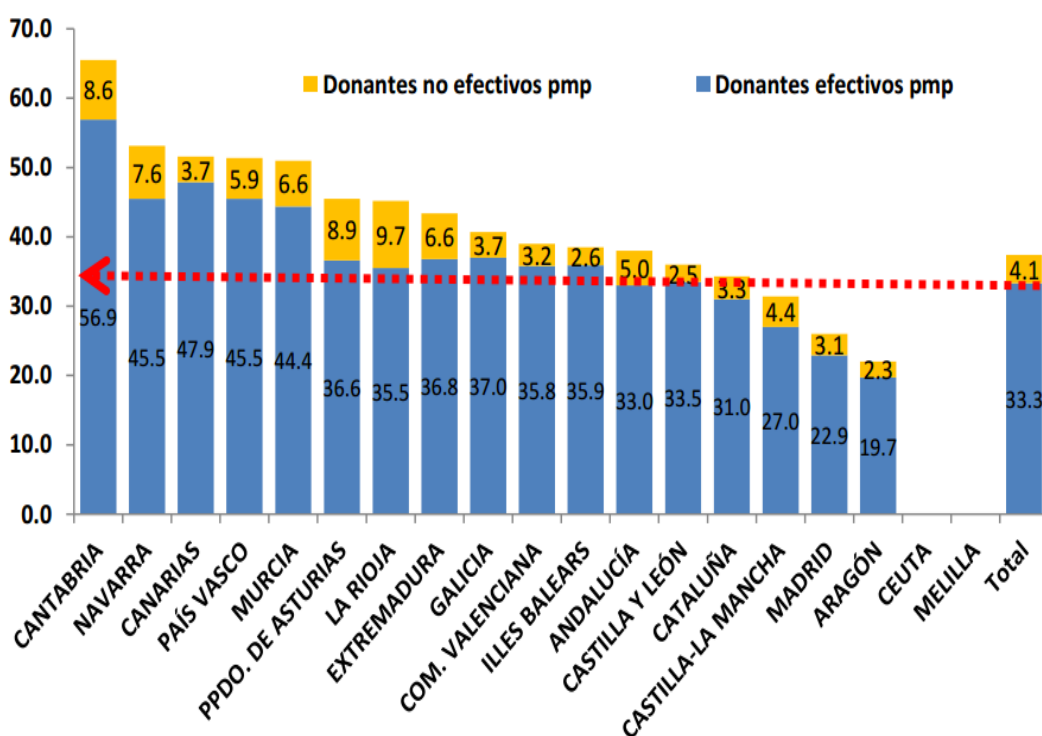
Figura 8. Número Total y Tasa anual (por millón de población pmp) de donantes de órganos. España 1993-2019



²⁶⁷ Datos gráficos presentadas: <http://www.ont.es/infesp/Paginas/DatosdeDonacionyTrasplante.aspx>; <http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACI%C3%93N%20Y%20TRASPLANTE%20ESPA%C3%91A%202019.pdf>.

En la figura 9 se muestra el número de donaciones efectivas por comunidades autónomas (tasa pmp) en España en el año 2020²⁶⁸. Como se puede observar la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia es la quinta Comunidad en número de donantes efectivos y se encuentra por encima de la media nacional.

Figura 9



²⁶⁸ Datos de la Figura:

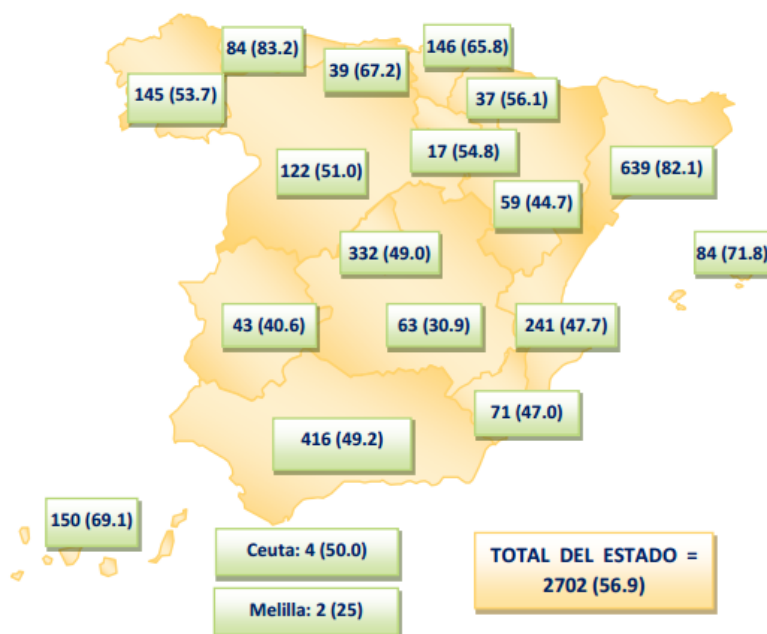
http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACI%C3%93N%20Y%20TRASPLA NTE%20ESPA%C3%91A%202020_26042021.pdf p. 11.

Hay que destacar que según datos de la ONT, el número de trasplantes realizados en el año 2020 por comunidad autónoma según la residencia de los receptores ha sido de 71 renales y 45 hepáticos en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia, siendo ambos trasplantes de órgano sólido los más frecuentes en nuestra comunidad.

En la figura 10 se representa el número de trasplantes renales por comunidades autónomas de residencia de los receptores y el número absoluto (Tasa anual pmp) en España en el año 2020²⁶⁹.

Figura 10

Memoria actividad donación y trasplante.
España 2020



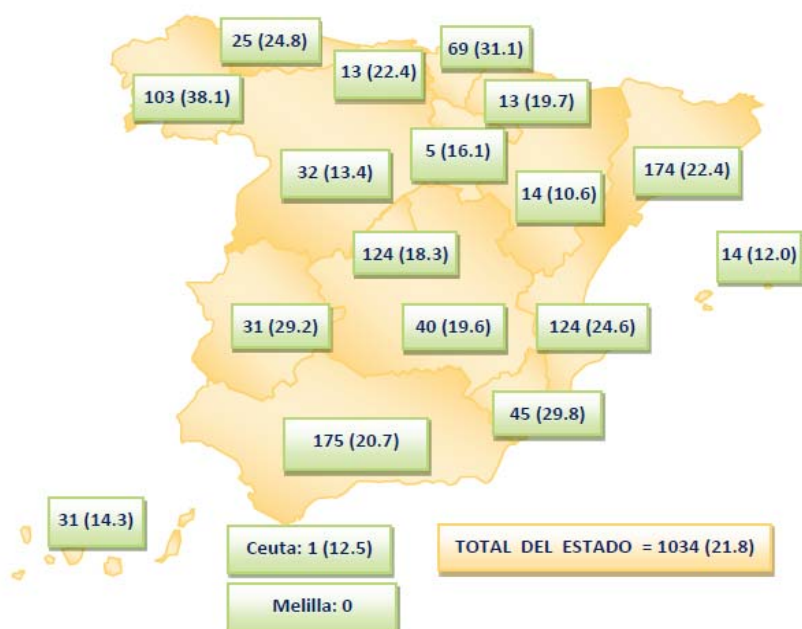
²⁶⁹ Datos de la Figura:

http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACI%C3%93N%20Y%20TRASPLANTE%20ESPA%C3%91A%202020_26042021.pdf p. 45.

En la figura 11 se representa el número de trasplantes hepáticos por comunidades autónomas de residencia de los receptores y el número absoluto (Tasa anual pmp) en España en el año 2020²⁷⁰

Figura 11

Memoria actividad donación y trasplante.
España 2020

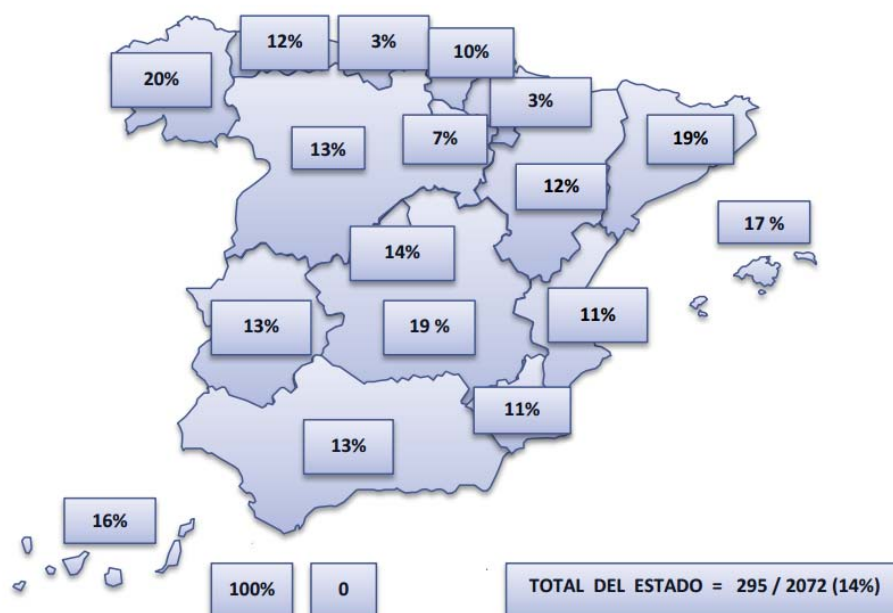


²⁷⁰ Datos de la Figura:

http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACI%C3%93N%20Y%20TRASPLANTE%20ESPA%C3%91A%202020_26042021.pdf p. 47.

Por último, según datos aportados en la memoria de actividad de donación y trasplante de la ONT²⁷¹, en el año 2020 se produjeron las siguientes negativas a la donación por Comunidad Autónoma expresadas en porcentaje (Figura 12). Como se puede observar la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia se encuentra por debajo de la media nacional en porcentaje de negativas a la donación.

Figura 12



Es interesante destacar que, en el año 2020, en el Registro de Instrucciones Previas de Murcia se ha realizado un total de 5.203 inscripciones de documentos de voluntades anticipadas, de las cuales un 43% contienen la donación de órganos. No obstante, también existe la posibilidad de que se hayan otorgado documentos de voluntades anticipadas ante testigos o notario que no consten en dicho registro. A pesar de ello, es posible que exista un porcentaje elevado de inscripciones que no han mencionado la donación de órganos en cuyo caso se procedería a solicitar a los familiares su consentimiento con la posibilidad de una negativa.

²⁷¹ Datos de la ONT <http://www.ont.es/infesp/Paginas/DatosdeDonacionyTrasplante.aspx>.

2.2.- Consentimiento presunto y declaraciones de la familia

Como ya hemos mencionado las personas presumiblemente sanas que fallecen en accidente, o como consecuencia ulterior de éste, se considerarán como potenciales donantes si no consta oposición expresa del fallecido, lo que se denomina “consentimiento presunto”. A pesar de esta rotundidad, la Organización Nacional de Trasplantes considera que la negativa del potencial donante puede haber sido formulada de diferentes modos, lo que “obligaría” a preguntar a familiares o personas allegadas sobre la voluntad del fallecido respecto a la donación, respetando de este modo los deseos del otorgante, el cual a pesar de poseer una tarjeta de donante ésta no tendría valor definitivo²⁷².

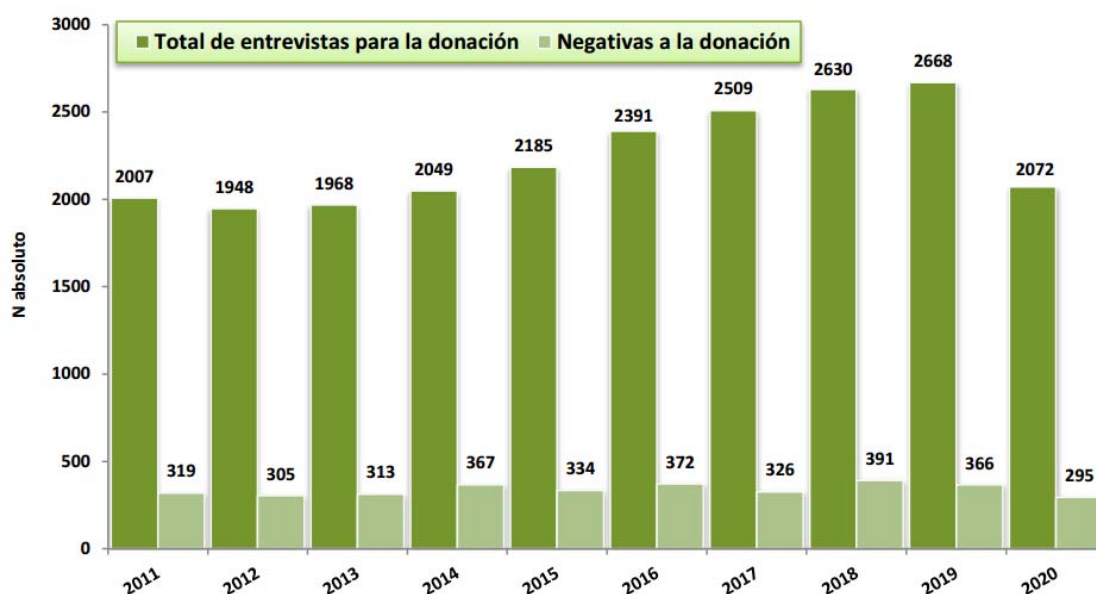
En estos supuestos la familia y allegados serán los que pasen a autorizar o denegar cualquier tipo de trasplante, siendo éstos las figuras relevantes a la hora de prestar el consentimiento extractor. En estos casos se procede a preguntar a las personas vinculadas al posible donante por la voluntad del fallecido, de tal modo que si éstos contradicen la voluntad manifestada en vida por el fallecido no se va a proceder a la extracción de los órganos por dos motivos: en primer lugar por no agravar el duelo y en segundo lugar porque no se desea generar una propaganda negativa en la donación de órganos²⁷³.

La clave para obtener el consentimiento de los familiares no es convencer sino informar sobre la importancia de la donación, así como facilitar información acerca de los trasplantes de una forma clara y transparente, y todo ello de forma directa con todos los miembros de la familia más cercanos al posible donante. La familia debe ser informada de la situación clínica del paciente y una vez producida la muerte el clínico responsable se lo comunicará. Si en ese momento el clínico estima que la preparación de la familia es la adecuada puede plantear el tema de la donación e incluso presentarle al coordinador de trasplantes, el cual mantendrá una entrevista para conseguir la donación (Figura 13).

²⁷² Página de la ONT sobre la donación: <http://www.ont.es/informacion/Paginas/Donaci%C3%B3n.aspx>

²⁷³ LÓPEZ-NAVIDAD, A., *El Donante de órganos y tejidos. Evaluación y manejo*, Springer-Verlag Ibérica, Barcelona, 1997, p. 14.

Figura 13. Evolución de las negativas a la donación. España 2011-2020



No obstante, es de destacar que un número importante de probables donantes tienen abierta una causa judicial por provenir de una muerte de origen traumático, lo cual supone tener que practicarles una autopsia cuya información es fundamental para averiguar la causa de la muerte. En este caso para las familias prima la preservación anatómica del cadáver. Es posible que alguna de las negativas en la donación representadas en la figura 13 sea debido a este supuesto²⁷⁴.

En conjunto, se evidencia lo conveniente de manifestar en el documento de voluntades anticipadas nuestra voluntad para que esta se cumpla independientemente de los deseos de nuestros familiares o allegados, y sobre todo la posibilidad de nombrar a un representante, familiar o no, como interlocutor con el equipo médico, consiguiendo garantizar al otorgante que su voluntad de efectuar una donación se haga efectiva. Al mismo tiempo también se puede dejar constancia de este hecho en la historia clínica y proceder a su inscripción en el registro de instrucciones previas, garantizando así un mayor conocimiento.

²⁷⁴ LÓPEZ-NAVIDAD, A. (1997), p. 60.

2.3.- La donación de órganos en las diferentes confesiones religiosas

La Organización Nacional de Trasplantes (ONT) y la Fundación Pluralismo y Convivencia realizaron, en 2011, una guía de gestión de la diversidad religiosa en el ámbito sanitario, en colaboración con el SESCO (Servicio de Salud de Castilla-La Mancha) y el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, referente a la postura sobre la donación de órganos de las diferentes confesiones religiosas más destacadas en nuestro país y que pueden influir en la voluntad del otorgante:

- Catolicismo: la donación de órganos para la Iglesia Católica es un acto de gran valor ético. Esta idea fue plasmada por Juan Pablo II en la encíclica *Evangelium Vitae* en 1995. En ella, asegura que “merece especial reconocimiento la donación de órganos, realizada según criterios éticamente aceptables, para ofrecer una posibilidad de curación e incluso de vida a enfermos tal vez sin esperanza”.

- Islam: en lo que se refiere a la donación de órganos no hay un criterio de unanimidad. No se va a considerar fallecido a un individuo que aún tiene señales de vida aunque sea de forma inducida. Esta situación fue superada gracias a la doctrina del movimiento del hombre muerto durante el transcurso de la tercera conferencia internacional de juristas musulmanes de 1986, donde se consideró a un individuo legalmente muerto en el caso de no tener funciones respiratorias o si se detiene de forma irreversible la función cerebral. La donación de órganos es un acto de caridad suprema y se acepta siempre que se realice en beneficio del receptor y tras el consentimiento del donante o de sus familiares en el caso de un difunto. Los líderes religiosos de los grandes centros islámicos en Arabia Saudí, Egipto, Irak y otros países musulmanes han adoptado medidas con fuerza legal, también denominado fetua, a favor de la donación y el trasplante tanto de donante vivo como de cadáver. No obstante, en los distintos estados musulmanes no hay una norma fija.

- Iglesia Evangélica: apoya la donación de órganos, aunque dejan la decisión a la libertad individual. Así, en una resolución de 1984 la iglesia luterana denominó la donación de órganos como un acto de bondad e hizo un llamamiento a la solidaridad de sus fieles.

- Judaísmo: la vida es un valor supremo, *pikuaj nefesh*, cuya su preservación se puede conseguir con la donación de órganos. Tal circunstancia se puede realizar a través de donante vivo o no vivo. Respecto al supuesto de que se haga a través del primer caso éste no sería controvertido e incluso se alienta moralmente; sin embargo, cuando se trata de un donante no vivo surgen los dilemas puesto que hay prohibiciones bíblicas acerca del cadáver tales como:

- o Nivul Hamet: ley que va en contra de la profanación innecesaria del cuerpo del fallecido. Se plantean más reparos para el supuesto de las autopsias que de las donaciones.
- o Halanat Hamet: retraso en el entierro del cuerpo del fallecido.
- o Hana'at Hamet: sacar provecho del cuerpo.

El hecho de poder salvar una vida debería ser más importante que las prohibiciones mencionadas anteriormente. En esta línea, existe un consenso cada vez más arraigado entre la comunidad religiosa y la científica acerca del concepto de muerte. De hecho, actualmente un número importante de rabinos aceptan el término de muerte encefálica como ésta era considerada tradicionalmente es decir una interrupción de la respiración y los latidos²⁷⁵. Todo ello facilita la posibilidad de donación.

- Testigos de Jehová: creen que es un asunto de conciencia individual. No se oponen a la donación o recepción de órganos. Todos los órganos y tejidos, sin embargo, tienen que estar completamente vacíos de sangre antes del trasplante.

- Budismo: lo consideran más bien un acto de compasión²⁷⁶. El cuerpo del difunto no debe ser manipulado por interferencias con futuras reencarnaciones. Sin embargo, como podemos ver en las declaraciones de *Garye Kamtrul Rimpoché*, maestro personal de Dzogchen de S.S. Dalai Lama, una vez que la conciencia deja el cuerpo puedes extraer cualquier órgano²⁷⁷.

²⁷⁵ MARIN GONZÁLEZ, P., “Cristianismo, islam y judaísmo en la donación de órganos y tejidos”, TFG Enfermería Universitat Internacional de Catalunya Facultat de Medicina i Ciències de la Salut, 2020, pp. 41-44.

²⁷⁶ RAJ PANT, D., “L’etica ai limiti dell’esistenza: l’arte del morire nella prospettiva buddista”, *Alle fine della vita: Religioni e Bioetica*, Fondazione Lanza, Padova, 2003, pp. 234-237.

²⁷⁷ Revista Mandala, Septiembre-October 1997.

2.4.- Donación de órganos en asistolia

La mortalidad más frecuente para la donación de órganos, el accidente de tráfico y la enfermedad cerebrovascular, ha sufrido un gran descenso en los últimos tiempos en España, seguido de un progresivo incremento en el número de donantes de edad avanzada, por lo que se habla de la necesidad de desarrollar fuentes alternativas a la donación de órganos de personas en muerte encefálica. Estaríamos ante la denominada donación en asistolia que actualmente se encuentra en creciente expansión en países limítrofes y en el nuestro propio²⁷⁸.

En la conferencia internacional realizada en Maastricht en 1995²⁷⁹ se clasificó la donación en asistolia en cuatro tipos:

Tipo I: fallecido antes de llegar al hospital con tiempo de asistolia conocido.

Tipo II: fallecido en el hospital tras maniobras de resucitación infructuosas.

Tipo III: fallecido tras retirada de ventilación mecánica en situaciones de gran daño neurológico irreversible.

Tipo IV: fallecido en muerte cerebral en el que la asistolia se produce antes de proceder a la extracción.

Esta clasificación ha sufrido una modificación (Madrid 2011) para adecuarla a la experiencia de nuestro país²⁸⁰:

- Donación en asistolia controlada

- a) A la espera del paro cardíaco: incluye pacientes a los que se aplica limitación del tratamiento de soporte vital tras el acuerdo entre el equipo sanitario y los familiares o representante del enfermo.

²⁷⁸ Documento de Consenso Nacional sobre donación en asistolia, Organización Nacional de Trasplantes, pp. 33-34. (visto 20/09/2021).
<http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/DONACI%C3%93N%20EN%20ASISTOLIA%20EN%20ESPA%C3%91A.%20SITUACI%C3%93N%20ACTUAL%20Y%20RECOMENDACIONES.pdf>

²⁷⁹ PARRILLA, P., RAMÍREZ, P. y RÍOS, A., *Manual sobre donación y trasplante de órganos*, Aran, Madrid, 2008, p 196.

²⁸⁰ Documento de Consenso Nacional sobre donación en asistolia, (2012). p. 50 (visto 20/09/2021).

- b) Paro cardíaco en muerte encefálica: incluye pacientes que sufren una parada cardíaca mientras se establece el diagnóstico de muerte encefálica o después de haber establecido dicho diagnóstico, pero antes de que sean llevados a quirófano. Es probable que primero se trate de restablecer la actividad cardíaca pero cuando no se consigue puede modificarse el proceso al de donación en asistolia.

Tras el Documento de Consenso sobre la Extracción de Órganos de Donantes en Asistolia en 1996²⁸¹ se podía vislumbrar la necesidad de un cambio legislativo puesto que el Real Decreto del 22 de febrero de 1980 que desarrollaba la Ley Española de Trasplantes 30/1979 no hacía referencia a la donación tras el fallecimiento por criterios circulatorios y respiratorios. Posteriormente el RD 2070/1999²⁸², y actualmente por Real Decreto 1723/2012²⁸³, se incluye el diagnóstico de fallecimiento por criterios circulatorios y respiratorios²⁸⁴.

²⁸¹ MATESANZ, R., “Documento de consenso español sobre extracción de órganos de donantes en asistolia”. *Nefrología*, Vol. 16. Supl. 2, 1996, pp. 48-53.

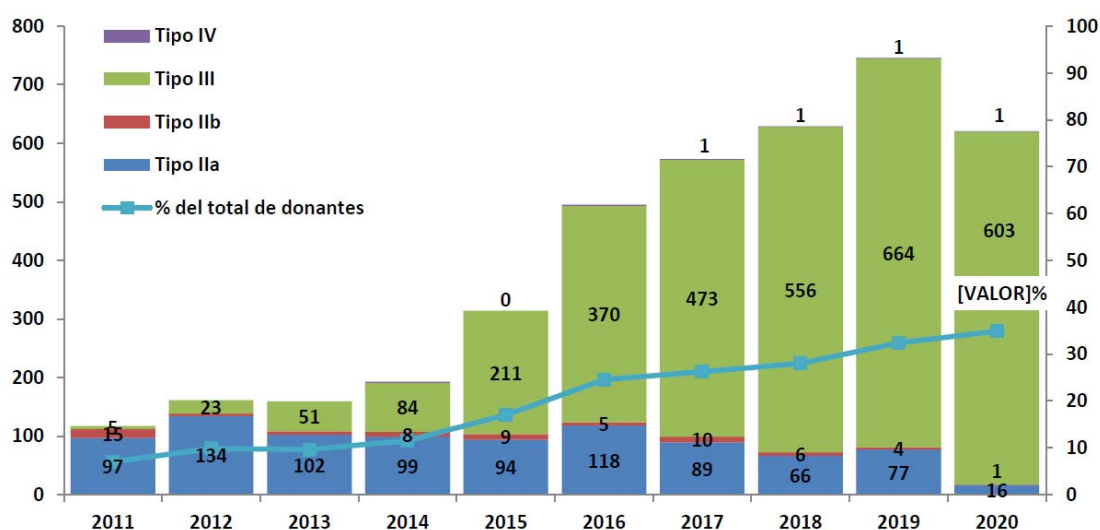
²⁸² Anexo I punto 3 Diagnóstico de muerte por parada cardiorrespiratoria. Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por la que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. BOE de 4 de enero 2000.

²⁸³ Anexo I punto 3 Diagnóstico de muerte por criterios circulatorios y respiratorios. Real Decreto 1723/2012, 28 de diciembre.

²⁸⁴ Documento de Consenso Nacional sobre donación en asistolia, (2012), p. 36 (visto 20/09/2021).

La donación en asistolia tipo III de la clasificación de Maastricht o donación en asistolia controlada hace referencia a la donación de órganos que acontece a partir de personas en las que el diagnóstico de fallecimiento se ha establecido por criterios circulatorios y respiratorios tras una limitación del tratamiento de soporte vital, decidida conjuntamente por el equipo a cargo del paciente y sus familiares por encontrarse el paciente en una situación clínica en la que cualquier terapia ulterior se considera fútil o en el contexto de un rechazo de tratamiento²⁸⁵. En la figura 14 se representa la evolución del número de asistolias en función del tipo (Maastricht) y del porcentaje de los donantes sobre el total de donantes en España en el período 2011-2020.

Figura 14



Aspectos éticos de la donación en asistolia controlada²⁸⁶:

- El manejo del potencial donante en asistolia controlada debe ser independiente de la posibilidad de donación de los órganos. La decisión sobre la limitación terapéutica de soporte vital debe ser independiente, diferenciada y previa a la decisión de donar.

²⁸⁵ Documento de Consenso Nacional sobre donación en asistolia, pp. 4 y 13 (visto 20/09/2021).

²⁸⁶ Documento de Consenso Nacional sobre donación en asistolia, (2012), pp. 27 y 28 (visto 07/12/2015).

- La limitación de la terapia de soporte vital se regirá por los principios básicos establecidos en recomendaciones de tratamiento al final de la vida del paciente crítico, desarrolladas por el Grupo de Bioética de la Sociedad Española de Medicina Intensiva, Crítica y Unidades Coronarias (SEMICYUC).
- En línea con lo anterior, la decisión sobre limitación de terapia de soporte vital se toma de manera colegiada y consensuada. Como principio general, el coordinador de trasplante no debe participar en las sesiones de decisión de limitación de la terapia de soporte vital, salvo si pertenece al personal de la unidad de críticos y le corresponde participar en tales sesiones como parte habitual de su trabajo. Tomada la decisión de limitación de la terapia de soporte vital y considerado el caso como potencial donante, el coordinador de trasplante siempre debe inhibirse de participar en la aplicación de la limitación de la terapia de soporte vital y en la certificación de la muerte.
- La discusión acerca de la limitación de la terapia de soporte vital y la administración de cuidados paliativos debe ser igual tanto para los pacientes considerados como potenciales donantes como para los que no lo son.
- Todos los pacientes a los que se aplica la limitación de la terapia de soporte vital y reúnen los criterios de donante potencial deben tener la oportunidad de donar sus órganos. El proceso de donación forma parte de la planificación de cuidados al final de la vida, incrementando la calidad de los mismos.
- La aplicación de procedimientos técnicos o farmacológicos para mejorar la viabilidad de los órganos requiere planificación e información tanto a la familia, la cual prestará un consentimiento específico por escrito, como a los miembros del equipo asistencial.
- Se debe informar de las distintas posibilidades de finalización del proceso tanto a los familiares como al resto de profesionales implicados, subrayando la posibilidad de que, en algún caso, la donación no pueda llevarse a cabo porque la parada cardiorrespiratoria no tenga lugar en el plazo de tiempo recomendable. Se continuará entonces aplicando los cuidados y las medidas de confort necesarias.
- Debe garantizarse la dignidad y el respeto por el cadáver con los valores personales, culturales y religiosos que tenía la persona en vida.

- En el caso de que el procedimiento genere conflictos morales en el personal sanitario implicado en el mismo se recomienda respetar su derecho a no participar por motivos de conciencia, siempre que el protocolo aprobado pueda llevarse a cabo por otros profesionales.

En este tipo de donación, para respetar la voluntad y autonomía del paciente, se tendrán cumplir los protocolos de donación en asistolia tipo III, los cuales establecen que cualquier paciente en situación de limitación del tratamiento de soporte vital y que reúna los criterios de donante potencial debe tener la posibilidad de donar sus órganos. No obstante, con la finalidad de preservar la dignidad del paciente habría que plantearse, desde un punto de vista ético, si una decisión aparentemente autónoma realizada por el paciente, o por terceros, y que puede oponerse al bien e interés del propio paciente, debería de ser evitada intentado, en la medida de lo posible, la restauración del bien del paciente. En cualquier caso, en este proceso tanto los profesionales sanitarios como los representantes legales del paciente deberían ser sensibles al beneficio del mismo, y cuando se apliquen las medidas invasivas no terapéuticas éstas tendrían que realizarse con el máximo confort para el potencial donante, y con el mayor respeto a su dignidad, hasta su fallecimiento. Además, también se plantea otra cuestión ética relacionada con el hecho de cuando establecer la muerte clínica²⁸⁷.

- Donación en asistolia no controlada
 - a) Fallecido fuera del hospital: víctima de una muerte súbita, traumática o no, acontecida fuera del hospital que, por razones obvias, no es resucitada.
 - b) Resucitación infructuosa: incluye pacientes que sufren una parada cardíaca y son sometidos a maniobras de reanimación que resultan no exitosas. En esta categoría encontramos, a su vez, dos apartados:
 - b.1) Extrahospitalaria: la parada cardíaca ocurre en el ámbito extrahospitalario y es atendida por el servicio de emergencias, quien traslada al paciente al hospital con maniobras de cardio-compresión y soporte ventilatorio.

²⁸⁷ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Le don en “asystolie” en Espagne: questions éthiques et juridiques”, en *Revue Générale de Droit Medical*, nº 55, (juin 2015), Édition LEH, pp. 90-92.

b.2) Intrahospitalaria: la parada cardíaca ocurre en el ámbito intrahospitalario, siendo presenciada por el personal sanitario con inicio inmediato de maniobras de reanimación.

Aspectos éticos de la donación en asistolia no controlada²⁸⁸:

- Sólo podrá considerarse una persona como donante potencial en asistolia no controlada cuando habiéndose realizado todas y cada una de las maniobras especificadas en los estándares disponibles destinadas a su recuperación, éstas sean consideradas infructuosas.
- Desde la óptica de la ética consecuencialista y su principio de utilidad, se justifica lo que dice la ley de trasplantes, es decir, que toda persona sea considerada como donante potencial por lo que se pueden iniciar maniobras de preservación de órganos sin saber cuál era la voluntad del fallecido ante la donación de órganos.
- No obstante lo anterior, siempre debe investigarse la voluntad del paciente respecto a la donación mediante la entrevista familiar. El momento adecuado lo determina la familia. Es obligatorio informar de las circunstancias de la parada cardiorrespiratoria, el pronóstico de las maniobras de resucitación y de las medidas que se adopten relacionadas con el proceso de donación.
- Debe garantizarse la dignidad y el respeto por el cadáver, preservando los valores personales, culturales y religiosos que tenía la persona en vida.

En este otro tipo de donación, tras una reanimación cardiopulmonar infructuosa, las medidas que se aplicarán al paciente no van a ir encaminadas a preservar la vida del mismo. Así, el equipo móvil de emergencias procederá al traslado del paciente al centro hospitalario donde una vez ingresado se emitirá un certificado de fallecimiento. Se argumenta en este caso que se trata un potencial donante de órganos. En este supuesto se aplicaría el consentimiento presunto, además de la posibilidad de una autorización judicial, de ahí que se puedan adoptar decisiones para la preservación de los órganos sin la expresa autorización de la familia. En cualquier caso, ha de quedar clara la muerte clínica del donante potencial, tanto en base a criterios cardiorrespiratorios como

²⁸⁸ Documento de Consenso Nacional sobre donación en asistolia, (2012), pp. 27 (visto 20/09/2021).

neurrológicos para que de este modo los profesionales sanitarios puedan actuar sin dudas éticas en el caso de trasplante²⁸⁹.

No se realiza ningún procedimiento de donación hasta que no esté certificada la defunción por el médico que lleva a cabo la reanimación y se le comuniquen por fax al Juez de Guardia. Evidentemente se trata de supuestos en los cuales el paciente fallecido no había dicho nada al respecto a través del documento de voluntades anticipadas y por tanto no hay un consentimiento expreso por su parte dejándolo todo en manos de familiares y allegados. En esta comunicación se solicita al Juez de Guardia permiso para iniciar maniobras de preservación de órganos y tejidos²⁹⁰.

Se garantizará el derecho de la familia del donante a estar informada en todo momento del procedimiento, con el máximo respeto a su voluntad y a la manifestada por el paciente antes de su muerte. Para ello, y si es necesario, se prevé la localización de la familia con la ayuda de las Fuerzas de Seguridad del Estado en el caso de que no tuvieran conocimiento de la asistencia y traslado del paciente al hospital. En este caso, la familia ha tenido poco tiempo para asumir el fallecimiento del familiar y pensar en la donación²⁹¹, por lo que la información a la familia se realizará con el máximo cuidado atendiendo a una serie de criterios generales tanto éticos como de efectividad. La base del proceso de comunicación debe ser la transparencia y la veracidad de la información, sin que esté justificada en ningún caso la ocultación de la misma.

Una de las recomendaciones a los servicios de emergencias es preguntar a la familia desde un principio si el potencial donante había realizado el documento de voluntades anticipadas en el que figure su voluntad sobre la donación, e incluso por parte de los médicos de urgencias consultar el Registro de Instrucciones Previas a su llegada al Hospital.

²⁸⁹ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Le don en “asystolie” en Espagne: questions éthiques et juridiques”, en *Revue Générale de Droit Médical*, nº 55, (juin 2015), Édition LEH, pp. 88-90.

²⁹⁰ Modelo para el Juzgado de Guardia del Hospital 12 de Octubre de Madrid, p. 31.
http://donacion.organos.ua.es/submenu5/12_octubre_protocolo_asistolia.pdf

²⁹¹ Donación en asistolia: http://donacion.organos.ua.es/submenu3/inf_sanitaria/proceso/asistolia-clinico.asp (visto 7/03/2016)

La información a los familiares de un posible donante en asistolia en el medio extrahospitalario depende de las circunstancias en que se produzca²⁹²:

- Cuando no hay familiares en el lugar de la parada cardiorrespiratoria: en base al consentimiento presunto para la donación y la posibilidad de preservar los órganos para una eventual donación, se traslada al donante potencial al centro hospitalario con programa de donación en asistolia, que puede no coincidir con el hospital de referencia del paciente. En estos casos se procederá a localizar a la familia para informarles sobre la donación.
- Hay familiares presentes en el lugar de la parada cardiorrespiratoria que reclaman información sobre el estado del paciente sin hacer referencia a la donación de órganos: en este caso la familia está angustiada y solicita información. Se le comunicará su situación, que no responde al tratamiento y sobre su traslado urgente al hospital.
- Hay familiares presentes en el lugar de la parada cardiorrespiratoria, que reclaman información sobre el estado del paciente y se solicita traslado para una posible donación: el médico se ofrece a contestar todas las preguntas mientras se procede a organizar el traslado del paciente. Si la familia rechaza el traslado el médico comunicará el fallecimiento.
- Los familiares demandan información sobre una posible donación o solicitan de forma directa la donación de órganos: se les comunica la importancia de un traslado de forma rápida, si posteriormente cambian de opinión sobre la donación de órganos se suspenderán las maniobras.

Este tipo de donaciones no está exento de crítica, pues como ya hemos mencionado después de intentar la reanimación, si esta no es exitosa, no se limitan a certificar la muerte sino que proceden a continuar el masaje cardíaco y lo trasladan al hospital, avisando al coordinador de trasplantes del posible donante. Cuando llega al hospital un médico deja de suministrarle el masaje aproximadamente durante 5 minutos para observar que no se restablece el ritmo cardíaco y declara la muerte del paciente procediendo de nuevo al masaje para mantener los órganos.

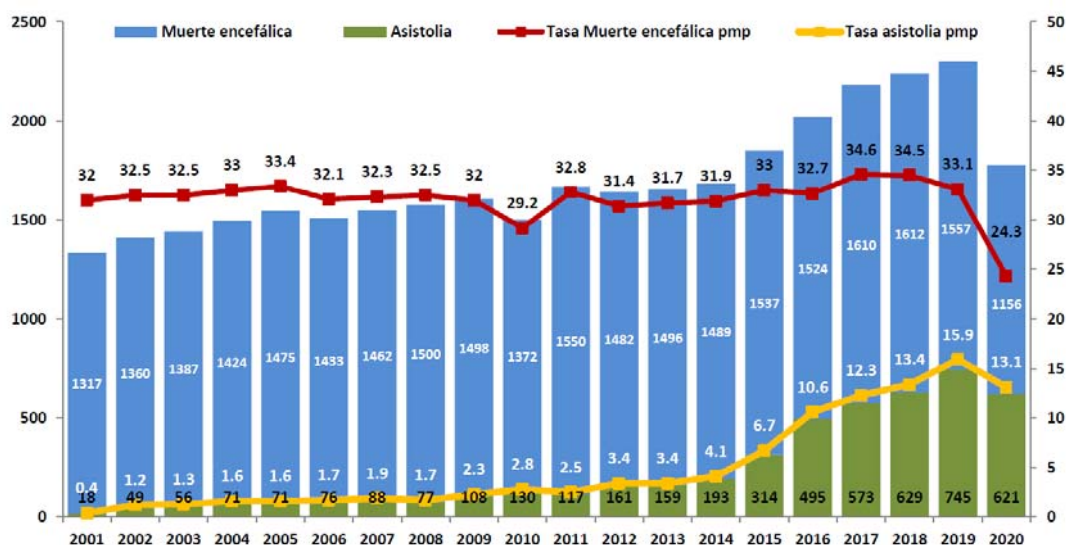
²⁹² Documento de Consenso Nacional sobre donación en asistolia, (2012), p.197 (visto 20/09/2021)

Para preservar los órganos se acude a técnicas invasivas como perfusión de los órganos a través de un líquido de enfriamiento, y todo ello se realiza sin autorización ni del paciente ni de ningún familiar. ¿Podríamos hablar entonces de futilidad en este tipo de proceder? En mi opinión sí, porque en este caso no se busca favorecer al paciente que ya no tiene opciones de beneficiarse de todas estas técnicas, a pesar de estar practicándoselas, y todo este procedimiento se realiza amparándose en el consentimiento presunto.

Se debe de investigar la voluntad del paciente respecto a la donación mediante la entrevista familiar, incluso averiguar si tiene documentos de voluntades anticipadas. Es posible que exista un documento de voluntades anticipadas donde se detalle no querer reanimaciones a no ser que existan posibilidades de supervivencia, donde se manifieste que no quiere ser donante.

Desde que se establece el contacto con el coordinador de trasplante avisando de la existencia de un posible donante, ya habría que comprobar si el paciente es otorgante o no de un documento de voluntades anticipadas. En tal caso se debe preservar su voluntad y cesar toda actuación, aún incluso antes de que llegue la propia familia. En la figura 15 se muestra el número total y la tasa anual (pmp) de donantes de órganos según el tipo de donante en España en el período 1993-2020.

Figura 15



2.5.- Donación y trasplante de células y tejidos humanos y los productos derivados de ellos

Otro de los contenidos posibles del documento de voluntades anticipadas es la donación y trasplante de células y tejidos humanos y los productos derivados de ellos²⁹³, que está regulado en el Real Decreto-ley 9/2014²⁹⁴, el cual suple al Real Decreto 1301/2006, de 10 de noviembre, anulado por la sentencia del Tribunal Supremo de 30 mayo de 2014 por falta de rango y que dejó sin regulación esta materia. Se aplica a todos los tejidos y células humanas, incluyendo las células progenitoras hematopoyéticas de sangre periférica, cordón umbilical o médula ósea, las células reproductoras, excepto en los aspectos regulados en la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, las células y tejidos fetales y las células troncales adultas y embrionarias cuando su finalidad sea el uso terapéutico o la aplicación clínica. También quedan excluidos de dicho ámbito los procedimientos de investigación con células y tejidos que no incluyan una aplicación en el cuerpo humano. Esta norma prevé, además, la posibilidad de que existan centros entre cuyas actividades figure la preservación de células y/o tejidos para un eventual uso autólogo, estableciendo las condiciones que dichos centros deben cumplir.

²⁹³ Hay una gran cantidad de tejidos que se pueden donar:

- Huesos y tendones: es el tipo de tejido que más se implanta, fundamentalmente en los recambios de prótesis, tanto de cadera como de rodilla, en los que se necesita un aporte de hueso; en ciertos casos de rotura de ligamentos cruzados de la rodilla y en ciertas ocasiones el disponer de un injerto óseo puede evitar la amputación de un miembro por cáncer.
- Válvulas cardíacas: se utilizan en ciertas enfermedades valvulares de los adultos y en niños con patologías valvulares congénitas como única opción terapéutica.
- Corneas y tejido ocular: su implante en personas que tienen ciertas enfermedades oculares o daños específicos, permite restaurar la visión y en ocasiones evitar la pérdida de un globo ocular.
- Piel: la piel actúa como barrera biológica frente a las agresiones, por lo que en aquellas personas que presentan quemaduras extensas su utilización puede salvarles la vida.
- Segmentos vasculares: hay pacientes con problemas arteriales severos en los miembros inferiores que su única opción para evitar la amputación de un miembro es poder disponer de arterias humanas.
- Membrana amniótica: la membrana amniótica que recubre la placenta puede utilizarse como cobertura en pacientes quemados o en cirugía ocular en determinadas patologías.

<http://www.aebt.org/web/info/infodnc.htm> (visitado 15/03/2016).

²⁹⁴ Real Decreto-Ley 9/2014, 4 de julio, por el que se establecen las normas de calidad y seguridad para la donación, la obtención, la evaluación, el procesamiento, la preservación, el almacenamiento y la distribución de células y tejidos humanos y se aprueban las normas de coordinación y funcionamiento para su uso en humanos. BOE 05-07-2014.

El Artículo 8.1, con el enunciado donación y obtención de tejidos y células en donantes fallecidos, establece que la obtención de tejidos y células de personas fallecidas podrá realizarse en el caso de que éstas no hubieran dejado constancia expresa de su oposición, siguiendo lo dispuesto en el artículo 11 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre: por lo tanto nos hallaríamos ante un consentimiento presunto a la donación. En el caso de que se trate de menores o personas incapaces de consentir la oposición a la donación podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal.

La donación de órganos y tejidos representa un acto de solidaridad al no tener ninguna utilidad para el fallecido, pero nos hace plantear si surge a su vez un verdadero derecho de la persona enferma a ser beneficiaria de ese trasplante, así como la obligación recíproca de posibilitar dicho trasplante que contraerían los responsables del destino de sus restos mortales mediante la donación de aquellos órganos o tejidos del difunto que ya no le pueden proporcionar ninguna utilidad. Incluso podría hablarse de una omisión del deber de socorrer solidariamente a quienes más lo necesitan hasta el punto de llegar a fallecer si no lo reciben. La donación de órganos y tejidos para trasplante se convertiría desde el punto de vista bioético en una verdadera donación de vida, por lo que tanto el donante como sus familiares, o personas legitimadas para adoptar dicha decisión solidaria, estarían desarrollando con admirable coherencia ética su compromiso en favor de la vida, su biofilia en lugar de su necrofilia²⁹⁵.

2.6.- El destino del cuerpo una vez fallecido

Uno de los contenidos del documento de voluntades anticipadas es el destino del cuerpo una vez fallecido el otorgante. En España se regula por el Decreto 2263/1974, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria en el ámbito estatal y por la Orden de 7 de junio de 1991 de la Consejería de Sanidad por la que se dictan normas sobre Policía Sanitaria Mortuoria en la Región de Murcia.

²⁹⁵ RUIZ DE LA CUESTA, A. “Donar vida: Un compromiso solidario. Aspectos éticos y jurídicos”, *Actualizaciones en trasplantes 2004*, Hospitales Universitarios Virgen del Rocío, Sevilla, 2004, p. 91.

El artículo 6 del Decreto 2263/1974 indica que el destino final de todo cadáver será:

- 1) Enterramiento en lugar autorizado
- 2) Incineración
- 3) Inmersión en alta mar

Igualmente se regulan las características que han de tener los féretros, el transporte de los cadáveres, es decir si se desea un traslado al domicilio particular del fallecido o a una funeraria.

Por otra parte, en la legislación asturiana mortuoria se habla de la inhumación en lugares especiales debidamente autorizados que cumplen las medidas higiénico-sanitarias, fuera de los cementerios comunes²⁹⁶ e incluso precisa los posibles destinos del cadáver y restos humanos²⁹⁷.

Con este contenido se trata de expresar en el documento de voluntades anticipadas si desea ser enterrado y el modo de hacerlo, o si por el contrario opta por la incineración, indicando incluso dónde desea reposar evitando así conflictos familiares. En cualquier caso se han de respetar las creencias religiosas o la ausencia de las mismas, manifestando si desea un entierro y de qué modo en función de su credo o bien, por el contrario, no desea una ceremonia religiosa evitando, de este modo, dejarlo a criterio de terceras personas que no compartan los mismos sentimientos religiosos.

²⁹⁶ Artículo 15 del Decreto 72/1998, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria en el ámbito del Principado de Asturias.

²⁹⁷ Artículo 7 Destino final de cadáveres del Decreto 72/1998, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria en el ámbito del Principado de Asturias.

Cualquier cadáver, sin perjuicio de lo que establece la normativa vigente sobre obtención de piezas anatómicas para trasplantes y utilización de cadáveres para finalidad científica, debe tener uno de los siguientes destinos finales: inhumación, incineración e inmersión en alta mar.

También deben tener uno de los destinos indicados en el apartado anterior los restos humanos procedentes de abortos, amputaciones e intervenciones quirúrgicas, sin que sea necesario ningún otro requisito sanitario más que el certificado médico oficial que acredite su causa y procedencia.

En caso de que el médico firmante del certificado médico oficial deduzca la existencia de posibles riesgos de contagio o irradiaciones, lo debe poner inmediatamente en conocimiento del Director Regional de Salud Pública, que adoptará las medidas oportunas.

La legislación de Baleares contempla, en referencia a las voluntades anticipadas, la posibilidad de señalar el tipo de enterramiento que se desea: incineración o inhumación²⁹⁸.

La legislación, en el caso de la Región de Murcia, contempla como opciones a elegir en el documento voluntades anticipadas: la inhumación, la incineración o la donación a la ciencia.

El artículo 2.b de la Ley Orgánica 7/1980 de libertad religiosa prevé que cada individuo pueda establecer el modo de recibir sepultura en función de su convicción religiosa²⁹⁹. La Iglesia Católica introdujo la Instrucción *Piam et constantem*, de 5 de julio de 1963, en la cual se aconseja encarecidamente sepultar el cadáver de los difuntos indicando que la cremación no es contraria a ninguna verdad natural, y por tanto no se niega los funerales a los que opten por la cremación aunque esto suponga una negación de los dogmas cristianos. Con la instrucción *ad resurgendum cum Christo* sobre la sepultura de los difuntos y la conservación de las cenizas³⁰⁰, se indica que la Iglesia mantiene sus preferencias sobre la sepultura sin prohibir la cremación debiendo permanecer las cenizas en lugar sagrado. Por tanto, no estaría permitida la conservación de las mismas en el hogar, salvo permisos concedidos oportunamente, ni la dispersión en el aire, en la tierra, en el agua o en cualquier otra forma, o bien la conversión en recuerdos conmemorativos, en piezas de joyería o en otros artículos. En todos estos supuestos se denegarán las exequias de acuerdo con la norma del derecho.

²⁹⁸ Artículo 2. f de la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas de las Islas Baleares.

²⁹⁹ Art. 2.b. Ley Orgánica 7/1980, 5 de julio, de libertad religiosa “Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de cultos o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.”

³⁰⁰ El Sumo Pontífice Francisco, en audiencia concedida al infrascrito Cardenal Prefecto el 18 de marzo de 2016, ha aprobado la Instrucción *ad resurgendum cum Christo*, decidida en la Sesión Ordinaria de esta Congregación el 2 de marzo de 2016. Roma Sede de la Congregación de la Fe, 15 de agosto de 2016. http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20160815_ad-resurgendum-cum-christo_sp.html.

La comunidad islámica posee su propio proceso de enterramiento cuyos fieles han de seguir³⁰¹. Sin embargo, el enterramiento puede plantear problemas a pesar de existir un acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España³⁰², pues conforme a las costumbres islámicas se requiere un enterramiento sin ataúd, lo cual contradice lo indicado en las normas de policía mortuoria donde se especifica el uso de féretro³⁰³. Este hecho no contradice la libertad religiosa pues existen limitaciones a la misma tal como la salvaguardia de la salud, lo cual está contemplado en la Ley Orgánica de Libertad Religiosa³⁰⁴. No obstante, en la Comunidad Autónoma de Andalucía existe una excepción permitiendo el enterramiento sin féretro³⁰⁵.

Toda persona mayor de edad puede donar su cuerpo a la ciencia pues el estudio anatómico se basa esencialmente en la forma y estructura normal del individuo. No obstante, existen una serie de condiciones que imposibilitan la utilización del cuerpo para su estudio, pudiendo estas excluir su aceptación:

³⁰¹ JIMÉNEZ-AYBAR, I. *La formación de la comunidad musulmana de Aragón y su estatuto jurídico*. Web Islam. http://www.webislam.com/articulos/27546-la_formacion_de_la_comunidad_musulmana_de_aragon_y_su_estatuto_juridico.html

Su cuerpo será orientado a La Meca, tras lo cual se procede a su lavado integral con agua con la finalidad de purificarlo.

Se le debe ungir con crema alcanforada en aquellas partes del cuerpo que se utilizan durante la oración.

Se cubrirá el cadáver con una tela delgada de algodón compuesta por tres piezas: la faja desde el ombligo hasta las rodillas, la camisa desde el pecho a los pies y el sudario que envuelve el cuerpo por completo...

El cuerpo se deposita, tumbado sobre su costado derecho y con el pecho y la cara en dirección a La Meca, en una fosa excavada directamente en la tierra, sin féretro alguno.

³⁰² Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

³⁰³ Artículo 9 Decreto 2263/1974. “Se prohíbe la conducción, traslado y enterramiento de cadáveres sin el correspondiente féretro de las características que para cada caso se indican en este Reglamento, salvo en el supuesto y con la autorización prevista en el artículo 14 de este Reglamento”.

³⁰⁴ Artículo 3.1 de la Ley Orgánica, de 5 de julio, de Libertad religiosa “El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”.

³⁰⁵ Artículo 21.4 Decreto 95/2001, 3 de abril, Reglamento Policía Sanitaria Mortuoria “4. En aquellos casos en que, por razones de confesionalidad, así se solicite y se autorice por el Ayuntamiento, siempre que se trate de cadáveres incluidos en el Grupo 2 del artículo 4 de este Reglamento, podrá eximirse del uso de féretro para enterramiento, aunque no para la conducción”.

- 1) Por muerte violenta, accidente o que exista una intervención judicial, necesitándose en cualquiera de estos supuestos un estudio *post-mortem* para determinar las causas de la muerte mediante autopsia.
- 2) La retirada de diferentes órganos para su trasplante, exceptuando los ojos.
- 3) Amputación de extremidades.
- 4) Cirugía extensa.
- 5) Gran obesidad o emaciación (adelgazamiento morbosos).
- 6) Haber padecido una enfermedad infectocontagiosa de alto riesgo (Hepatitis B/C, síndrome de inmunodeficiencia adquirida –VIH–, encefalopatía espongiiforme, tuberculosis, gangrena, etc., y enfermedades infecciosas de alto poder de contagio).

La donación se hará formalmente a través de un impreso firmado por el donante y dos testigos, en el que se declara la autorización para la donación del cuerpo una vez fallecido y el estudio e investigación anatómica, adjuntando todos ellos una copia del documento nacional de identidad. Esto también se podría hacer en un documento de voluntades anticipadas donde quede reflejada dicha intención. La decisión de la donación debe comunicarse tanto a los familiares como a los amigos e incluso al personal del centro sanitario, en caso de hospitalización, para que estos puedan notificar el fallecimiento con la mayor brevedad posible. Las personas que sean potenciales donantes de órganos y que además deseen donar su cuerpo para el estudio anatómico deben dejar instrucciones claras al efecto, es decir que si sus órganos son rechazados para la donación no tienen objeción para que su cuerpo sea donado a la ciencia pues la donación de órganos es incompatible con la donación del cuerpo.

Respecto a la donación del cuerpo³⁰⁶, el fallecimiento debe ser comunicado lo antes posible para que se dé la conformidad sobre su aceptación. Se expedirá un certificado de defunción por duplicado y un informe detallado de la historia clínica del fallecido. Posteriormente, una vez concluido los trámites de la donación no habrá más comunicación con los familiares del centro receptor, el cual que se hace responsable de

³⁰⁶ Donación del cuerpo para la ciencia médica. Departamento de Anatomía y Embriología Humana I. Sociedad anatómica española. Universidad Complutense de Madrid. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/morfos/donaciones/> (visitada 20/03/2016).

su preservación, cuidado y seguridad hasta ser enterrados o incinerados. Los costes derivados de la donación correrán a cargo del centro de recepción.

Muchas familias dados los elevados costes de un enterramiento han optado por donar el cuerpo a la ciencia. Qué mejor que reflejar en un documento de voluntades anticipadas nuestra intención de donarlo, o no, cuando se produzca el fallecimiento si queremos evitar decisiones por otras personas.

2.7.- Autopsias clínicas

La Ley 29/1980, de 21 de junio, reguladora de autopsias en su art. 3.2 señala “que los pacientes fallecidos que, por sí mismos o a través de su cónyuge o de sus familiares en primer grado, no hubiesen manifestado su oposición al procedimiento, pueden, cumpliendo los demás requisitos establecidos en esta Ley, ser sometidos a un estudio del cadáver y la no comercialización de las vísceras”³⁰⁷. Además, el R.D. 2230/1982, de 18 de junio, en su artículo 5.2 desarrolla este aspecto cuando dice que “se considerará que no existe oposición cuando no conste en el libro de registro del hospital³⁰⁸ y tampoco se haya manifestado por el cónyuge o familiares en primer grado del difunto, dentro de las cuatro horas siguientes al momento en que se les entregue el cuerpo o, si no se encontrasen en el hospital, se ponga a su disposición la copia del certificado médico especial a que se refiere el artículo 6.1”, donde se indica que “la realización de estudios autopsicos sólo podrá hacerse previa constancia y comprobación de la muerte. Para poder iniciar estos estudios deberá extenderse un certificado médico especial, en el que solamente se consignará el hecho de la muerte cierta y que únicamente será válido a estos efectos. Copia de dicho certificado se entregará o se pondrá a disposición del cónyuge o familiares en primer grado del difunto”. Lo anteriormente transcrito son los criterios de comprobación de muerte previstos en el R.D. 2070/1999 que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos.

³⁰⁷ Artículo 3.2 de la Ley 29/1980, de 21 de junio, de autopsias clínicas (B.O.E. 27/06/1980)

³⁰⁸ Según la DF Segunda de este R.D. El libro registro mencionado en el art. 5.2 podrá ser el mismo del art. 8 del R.D. 426/1980 de 22 de febrero. Al haber sido derogado por el R.D. 2070/1999, se estará a lo dispuesto por el artículo 10 de este último. DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2003), p. 424, nota 714.

Tal situación nos recuerda a la planteada en la Ley de donación de órganos donde, en el supuesto del artículo 5.3 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos, se convierte en potenciales donantes a fallecidos que no hayan manifestado lo contrario, lo cual no se produce de forma efectiva. Del mismo modo sucede en el caso de las autopsias clínicas, puesto que aunque no conste una oposición éstas sólo se realizarán bajo autorización previa. En cualquier caso, si el otorgante ha previsto esta negativa en el documento de voluntades anticipadas no habrá posibilidad de conflicto.

Una vez recibido por el médico anatomopatólogo el certificado médico especial, en el que solamente se consignará el hecho de la muerte cierta y que es válido a estos efectos, además de los datos clínicos establecidos, y comprobado los requisitos a que se refiere este Real Decreto, podrá realizarse la autopsia clínica cuando sea técnicamente posible y exista un interés médico en base a alguno de los siguientes supuestos:

- a) Que un estudio clínico completo no haya bastado para caracterizar suficientemente su enfermedad.
- b) Que un estudio clínico haya bastado para caracterizar la enfermedad suficientemente, pero exista un interés científico definido en conocer aspectos de la morfología o de la extensión del proceso.
- c) Que un estudio clínico incompleto haga suponer la existencia de lesiones no demostradas que pudieran tener un interés social, familiar o científico.

El médico anatomopatólogo decidirá qué técnica emplea en cada caso y emitirá los informes provisionales o definitivos de la autopsia manteniendo el protocolo de ésta a disposición del médico de cabecera, del Jefe de Servicio del que proceda el autopsiado, de la Dirección General del Centro que haya solicitado la autopsia o del Centro donde se haya practicado.

Según el artículo 3.3 Real Decreto 2070/1999, los hospitales que lo deseen y que reúnan las condiciones previstas en el epígrafe uno podrán solicitar la autorización para que los enfermos que fallezcan en los mismos puedan ser autopsiados en el caso de que los Servicios Médicos lo estimen oportuno. Tal autorización se dará por Orden

ministerial de forma individualizada, que según el art. 5.1. Real Decreto 2230/1982 es competencia del Ministerio de Sanidad y Consumo.

III.3.- Nombramiento de representante

Uno de los contenidos de los documentos de voluntades anticipadas es el nombramiento de un representante como expresamente se prevé en el artículo 11.1 de la Ley 41/2002 y en nuestra legislación autonómica por ejemplo en el artículo 50 de la Ley 3/2009. El representante actuará como interlocutor con el equipo médico siguiendo las voluntades anticipadas del otorgante, de ahí la importancia de esta figura pues velará para que se realice su cumplimiento. El representante vendría a ser como un albacea testamentario, aunque con mayor responsabilidad pues será el propio otorgante quien reciba el resultado de su actuación³⁰⁹.

Respecto a la regulación del nombramiento de representante por las Comunidades Autónomas, podemos destacar la dispar extensión de la normativa que se le dedica, como la escueta mención a su figura en la legislación gallega en su artículo 5.4 de la Ley 3/2001³¹⁰, al manifestar que la persona que otorga, los familiares o el representante harán llegar el documento que contenga las voluntades anticipadas al centro sanitario, sin hacer ninguna otra referencia del mismo. En la regulación vasca se hace referencia, en el artículo 2 Ley 7/2002, a quién no puede ser representante³¹¹ y en

³⁰⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Leyes para una muerte digna ...”, (2013), p. 66.

³¹⁰ Artículo 5.4 Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes:

“Cuando existan voluntades anticipadas, la persona que las otorga, sus familiares o su representante harán llegar el documento que las contenga al centro sanitario donde la persona esté hospitalizada. Este documento de voluntades anticipadas será incorporado a la historia clínica del paciente.”

³¹¹ Artículo 2.3 Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad. “Asimismo podrá designar uno o varios representantes para que sean los interlocutores válidos del médico o del equipo sanitario y facultarles para interpretar sus valores e instrucciones.

a) Cualquier persona mayor de edad y que no haya sido incapacitada legalmente para ello puede ser representante, con la salvedad de las siguientes personas:

- El notario.
- El funcionario o empleado público encargado del Registro Vasco de Voluntades Anticipadas.
- Los testigos ante los que se formalice el documento.
- El personal sanitario que debe aplicar las voluntades anticipadas.
- El personal de las instituciones que financien la atención sanitaria de la persona otorgante.

b) El nombramiento de representante que haya recaído en favor del cónyuge o pareja de hecho de la persona otorgante se extingue a partir, bien de la interposición de la demanda de nulidad, separación matrimonial o divorcio, bien de la extinción formalizada de la pareja de hecho o unión libre. Para el mantenimiento de la designación será necesario, en caso de nulidad, separación matrimonial o divorcio,

la Región de Murcia, en el artículo 3 del Decreto 80/2005, menciona a esta figura pero sin abordar puntos importantes como la aceptación, la incompatibilidad o la representación compuesta por varios individuos³¹², como sí se ha efectuado en otras legislaciones autonómicas.

En el documento de voluntades anticipadas el representante asume la facultad de actuar y decidir en interés y por cuenta de otra persona; no se trataría de un nuncio ya que se corresponde más bien con una figura activa y no meramente instrumental. No habrá, por tanto, representación si el agente se limita a trasladar a un tercero una voluntad manifestada por el *dominus*; en ese caso nos encontraríamos más bien con un simple mensajero o *nuntius*³¹³.

El apoderamiento preventivo o mandato de protección que contempla el artículo 1732 del Código Civil consiste en delegar facultades ante la previsión de una pérdida de la capacidad de forma acreditada y se realizará mediante documento público ante notario. Se considerará al mandato de protección como un contrato³¹⁴, y no como una institución tutelar, cuya vinculación proviene de dicho contrato y de sus declaraciones de voluntad y no de posibles imposiciones judiciales. Como sucede con el documento de voluntades anticipadas, este podría versar sobre temas médicos para autorizar o no determinadas conductas o tratamientos. De este modo se favorecería que los menores emancipados puedan manifestar sus preferencias en un documento. En la reforma de la

que conste expresamente en la resolución judicial dictada al efecto. En el supuesto de extinción formalizada de la pareja de hecho o unión libre, será necesaria la manifestación expresa en un nuevo documento.”

³¹² Artículo 3 Real Decreto 80/2005, 8 de julio, por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas y su registro.

“1. De acuerdo con el artículo 11.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en el documento de instrucciones previas el otorgante podrá designar a un representante, que será el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario para que, caso de no poder expresar por sí mismo su voluntad, le sustituya, y que estará facultado para interpretar los valores e instrucciones que consten en el documento de instrucciones previas. Puede ser designado representante cualquier persona mayor de edad, que no haya sido incapacitada legalmente para ello.

2. El representante interpretará los valores y directrices que consten en el documento de instrucciones previas, de forma adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre a favor del otorgante y con respeto a su dignidad como persona.”

³¹³ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. “En torno al concepto jurídico de “representación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº. 8, 2004, Madrid, p. 315.

³¹⁴ ARROYO I AMAYUELAS, E. “Del mandato ordinario al mandato “de protección”, *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I, Universidad de Murcia, 2004, pp. 385-386.

Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se modifica la legislación civil y procesal, se dota de mayor resolución a estos mandatos preventivos, en los artículos 256 y siguientes del Código Civil, como apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica.

A diferencia de lo que ocurre con los representantes legales en el caso de menores, el apoderamiento consiste en una representación voluntaria, directa y libremente designada por el otorgante en el documento, el cual le legitima de entre todas las personas que conoce para actuar en su nombre cuando él mismo no pueda hacerlo en momentos de especial situación personal según las instrucciones dadas y valores conocidos y que es conveniente se recojan en el propio documento³¹⁵.

Igualmente, el artículo 271 del Código Civil prevé que cualquier persona mayor de edad o menor emancipada podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Estableciendo de este modo disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona. Esta propuesta de nombramiento vinculará a la autoridad judicial al constituir la curatela.

Con la reforma de la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se impone un cambio en el sistema del ordenamiento jurídico, por el que predomina el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. El documento de voluntades anticipadas se redacta cuando el otorgante tiene intactas sus capacidades y por tanto sólo se tendrá en cuenta lo manifestado cuando ya no pueda expresarse por sí mismo, habiendo declarado su voluntad para ese momento. Hemos de suponer que con esta nueva perspectiva se podrá permitir a personas con discapacidad la posibilidad de

³¹⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas”, en *La tutela de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España*, Editum, Murcia, 2013, p. 227.

realizar el documento de voluntad anticipada estableciendo en dicho documento las medidas a realizar.

El representante del documento de voluntades anticipadas es una figura *ex novo* cuya denominación más acertada es la de representante sanitario³¹⁶, el cual actuará dentro de las pautas fijadas por el otorgante realizando labores de interlocutor ante el equipo médico para poder consentir o no un tratamiento. En el caso de que la situación no esté prevista en el documento el representante deberá proceder según las directrices expresadas actuando, de ese modo, como intérprete de la voluntad del otorgante, aunque sin decidir arbitrariamente salvo que exista una autorización expresa en este sentido³¹⁷. El representante tomará decisiones teniendo en cuenta la jerarquía de valores que el paciente expresó en el documento o bien de acuerdo a los valores del otorgante ya conocidos por el representante, motivo por el cual fue elegido por el mismo³¹⁸. Cuando sea necesario se aplicarán las normas que regulan al albacea y el mandato por analogía con aquello con lo que guarde similitud.

Hay que resaltar la importante labor que desarrolla el representante en su triple función como interlocutor, intérprete y garante de la voluntad del otorgante³¹⁹. Cuando nos referimos a las funciones del representante hemos de resaltar los términos sustituir e interpretar pues se produce tanto una interpretación cumpliendo lo mencionado en el documento y como una sustitución efectiva del paciente para todo aquello que no se mencione expresamente por el otorgante.

3.1.- Funciones del representante

Siguiendo la exposición doctrinal las funciones del representante sanitario serían³²⁰:

³¹⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Leyes para una muerte digna...” (2013), p. 66.

³¹⁷ BERROCAL LANZAROT, A.I., (2005), p. 32.

³¹⁸ FRANCINO BATLLE, F.X. (2002), pp. 222-223; LÓPEZ SÁNCHEZ, C., (2003), pp. 224.

³¹⁹ SEOANE, J.A., “Derecho y planificación anticipada de la atención panorama jurídico de las instrucciones previas en España”, *Derecho y Salud*, Vol. 14, nº 2, 2006, p. 289.

³²⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “Estatuto jurídico...”, (2013), pp. 224-228.

1) Velar por el cumplimiento de la voluntad del paciente contenida en el documento de instrucciones previas

El representante deberá poner en conocimiento del equipo médico que esté tratando al paciente la existencia del documento de voluntades anticipadas pues puede ocurrir que el documento no esté inscrito en los registros autonómicos o de ámbito nacional de instrucciones previas. Afortunadamente la Ley 41/2002, como ya se ha expuesto con anterioridad, planteó la creación de un Registro de Instrucciones Previas de ámbito nacional, lo que proporciona mayor eficacia al documento. El Registro Nacional fue creado por Real Decreto 124/2007³²¹, de 2 de febrero y se encuentra conectado a los registros autonómicos, lo que permite a los profesionales sanitarios consultar si un paciente de cualquier Comunidad tiene otorgadas voluntades anticipadas, así como su contenido. Además, sería conveniente una constancia de este documento en la historia clínica del paciente, pero si llegado el caso el equipo médico no está al corriente de la existencia de este documento el representante debería intervenir. El médico debe asegurarse de que este documento es el último que está en vigor, de ahí la ventaja que tiene el inscribirlo en el registro de instrucciones previas. Así lo prevé expresamente el artículo 50.6 de la Ley 3/2009 “Cuando se preste atención sanitaria a una persona que se encuentre en una situación que le impida tomar decisiones por sí misma, los profesionales sanitarios responsables del proceso consultarán si existe en el registro constancia del otorgamiento de instrucción previa y, en caso positivo, recabarán la misma y actuarán conforme a lo previsto en ella”.

2) Ayudar a la correcta interpretación del documento

Al aplicar el documento de voluntades previas es posible que no se conozcan los valores vitales del paciente que explican los tratamientos solicitados o rechazados, bien porque no los expresó en el documento, o bien porque se desconocieran los términos médicos cuando manifestó su voluntad. En ambos casos será necesario acudir al representante para que “interprete” esta declaración de voluntad y ayudar a su aplicación, aclarando, de este modo, el contenido de lo manifestado por el otorgante

³²¹ Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. BOE núm. 40, de 15 de febrero de 2007, pp. 6591 a 6593.

según los valores del mismo, conocidos por el representante. De hecho, se acudiría al representante antes que a los comités de ética asistencial, los cuales intervendrán cuando un deseo expresado por el paciente sea contrario a la buena práctica clínica a criterio del médico.

La doctrina advirtió pronto el problema cuando hay que interpretar lo dicho por el otorgante porque la normativa que regula esta materia lejos de aligerar la responsabilidad ética del médico la acrecienta pues le corresponde a éste interpretar con sensibilidad y respeto la vigencia, en cada circunstancia precisa, de los deseos e instrucciones expresados por el otorgante³²². A esta dificultad se puede añadir que el paciente no pueda prever con acierto cuáles serán sus circunstancias sanitarias o bien que se trate de personas completamente desconocedoras de los medios y procedimientos existentes para tratar su enfermedad e incluso simplemente se pueda tomar en consideración el posible cambio en la voluntad de una persona a medida que evoluciona su enfermedad, de ahí la importancia de la función interpretativa del representante.

3) Tomar decisiones concernientes a la salud del paciente que no se encuentran recogidas en el propio documento

A veces, no todo está previsto en el documento o la situación no es exactamente la contemplada; es entonces cuando el representante sanitario debe reconducir la voluntad manifestada por el otorgante dentro de los parámetros del documento sin establecer una voluntad distinta, aclarando de este modo la voluntad establecida. Algunos autores se mostraban contrarios a que el representante tomase decisiones más allá de lo manifestado en el documento³²³ puesto que la voluntad expresada por el otorgante es personalísima y ésta no debe ser suplida en ningún caso, limitándose el representante a cumplir las instrucciones dadas en el documento de voluntades anticipadas³²⁴. Por tanto, el representante no debe asumir la facultad de decisión sobre

³²²HERRANZ, G. “La ley 21/2000 de Cataluña y la deontología colegial”, *Diario Médico*, de 1 de febrero de 2001, pp. 1-2.

³²³ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2007), p. 431; TUR FAUNDEZ, M.N., (2004), p. 4874.

³²⁴ ALONSO OLEA, M. y FANEGO DEL CASTILLO, F., *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Civitas, 2003, p. 55.

derechos personalísimos³²⁵ sino más bien vigilar que se respeten los derechos del otorgante, verificando así que estos derechos expresados por su titular sean cumplidos³²⁶.

El artículo 259 del Código Civil establece que, sobrevenida la situación de necesidad de apoyo en todo aquello no previsto en el poder que se le haya otorgado a una persona con discapacidad, la persona que presta la asistencia quedará sujeta a las reglas aplicables a la curatela salvo que el poderdante haya determinado otra cosa. El curador, cuando ejerce las funciones de representación de la persona a la que se presta apoyo, precisará de autorización judicial en el caso de actos que no pueda realizar el interesado por sí mismo y éstos fueran de trascendencia personal, todo ello a salvo lo dispuesto legalmente en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales.

Las situaciones no previstas por el otorgante, que hayan de prestarse por el representante, se pondrán en conocimiento del Ministerio Fiscal o la autoridad judicial para que se adopten las medidas oportunas, lo que retrasará la resolución de las mismas a pesar de estas requieren de una pronta respuesta. Por ello, sería interesante que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, contemplara las opciones disponibles en el caso de que el otorgante no hubiera previsto algún aspecto concreto en el documento, que deba cumplir el representante.

Al recurrir a la autoridad judicial ésta instaurará medidas de apoyo y salvaguardas que garantizarán los derechos del paciente, probablemente a través de una ampliación del poder de representación del interlocutor existente en aquellos aspectos sanitarios no previstos en el documento. Se trata, por tanto, de que la provisión de apoyo judicial se supedite estrictamente a las situaciones en las que exista una carencia de medidas previstas por el interesado y, como se dispone en el artículo 269 del Código Civil, que las medidas adoptadas por la autoridad judicial sean proporcionadas a las

³²⁵ SÁNCHEZ CARO, J. "La autonomía del paciente en España (2002-2016): evolución y límites", *ponencia acto inaugural del Máster en Bioderecho: Derecho, Ética y Ciencia (BIODEC-CEBES)*, Universidad de Murcia, 7 de noviembre de 2016.

³²⁶ MOREO ARIZA, J., "Regulación del documento de voluntades anticipadas en el ordenamiento jurídico español", *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 63, N° 2093, 2009, págs. 2274.

necesidades del paciente de acuerdo a la voluntad, deseos y preferencias manifestadas en el documento.

El juez actuará bajo el principio de intervención mínima y de respeto al máximo de la autonomía de la persona con discapacidad. La ley presenta como regla general que el contenido de la curatela consista en las medidas de asistencia que fueran necesarias en ese caso, según el artículo 269 en el párrafo segundo del Código Civil. Si la discapacidad afectase directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, sin posibilidad de autogobierno ni manifestación de la voluntad, en estos casos resulta precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador. Sólo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad³²⁷.

Tal y como se advierte en el caso de Eluana Englaro³²⁸, su padre y tutor Beppino Englaro acudió a *Cassazione* para solicitar que se declarase el principio de prohibición del encarnizamiento terapéutico realizado mediante alimentación e hidratación a través de una sonda nasogástrica, y que el tribunal se pronunciase sobre la posibilidad de retirar el tratamiento tal y como se solicitaba por el tutor, conforme a la voluntad de Eluana. La Sentencia 21748/2007³²⁹, fundamento jurídico 7.3, estableció los límites de la intervención del representante legal debido al carácter personalísimo que los derechos a la salud suponen: a) actuar en el interés exclusivo del incapacitado, b) el representante no debe decidir en lugar de (*al posto*) ni para (*per*) el incapacitado sino que se debe reconstruir la voluntad presunta del paciente teniendo en cuenta los

³²⁷ STS 3276/2021, de 08/09/2021, Sala Civil (F.D. IV.2).

³²⁸ Eluana Englaro, fue una mujer italiana que estuvo en estado vegetativo debido a un accidente de tráfico desde el 18 de enero de 1992 hasta la fecha de su muerte. Ante la situación irreversible de la hija, su padre apoyó 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". Sin embargo, el caso generó gran controversia en el marco del habitual debate en torno a la eutanasia hasta llegar al ámbito político y judicial.

³²⁹ *Sentenza 21748/2007 Corte Suprema de Cassazione* 4 de octubre de 2007, pp. 44-46 http://www.edscuola.it/archivio/norme/varie/sencorcas21748_07.pdf.

deseos expresados, o deducirlos de su personalidad, valores, convicciones y el estilo de vida³³⁰.

Pero igualmente hay otros argumentos “contundentes” para apoyar lo contrario. La función del representante no sólo se limita a lo dispuesto en el propio artículo 11 de la Ley 41/2002 sino que hay que relacionarlo con lo que establece el art. 9.3.a) el cual permite que el representante preste el consentimiento por sustitución por delante de los familiares o allegados, al ser la persona designada por el otorgante para tomar las decisiones³³¹. La voluntad otorgada en el documento de voluntades anticipadas es personalísima y ésta no puede ser sustituida pero sí completada a través de los valores e ideas que el titular ha contemplado. A veces no todo está previsto o la situación no es exactamente la contemplada, es entonces cuando el representante sanitario deberá reconducir la voluntad manifestada dentro de los parámetros del documento sin establecer una voluntad distinta, aclarando de este modo la voluntad establecida.

En este sentido, en las recomendaciones nacionales sobre donación en asistolia controlada en pacientes con enfermedades neurodegenerativas de diciembre de 2021 de la Organización Nacional de Trasplantes, cuando se menciona la figura del representante se indica: “para la toma de decisiones en las situaciones clínicas no contempladas explícitamente en las voluntades anticipadas, a fin de presumir la voluntad que tendría la persona si estuviera en ese momento en situación de capacidad, quien le represente tendrá en cuenta los valores u opciones vitales recogidas en dichas instrucciones”³³².

3.2.- Designación de representante

Normalmente se suele designar a un familiar o persona del entorno del otorgante como representante, pues éste sería un buen conocedor de las decisiones que el futuro

³³⁰ CAMPIONE, R., (2013), p. 304.

³³¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “Estatuto jurídico”, (2013), p. 165.

³³² Recomendaciones nacionales sobre donación en asistolia controlada en pacientes con enfermedades neurodegenerativas:
http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/REC.%20NAC.%20DAC%20PACIENTES%20ENFERMEDADES%20NEURODEGENERATIVAS_dic2021.pdf, p. 70.

paciente hubiera tomado en su momento. En un principio puede parecer lo más conveniente, aunque también puede presentar una dificultad debida a la gran emotividad a la hora de tomar decisiones que frene su objetividad, puesto que llegado el momento éstas resultarán difíciles predominando probablemente los sentimientos sobre la razón, lo que expondría al paciente a tratamientos que pueden conllevar un sufrimiento o encarnizamiento terapéutico. En este sentido, encontramos la referencia expresa a una posible culpa de los familiares o allegados a tomar una decisión en el párrafo que se añade en el documento de voluntades anticipadas facilitado por la Conferencia Episcopal: “faculto a esta persona, como representante, para que en este supuesto pueda tomar en mi nombre las decisiones pertinentes. Para atenuaros cualquier posible sentimiento de culpa”.

La representación es una tarea difícil pues se ha de prescindir del propio criterio, de la propia convicción o del pensamiento que se tenga a título personal y, además, hay que ponerse en el lugar del otorgante para cumplir la voluntad manifestada por él aunque a veces no sea similar a la del propio representante ni comparta la misma visión de la situación. A pesar de ello el representante deberá seguir los criterios del otorgante.

El representante será designado por el otorgante antes de su situación de discapacidad, como se dispone actualmente en los artículos 256³³³ y siguientes y en los artículos 271³³⁴ y siguientes del Código Civil. En algunos casos, es posible que la persona designada no sea un miembro de la familia, lo que puede producir grandes controversias acerca de los diferentes puntos de vista entre la familia y el representante designado por el otorgante, situación que podría terminar por resolverse ante los tribunales, en cuyo caso está previsto que el representante designado pueda promover un proceso para la adopción judicial de medidas de apoyo de la persona con discapacidad³³⁵.

³³³ Artículo 256 Código Civil, el poderdante podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad.

³³⁴ Artículo 271 Código Civil Cualquier persona mayor de edad o menor emancipada, en previsión de la concurrencia de circunstancias que puedan dificultarle el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás, podrá proponer en escritura pública el nombramiento o la exclusión de una o varias personas determinadas para el ejercicio de la función de curador.

³³⁵ Artículo 757 Ley 1/2000, de 7 de enero, de de Enjuiciamiento Civil sobre la legitimación en los procesos de incapacitación y de declaración de prodigalidad.

Como medida de protección de la persona con discapacidad también existe, como en el caso de los menores, la figura del defensor judicial para el supuesto de producirse un conflicto de intereses con la persona que presta su apoyo, o bien cuando la autoridad judicial lo considere oportuno³³⁶.

Es posible que el juez designe a un tutor o ahora curador con funciones representativas diferentes al representante que aparece en el documento de voluntades anticipadas. En esta situación podría darse la circunstancia de que surja una confrontación entre el representante sanitario y el tutor o curador a la hora de aplicar sus competencias. No obstante, el carácter especial que tiene encomendado el representante en el documento de voluntades anticipadas no supondría ningún inconveniente ante una virtual coexistencia³³⁷, pues el cargo de representante se designa en el ámbito sanitario, el cual es ajeno a cualquier asunto patrimonial. Por lo que es conveniente informar al juez de que ya existe un representante en el documento de voluntades anticipadas antes de que sea designado el curador, de este modo podrá separar ambas figuras y cada una de ellas podrá actuar en su parcela evitando enfrentamientos de cara a la legitimidad y validez de sus actos jurídicos.

El Colegio de Médicos de Barcelona³³⁸ recomendó a responsables de clínicas y hospitales catalanes un modelo de testamento vital donde figura el médico de familia como representante, aunque quien tiene la última palabra en la designación es indudablemente el otorgante, el cual finalmente se decantará por nombrar a alguien de su entorno más cercano. Esto sería razonable pues en última instancia se trata de la persona que mejor puede conocer los intereses del enfermo.

El representante designado deberá ser mayor de edad según lo previsto en el Decreto 80/2005 de la Región de Murcia entre otras normas autonómicas, aunque no han faltado voces partidarias de que también los menores de edad emancipados³³⁹

³³⁶ Artículos 295 y siguientes del Código Civil.

³³⁷ PARRA LUCAN, M.A., (2006), p. 84.

³³⁸ TUR FAUNDEZ, M.N., (2004), p. 4875.

puedan actuar como representantes conforme al artículo 1716 del Código Civil³⁴⁰. Por otro lado, el artículo 5.2 del Decreto 159/2014³⁴¹, de la Comunidad Autónoma de Galicia, contempla la posibilidad de nombrar representante a una persona menor de edad con la condición de cumplir la mayoría de edad en el momento aplicar las voluntades anticipadas.

La Ley estatal no impone ninguna restricción ni establece criterio alguno acerca de la figura del representante. Sin embargo, la Ley del País Vasco sí regula qué persona no podrá ser representante conforme a una serie de incompatibilidades³⁴²:

- El notario que autorice el documento de voluntades anticipadas.
- El funcionario o empleado público encargado del Registro de Voluntades anticipadas
- Los testigos ante los que se formaliza el documento
- El personal sanitario que debe aplicar las voluntades anticipadas
- El personal de las instituciones que financian la atención sanitaria de la persona otorgante

Con estas prohibiciones o incompatibilidades se pretende evitar un conflicto de intereses entre el paciente y las personas que se relacionan pues el nombramiento de

³³⁹ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., (2003), p. 129.

³⁴⁰ Artículo 1716 Código Civil

El menor emancipado puede ser mandatario, pero el mandante sólo tendrá acción contra él en conformidad a lo dispuesto respecto a las obligaciones de los menores

³⁴¹ Artículo 5.2 Decreto 159/2014, 11 de diciembre, por el que se establece la organización y funcionamiento del Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud.

2. La persona otorgante puede designar una persona representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor con el/la médico/a para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas que figuran en el documento.

El documento que contenga la sola designación de una persona representante, si no va acompañada de instrucciones previas, no será objeto de inscripción.

No cabe efectuar designaciones genéricas de personas en virtud de su cargo o del desarrollo de funciones asistenciales en el ámbito sanitario.

En caso de que la persona designada cómo representante sea menor de edad, su eficacia queda condicionada a que una vez llegada la situación en la cual deban ser aplicadas las instrucciones previas, dicho representante sea mayor de edad y posea plena capacidad de obrar.

³⁴² GALLEGO RIESTRA, S., (2009), p. 174.

cualquiera de ellos estaría bajo la sospecha de intentar captar la voluntad del otorgante en su nombramiento³⁴³ o de no actuar en defensa del interés del paciente sino de su institución.

En la Ley 41/2002 o en las disposiciones murcianas Ley 3/2009 y R.D. 80/2005 no se establece mención alguna sobre la posibilidad de tener varios representantes, como ocurre en otras normas autonómicas como en el artículo 10 de la Ley 3/2005 de Madrid, en los artículos 3.3 y 5 de la Ley 1/2006 de las Islas Baleares o en el artículo 5.1.D de la Ley 9/2005 de la Rioja, en el cual se permite designar uno o varios representantes en el orden o la forma que su otorgante estime conveniente. En caso de nombrar como representante a más de una persona la norma requiere que se especifique si van a actuar de forma simultánea, mancomunada o solidaria, o bien si lo harán sucesivamente en caso de incapacidad o fallecimiento.

Nos encontramos, por tanto, con la posibilidad de designar a varios representantes que actuarán de forma simultánea por mayoría o por unanimidad, o bien de forma alternativa o subsidiaria. En este caso, el primero en ser designado será el titular, mientras que el resto de los sustitutos que figuren en el documento estarán de forma supletoria para el caso de que los primeros no acepten o no puedan hacerlo.

Si el otorgante no ha señalado la forma o el orden en que se ha de actuar se concebirá primero una designación sucesiva, no simultánea, siguiendo el orden por el que han sido designados. En el caso de que se hubiese previsto un nombramiento para que todos puedan intervenir es preferible que la actuación sea individual (solidaria) y no mancomunada ya que ésta supone una actuación simultánea y conjunta con las dificultades que esto supone³⁴⁴. Es decir, cuando el otorgante no designe de forma expresa de entre los distintos representantes quién actuará como interlocutor ante los profesionales sanitarios, o bien, si van a actuar todos de forma conjunta, el nombramiento será sucesivo en función del orden establecido en él³⁴⁵. alguna opinión

³⁴³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El derecho a otorgar documentos...”, (2013), p. 212.

³⁴⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El derecho a otorgar documentos...”, (2013), p. 213.

³⁴⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Autonomía del paciente y representante sanitario”, en *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid 2017, pp. 371-384.

considera, sin embargo, que el llamamiento debería de ser simultáneo o conjunto, siendo la mancomunidad la forma organizativa de esta pluralidad de representantes y bastando el acuerdo de la mayoría³⁴⁶.

El número idóneo de representantes serían dos o más, de este modo en caso de que uno de ellos no pudiera acudir cuando fuese preciso podría cubrirlo el otro. Además, la forma de actuación más conveniente sería sin duda la sucesiva pues el segundo actuaría únicamente si el primero no pudiese hacerlo³⁴⁷.

Se ha dicho que no está vetada la posibilidad de que el representante pueda ser una persona jurídica, puesto que no se indica nada al respecto en la regulación del documento de voluntades anticipadas. Nada lo impediría al no existir ninguna prohibición expresa. Es difícil pensar en la posibilidad de que una representación por una persona jurídica estuviese en la mente del legislador en el momento de la regulación de las voluntades anticipadas, no sólo por existir una dudosa cercanía entre el otorgante y esta persona jurídica, sino también porque en las ocasiones en las que se han dictado normas para regular esta figura se alude a que sea mayor de edad y con plena capacidad de obrar, así como a las posibles incompatibilidades en las que no podrá incurrir para ser representante. Pero, dada la amplitud de posibilidades que ofrece el documento no se puede descartar que la representación sea a través de una residencia o compañía de seguros.

En cuanto a la aceptación del representante, una vez más la legislación básica no dice nada al respecto aunque podemos encontrar algunas normas autonómicas en las cuales aparece la aceptación como exigencia, como ocurre en el art. 5.2 de la Ley 5/2003 de Andalucía³⁴⁸, art. 5.1 de la Ley 9/2005 de La Rioja³⁴⁹, art. 4.2 de la Ley

³⁴⁶ BERROCAL LANZAROT, A. I., (2009), p. 209.

³⁴⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., "Estatuto Jurídico...", (2013), pp. 232-233.

³⁴⁸ Artículo 5.2 de la Ley 5/2003 de Andalucía "En el supuesto previsto en el artículo 3, apartado 2, se requiere que el representante esté plenamente identificado y que, además, haya expresado su aceptación a serlo. En todo caso, esta persona deberá ser mayor de edad y tener plena capacidad".

³⁴⁹ Artículo 5.1. de la Ley 9/2005 de La Rioja "El documento de instrucciones previas podrá contener las siguientes previsiones: D) La designación de uno o varios representantes, con facultades para tomar decisiones en lugar del otorgante, actuar de interlocutor con el médico o equipo sanitario e interpretar el

6/2005 de Castilla-Mancha³⁵⁰, art. 3.3 de la Ley 1/2006 de las Islas Baleares³⁵¹ y en el art. 4.1.c del Decreto 13/2006 de Canarias³⁵². Una aceptación por parte del representante lo convertiría en verdadero “mandatario”³⁵³, lo que supondría una garantía al tener la seguridad de que éste va a cumplir con sus funciones al disponer de los conocimientos precisos para solventar las decisiones que puedan surgir, derivando en una responsabilidad por incumplimiento si no realiza lo aceptado³⁵⁴.

3.3.- *Revocación del nombramiento*

La revocación del nombramiento puede ser por escrito y en cualquier momento pues se trata de una muestra de la voluntad del otorgante, la cual es cambiante en función de sus necesidades, convicciones e información recibida. De la revocación, la Ley 41/2002 se limita a decir que ésta debe ser por escrito y delega en las Comunidades Autónomas su regulación para decidir si deja sin efecto esa representación o por el contrario nombra a otro representante que venga a sustituir al anterior.

documento, todo ello dentro de los límites contenidos en el propio documento. Los representantes deberán estar debidamente identificados, ser mayores de 18 años, no estar incapacitados y aceptar la designación. Dentro de los límites señalados en el párrafo anterior, la actuación del representante estará orientada a hacer valer lo que el otorgante hubiera preferido en el caso de que pudiera decidir. De no conocer la que hubiera sido su voluntad, la actuación del representante estará orientada a hacer valer todo cuanto contribuya a los mejores intereses del otorgante. En el caso de designar varios representantes, se deberá indicar si éstos actuarán de forma sucesiva o simultánea; y en este último caso, si lo harán mancomunada o solidariamente. No podrán actuar como representantes el notario autorizante del documento, los testigos ante quienes se hubiera formalizado, el funcionario encargado del Registro de Instrucciones Previas de La Rioja, ni los profesionales que hayan de aplicar las instrucciones previas.”.

³⁵⁰ Artículo 4.2 de la Ley 6/2005 de Castilla-Mancha “La declaración de voluntades anticipadas podrá contener también la designación de un representante para que, llegado el caso, actúe como su interlocutor con el médico o equipo sanitario para que se cumplan las instrucciones contenidas en la declaración de voluntades anticipadas, debiendo constar por escrito su aceptación”.

³⁵¹ Artículo 3.3 de la Ley de la Ley 1/2006 de las Islas Baleares “Si el otorgante designa a uno o a más representantes, deberán constar, asimismo, en el documento el nombre, los apellidos, el número del DNI o de un documento de identidad equivalente y la firma de la persona o de las personas designadas, con la aceptación expresa de serlo. Al igual que los testimonios, el representante o los representantes designados deberán ser mayores de edad y con plena capacidad de obrar”.

³⁵² Artículo 4.1.c) del Decreto 13/2006 de Canarias “La designación de uno o varios representantes que actuarán como interlocutores de las instrucciones y valores manifestados ante el médico o el equipo sanitario. Se incorporará a la documentación la aceptación del representante para serlo”.

³⁵³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Estatuto Jurídico...”, (2013), pp. 238-239

³⁵⁴ Artículo 299 del Código Civil.

Junto a esta revocación expresa existe otra *ex lege* como es el caso del cónyuge o pareja de hecho cuya relación se ha extinguido por demanda de nulidad, separación, divorcio o fin de la relación de hecho, tal y como se recoge en el artículo 102 del Código Civil. De este modo, si una vez disuelto el vínculo matrimonial o de pareja de hecho el otorgante decide que el cónyuge o pareja siga siendo su representante, éste deberá comunicárselo al Juez para que así lo haga constar en la resolución. De no ser así, se daría por finalizada la representación. En el caso de las parejas de hecho se debería refrendar a la ya ex pareja si se desea su continuidad o si, por el contrario, lo que se pretende es su revocación se debería proceder a una modificación en el documento de voluntades anticipadas al suponer esto último una pérdida de confianza en el representante. Esta situación se podría encuadrar en el supuesto del art. 11.3 de la Ley 41/2002 y por tanto no serán aplicadas las voluntades anticipadas que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarla³⁵⁵. Por tanto, aunque no hubiera una revocación expresa, el representante no podría actuar en virtud de este límite del artículo 11.3 de la Ley 41/2002.

En el caso de que en el documento de voluntades anticipadas no se nombre representante el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho, no indicándose en la Ley 41/2002 ninguna prevalencia si concurrieran varios familiares entre sí o familiares y pareja de hecho. El legislador estatal debería haber previsto quién tendrá preferencia entre ellos y así de este modo evitar situaciones indeseables por parte de los facultativos con los familiares en desacuerdo³⁵⁶. Afortunadamente ciertas normas de las Comunidades Autónomas han regulado esta situación como es el caso de la ley 3/2009 de la Región de Murcia en su artículo 46.2 que señala “tendrá preferencia el cónyuge no separado legalmente o con quien mantenga una unión de hecho acreditada y en su defecto el pariente de grado más próximo y dentro del mismo grado el de mayor edad. No obstante, si el paciente hubiera

³⁵⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Estatuto jurídico...”, (2013), pp. 234-235.

³⁵⁶ GONZÁLEZ MORÁN, L. “La figura y función del representante sanitario en la legislación sobre instrucciones previas (Ley 41/2002 y legislación autonómica”, en *Avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, Madrid, 2008, p. 643.

designado previamente una persona para llegado el caso emitir el consentimiento informado le corresponderá a éste dicha preferencia³⁵⁷.

III.4.- Otras declaraciones de voluntad

Además del contenido propio, el documento de voluntades anticipadas también puede hacer referencia a otras declaraciones de voluntad manifestadas por el otorgante que recojan sus preferencias en situaciones al final de la vida o en otras situaciones cuando éstas no puedan ser expresadas personalmente, tales como:

4.1.- Autorización de la fecundación post mortem

Esta posibilidad no está prevista en la Ley 41/2002 ni en las distintas normas autonómicas sino que se menciona de forma expresa en el artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida. Los avances de la técnica en este campo hacen posible utilizar el material reproductivo del varón una vez fallecido, con su previo consentimiento, para la inseminación de su mujer o pareja³⁵⁸. Piénsese en el supuesto más frecuente, el caso de un paciente sometido a quimioterapia, radioterapia o cualquier otro tipo de intervención que pueda mermar su capacidad reproductiva. También puede darse el caso de un coma irreversible o incluso que una vez fallecido la esposa solicite obtener material reproductivo del epidídimo, espermatozoides no eyaculados sino extraídos directamente del testículo³⁵⁹. El consentimiento prestado para esta declaración tiene dos efectos, en primer lugar uno para aplicar la técnica y en segundo lugar para la atribución de la filiación³⁶⁰.

La inseminación o la transferencia del embrión que autoriza el varón, antes de su fallecimiento, podrá realizarse en el plazo de 12 meses desde el fallecimiento. Se trata

³⁵⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J. A. “Estatuto jurídico...”, (2013), p. 209

³⁵⁸ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El derecho a otorgar documentos...” (2013), p. 205.

³⁵⁹ LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., y MONJE BALMASEDA, O., *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007, p 124.

³⁶⁰ JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2012, p. 84.

de un consentimiento personalísimo que ha de constar por escrito, de forma expresa y únicamente en los modos establecidos en la norma, *numerus clausus*³⁶¹. Es decir, debe ser recogido en el documento a que hace referencia la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, en el artículo 6.3³⁶², en escritura pública, testamento o bien en el documento de voluntades anticipadas, ampliándose de este modo la forma de expresar el consentimiento respecto de la anterior normativa sobre esta materia, Ley 35/1988, la cual sólo contemplaba como únicas alternativas el testamento o la escritura pública. Por tanto, el consentimiento sería específico pues se otorga para que se produzca la inseminación, tras la muerte del progenitor, en relación a una mujer en concreto, expreso, formal, personalísimo y revocable³⁶³.

Sin embargo, el requisito del consentimiento puede dejar de ser expreso para ser sólo presunto cuando ya exista un proceso de reproducción asistida iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento³⁶⁴. El consentimiento para la reproducción asistida *post mortem* es revocable en cualquier momento siempre que sea anterior a la realización de la técnica. Además, cuando el cónyuge superviviente hubiera estado sometido a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido³⁶⁵, como el consentimiento se va a presumir como otorgado, si el otorgante no desea que se implanten esos embriones en caso de fallecimiento, sería

³⁶¹ Ejemplos de formalismo son el Auto número 160/2010 de 2 de junio, Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, el cual rechazó una carta mecanografiada y firmada por el difunto en la cual prestaba su consentimiento para una fecundación *post mortem*, acompañada de las firmas de su madre y su hermana como testigos. El Auto número 110/2011 de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2011, en la que se declara que no basta para tener prestado el consentimiento del fallecido las pruebas testificales.

³⁶² Artículo 6.3 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida, “Si la mujer estuviera casada, se precisará, además, el consentimiento de su marido, a menos que estuvieran separados legalmente o de hecho y así conste de manera fehaciente. El consentimiento del cónyuge, prestado antes de la utilización de las técnicas, deberá reunir idénticos requisitos de expresión libre, consciente y formal”, y a la vista del artículo 3.4 Ley 14/2006 “La aceptación de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida por cada mujer receptora de ellas quedará reflejada en un formulario de consentimiento informado en el que se hará mención expresa de todas las condiciones concretas de cada caso en que se lleve a cabo su aplicación”. El consentimiento del marido vendría dado en ese formulario para el uso de las técnicas de reproducción.

³⁶³ RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.” La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico”, *Revista boliviana de Derecho* nº 20, julio 2015, p. 308.

³⁶⁴ Artículo 9.2 Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Asistida.

³⁶⁵ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2007), p. 426.

aconsejable que éste dejara constancia de su oposición en el documento de voluntades anticipadas o en otro para así romper esa presunción.

En 2007 se publicó en prensa³⁶⁶ la noticia sobre una mujer valenciana que había sido autorizada judicialmente a someterse a una fecundación con el semen de su marido que había fallecido en accidente de tráfico hacía casi un año. Los abogados de la familia solicitaron al juez de guardia una autorización, la cual se hizo efectiva por la existencia, entre otras razones, de un documento de voluntades anticipadas firmado por el marido antes de morir, lo que permitió iniciar todo el proceso de extracción en las primeras 24 horas (en momentos posteriores disminuye las posibilidades) y su correspondiente congelación hasta la inseminación. Para almacenar el semen cautelarmente, y a la espera de la decisión judicial sobre la inseminación, se enviaron dos oficios, uno al Instituto Valenciano de Infertilidad y el otro al Instituto de Medicina Legal. Esta decisión no tenía precedentes en la jurisdicción española máxime cuando la Ley de reproducción asistida había sido aprobada recientemente. En otras ocasiones, como señaló la letrada de la familia, se había intentado la reproducción asistida *post mortem* sin éxito al no existir ningún tipo de documento donde constase el consentimiento del marido. No obstante, el Juez en este caso citó a los padres del fallecido quienes conocían de la existencia del documento y no opusieron ninguna objeción al respecto. También se citó a los testigos que estuvieron presentes en la manifestación de las voluntades anticipadas del otorgante y se contó con el apoyo del Ministerio Fiscal, el cual tuvo en cuenta que figurase el consentimiento en el documento. La inseminación se realizó dentro de los doce meses siguientes al fallecimiento por lo que tiene los mismos efectos legales que un hijo matrimonial.

La ausencia del consentimiento del varón a la fecundación *post mortem* no puede ser suplida por la vía de la autorización judicial para satisfacer las aspiraciones de la pareja de tener un hijo de su marido premuerto. En el artículo 9 de la Ley 14/2006 se regula cómo se ha de manifestar el consentimiento, sin embargo, no hay ninguna mención expresa de cómo revocarlo, por tanto se podrán revocar por los mismos medios que para su otorgamiento. Incluso es posible que con un documento de

³⁶⁶Noticia sobre embarazo por inseminación postmortem marzo 2007
http://www.diariosur.es/prensa/20070306/portada/juez-autoriza-inseminacion-mujer_20070306.html y
<http://www.20minutos.es/noticia/208575/0/inseminacion/muerto/juez/>.

voluntades anticipadas, posterior a un testamento notarial, sea suficiente para revocar el consentimiento recogido en dicho testamento³⁶⁷.

4.2.- Asistencia espiritual

En esta materia, debemos tener en cuenta una distinción entre la religión católica y las demás confesiones religiosas. En lo que respecta a la religión católica existe un acuerdo del año 1979 entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos Jurídicos, una Orden Ministerial de 1985 tras el acuerdo con la Conferencia Episcopal³⁶⁸, el Convenio de 23 de abril de 1986 realizado con el INSALUD, así como diversos acuerdos entre los representantes del gobierno de las Comunidades Autónomas y los Obispos de las Diócesis. Como resultado de todo ello se prevé la creación de un servicio de asistencia religiosa católica en cada centro hospitalario³⁶⁹ y una atención pastoral a los pacientes católicos del centro y a sus familiares. De este modo se procura una atención sanitaria integral al enfermo, así como el cumplimiento del deseo del declarante de recibir o no la asistencia religiosa en sus últimos momentos, contribuyendo a la mejora de la calidad asistencial³⁷⁰. Así, el documento de voluntades anticipadas elaborado por la Conferencia Episcopal española en uno de sus apartados menciona: “Pido igualmente ayuda para asumir cristiana y humanamente mi propia muerte. Deseo poder prepararme para este acontecimiento en paz, con la compañía de mis seres queridos y el consuelo de mi fe cristiana, también por medio de los sacramentos”.

³⁶⁷ JIMÉNEZ VICTORIA, J. “Características del consentimiento en la reproducción asistida *post mortem*”, comunicación en la *I Jornadas Doctorales de la Universidad de Murcia*, 2015.

³⁶⁸ Orden Ministerial de 20 de diciembre de 1985 (BOE 21 de diciembre de 1985) por la que se dispone la publicación del acuerdo sobre Asistencia Religiosa Católica en Centros Hospitalarios Públicos.

³⁶⁹ Artículo 2 O.M. 1985 “Con esta finalidad en cada centro hospitalario de los mencionados en el artículo precedente existirá un servicio u organización para prestar la asistencia religiosa católica y atención pastoral a los pacientes católicos del centro. Este servicio estará también abierto a los demás pacientes que, libre y espontáneamente, lo soliciten. Igualmente, podrán beneficiarse de este servicio u organización los familiares de los pacientes y el personal católico del centro que lo deseen, siempre que las necesidades del servicio hospitalario lo permitan”.

³⁷⁰ MORENO ANTON, M. “Asistencia religiosa en España”, MARTÍN SÁNCHEZ, I., NAVARRO FLORIA, J.G. (Coords.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006, pp. 99-119. p. 114.

Dada la mención de los centros privados en el acuerdo jurídico de 1979 entre la Santa Sede y el Estado español, hemos de considerar a dichos centros, al igual que ocurre con los públicos, incluidos en la asistencia religiosa para evitar la discriminación entre los que recibieran la atención en un centro público con asistencia sanitaria y el paciente atendido en un centro privado³⁷¹.

En las otras confesiones en relación a la asistencia religiosa en el ámbito sanitario encontramos los siguientes acuerdos establecidos con ellas:

Evangélica: el artículo 9.1 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre³⁷², por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, garantiza el ejercicio del derecho a la asistencia religiosa de los internados en centros o establecimientos penitenciarios, hospitalarios, asistenciales u otros análogos del sector público, proporcionada por los ministros de culto que designen las Iglesias respectivas, con la conformidad de la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE), y debidamente autorizados por los centros o establecimientos públicos correspondientes. En esta línea, actualmente existe un convenio entre el Consejero de Salud y el Consejo Evangélico de Murcia para la asistencia religiosa en los hospitales del Servicio Murciano de Salud³⁷³. Salvo que se disponga otra cosa por el paciente, según el artículo 9.4 de la Ley, los gastos que el desarrollo de la mencionada asistencia espiritual origine, correrán a cargo de las Iglesias pertenecientes a la FEREDE, sin perjuicio de la utilización de los locales que, a tal fin, existan en el centro correspondiente.

Judía: el artículo 9 de la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España, ampara una asistencia religiosa en los hospitales a través del libre acceso en su labor religiosa, pero sin que llegue a formar parte del centro, por lo que es necesario

³⁷¹ MOLANO, E. “La asistencia religiosa en hospitales públicos”, *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios homenaje al profesor López Alarcón*, Universidad de Murcia, 1987, p. 337.

³⁷² Artículo 9.1 de la Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.

³⁷³ Salud regula la asistencia religiosa a los fieles de la confesión evangélica en los hospitales del SMS:<http://www.murciasalud.es/noticias.php?op=ver&id=437840> (visto abril 2019).

contactar a través del hospital con los responsables religiosos para que se prestase ese servicio religioso solicitado por el otorgante en el documento de voluntades anticipadas, si la familia o allegados no se han ocupado de hacerlo. El artículo 9.3 de la Ley establece que los gastos que origine el desarrollo de la mencionada asistencia espiritual serán sufragados por las Comunidades respectivas, sin perjuicio de la utilización de los locales que, a tal fin, existan en el correspondiente centro, salvo que el otorgante del documento de voluntades anticipadas indique otra circunstancia.

Islam: El artículo 9 de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España para la práctica de la religión musulmana recoge la asistencia religiosa en centros hospitalarios, penitenciarios, centros psiquiátricos o de internamiento de extranjeros. La prestación religiosa islámica hospitalaria se garantiza a través de la libertad religiosa por medio de los imanes o personas designadas. Cuando sean precisos sus servicios serán avisados por el centro médico, si así fue solicitado por el paciente cuando estaba consciente o a través del documento de voluntades anticipadas, y que de este modo podrán realizar los ritos propios islámicos de preparación al fallecimiento. Respecto a los gastos que origine la asistencia religiosa, según indica el artículo 9.3 esos gastos serán sufragados en la forma que acuerden los representantes de la “Comisión Islámica de España”, con la dirección de los centros y establecimientos públicos contemplados en el número 1 de este artículo, sin perjuicio de la utilización de los locales que, a tal fin, existan en dichos centros o establecimientos, salvo que el otorgante haya establecido en el documento de voluntades anticipadas como proceder en este caso.

Respecto a los Testigos de Jehová, Ortodoxos o Budismo no existen acuerdos en este sentido con la Administración como ocurre con el resto de confesiones religiosas. Además, no hay ninguna Ley que regule la asistencia religiosa en los centros hospitalarios, por lo que se acudirá a la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio), la cual establece un libre acceso para la asistencia religiosa si así lo solicita el paciente, con la consiguiente autorización del centro hospitalario.

4.3.- Lugar donde pasar los últimos días

El declarante también podrá expresar en el documento de voluntades anticipadas en qué lugar desea pasar sus postreros días, si en el domicilio, en el hospital o en cualquier otro lugar.

Por otro lado, en el documento de voluntades anticipadas, los pacientes pueden manifestar anticipadamente su voluntad de estar acompañados en la intimidad en los momentos cercanos al *exitus*, y a que los acompañantes reciban el trato apropiado a las circunstancias³⁷⁴.

4.4.- Caso de mujer embarazada

La mujer embarazada podrá expresar en el documento de voluntades anticipadas la posibilidad de que se posponga la aplicación de su contenido para de este modo prolongar su vida, aunque fuese artificialmente, hasta que se produzca el nacimiento. Así se prevé en Cantabria, Castilla la Mancha y la Rioja:

En la normativa de Cantabria se establece que: “si en el momento que me encuentre en alguna de las situaciones antes citadas estoy embarazada, mi voluntad es que la validez de este documento quede en suspenso hasta después del parto, siempre que haya suficientes garantías de que mi estado clínico no afecte negativamente al feto”³⁷⁵.

En Castilla La Mancha se contempla que: “si llegada la circunstancia de tener que aplicar esta declaración estuviera embarazada, se mantenga el soporte vital necesario para mantener el feto con vida y en condiciones viables de nacer”³⁷⁶.

³⁷⁴ Artículo 6.5 de la Ley 3/2005, de 23 de mayo, de la Comunidad de Madrid por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente.

³⁷⁵ Orden SAN/ 27 /2005, de 16 de septiembre, por la que se establece el documento tipo de voluntades expresadas con carácter previo de Cantabria.

³⁷⁶ Modelo de Declaración de Voluntades Anticipadas de Castilla La Mancha
https://sanidad.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/pdf/20210419/anexo_iii_declaracion_de_voluntades_anticipadas_ante_testigospdf.pdf

Por último, en la legislación de La Rioja se dispone que: “la mujer otorgante podrá expresar su voluntad de que se demore la eficacia de su documento de voluntades anticipadas hasta después de producirse el alumbramiento, si llegado el momento de su aplicación estuviera embarazada”³⁷⁷.

4.5.- *No ser informado ante diagnósticos fatales*

Tal vez resulte curioso encontrar este contenido en las voluntades anticipadas pues se supone que éstas se harán efectivas cuando el paciente ya no esté en condiciones de expresar su voluntad, lo cual hace pensar que se refiere a supuestos dónde el paciente pueda entender lo que se le está diciendo porque de otra manera perdería todo su significado. En el artículo 4.1 de la Ley 41/2002³⁷⁸, y en el artículo 6.4 de la Ley 3/2005 de la Comunidad de Madrid³⁷⁹, se hace mención expresa al derecho a no ser informado ante un diagnóstico fatal y al deseo de estar acompañado en los momentos cercanos al *exitus*, proporcionando a los familiares un trato apropiado a las circunstancias.

No existe otra razón que justifique el omitir o aminorar la información que las que tengan carácter terapéutico³⁸⁰, debiendo ser la regla general la información al paciente, y no la excepción. Deberá ser el paciente quien manifieste en el documento que no quiere ser informado en los supuestos de diagnóstico fatal.

Por otro lado, en el documento de voluntades anticipadas también se puede indicar que no se facilite cierta información a los familiares sobre el diagnóstico o

³⁷⁷ Artículo 7.3 de la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad

³⁷⁸ Artículo 4.1 de la Ley 41/2002 sobre el derecho a la información asistencial.

1. Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias.

³⁷⁹ Artículo 6.4 de la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente.

4. En el documento de instrucciones previas los pacientes podrán manifestar anticipadamente su voluntad de no ser informados en los supuestos de diagnóstico fatal. En este caso, el declarante podrá designar una o varias personas a las que el médico deba informar.

³⁸⁰ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2007), p. 425.

resultados pues no hay que olvidar que el paciente es en definitiva el titular del derecho a la información y por tanto puede disponer de ella según su criterio³⁸¹.

4.6.- Acceso a la historia clínica una vez fallecido el paciente

El artículo 18.4 de la Ley 41/2002³⁸² alude a la posibilidad de acceso a la historia clínica del paciente, una vez fallecido, por las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, a menos que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. El documento de voluntades anticipadas es una opción admisible para hacer constar la negativa de acceso a su historia clínica una vez que se produzca el fallecimiento.

4.7.- Seguro privado de dependencia

Una vez que el paciente no puede manifestar su voluntad se aplicará el documento de voluntades anticipadas, el cual tendrá como contenido la existencia de un seguro privado que abarcaría: cuidados sociosanitarios necesarios, si permanecerá en una residencia o en su domicilio, reembolso de la entidad aseguradora de un porcentaje del coste de los servicios sociosanitarios en que incurra el asegurado con un límite máximo cuantitativo, así como el pago del importe a tanto alzado en las condiciones de pago y duración prefijadas en el contrato. Se percibirán estas cantidades a través de un reembolso en el momento de la declaración de dependencia recibiendo los gastos derivados de los arreglos necesarios en su domicilio o con la percepción de prestaciones periódicas. De este modo, el otorgante establecerá como contenido del documento de voluntades anticipadas la existencia de esta cobertura, asegurándose de percibir las

³⁸¹ Artículo 5.1 Ley 41/2002 Titular del derecho a la información asistencial

1. El titular del derecho a la información es el paciente. También serán informadas las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, en la medida que el paciente lo permita de manera expresa o tácita.

³⁸² Artículo 18.4 de la Ley 41/2002 Derechos de acceso a la historia clínica

4. Los centros sanitarios y los facultativos de ejercicio individual sólo facilitarán el acceso a la historia clínica de los pacientes fallecidos a las personas vinculadas a él, por razones familiares o de hecho, salvo que el fallecido lo hubiese prohibido expresamente y así se acredite. En cualquier caso el acceso de un tercero a la historia clínica motivado por un riesgo para su salud se limitará a los datos pertinentes. No se facilitará información que afecte a la intimidad del fallecido ni a las anotaciones subjetivas de los profesionales, ni que perjudique a terceros.

prestaciones contratadas a través de seguros de cobertura privada para el caso de quedar incapacitado y no poder valerse por sí mismo³⁸³.

³⁸³ AYALA VARGAS, M.J., HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, L., VIGUERAS, PAREDES, P., SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., ANDREU MARTÍNEZ, B., FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El documento de instrucciones previas como instrumento que asegura la autonomía de personas en situación de dependencia”, *XI Congreso Regional de Calidad Asistencial*, 2017, pp. 240-241. AYALA VARGAS, M.J., VIGUERAS PAREDES, P., AMÓSTEGUI FERNÁNDEZ, E., HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, L., SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., (2019), pp. 43-51.

PARTE SEGUNDA.

**EL VALOR (EFICACIA) JURÍDICO DE LA AUTONOMÍA DEL PACIENTE
EXPRESADA EN LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS**

CAPÍTULO IV. EFICACIA EN EL TIEMPO DE LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS

IV.1. Actualidad de la voluntad del paciente expresada en los documentos

Cuando el otorgante expresa su voluntad en el documento de voluntades anticipadas está ejerciendo su derecho de autodeterminación respecto a sus preferencias de modo anticipado, previendo las circunstancias que pueden suceder y el modo de resolverlas cuando él no pueda expresarse por sí mismo. Esta autonomía prospectiva plasmada en el documento supone un respaldo en el momento final de la vida siendo una herramienta de gran importancia cuando el paciente se encuentra en una situación más vulnerable en la cual ya no puede expresar su voluntad, con la convicción de que ésta va a ser cumplida al estar contemplada en un documento de voluntades anticipadas.

Como titular de un derecho a la integridad física y moral el otorgante puede expresar como contenido del documento los procesos médicos a los cuales quiere o no someterse, cuál será el destino de sus órganos, etc., evitando así que los profesionales sanitarios, familiares o allegados tengan que tomar esas decisiones, aunque sin dejar de hacerles partícipes de sus preferencias; de este modo el futuro paciente intenta evitar el llamado encarnizamiento terapéutico u obstinación terapéutica con posibles tratamientos fútiles que puedan prolongar innecesariamente su vida y con ello su sufrimiento.

Esta expresión de la autonomía respaldada por el Derecho sanitario facilitará las labores de los facultativos y del entorno del enfermo a través de una expresión anticipada de su voluntad. Precisamente esa anticipación ha provocado reticencias respecto a la actualidad de su voluntad, pues se considera que al prestarse con antelación ese consentimiento no es actual, sobre todo si tenemos en cuenta la importancia de las decisiones sobre las que el documento versa. En este sentido, países de nuestro entorno establecen plazos de caducidad como sucede por ejemplo en Portugal, Austria, Bélgica y Luxemburgo al tener que ser revisado cada 5 años o en Francia que imponía un plazo de 3 años.

Sin embargo, no olvidemos que el contenido del documento básicamente se va a referir siempre a un hecho futuro y desconocido por el paciente, pues éste ignora cuál va

a ser su destino. No obstante, este hecho no significa que el otorgante se abstenga de planificar cual sería el escenario que sortearía a toda costa y así, de este modo, poder impedir ese final plausible en la medida de lo posible. El documento de voluntades anticipadas es concebido como un instrumento en el que otorgar una voluntad actual pero también futura, sin duda probable, manifestada por el paciente al indicar que no quiere transfusión, que no desea que se le practique una intubación, o tratamientos fútiles que prolonguen situaciones que lleven al encarnizamiento terapéutico, así como el destino *post mortem* de su cuerpo u órganos. En definitiva, aunque el futuro es incierto las circunstancias que no son deseadas por el otorgante son indiscutibles para él ahora y cuando llegue el momento; es por ello que con el documento de voluntades anticipadas deja constancia de su voluntad para cuando ésta deba surtir efecto.

Sin duda, la información facilitada por los facultativos antes de prestar el consentimiento informado supone que el consentimiento se otorga con un mayor conocimiento; sin embargo, cuando se presta para el documento de voluntades anticipadas el ciudadano no precisa de ningún requisito de información previa, aunque tal circunstancia sería lo deseable, porque sin duda una mayor participación e implicación de los profesionales sanitarios en su redacción o aclaración del contenido podría suponer una voluntad más fundada, aunque las experiencias previas o cercanas del paciente puedan ser suficientes para hacerle conocedor del proceso que sufren ciertas enfermedades, lo que le capacitaría para indicar de forma clara el contenido de sus decisiones al final de la vida.

El hecho de restringir la manifestación de la voluntad a un período de tiempo cuestiona la autonomía del paciente y supone la aparición de paternalismo, pues retoma el hecho de que hay que decidir por el paciente sobre cuándo éste debe renovar o modificar su voluntad como si él no fuera lo suficientemente maduro para saber cuándo ha de cambiar de opinión a ese respecto, por lo que para el otorgante se trataría de una condena más que del establecimiento de una garantía. En definitiva, el legislador consideraría que el otorgante más que establecer decisiones sobre su destino estaría estableciendo “indecisiones” con fecha de caducidad, cuando el propio documento es modificable en cualquier momento lo que ya garantiza que se pueda materializar esa voluntad de cambio. Al establecer períodos de vigencia en el documento de voluntades anticipadas se pone en duda *ab initio* al propio documento, a su contenido y a la propia

eficacia del mismo, al condicionar su efecto en un plazo, creando así una inseguridad jurídica sobre si aplicar o no durante ese intervalo de tiempo una voluntad ya puesta en entredicho, contribuyendo al mismo tiempo a una mayor conflictividad con los allegados que no estén de acuerdo con lo manifestado en el documento de voluntades anticipadas pues podrían alegar, en base a esta hipótesis, que ese consentimiento no es actual.

Así mismo, también se da por hecho que lo indicado en el documento de voluntades anticipadas, al ser expresado en un momento anterior y no en uno próximo al final de la vida, no sería lo realmente querido por el otorgante al llegar los últimos momentos, circunstancia que le podría hacer cambiar de opinión. De este modo, se introduce una suposición que establece la visión que tienen terceros ajenos al otorgante más que la propia voluntad del paciente, la cual ya quedó perfectamente expresada en el documento. Esto supondría una imposición a la renovación del documento porque al parecer del legislador la voluntad expresada por el otorgante sobre sus expectativas no estaría actualizada. Sin embargo, llama la atención que tales incertidumbres futuras no se planteen en otra institución similar de gran importancia como es el caso del que ordena la sucesión *mortis causa* de sus bienes mediante testamento para el cual no se establece ningún período de caducidad, al ser impensable poner en duda lo manifestado por el testador pues ese es el criterio que debe prevalecer como expresión de su voluntad.

Una vez más, en estos casos la figura del representante se muestra de gran importancia puesto que va a velar por el cumplimiento del contenido del documento y va a actuar como interlocutor con el equipo médico para resolver cualquier cuestión, pues se tendrán en cuenta los valores expresados en el documento de voluntades anticipadas. Así mismo, sería deseable una mayor implicación del equipo médico que trata al paciente, o es conocedor de su situación: al participar tanto en la elaboración del documento como de su contenido, sería conocedor de primera mano de la voluntad del otorgante, la cual puede también quedar reflejada en su historia. Sería interesante, por tanto, que tal situación de participación fructifique en un futuro, lo que no impide que el paciente pueda manifestar su voluntad *per se* en el documento de voluntades anticipadas de forma independiente reflejando cuáles son sus expectativas al final de la vida.

Hay que destacar que es posible otorgar un documento de voluntades anticipadas ante los profesionales sanitarios si el paciente está en situación de riesgo vital, convirtiéndose de este modo en unas últimas voluntades, supuesto éste contemplado en la Comunidad de Madrid³⁸⁴, al permitir que de manera excepcional el paciente moribundo preste sus voluntades anticipadas en cualquier soporte fehaciente, el cuál será incorporado a la historia clínica con la firma tanto del personal médico responsable como de enfermería, y su posterior notificación al Registro de Instrucciones Previas de dicha Comunidad. De este modo, se facilita al enfermo que éste pueda prestar su consentimiento o lo pueda modificar según el caso, pero sin duda dicha manifestación ha de ser tomada con cautela por el equipo sanitario con la finalidad de evitar posibles presiones procedentes del entorno de un paciente crítico.

El legislador establece límites en la aplicación del documento de voluntades anticipadas en el artículo 11.3 de la Ley 41/2002 cuando éstas sean contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, y a aquellas voluntades anticipadas que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas, ante circunstancias no previstas por el paciente, como pueden ser nuevas terapias innovadoras que cambiarían lo expresado previamente o si en el momento de aplicar el documento de voluntades anticipadas la paciente estuviese embarazada. La capacidad de decisión por parte del facultativo a la hora de aplicar o no el documento exige una responsabilidad por parte del mismo cuando se produce una modificación respecto al supuesto de hecho previsto por el otorgante, por lo que de cara a valorar tal circunstancia es conveniente tener en cuenta los valores establecidos en el documento, además de contar con el representante, o incluso acudir a los comités de ética existentes, para de este modo poder solventar posibles dudas.

Como ya se ha indicado anteriormente, también existe la posibilidad de realizar una modificación al texto, tal y como se establece en el artículo 11.4 Ley 41/2002, donde se señala la opción de revocar en cualquier momento el documento de voluntades anticipadas. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 51.3 de la Ley 3/2009 de la

³⁸⁴ Disposición final 1ª.1 de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir que modifica la Ley 3/2005, de 23 de mayo, que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente.

Región de Murcia, al formular la posibilidad de realizar una modificación, ampliación, concreción o de dejar sin efecto lo previsto en el documento, previa constancia expresa e indubitada, lo cual anulará lo manifestado por el otorgante salvo que se indique que subsiste el contenido del mismo en su totalidad o en parte. En conjunto, lo mencionado anteriormente es una garantía para poder actualizar la voluntad en cualquier momento³⁸⁵.

Si ponemos en duda la actualidad de la voluntad del paciente estaremos cuestionando la eficacia del documento de voluntades anticipadas y por tanto se establecerá un valor efímero a la autonomía del otorgante. Esto supondría un perjuicio para el interesado, más que un beneficio, al depender el valor de la voluntad expresada en las voluntades anticipadas del transcurso del tiempo, a pesar de que el otorgante es perfectamente capaz de variar lo expresado en cualquier momento que considere oportuno y de forma libre.

En cualquier caso, se podrá establecer un recordatorio dirigido al otorgante, por medio de una notificación periódica a través de carta, correo electrónico e incluso mensaje de texto, sobre la posibilidad de una modificación siempre que ésta se considere oportuna³⁸⁶.

Las declaraciones del paciente expresadas en el documento de voluntades anticipadas suponen por tanto una expresión de la voluntad presente y vigente aunque no actual, pero sobre todo cuentan con una eficacia jurídica y vinculante³⁸⁷.

³⁸⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2021), pp. 586-592.

³⁸⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2018), pp. 196-197.

³⁸⁷ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. (2021), pp. 594-595.

IV.2. Revocación, modificación y sustitución de los documentos

Las voluntades anticipadas recogen la voluntad del otorgante, es decir, cómo desea ser tratado llegado el momento de no poder expresar su voluntad. Pero tales intenciones o pensamientos pueden cambiar en un sentido u otro a lo largo del tiempo y precisamente por esa posible variación se contempla la facultad de su revocación, que igual que su otorgamiento original debe ser por escrito tal y como recoge de forma expresa el art. 11.4 Ley 41/2002³⁸⁸. Sin embargo, esta regulación resulta parca al no hacer mención a la modificación, sustitución o a los efectos que éstos tendrían³⁸⁹.

Aunque es lógico pensar que esto sea así, sorprende que ciertas leyes autonómicas, incluidas las anteriores a la Ley básica 41/2002 que sí establecen los requisitos para la declaración de voluntades anticipadas, no mencionen la posibilidad de revocar con sus correspondientes requisitos, siendo la propia esencia de los documentos de voluntades anticipadas, la autonomía de la voluntad, que es susceptible de variar, lo que hace que su modificación o revocación se suponga incuestionable³⁹⁰. Este autor considera criticable que se establezca un rigor formal para el otorgamiento y no se haga lo mismo en su revocación dado que tiene la misma trascendencia, además de dar más seguridad jurídica y eficacia a la voluntad del interesado.

Las diversas legislaciones autonómicas al regular la revocación han optado por pedir los mismos requisitos exigidos para su otorgamiento, e igualmente ante la modificación o la sustitución³⁹¹, aunque suponga un formalismo que ponga más trabas y dificulte su trámite, ya que, por ejemplo, una simple manifestación por escrito del cambio de voluntad en la historia clínica la daría a conocer sólo en un ámbito de aplicación reducido y de escasa eficacia. Sin embargo, una ausencia de forma en la

³⁸⁸ Art. 11.4 de la Ley 42/2002 “Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito”.

³⁸⁹ NORIEGA RODRÍGUEZ, L., (2019), p. 151.

³⁹⁰ GALLEGO RUESTRA, S., (2009), p. 194.

³⁹¹ Artículo 7 del Decreto 175/2002 de Cataluña que sólo habla de revocación, artículos 9 y siguientes del Decreto 270/2003 del País Vasco, el artículo 4 del Decreto 168/2004 de Valencia, artículo 7 de la Ley 3/2005 de Madrid, artículo 9 de la Ley 9/2005 de La Rioja, artículo 19 de la Ley 3/2005 de Extremadura, artículo 7 de la Ley 7/2005 de Castilla-La Mancha, artículo 8 del Decreto 13/2006 de Canarias, artículo 7 de la Ley 1/2006 de las Islas Baleares, artículo 5 del Decreto 30/2007 de Castilla León que alude solamente a sustitución y revocación, y el artículo 9 del Decreto 159/2014 de Galicia.

revocación pone en riesgo todo el sistema de garantías del otorgamiento y la publicidad del registro de voluntades anticipadas³⁹².

Respecto a la Ley 3/2009 de la Región de Murcia, ya no pide, con buen criterio, que la modificación, sustitución o revocación, en su caso, del documento de voluntades anticipadas se realice de la misma forma documental que la elegida para su otorgamiento inicial como sí hacía el Decreto 80/2005, de 8 de julio, en su artículo 4.1. Si las voluntades anticipadas se otorgaron en su momento ante notario ¿Por qué posteriormente no se va a poder prestar declaración ante un funcionario del Registro para poder modificarla si se cumple con los requisitos exigidos por ley? ³⁹³.

El artículo 51.3 de la Ley 3/2009 regula tal posibilidad y el art. 4 del Decreto 80/2005 de la Región de Murcia señala que la revocación puede ser³⁹⁴:

- Una modificación en parte de lo manifestado anteriormente. Pensemos, por ejemplo, en un cambio de representante manteniendo todo lo demás.
- Una sustitución. Cambiar la totalidad de lo dicho.
- Una revocación en sentido escrito. Dejarlo totalmente sin efecto.

La presentación de un nuevo documento supone por sí misma la revocación del anterior, lo que significa que no habrá mera modificación, sino revocación total o sustitución dependiendo de si el contenido es una declaración negativa en el sentido de dejar sin efecto un documento anterior (revocación) o declaraciones positivas relativas a cualquiera de los contenidos posibles del documento, ¡a menos que el otorgante manifieste su voluntad de que un documento anteriormente emitido subsista!, lo que recoge el artículo 4.3 del Decreto 80/2005, 8 de julio, como en la Ley 3/2009. En todo o en parte, el documento posterior otorgado válidamente revoca totalmente el anterior³⁹⁵.

³⁹² FRANCINO I BATLLE, F.X., (2002), p. 230.

³⁹³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El derecho a otorgar documentos de instrucciones...”, (2013), p. 222.

³⁹⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El derecho a otorgar documentos...”, (2013), p. 221.

³⁹⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “El derecho a otorgar documentos...”, (2013), pp. 221-222.

Independientemente del procedimiento por el que se formalice el documento de voluntades anticipadas, con objeto de garantizar el conocimiento de la modificación, sustitución o revocación del documento de voluntades anticipadas por parte de los centros públicos o privados, es importante que éstos sean inscritos en el Registro de Instrucciones Previas³⁹⁶.

Una vez otorgadas las voluntades anticipadas no se exige ningún requisito tipo renovación, pero sí es cierto que un transcurso prolongado en el tiempo aconsejaría una modificación del mismo para facilitar la interpretación y evitar la incertidumbre e inseguridad jurídica a los profesionales³⁹⁷. Es por lo que en base a todos los avances médicos que van surgiendo se ha planteado, lo conveniente de revisar las voluntades anticipadas cada cierto tiempo, como por ejemplo pasados cinco años y así poder adaptar la voluntad del otorgante a la realidad social y evitar que pueda quedar desfasada ante los continuos adelantos. Se intentó mediante proposición de Ley³⁹⁸ legislar en este sentido pero se rechazó porque recordemos que nada impide al otorgante cambiar o a dar nuevas instrucciones a su representante de cómo actuar en ciertos casos cuando crea oportuno, e incluso revocarlas.

Al otorgar el consentimiento informado no se produce una revocación de las voluntades anticipadas sino que supone una no aplicación de las mismas puesto que éstas no han llegado a ser eficaces dado que el paciente aún puede manifestar su voluntad y expresarla por sí mismo³⁹⁹. Sin embargo, queremos destacar lo manifestado en el artículo 8.2 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía, y en el artículo 21.3 de la Ley 3/2005 de Extremadura, al establecer que si se otorga un consentimiento informado de forma posterior a la declaración de voluntad anticipada, el cual contradice, exceptúa o matiza las voluntades anticipadas, prevalece lo manifestado en el consentimiento informado para ese proceso sanitario, aunque posteriormente el otorgante no pueda expresar su voluntad, lo que

³⁹⁶ Así lo contempla, por ejemplo, el artículo 51.4 de la Ley 3/2009 de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia.

³⁹⁷ SEOANE, J.A., (2011), p. 26.

³⁹⁸ Boletín Oficial Congreso de los Diputados, serie B, núm. 276- 1 de 4 de octubre de 2002, vide GALLEGO RIESTRA, S., (2009), p. 196.

³⁹⁹ GALLEGO RIESTRA, S. (2009), p. 195.

supone una especie de modificación legal del documento de voluntades anticipadas para adaptarlo a las circunstancias surgidas para esa situación, aunque hay que recordar que sólo se aplicará para esa concreta actuación sanitaria no dejando sin efecto el contenido global de las voluntades anticipadas⁴⁰⁰.

Existen además otras revocaciones que afectan a lo expresado en el documento de voluntades anticipadas, como sucede en el caso de la figura del representante. Así, en virtud del artículo 102 del Código Civil sobre medidas provisionales ante demandas de nulidad, separación y divorcio quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera dado al otro. Igualmente, las leyes autonómicas también se pronuncian en este sentido, aunque se trate sólo de parejas de hecho⁴⁰¹, como sucede en el artículo 2.3.b de la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad de Andalucía y el artículo 5 Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas de las Islas Baleares, a no ser que el declarante manifieste expresamente que la representación continua vigente.

También es posible producir una revocación a través de un tercero ajeno al otorgante, en este caso, como se indica en el artículo 8.3 de la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada de Andalucía⁴⁰², si el representante previsto en el documento de voluntades anticipadas revoca su aceptación ante el Registro, en cuyo caso este organismo le comunicará al interesado que ha quedado sin efecto la designación inicial y así éste podrá designar un nuevo representante si lo desea. Por tanto, se trata de una revocación producida por parte de alguien distinto al otorgante pero que tiene repercusiones en el propio documento, pues es el representante será quien revoque su nombramiento y provoque el cambio.

En el caso de la Región de Murcia (Figura 16), respecto a la sustitución, modificación o revocación del documento de voluntades anticipadas, los datos obtenidos hasta el año 2020 revelan que los usuarios del registro se decantan

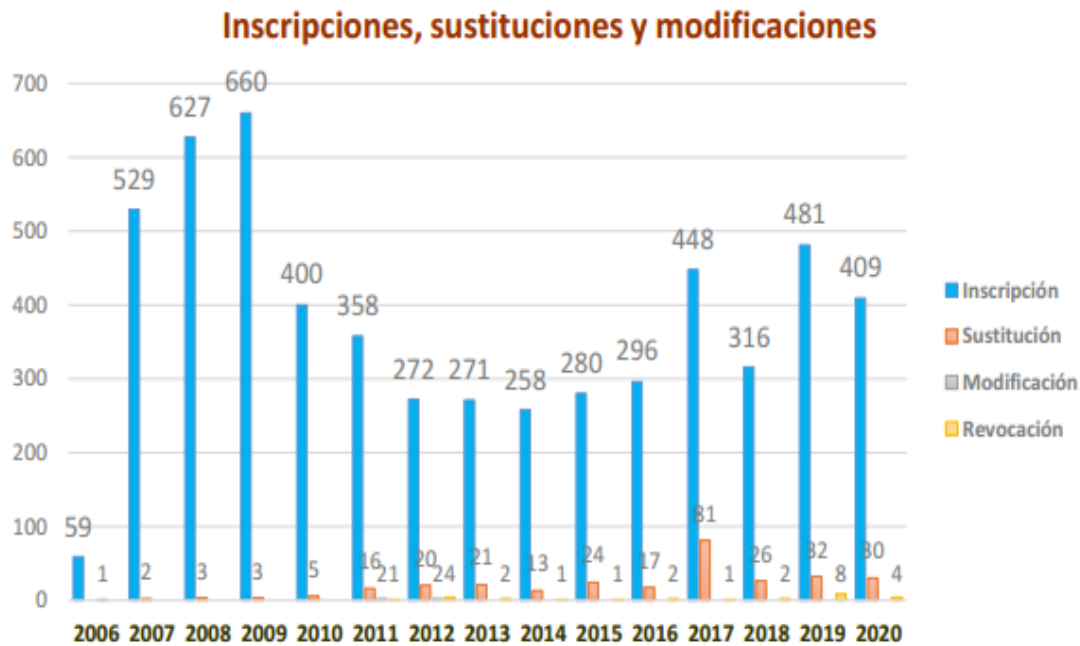
⁴⁰⁰ GALÁN CÁCERES, J.C., y CASADO BLANCO, M., Las instrucciones previas “una reflexión crítica”, Autoedición, Badajoz, 2016, pp. 129-130.

⁴⁰¹ GALLEGO RUESTRA, S. (2009), p. 195.

⁴⁰² En términos semejantes se pronuncia el artículo 9.2 de la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad de La Rioja cuando señala que: los representantes podrán renunciar a su nombramiento en cualquier momento.

preferentemente por sustituir el documento otorgado más que por revocarlo, mientras que una minoría opta por la modificación del mismo.

Figura 16



CAPÍTULO V. EL CUMPLIMIENTO DE LOS DOCUMENTOS DE INSTRUCCIONES PREVIAS POR LOS PROFESIONALES SANITARIOS

V.1. Actuación de los profesionales sanitarios en relación con los documentos de instrucciones previas. (Los Comités de Ética Asistencial)

De acuerdo a la Ley 41/2002, será el médico el que diga, según su criterio, cuándo el paciente ha perdido la capacidad para entender la información sobre su estado físico o psíquico, valorando si está en condiciones de decidir, comunicándolo a la familia o personas relacionadas con él. Los facultativos que le atienden deberán consultar el Registro de Instrucciones Previas en la comunidad correspondiente para someterse en caso de que existan tales voluntades anticipadas a ellas, tal y como se prevé en la legislación de la Región de Murcia en el artículo 50.6 de la Ley 3/2009.

Las voluntades anticipadas vinculan a las personas que tengan relación con el otorgante, familiares o personas próximas al paciente, que por los artículos 9.3 Ley 41/2002 y artículo 46 de la Ley 3/2009 prestarán el consentimiento informado por sustitución cuando el sujeto no esté en condiciones de hacerlo, para lo cual deberán cumplir las directrices fijadas por él en el documento del mismo modo que deberá también hacer en el caso de existir, el representante sanitario⁴⁰³.

1.1.- Deberes de los profesionales sanitarios en relación con los documentos de instrucciones previas

Como se ha indicado previamente, sería deseable la participación de los profesionales sanitarios en la elaboración del documento de voluntades anticipadas⁴⁰⁴; de este modo su implicación no sólo dotaría de una mayor información al paciente sino que daría una mayor difusión, al permitir a los usuarios conocer una opción que a veces es desconocida para el público en general. En este proceso participaría en primer lugar el médico de atención primaria, como sanitario encargado de tratar inicialmente al paciente, y posteriormente el facultativo especialista que se responsabilizaría del mismo cuando la enfermedad está mejor definida. Los médicos de atención primaria son quizá

⁴⁰³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El derecho a otorgar documentos...”, (2013), p. 215.

⁴⁰⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Leyes para una muerte digna...”, (2018), pp. 196-197.

el personal sanitario más cercano y que mayor conocimiento de la historia del paciente va a tener a la hora de comunicar la existencia del documento y las posibilidades del mismo, sobre todo teniendo en cuenta cuáles son los antecedentes familiares, situación personal, etc. Esta labor, tanto en primaria como en especializada, debe ser cautelosa, pues no debe haber imposiciones ni influencia sobre el paciente en un sentido u otro, sino más bien informar de las opciones existentes, consecuencias que puedan surgir y así, de este modo, que sea el propio paciente el que decida entre todas las posibilidades cuál se ajusta más a sus criterios de vida.

Entre las opciones fundamentales el facultativo le indicará al paciente la posibilidad de nombrar un representante, así como la importancia que esta persona de su confianza va a tener en la aplicación del documento. Se trata, por tanto, de orientar al paciente en su toma de decisiones y que éste pueda madurar su planificación con criterio. De este modo, el paciente deja de sufrir en soledad el transcurso de una enfermedad pues puede compartir con alguien conocido opciones que más tarde o más temprano van a surgir, y posteriormente, si lo desea, podrá hacer partícipes de sus decisiones al resto de su entorno, a diferencia de lo que ocurría en el pasado, e incluso todavía ocurre en la actualidad, aunque con menor frecuencia, cuando se pretendía apartar al enfermo de todo el proceso de su enfermedad para evitarle un sufrimiento innecesario.

Como consecuencia de ello se vivía un duelo emocional por separado porque el paciente se daba perfectamente cuenta de su situación evitando el tema con su círculo más próximo, y por otra parte, a su vez, la familia evitará hablar delante de él de estas cuestiones. No obstante, como expresión de su voluntad es posible que el paciente no desee conocer su posible futuro y por tanto deje la toma de decisiones en manos de la familia. En cualquier caso cuando el enfermo desee otorgar un documento de voluntades, éste será vinculante para su entorno.

En las distintas Comunidades Autónomas existen modelos formalizados que se han elaborado para que el otorgante pueda prestar su consentimiento en base a ellos; sin embargo estos formularios a veces son muy generales a la hora de describir las situaciones que se puedan plantear, cuando en realidad el otorgante desearía expresar algo más concreto. En estos modelos sería interesante poder indicar el profesional

médico que ha asesorado al paciente en el documento de voluntades anticipadas para poder facilitar cualquier tipo de consulta, sobre todo cuando el paciente ya no va a ser capaz de expresar sus preferencias de forma personal.

Para poder poner todo ello en práctica es necesario dotar a los profesionales sanitarios, tanto en atención primaria como en especializada, de la formación oportuna acerca de cómo plantear la redacción del documento de una forma clara y delicada, teniendo en cuenta que el paciente es el que va a decidir y no siempre con un criterio similar al del facultativo. Esta actitud de comunicación puede aliviar al enfermo pues normalmente aunque tenga una idea general será desconocedor de términos, medicamentos, aparatos, intervenciones, alternativas y un largo etcétera de sucesos que pueden llegar a plantearse. Sin duda, que el sanitario conozca de primera mano la figura de las voluntades anticipadas facilitará su papel en la orientación del paciente, así como la aplicación del documento cuando sea oportuno.

Los pacientes no van a plantear al médico cuestiones sobre posibles enfermedades o, en su caso, acerca del final de la vida de un modo habitual, más bien estos temas se suelen evitar en la consulta pues no hay que olvidar que no son asuntos fáciles de asumir. De ahí la importancia de plantear al paciente estas situaciones por parte del facultativo, que aunque resulta una labor complicada es necesaria para que posteriormente el titular del derecho a su autonomía pueda plantearse o no realizar un documento, y si así lo decide saber que cuenta con personas que le pueden aclarar cómo hacerlo. De este modo, la persona afectada podrá decidir por sí misma su devenir y no dejarlo en mano de terceros quienes no siempre van a tener criterios coincidentes. Se trata, por tanto, de una oportunidad de dar a conocer su voluntad para cuando no pueda expresarla⁴⁰⁵.

En cuanto al carácter vinculante de la voluntad del paciente la Ley 41/2002 de Autonomía del Paciente establece que el facultativo deberá cumplir lo solicitado en las voluntades anticipadas vías, tal y como se señala en el artículo 2.6, al indicar como obligación del personal sanitario, el respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por parte del paciente. En la Región de Murcia, La Ley 3/2009 se

⁴⁰⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., (2021), pp. 626 y ss.

expresa en este sentido en sus artículos 11 y 41, donde se hace referencia a la libertad del paciente a decidir y la consecuente obligación del profesional sanitario de respetar dicha decisión. Además, en el artículo 50.3 se hace referencia expresa al documento de voluntades anticipadas, se vincula tanto a los facultativos como a familiares y se indica que en la historia clínica debe figurar que se ha otorgado un documento de voluntades anticipadas, lo que garantiza que al realizar cualquier consulta se conozca la existencia del documento de voluntades anticipadas y se actúe conforme a lo indicado en el mismo⁴⁰⁶. Así, los profesionales deben tomar en consideración lo expresado por el paciente para cuando, llegado el momento, éste no pueda hacerlo por sí mismo.

Además, existen las siguientes obligaciones de los facultativos dentro de su actividad profesional respecto de los documentos de voluntades anticipadas⁴⁰⁷:

1) *Aceptar los documentos que recojan la expresión anticipada de voluntades o instrucciones previas*

Cuando la inscripción del documento de voluntades anticipadas sea obligatoria los facultativos han de recoger y entregar dicho documento al departamento correspondiente del centro sanitario para su remisión al registro de voluntades anticipadas, a no ser que ya se haya hecho por el paciente.

2) *Incorporar a la historia clínica los documentos de instrucciones previas que facilite directamente el paciente, familiares, allegados o representante legal*

El documento de voluntades anticipadas tendrá que ser incorporado a la historia clínica por los facultativos para que todos los profesionales que intervengan lo conozcan. No obstante, también es posible verificar la existencia de dicho documento si los profesionales sanitarios tienen acceso al Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad Autónoma.

3) *Respetar lo dispuesto por el paciente en el documento, con las limitaciones legales*

⁴⁰⁶ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., (2021), p. 583.

⁴⁰⁷ ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., (2008), pp. 115-119; El art 20 de la Ley 3/2005 de 8 de julio de información sanitaria y autonomía del paciente de Extremadura. Obligaciones de los profesionales sanitarios.

Si no se respetara lo dispuesto por el paciente en el documento, con las limitaciones legales correspondientes, podrá haber sanciones penales o bien estar ante casos de responsabilidad disciplinaria y administrativa e incluso responsabilidad civil por el daño moral, como veremos a continuación.

4) Razonar por escrito en la historia clínica la decisión final que se adopte en relación a las instrucciones que incorpore el documento

Es conveniente razonar por escrito en la historia clínica tanto la aplicación como la no aplicación de lo manifestado en el documento de voluntades anticipadas cuando se contravenga alguno de los límites legales previstos en el artículo 11.3 de la Ley 41/2002 básica de autonomía del paciente⁴⁰⁸.

5) Informar a los pacientes del carácter y finalidad del documento

El paciente tendrá que ser informado sobre el carácter y finalidad del documento de voluntades anticipadas. Así mismo, el facultativo también tendrá que solventar las dudas que le surjan al paciente respecto al mismo.

6) Aconsejar a los pacientes sobre la actualización del contenido del documento

El facultativo deberá aconsejar al paciente que actualice lo establecido en el documento de voluntades anticipadas en el caso de que surjan posibilidades médicas que el enfermo no hubiera previsto inicialmente, o bien aquellas que puedan surgir en cualquier momento.

Hay que reseñar que lo indicado por el otorgante en el documento de voluntades anticipadas vinculará al profesional médico y prevalecerá por encima de opiniones de familiares o allegados. Por tanto, lo establecido en el documento ha de ser cumplido por los facultativos porque tiene eficacia, aunque como veremos más adelante no en todos los supuestos ni circunstancias. El otorgante no puede manifestar en el documento lo

⁴⁰⁸ Artículo 11. 3 Ley 41/2002. 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. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.

que tiene que pautar el profesional puesto que éste tiene su propio criterio clínico a la hora establecer tanto el tratamiento terapéutico como las actuaciones más adecuadas para el paciente; no obstante, el paciente podrá rechazarlas⁴⁰⁹.

1.2.- Los Comités de Ética Asistencial

A la hora de aplicar el documento pueden surgir dudas sobre el sentido de lo expresado en él, por lo que se podrá acudir a los valores reflejados en el propio texto, al representante que como interlocutor podrá indicar cuál es el sentido del mismo, o a los comités de ética que emitirán un pronunciamiento sobre las dudas que le sean consultadas.

Los comités de ética asistencial con una composición multidisciplinar, y con diversidad de convicciones por parte de sus miembros, puede aconsejar tanto a los profesionales sanitarios como a personas interesadas de las posibles coyunturas que puedan surgir en este ámbito a la hora de aplicar el contenido del documento de voluntades anticipadas. Sus decisiones no son vinculantes pero pueden aclarar el sentido de un dilema ético, en situaciones en las que sea necesario.

Las funciones que realizan los comités de ética asistencial son:

- Asesorar en las cuestiones conflictivas debido a los valores o convicciones implicados. Fomentando los aspectos que refuerzan la calidad asistencial y velando por el cumplimiento de lo regulado por ley, y en lo no regulado aportar un criterio de actuación.

- Elabora protocolos, recomendaciones, etc. que facilitan la actuación ante determinadas situaciones con contenido ético.

- Colaborar en la formación en materia de bioética de profesionales del centro y miembros del comité.

- Realizar informe preceptivo cuando exista un donante vivo de órgano, siguiendo lo establecido en la normativa de trasplantes⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., (2021), pp. 590-592.

⁴¹⁰ ABEL I FABRÉ, F., *El diàleg bioètic albirant el tercer mil·lenni*, Ed. Reial Acadèmia de Medicina de Catalunya, 1999, Barcelona, pp. 157-172.

Se puede producir que las instrucciones dadas no sean claras ya que los términos sanitarios son complejos para una persona no acostumbrada a utilizarlos por lo que se podrá, como así lo prevé el artículo 50.3 de la Ley 3/2009 de la Región de Murcia, que al igual que en otras comunidades remite a los Comités de Ética Asistencial. El artículo 5 del Decreto 80/2005 ya contemplaba el hecho de poder acudir a estos Comités y no dejarlo todo en manos del médico que esté atendiendo al paciente. Asimismo el facultativo siempre puede consultar al respecto con el representante del paciente e intentar aclarar los conceptos.

Hay que destacar lo importante que resulta que exista en todos los centros, públicos o privados, un Comité de Ética Asistencial resolviendo las dudas que puedan surgir a todos los niveles y así tener una mejor actuación del personal sanitario al respetar los derechos del paciente⁴¹¹. Si los centros, públicos o privados, no tienen este Comité, podrán asistir, como se establece en la Comunidad de la Región de Murcia y de acuerdo con su legislación, a los Comités de Ética Asistencial de su Área de Salud⁴¹² puesto que cuentan con gran experiencia y no es preciso crear un comité para el caso concreto.

En la Región de Murcia con la Ley 3/2009, de 11 de mayo, este tipo de comités se van a instaurar con carácter obligatorio en los centros hospitalarios públicos, mientras que en los centros privados su existencia es de carácter voluntario. Surge la cuestión de cómo un asunto tan relevante para la calidad y la garantía asistencial sanitaria se deje únicamente para la esfera pública⁴¹³. Sin embargo, el Decreto 26/2005, de 04 de marzo, en su artículo 11, establecía que los Comités de Ética Asistencial serían creados tanto en centros hospitalarios públicos o privados para el análisis y asesoramiento de las cuestiones de carácter ético que se suscitasen como consecuencia de la labor asistencial,

⁴¹¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El derecho a otorgar documentos...”, (2013), pp. 216-218.

⁴¹² FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El derecho a otorgar documentos...”, (2013), p. 202, nota 60. Decreto 26/2005, de 4 de marzo, regula el Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial y los Comités de Ética Asistencial (BORM nº 59 de 12 de marzo), artículos 12.1 y 3.

⁴¹³ MARTÍNEZ NAVARRO, E., “La ética asistencia y los comités de Ética”, *Derecho y salud: estudios de Bioderecho: (comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, Tirant lo Blanch, Editum, Murcia, 2013, p. 422.

teniendo como objetivo final la mejora de la dimensión ética de la práctica clínica y la calidad de la asistencia sanitaria. Dado que el Decreto 26/2005, de 04 de marzo, es una disposición que se opone a lo previsto en la Ley 3/2009, de 11 de mayo, ha quedado derogado, y por tanto, en los centros privados la creación de los Comités de Ética Asistencial será voluntaria.

En la Región de Murcia se constituyó el Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial, denominado Dr. D. Juan Gómez Rubí⁴¹⁴, como máximo órgano consultivo de participación y asesoramiento de la Administración Regional en materia de Ética Asistencial adscrito a la Consejería de Salud y referencia de todos los Comités de Ética Asistencial⁴¹⁵, con propuestas a los facultativos en materia de ética tan importantes como:

- Propuesta de plan de aprendizaje de bioética y bioderecho para internos residentes
- Protocolo de tratamiento en pacientes Testigos de Jehová
- Pautas de actuación ante los pacientes que rechazan la transfusión de sangre y/o hemoderivados (recomendaciones)
- “Recomendaciones generales relacionadas con las decisiones éticas difíciles y la adecuación de la intensidad asistencial/ingreso en las unidad de cuidados intensivos en situaciones excepcionales de crisis”, motivado fundamentalmente por la situación de pandemia COVID-19.

No obstante, cuando en la aplicación del contenido de las voluntades anticipadas surjan situaciones contrarias a las convicciones del facultativo éste podrá ampararse en la objeción de conciencia. Sin embargo, el otorgar este derecho de objeción de conciencia no significa que el contenido establecido en el documento deje de ser vinculante, por lo que deberá ser cumplido por los medios que sean precisos para garantizar la voluntad del paciente.

⁴¹⁴ Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial <https://www.murciasalud.es/pagina.php?id=242587> (visto noviembre 2020).

⁴¹⁵ Artículo 73 Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia.

V.2. Límites a la autonomía de la voluntad expresada en los documentos de instrucciones previas

Las voluntades anticipadas tienen eficacia jurídica puesto que vinculan al personal sanitario que va a tratar al paciente aunque existen una serie de limitaciones en cuyo caso no serán cumplidas. Así, según el artículo 11. 3 de la Ley 41/2002 no serán de aplicación las disposiciones contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis*, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho contemplado por el paciente en el momento de otorgarlas. Estos son los límites previstos tanto a nivel estatal como autonómico⁴¹⁶ que serán analizados a continuación.

2.1.- Instrucciones contrarias al ordenamiento jurídico

Una parte de la doctrina considera que las instrucciones contrarias al ordenamiento jurídico son un límite innecesario pues ya estarían contenidas en el artículo 1255 del Código Civil por el cual las disposiciones contenidas en los negocios jurídicos no pueden ser contrarias a la ley⁴¹⁷. En un principio existía el temor de que se incluyeran en el documento de voluntades anticipadas cláusulas alusivas a la solicitud de eutanasia activa directa. Con este tipo de documento sólo se pretendía evitar el encarnizamiento terapéutico por medio de una prolongación artificial de la vida, pero sin poder introducir la eutanasia⁴¹⁸. El artículo 143 del Código Penal⁴¹⁹ sancionaba la cooperación con actos necesarios al suicidio de una persona con una enfermedad

⁴¹⁶ Artículo 50.4 de la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia; Artículo 8.3 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica de Cataluña; Artículo 4.3 del Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro de Canarias; Artículo 15 del Decreto 159/2014, de 11 de diciembre, por el que se establece la organización y funcionamiento del Registro gallego de instrucciones previas sobre cuidados y tratamiento de la salud de Galicia.

⁴¹⁷ GALLEGO RUESTRA, S., (2009), p. 180.

⁴¹⁸ TUR FAÚNDEZ, M.N., (2004), p. 4876.

⁴¹⁹ Ley 10/1995 de 23 de noviembre Artículo 143 “**1.** El que induzca al suicidio de otro será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. **2.** Se impondrá la pena de prisión de dos a cinco años al que coopere con actos necesarios al suicidio de una persona. **3.** Será castigado con la pena de prisión de seis a diez años si la cooperación llegara hasta el punto de ejecutar la muerte. **4.** 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”.

terminal y permanente aunque mediase la voluntad del afectado (la eutanasia activa y directa), por lo que sólo se podía pedir tanto la retirada de medidas terapéuticas como que no se iniciaran tratamientos para prolongar artificialmente la vida, así como que el suministro de analgésicos sólo pudiese considerarse constitutivo de un riesgo permitido cuando se realizase por un médico en el marco de la *lex artis* y no en otro caso, puesto que si no estaríamos ante una conducta penalmente típica⁴²⁰.

Antes de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, se planteaba la cuestión de si era posible solicitar en un documento de voluntades anticipadas la eutanasia activa a la espera de que en un futuro ésta fuese aprobada y así de este modo cuando se aplicara la declaración ésta fuese legal dado que se habría dejado constancia en el documento⁴²¹. De no ser aprobada la eutanasia, lo manifestado se hubiese tenido por no puesto al incumplir el ordenamiento jurídico. De lo dispuesto literalmente por el artículo 11.3, se deduce que se permitía inscribir las voluntades anticipadas que cumplieran con los requisitos formales sin entrar en el fondo. No obstante, aunque la ley no prohibía que el otorgante incorporara una voluntad contraria al ordenamiento jurídico, de hacerlo así, la misma no podía ser aplicada. Por tanto, cuando el contenido del documento de voluntades anticipadas fuese a surtir efecto se entraría a conocer la existencia de una adecuación del mismo con el ordenamiento jurídico o con otras limitaciones que existiesen en ese momento.

En un caso que tuvo lugar en la Unidad de Bioética y Orientación Sanitaria se rechazó la inscripción de un documento de voluntades anticipadas que recogía la eutanasia activa⁴²². Por tanto, no parece fácil conseguir la inscripción de unas voluntades anticipadas contrarias al ordenamiento jurídico porque es difícil que un funcionario público o un Notario admita a trámite cualquier contenido de esta índole a pesar de que se pueda prever que cualquier circunstancia no permitida pueda cambiar.

⁴²⁰ SILVA SÁNCHEZ, J.M. “Los documentos de instrucciones previas de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (In) disponibilidad de la vida” *vide* GALLEGO RIESTRA, S. (2009), p. 181, nota 278.

⁴²¹ DOMÍNGUEZ LUELMO, A., (2007), pp. 433-436.

⁴²² SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN-GARCÍA, F. *Derechos de los médicos en la relación clínica*, Fundación Salud 2000, Madrid, 2006, pp. 114-115.

Sin embargo, dado que en la mayoría de las Comunidades Autónomas no es obligatorio el hecho de inscribir el documento de voluntades anticipadas, cuando se otorgaba ante testigos era posible establecer la eutanasia como contenido del mismo ya que no existía el control que ejerce el funcionario o el notario, por lo que hasta que llegase el momento de su aplicación no había posibilidad de conocer si lo establecido en el documento era contrario al ordenamiento jurídico⁴²³. En esta línea, el artículo 12.2 del Decreto 80/2005, de 18 julio, cuando indica que “la inscripción sólo puede denegarse mediante resolución motivada en caso de inobservancia de las formalidades legalmente establecidas para el otorgamiento del documento de instrucciones previas”, pone los cimientos para que el documento pueda reflejar la opción de la eutanasia u otras situaciones similares contrarias al ordenamiento jurídico.

Actualmente, tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, se modifica lo establecido en el artículo 143 mediante el apartado 5)⁴²⁴, el cual despenaliza la prestación de ayuda a morir siempre que sea conforme a la Ley de regulación de eutanasia como expresión de la voluntad del paciente, señalando explícitamente la Disposición adicional primera que la muerte por eutanasia será considerada como muerte natural. Por tanto, como se indica en el Capítulo III, ya es posible el otorgamiento, la inscripción y la aplicación de las voluntades anticipadas en las que el otorgante incorpore esta voluntad de morir puesto que ha dejado de ser contraria al ordenamiento jurídico, estableciéndose como parte de la cartera de servicios del Sistema Nacional de Salud. Cuando haya que aplicar dicho contenido se valorará si el documento de voluntades anticipadas es conforme con el ordenamiento jurídico en relación con lo establecido en la regulación de la prestación de ayuda a morir.

En la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, se establece que las Comunidades Autónomas van a disponer de sus propias Comisiones de Garantía y Evaluación para verificar si concurren los requisitos y condiciones y por tanto si se puede practicar lo

⁴²³ GALLEGO RUESTRA, S., (2009), pp. 213-214.

⁴²⁴ Artículo 143... 5. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, no incurrirá en responsabilidad penal quien causare o cooperare activamente a la muerte de otra persona cumpliendo lo establecido en la ley orgánica reguladora de la eutanasia.

solicitado conforme a derecho. Como vimos en la Región de Murcia esta Comisión se crea a través de la Orden de la Consejería de Salud de 20 de mayo de 2021⁴²⁵. El procedimiento de prestación de ayuda a morir cuenta con garantías y medios para controlar que las decisiones tomadas se hagan conforme a derecho, de lo contrario estaríamos ante unas instrucciones contrarias al ordenamiento jurídico.

De este modo, ahora es posible, además de conveniente, la inscripción del documento en el Registro de Instrucciones Previas, así como su incorporación a la historia clínica ya que el contenido referente a la eutanasia es conforme al ordenamiento jurídico. En aplicación del artículo 12.2 del Decreto 80/2005, de 18 de julio, del Reglamento de Instrucciones Previas y su Registro, sólo es posible la denegación de la prestación de ayuda a morir mediante resolución motivada si ha existido inobservancia de las formalidades legalmente establecidas para el otorgamiento del documento de voluntades anticipadas. Contra tal desestimación es posible plantear recurso de alzada ante el Consejero de Salud.

En otro orden de cosas, en algunas Comunidades Autónomas como Madrid⁴²⁶, Castilla La Mancha⁴²⁷, La Rioja⁴²⁸ o en el País Vasco⁴²⁹ el representante establecido en el documento de voluntades anticipadas deberá ser mayor de edad y no estar incapacitado legalmente; además, en dichas comunidades también se establece que no podrá ostentar esta posición el notario, el empleado público del Registro de Voluntades anticipadas, los testigos del documento de voluntades anticipadas, el personal sanitario que deba aplicar ese contenido ni el personal que financie la atención sanitaria de la

⁴²⁵ Orden de la Consejería de Salud, por la que se crea y regula el Régimen Jurídico, composición, organización y funciones de la Comisión Regional de Garantía y Evaluación de la prestación de ayuda para morir en la Región de Murcia, de 20 de mayo de 2021, B.O.R.M. 05 de junio de 2021. <https://www.borm.es/services/anuncio/ano/2021/numero/4006/pdf?id=794683>.

⁴²⁶ Artículo 10.4 de la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente.

⁴²⁷ Artículo 4.3 de la Ley 6/2005, de 07 de julio, sobre la Declaración de Voluntades Anticipadas en materia de la propia salud.

⁴²⁸ Artículo 5.1 de la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad.

⁴²⁹ Artículo 2.3 de la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad.

persona otorgante. Por tanto, el nombramiento de un representante en el que concurran estas incompatibilidades no se podrá aplicar.

Hay que destacar que en el caso concreto de la Ley vasca si la representación recae en el cónyuge, o en la pareja de hecho del otorgante según el caso, ésta quedará extinguida a partir de la interposición de la demanda de nulidad, separación matrimonial o divorcio, o bien a partir de la ruptura formalizada de la pareja de hecho o unión libre. No obstante, cuando se trate de una separación matrimonial la extinción tendrá lugar salvo que se manifieste lo contrario en la resolución judicial dictada al efecto, y en el caso de ser una unión de hecho esta representación se deberá reafirmar en un nuevo documento.

Respecto a otros contenidos del documento de voluntades anticipadas que son contrarios al ordenamiento jurídico, en primer lugar hay que destacar que lo manifestado en el mismo no puede vulnerar ningún derecho fundamental, es decir, el paciente no podrá solicitar ser sometido a una situación que pueda suponer una tortura o trato inhumano o degradante, o el equipo médico podrá no aplicarlo si entiende que suponen tal atentado. Todo ello en base al derecho a la vida y a la integridad física y moral amparado en el artículo 15 de la Constitución Española y el artículo 173 del Código Penal. En segundo lugar, destacaremos la vulneración de seguridad, de la salud y de la moralidad pública, como elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática, como se señala en el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa 7/1980, de 5 de julio, donde se determinan los límites en el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto del artículo 16 de la Constitución.

2.2.- Instrucciones contrarias a la lex artis

La lex artis en palabras del Tribunal Supremo supone, en medicina, aplicar los medios necesarios y posibles de acuerdo con el estado de la ciencia teniendo en cuenta el caso concreto y las circunstancias que lo rodean⁴³⁰, es decir, la forma correcta de

⁴³⁰ GALLEGO RIESTRA, S. “Los deberes de los médicos y de los profesionales sanitarios”. *Todo hospital*, número 142, Diciembre 1997, pp. 23-39.

actuar del profesional. Este límite al contenido de las voluntades anticipadas está recogido igualmente en las leyes de Comunidades Autónomas tales como Madrid⁴³¹, Canarias⁴³², Galicia⁴³³ o Murcia⁴³⁴, o bien en el caso de Cataluña⁴³⁵ cuando se refiere a la buena práctica clínica.

Algunos autores lo señalan como un término jurídico indeterminado y que por tanto produce inseguridad jurídica⁴³⁶. La *Lex artis* no puede ser definida sólo con criterios médicos o técnicos, exige igualmente considerar las obligaciones de información, documentación y respeto de las decisiones del paciente, entre las que están las voluntades anticipadas, y añade que incorporan una dimensión ética junto con los deberes de información y de obtención del consentimiento informado, además de otros deberes como el de confidencialidad⁴³⁷. El cumplimiento de la normativa reguladora del consentimiento informado y de los derechos de los pacientes garantiza a los profesionales asistenciales que su actuación tiene lugar dentro de los límites que impone la protección del derecho fundamental a la integridad física del paciente – fundamento del consentimiento informado-, proporcionando asimismo una garantía de la corrección de su propia actuación profesional⁴³⁸.

⁴³¹ Artículos 6.2 y 11.1 de la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente “Límites de la instrucciones previas”.

⁴³² Artículo 4.3 del Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro “Contenido de la manifestación anticipada de voluntad”.

⁴³³ Artículo 5.3 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes “Instrucciones previas”.

⁴³⁴ Artículo 50.4 de la Ley 3/2009, de 11 mayo, de los derechos y deberes de los usuarios del sistema sanitario de la Región de Murcia “documento de instrucciones previas”

⁴³⁵ Artículo 8 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica “Las voluntades anticipadas”, como buena práctica clínica.

⁴³⁶ BERROCAL LANZAROT, A.I., (2005), p. 41.

⁴³⁷ SEOANE, J.A. “Derecho e instrucciones previas...”, pág. 24, nota 63. Desde la STS Sala de lo Civil 11 de marzo de 1991 (RJ 1991/2209), que detalla la dimensión técnica, la jurisprudencia ha ido incorporando la dimensión ética o moral a la noción de *Lex artis*.

⁴³⁸ STC 37/2011, de 28 de marzo, FJ 7.

En la ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias se indica, en el artículo 4.7, que el ejercicio de las profesiones sanitarias se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica sin más limitaciones que las establecidas en esta Ley, así como por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico. En el artículo 36.1 del Código de Ética y Deontología Médica se recoge como deber del médico el intentar la curación y la mejoría del paciente siempre que sea posible.

La inaplicación de las voluntades anticipadas, por ser contrarias a la *lex artis*, parece tener su fundamento en la posibilidad de que los deseos del paciente se manifestasen con tanta antelación que, llegado el momento de la aplicación se haya producido un desfase entre lo manifestado por él y las posibilidades de la medicina. Si un paciente rechaza un determinado tipo de tratamiento el facultativo no estaría obligado a acatar su decisión si es contraria a la *lex artis*⁴³⁹.

Para otros autores, esta limitación en la aplicación de lo manifestado por el paciente en el documento de voluntades anticipadas sobre ciertos tratamientos permitirá no vincular al equipo médico si lo expresado fuese contrario a la *lex artis*, dado que el profesional sanitario no tendría en cuenta lo manifestado por el interesado cuando éste solicite un tratamiento que no se corresponda con la patología que sufre o bien que no esté indicado en su proceso terapéutico, por lo que el facultativo estaría excusado de no aplicarlo⁴⁴⁰.

El paciente puede rechazar un tratamiento o decir que se le retire las medidas de soporte vital; sin embargo, no puede imponer que se le trate con procedimientos, técnicas o terapias contrarias a la *lex artis* como el caso de la futilidad terapéutica, la cual no produce ningún beneficio al paciente o si lo hace éste sería muy pequeño y por tanto contrario a la buena práctica clínica⁴⁴¹. Así, tal y como se establece en el artículo 12 del Código de Deontología Médica, si el paciente exige al médico un procedimiento

⁴³⁹ SILVA SÁNCHEZ, A.M. “Los documentos de instrucciones previas de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002). *Diario de la Ley*”, nº 5840, 2 de Septiembre 2003, p. 1664.

⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El derecho a otorgar documentos...”, (2013), p. 215.

⁴⁴¹ GALLEGO RUESTRA, S., (2009), p.184.

que por razones científicas o éticas es inadecuado o inaceptable, éste último quedará dispensado de actuar tras informarle debidamente. En el caso de la aplicación de las voluntades anticipadas cuando el paciente ya no está consciente el facultativo prestará la información debida a su representante o persona allegada, además de dejar constancia de su actuación en la historia clínica.

En estos términos se ha pronunciado la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad del País Vasco en su artículo 5.4, sobre eficacia, al decir que se omitirán las instrucciones sobre intervenciones médicas que el otorgante manifieste querer recibir si están contraindicadas para su patología, de lo cual se deberá dejar constancia motivada en la historia clínica del paciente. Del mismo modo también se ha pronunciado la Ley 3/2005, de 23 de mayo, del derecho a formular voluntades anticipadas en el ámbito sanitario de la Comunidad de Madrid en su artículo 11.2, sobre límites de las instrucciones previas, cuando hace referencia a la no aplicación de las instrucciones acerca de las intervenciones médicas indicadas por el otorgante cuando éstas resulten contraindicadas para su patología, debiendo constar los motivos del rechazo en la historia clínica e informar de ello por escrito al paciente o a sus familiares si así lo solicitaran⁴⁴².

Para los casos concretos en los que se produce un choque entre la *lex artis* como límite legal de las voluntades anticipadas y el derecho constitucional a la libertad ideológica y religiosa manifestado por el paciente en el documento, se resolverá el problema a favor de este último por su preponderancia sobre el primero, siempre que la situación quede debidamente acreditada⁴⁴³.

Por último, hay que tener en cuenta que en medicina las buenas prácticas clínicas están en constante evolución, por lo que el facultativo ha de estar informado de las últimas novedades técnicas y terapéuticas con la consiguiente actualización de la *lex artis*⁴⁴⁴, en aras de una correcta aplicación del documento de voluntades anticipadas.

⁴⁴² GALLEGO RIESTRA, S., (2009), p. 186.

⁴⁴³ ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., (2008), pp. 142-145.

⁴⁴⁴ PAREJO GUZMÁN, M.J. y ATIENZA MATIAS, E., “Derecho a decidir sobre la propia salud ante el final de la vida humana. Testamento vital y eutanasia”, en FERNÁNDEZ CORONADO, A. Y PÉREZ

2.3.- Instrucciones en las que el supuesto de hecho previsto por el otorgante no se corresponda con la situación real

Es difícil imaginar en qué situación se va a encontrar en su momento el paciente por mucha previsión que pueda tener. Muchos médicos dudan de la utilidad de tales declaraciones, pues las personas no pueden tener acertada previsión de cuáles serán sus preferencias en un supuesto de enfermedad grave. Algún autor advierte que la mayoría de las personas resultan totalmente desconecedoras de los medios y procedimientos existentes para prolongar la vida, de ahí que sus decisiones anticipadas tengan poco valor⁴⁴⁵.

Es el profesional quien establece esa correspondencia entre el supuesto de hecho previsto en el documento de voluntades anticipadas con la situación real. En caso de no apreciar que ésta se produzca actuaría esta limitación en la aplicación de las voluntades anticipadas, pero se refiere no a una coincidencia con exactitud sino más bien como analogía, establecida prudencialmente por el profesional tras la interpretación de la voluntad del paciente basándose en dos premisas fundamentales: la designación de representante y la manifestación de los valores y los objetivos vitales del paciente, que serán la mejor orientación en la tarea interpretativa de lo mencionado por el paciente en el documento⁴⁴⁶.

En caso de incertidumbre sobre la aplicación de las voluntades anticipadas existe como solución legal este tercer límite de falta de correspondencia entre la situación actual y el supuesto de hecho previsto en el documento. Siendo conveniente no llegar a confundir la validez jurídica de las voluntades anticipadas con las dudas sobre su aplicabilidad o la dificultad de interpretación de la voluntad del paciente⁴⁴⁷.

Para parte de la doctrina el conflicto entre el valor de la vida y el valor de la autonomía es a favor del primero, *in dubio pro vita*, no porque sea siempre así o se

ÁLVAREZ, S. (Dir.), *La protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 297 y siguientes.

⁴⁴⁵ MARTÍNEZ PEREDA, J. M. “El testamento vital y su aplicación en España”. *VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*. Madrid, Fundación Mapfre Medicina, 2001, pp. 195-213.

⁴⁴⁶ SEOANE, J.A., (2011), p. 24.

⁴⁴⁷ SEOANE, J.A., (2011), p. 27.

vuelva a una visión paternalista sino porque existe una falta de certeza acerca de la verdadera voluntad del sujeto inconsciente que ha rechazado en un documento de voluntades anticipadas un tratamiento en una situación distinta al final de la vida⁴⁴⁸.

Como ya se dijo anteriormente se ha planteado la posibilidad de revisar el documento de voluntades anticipadas una vez transcurridos unos años. En algunos países, como Bélgica, se han dispuesto cinco años, algo que carece de sentido puesto que el otorgante en cualquier momento puede manifestar ese cambio en su voluntad sin tener que esperar ningún intervalo temporal.

El artículo 50.4 de la Ley 3/2009 dispone como cautela y garantía que cuando no se respete la voluntad del paciente expresada en el documento de voluntades anticipadas al ser ésta contraria al ordenamiento jurídico o a la *lex artis*, o bien porque el supuesto de hecho previsto por el otorgante no se corresponda con la situación real, el facultativo deberá dejar constancia razonada de la no aplicación en la historia clínica puesto que la petición del paciente estará en los márgenes de la legalidad y así de este modo se evitarán los comportamientos arbitrarios por parte de los profesionales sanitarios⁴⁴⁹.

Algunas Comunidades Autónomas llegaron a introducir unos límites adicionales, de forma desafortunada y poco justificada, para la aplicación de las voluntades anticipadas⁴⁵⁰:

- La ética profesional o la ética médica⁴⁵¹: Límite confuso que parece afirmar erróneamente que los criterios éticos de la actuación sanitaria son fijados unilateralmente por el grupo profesional, al margen de las normas y los criterios

⁴⁴⁸ DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., (2010), pp. 86, 87, 92 y 94.

⁴⁴⁹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El derecho a otorgar documentos...”, (2013), p. 217.

⁴⁵⁰ SEOANE, J.A., (2011), p. 24.

⁴⁵¹ Cfr. Aragón (ética médica) artículo 5.2 del Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas; pero en la Comunidad de Madrid (ética profesional) aunque estuvo previsto así antes de la Ley 41/2002, en su artículo 28 de la Ley 12/2001 de Ordenación Sanitaria cuando decía que sólo serían atendibles las instrucciones previas del paciente que no contraviniesen el ordenamiento jurídico, ni la ética profesional, pero finalmente esta mención fue derogada por la Ley 3/2005 de 23 de mayo reguladora del derecho a formular instrucciones previas.

compartidos por todos, entre ellos los establecidos en la normativa jurídica de las voluntades anticipadas y los derechos de los pacientes.

- La objeción de conciencia: Aún más criticable por su consideración como límite genérico a la aplicación de las voluntades anticipadas al introducir mayor confusión entre los profesionales acerca del significado de voluntades anticipadas y la propia objeción de conciencia a la que nosotros dedicaremos el próximo apartado.

V.3. La objeción de conciencia de los profesionales sanitarios y los documentos de voluntades anticipadas

3.1.- Introducción

La objeción de conciencia supone la negativa a ejecutar o cooperar de forma directa o indirecta en la realización de prácticas médicas o sanitarias que, aunque permitidas por las normas legales, se muestran contrarias a la ley moral, a los usos deontológicos o a las reglas religiosas⁴⁵². Por tanto, en el momento de aplicar el documento de voluntades anticipadas pueden surgir discrepancias entre las creencias y los principios éticos del otorgante y del facultativo, el cual como principal destinatario debe aplicar el contenido de dicho documento aun cuando éste sea contrario a su conciencia. Esta situación suele producirse con mayor motivo al final de la vida en los siguientes casos: el suministro de sedación terminal, la retirada o no de un tratamiento de soporte vital, el uso de tratamientos considerados fútiles o incluso en la donación de órganos.

La objeción de conciencia es innata en el ser humano pues es el resultado de sus propias creencias e ideologías, por lo que nadie debería ser forzado a llevar a cabo prácticas que sean contrarias a sus convicciones. La autonomía del sanitario debe ser tan digna de respeto como la del paciente⁴⁵³, por lo que para algunos autores a la objeción

⁴⁵² SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Objeción de conciencia sanitaria”, *Derecho y salud: estudios de Bioderecho: (comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, Tirant lo Blanch, Editum, Murcia, 2013, p. 302.

⁴⁵³ APARISI MIRALLES, A. y LÓPEZ GUZMÁN, J., “Objeción de Conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídico a su recomendación legal”, *Persona y bioética*, Vol. 10, nº 1 (26), 2006, p. 45.

de conciencia debería de poder aplicársele el principio de no maleficencia, ya que se trata de la omisión de un comportamiento que podría resultar lesivo para un sujeto⁴⁵⁴.

Los supuestos de objeción de conciencia surgen de forma individual en el propio profesional al mostrar éste su negativa a realizar una determinada actuación porque, aunque tal circunstancia sea compartida con un determinado colectivo, ésta se manifiesta de un modo personal, por lo que se ha de rechazar que pueda apreciarse en las personas jurídicas⁴⁵⁵. El Observatorio de Bioética de la Universidad de Barcelona también se pronunció en este sentido⁴⁵⁶ al manifestar que el ejercicio de la objeción de conciencia es una posibilidad derivada del derecho a la libertad ideológica, a la que pueden acogerse las personas y no las instituciones, colectivos o Comunidades Autónomas⁴⁵⁷. A pesar de todo lo anteriormente descrito, en el caso de Inmaculada Echevarría el centro que la atendió, de convicción católica, se pronunció como institución al considerar que la desconexión que la paciente solicitaba suponía una eutanasia, tratándose por tanto de una objeción de conciencia institucional, lo que provocó el traslado de la paciente a otro hospital que no se opusiese al cumplimiento de la voluntad de la paciente ni con el dictamen jurídico emitido por las autoridades⁴⁵⁸.

Las razones para alegar la objeción de conciencia han sufrido una secularización con el transcurso del tiempo y por tanto van más allá de los motivos de la libertad religiosa y de creencias encontrándonos ante un “*Big bang* jurídico”⁴⁵⁹. Se trata de un derecho inherente al ser humano que estaría amparado en el artículo 16.1 de la Constitución Española⁴⁶⁰. La libertad de conciencia se califica como la “estrella polar”

⁴⁵⁴ APARISI MIRALLES, A y LÓPEZ GUZMÁN, J., (2006), p. 46.

⁴⁵⁵ ORTEGA GUTIÉRREZ, D., “La objeción de conciencia en el ámbito sanitario”, *Revista de Derecho Político*, nº 45, 1999, p. 113.

⁴⁵⁶ *El documento sobre la objeción de conciencia en sanidad del observatorio de bioética de la Universidad de Barcelona*, p. 31, punto 4: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/presentacion-del-documento-sobre-la-objecion-de-conciencia-en-sanidad>.

⁴⁵⁷ Artículo 32.2 in fine Código de Deontología Médica “No es admisible una objeción de conciencia colectiva o institucional”. https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf.

⁴⁵⁸ SERRANO RUIZ-CALDERÓN J.M., “Eutanasia y objeción de conciencia”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 9, 2008, p. 520.

⁴⁵⁹ NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1997, p.243.

de las leyes morales, pues permite al ser humano ser lo que es y llegar a un destino cierto. Ignorarla a través de normas de obligado cumplimiento supondría no comprender lo que es la naturaleza del hombre⁴⁶¹.

En opinión del Observatorio de Bioética de la Universidad de Barcelona, no existe un derecho a la objeción de conciencia propiamente dicho sino un derecho a la libertad de conciencia del cual puede emanar la posibilidad de objetar respecto a determinadas decisiones y prácticas⁴⁶².

En la objeción de conciencia podemos encontrar cuatro elementos⁴⁶³:

La existencia de una norma jurídica con un contenido que pueda afectar a las creencias religiosas o morales de los individuos y cuyo cumplimiento no puede obviarse sin incurrir en sanción.

La existencia igualmente de un dictado inequívoco de la conciencia individual opuesta al mandato jurídico.

La ausencia en el ordenamiento jurídico de normas que permitan diluir el conflicto entre la norma y la conciencia individual.

La manifestación del propio sujeto sobre el conflicto surgido entre la norma y su conciencia.

⁴⁶⁰ La objeción de conciencia deriva directamente de la libertad de conciencia y ésta está garantizada en nuestra Constitución, al reconocer el artículo 16.1, la libertad religiosa y la libertad ideológica (o de pensamiento, que es la forma que es la forma correcta de denominarla), pues sí se reconocen estas dos libertades, se está reconociendo implícitamente la libertad de conciencia, ya que todas son un único derecho inseparable como bien dice el artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos “Derechos Humanos “Derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”. SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia, en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, coord. Por MARTÍNEZ-TORRÓN, J., 1998, pp. 799-808. SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Bioderecho y derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”, en *Derecho y religión*/ coord. por GARCÍA GARCÍA, R. y ROSELL GRANADOS, J., Edisofer, Madrid, 2020, pp. 519-575.

⁴⁶¹ NAVARRO-VALLS, R “Los nuevos herejes. Medidas contra la libertad religiosa en Estados Unidos”, *zenit.org*, 31 -01- 2012, <https://es.zenit.org/articles/los-nuevos-herejes/> (visto el 21/12/2021).

⁴⁶² *El documento sobre la objeción de conciencia en sanidad del observatorio de bioética de la Universidad de Barcelona*, p. 31, nota 2: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/presentacion-del-documento-sobre-la-objecion-de-conciencia-en-sanidad> (visto el 09/01/2019).

⁴⁶³ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos”, *Revista de Derecho Político* nº 42, 1996, p.63.

En cuanto a la eficacia de la objeción de conciencia podemos establecer los siguientes requisitos⁴⁶⁴:

a) El objetor ha de tener las convicciones que afirma tener. La objeción no se ha de utilizar como una forma de evitar cumplir lo solicitado por el paciente por no estar de acuerdo o considerarlo incómodo.

b) La objeción de conciencia debe declararse explícitamente al tiempo que se establecen las condiciones, requisitos, formalidades y plazos que han de seguirse para poder ejercerla⁴⁶⁵. La formalización de la declaración de objeción de conciencia deberá constar en un Registro de la institución sanitaria en la que se produzca para que, de este modo, se faciliten sus necesidades de organización y cumpliendo en todo momento con los deberes que tenga asignados. Por supuesto, se recalca el hecho de que este Registro debe estar protegido conforme a la vigente Ley Orgánica de Protección de Datos, en tanto su contenido afecta al derecho a la intimidad. De este modo se formaliza el modo de manifestar la objeción de conciencia a través de un procedimiento que ofrece garantías para el objetor, para las instituciones implicadas que tienen que prestar el servicio y para todos aquellos que deben de recibir la prestación solicitada. Así, no existiría una regulación implícita de la objeción de conciencia a través del artículo 16.1 de la Constitución sino una regulación expresa y más garantista de cómo proceder todas las partes cuando suceda el supuesto de objeción.

c) La objeción de conciencia sólo podrá referirse a las conductas que efectiva y directamente resulten afectadas por la creencia que fundamenta la objeción, de otro modo estaríamos extendiendo una restricción a la voluntad del paciente a situaciones que no están amparadas en motivos de objeción.

d) Debe admitirse la posibilidad de una objeción de conciencia sobrevenida. Pueden existir para ello razones derivadas del avance tecnológico, de modificaciones en el catálogo de derechos de los usuarios o simplemente debido a la evolución ideológica de quien objeta. Si en el documento de instrucciones previas se permite modificar el contenido en cualquier momento, en lo referente a la objeción igualmente se ha de

⁴⁶⁴ *El documento sobre la objeción de conciencia en sanidad del observatorio de bioética de la Universidad de Barcelona*, p.32, nota 5: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/presentacion-del-documento-sobre-la-objecion-de-conciencia-en-sanidad> (visto el 09/01/2019).

⁴⁶⁵ No obstante, de este modo, lo convertiríamos en una simple opción de conciencia. SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Bioderecho y derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, en “Derecho y religión” / coord. por Ricardo García García, Jaime Rossell Granados, 2020, Ed. Edisofer, , pp. 519-575.

prever el hecho de que pueda ser cambiante ya que el ser humano está en constante evolución en el desarrollo de su personalidad y madurez o experiencia, máxime cuando los progresos médicos están sujetos a tantos avances importantes.

e) Debe admitirse también la posibilidad de la llamada objeción de conciencia parcial, que puede ser sobrevenida y que surge en casos límite respecto de la legalidad. Es decir, en supuestos en los que, formalmente, existiría deber jurídico de actuar pero las circunstancias determinan que sea discutible la concurrencia de ese deber.

Los ordenamientos constitucionales democráticos, ante la disyuntiva de obedecer a la propia conciencia o al Derecho, tratan de prever diversas soluciones que eviten la transgresión de los límites jurídicos o que el respeto a la legalidad vacíe de contenido un derecho inalienable a actuar en conciencia. En las sociedades democráticas, los ciudadanos deben tener la posibilidad de disentir de las reglas generales legalmente establecidas para el caso de que constituyan deberes inexcusables para el sujeto y éste no disponga de alternativas para el cumplimiento de ese deber⁴⁶⁶.

3.2.- *La objeción de conciencia en la jurisprudencia y la legislación*

Los reconocimientos legislativos en el ámbito sanitario de la objeción de conciencia han sido escasos. Esto supone una liberación del positivismo jurídico⁴⁶⁷ derivado quizás de ser considerado como un derecho fundamental que actúa con independencia de ser reconocido y desarrollado por el legislador. Sin embargo, el documento del Comité de Bioética de España indica que falta un pronunciamiento claro e inequívoco que reconozca este derecho como una parte esencial de la libertad de conciencia, cuyo ejercicio no debe ser menoscabado por normas jurídicas o disposiciones administrativas de menor rango⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ *Opinión del Comité de bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad*, p. 10.
<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/La%20objecion%20de%20conciencia%20en%20sanidad.pdf> (visto el 09/01/2019).

⁴⁶⁷ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), p. 303.

⁴⁶⁸ *Opinión del Comité de bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad*, Voto particular de César Nombela Cano, p. 22.

3.2.1.- Reconocimiento en la jurisprudencia

La objeción de conciencia se ha reconocido en diversas sentencias con distinto criterio:

a) Por un lado por sentencias que consideran a la objeción de conciencia como parte del contenido del derecho a la libertad ideológica y religiosa del artículo 16.1, (y no sólo en el artículo 30.2 de la Constitución), como un derecho fundamental que actúa sin necesidad de un reconocimiento legislativo y que lejos de suponer un déficit normativo libera a la misma del positivismo jurídico⁴⁶⁹. Esta visión no proporciona seguridad pero sí un cumplimiento más efectivo de este principio fundamental.

- Sentencia del Tribunal Constitucional 15/1982, de 23 de abril⁴⁷⁰, que tiene su origen en un pronunciamiento sobre el servicio militar. Se puede extrapolar de su FJ6º que el derecho a la objeción de conciencia deviene del propio artículo 16 de la Constitución Española y que por tanto no haría falta una regulación sobre la misma.

-Sentencia del Tribunal Constitucional 53/1985, de 11 de abril, contra la reforma del Código Penal respecto al aborto, en su FJ14º penúltimo párrafo dice expresamente que la objeción de conciencia forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocido en el art. 16.1 de la Constitución y que, como ya ha indicado en diversas ocasiones, la Constitución es directamente aplicable especialmente en materia de derechos fundamentales.

-Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 16 de enero de 1998⁴⁷¹, que analiza el Real Decreto 2409/1986, de 21 de noviembre, sobre centros sanitarios acreditados para la práctica legal de la interrupción voluntaria del embarazo, en su FJ14º respecto a la objeción de conciencia indica que se trata de un derecho indudable de los médicos y que su existencia y ejercicio no resulta condicionada por el

⁴⁶⁹ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. “La objeción de conciencia del personal sanitario a las instrucciones previas por motivos religiosos”, en MARTÍN SÁNCHEZ, L., GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M, coordinadores, *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho fundamental de libertad religiosa en España*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, pp. 275-297.

⁴⁷⁰ STC 15/1982, de 23 de abril (F.J. 6º). Y, puesto que la libertad de conciencia es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el art. 16, puede afirmarse que la objeción de conciencia es un derecho reconocido explícita e implícitamente en el ordenamiento constitucional español, sin que contra la argumentación expuesta tenga valor alguno el hecho de que el art. 30.2 emplee la expresión «la Ley regulará», la cual no significa otra cosa que la necesidad de la *interpositio legislatoris* no para reconocer, sino, como las propias palabras indican, para «regular» el derecho en términos que permitan su plena aplicabilidad y eficacia”.

⁴⁷¹ STS 147/1998, 16/01, ponente: D. Rafael Fernández Montalvo (F.J. 14º).

hecho de que se haya dictado o no tal regulación. Por otra parte, resulta difícilmente encuadrable en el ámbito propio de una normativa de carácter reglamentario, ya que es directamente aplicable al formar parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica y religiosa reconocida en el artículo 16.1 de la constitución.

b) Por otro lado por sentencias que pretenden encauzar la objeción de conciencia como una opción de conciencia ejercitable previa existencia de una norma que la reconozca, *interpositio legislatoris*, reduciéndose sólo a aquellas situaciones a las que el legislador reconozca su existencia⁴⁷², dotándola de este modo de seguridad jurídica al establecer un reconocimiento expreso.

- Sentencias del Tribunal Constitucional 160 y 161/1987, de 27 de octubre, referidas a la objeción en el servicio militar. Se reconoce que el derecho a la objeción se establece en el artículo 30.2 de la Constitución, pese a que su relación con el artículo 16 que alude a la libertad ideológica no le autoriza ni permite calificarlo de fundamental. En el FJ3º de la Sentencia 160/1987 se afirma que es justamente su naturaleza excepcional lo que le caracteriza como derecho constitucional autónomo, pero no fundamental, y lo que legitima al legislador para regular el servicio militar por Ley ordinaria. La Sentencia 161/1987 en su FJ3º señala a la objeción de conciencia, con carácter general, como derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones. Considera el derecho a la objeción de conciencia respecto a la prestación del servicio militar obligatorio como un derecho autónomo.

-Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, de 11 de mayo de 2009⁴⁷³, sobre un juez del Registro Civil que solicita abstenerse de celebrar matrimonios del mismo sexo. Su pretensión era una objeción de conciencia como negativa, por razones axiológicas de contenido primordialmente religioso, a someterse a una conducta que en principio le sería jurídicamente exigible. Objeción, dice el acuerdo, que si bien ha sido considerada como uno de los posibles contenidos de la libertad religiosa reconocida por el artículo 16 de la Constitución, no puede tenerse por un elemento necesario de la misma en nuestro ordenamiento ni tampoco dar lugar a un derecho de carácter general a la misma dotado de sustantividad

⁴⁷² SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), p. 303.

⁴⁷³ STS 3059/2009, 11/05, ponente: D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva. (F.J. 2º).

propia.(...) Nuestra tradición jurídica y los principios inspiradores del orden constitucional han venido erigiendo al Juez en sinónimo de certeza y garante de la Seguridad Jurídica, por lo que aceptar una excepción de la aplicación de la norma legal, no amparada jurídicamente, basada en concepciones y valoraciones puramente subjetivas, contribuye poco a la permanencia de esa consideración, pudiendo tornarse -- y esto es lo más grave-- en un factor de inseguridad jurídica de consecuencias impredecibles. En este caso las órdenes serían consustanciales a las obligaciones profesionales.

- En la Sentencia del Tribunal Supremo 342/2009, de 11 de febrero⁴⁷⁴, (F.J. 8º), se indica que “la Constitución Española no proclama un derecho a la objeción de conciencia de alcance general por lo que nada impide al legislador ordinario reconocer la posibilidad de dispensa por razones de objeción de conciencia a determinados deberes jurídicos como un derecho de rango puramente legislativo (no constitucional) susceptible de ser modificado. Si bien de la Constitución surge un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, con base en el art. 16.1 Constitución Española, lo cual garantizaría un derecho a la libertad religiosa e ideológica y además supondría comportarse en todas las circunstancias de la vida con arreglo a las propias creencias una interpretación sistemática del texto constitucional no conduce a ello, sobre todo si tenemos en cuenta que la referencia al artículo 30.2 de la Constitución Española no tendría sentido puesto que ya estaría prevista la objeción de conciencia con alcance general en el artículo 16.1 de la Constitución, y que tampoco supone que cada uno pueda comportarse con arreglo a sus propias creencias al hacer depender la eficacia de las normas jurídicas de su conformidad con cada conciencia individual, lo que supondría socavar los fundamentos mismos del Estado democrático de derecho”. El F.J. 8º continúa diciendo que “una vez sentado que el art. 16.1 CE no da base para afirmar la existencia de un derecho a la objeción de conciencia de alcance general, es preciso verificar si éste podría encontrar fundamento en la jurisprudencia o en algún instrumento internacional”. Se observa un reconocimiento restrictivo de la objeción de conciencia dado el temor de las consecuencias de una aceptación más amplia para el funcionamiento del Estado⁴⁷⁵.

⁴⁷⁴ STS 342/2009, ponente: D. Juan José González Rivas. (F.J. 8º).

⁴⁷⁵ OLIVER ARAUJO, J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, Madrid, Civitas, 1993, p.33.

Considero que el derecho a la objeción de conciencia es un derecho fundamental en base al artículo 16.1 de nuestra Constitución. Sin embargo, éste se ha de armonizar, al mismo tiempo, con los derechos que se reconocen a terceros igualmente legítimos. En el caso de los profesionales sanitarios, éstos se enfrentan a situaciones concernientes tanto a la vida como al final de la misma, por lo que se van a enfrentar más directamente a una situación de conciencia. Es por esto que la objeción de conciencia se ha regulado de forma expresa en legislaciones tales como la Ley 3/2009, de 11 de mayo, de los Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia, la Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, y más recientemente la Ley Orgánica 3/2020, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. En estas últimas se ha mencionado la objeción de conciencia aunque sin establecer cómo va a ser su ejercicio, o bien estableciendo unos requisitos de manifestación anticipada, y por escrito, que más que dar seguridad a los profesionales sanitarios parecer poner impedimentos al derecho de objeción. Se trata de que el profesional sanitario pueda ejercer su derecho a la objeción de conciencia sin menoscabar otros derechos igualmente protegidos como derechos fundamentales, por lo que las Administraciones Públicas deberían arbitrar medidas que garantizaran tanto el derecho a la objeción de conciencia como el derecho a la vida y a la integridad física⁴⁷⁶, ambos igualmente legítimos, sin llegar a estigmatizar a ninguna de las partes.

3.2.2.- Regulación positiva: Constitución, Derecho internacional, estatal y legislación autonómica

La objeción de conciencia como tal, en cuanto a su regulación, sólo está prevista en el artículo 30.2 de la Constitución Española cuando hace referencia al servicio militar o en el artículo 20.1.d)⁴⁷⁷ cuando hace referencia a la cláusula de conciencia sobre el

⁴⁷⁶ STJ de Andalucía nº 1524/2009, 23/11, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera (Granada), (FJ 5º), El ejercicio a la libertad de conciencia y del derecho a la objeción de conciencia ... está limitado en cuanto afecta a otros derechos y libertades fundamentales, como son el derecho a la vida y a la integridad física y a la salud (física y psíquica) regulados en el artículo 15 de la Constitución Española y a la libertad ideológica de la mujer en la toma decisiones que afectan a su cuerpo (artículo 16 Constitución Española). SALCEDO HERNANDEZ, J.R., (2013), pp. 309.

⁴⁷⁷ “A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades”. Desarrollado por la Ley Orgánica 2/1997, de 19 de junio.

derecho a la información, e indirectamente podemos entreverla en el artículo 16 de la Constitución Española al hablar de libertad ideológica y religiosa.

El artículo 10.2⁴⁷⁸ de la Constitución Española nos remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁷⁹ y a los acuerdos internacionales para interpretar los derechos fundamentales y las libertades que se reconocen en la Constitución, como es el caso del artículo 16 de nuestra Norma Suprema. En cuanto al artículo 10.2 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea⁴⁸⁰ se requiere expresamente una *interpositio legislatoris* para desplegar sus efectos, por lo que no admitiría un derecho a la objeción de conciencia en ausencia de ley que lo regule. La Sentencia del Tribunal Supremo 3059/2009, 11 de mayo, recuerda en su F.D. 6º que no se excluye de raíz que no pueda entenderse que en la Constitución surge tácitamente un derecho a quedar eximido del cumplimiento de un deber jurídico válido, en circunstancias verdaderamente excepcionales, es decir, cuando exista efectivamente una contraposición radical entre la conciencia de quienes pretenden ser eximidos de su cumplimiento frente a unos deberes públicos de significación tan acusada como sucede cuando se trata de prestar el servicio militar obligatorio o el de intervenir en la práctica del aborto en los supuestos despenalizados⁴⁸¹.

En cuanto a la previsión de la objeción de conciencia en la legislación internacional, ésta se consagra en términos similares en el Convenio Europeo de Derechos humanos y libertades fundamentales⁴⁸², así como en el Pacto Internacional de

⁴⁷⁸ “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁴⁷⁹ Artículo 18 de la Declaración de los Derechos Humanos 1948: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”.

⁴⁸⁰ Artículo 10.2 Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea: “Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

⁴⁸¹ STS 3059/2009 de 11 de mayo de 2009, recurso 69/2007, recurso de casación. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva. FD 6º.

⁴⁸² Artículo 9 Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Convenio Europeo de Derechos humanos y libertades fundamentales: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de

Derechos Civiles y Políticos de 1966⁴⁸³, en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la Resolución 1763 de 2010, y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, de 7 de diciembre de 2000⁴⁸⁴, como única mención explícita de manera internacional a la objeción de conciencia.

El Derecho se muestra como un instrumento mediante el cual la sociedad trata de organizarse a sí misma en torno a unos valores que son esencialmente éticos. Descartar la conciencia individual es una discriminación potencial contra minorías religiosas, de ahí la importancia que el tema va adquiriendo en Estados Unidos y, en general, en todo Occidente⁴⁸⁵.

En cuanto a la legislación nacional se pueden encontrar ciertas Comunidades Autónomas que han aludido a la objeción de conciencia en el ámbito farmacéutico aunque sin regular su ejercicio: Artículo 5.10 de la Ley 8/1998, de 16 de junio, de Farmacia de la Rioja; artículo 6 de la Ley 5/1999, de 21 de marzo, de Farmacia de Galicia; artículo 3.2 de la Ley 7/2001, de 19 de diciembre, de Farmacia de Cantabria y el artículo 17 de la Ley 5/2002, de 27 de junio, de Farmacia de Castilla La Mancha.

conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

⁴⁸³ *Artículo 18.1 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*. “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de los ritos, las prácticas y la enseñanza. 2. Nadie será objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicas, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, para garantizar que los hijos reciban la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones”.

⁴⁸⁴ *Artículo 10 Libertad de pensamiento, de conciencia y de religión*: “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, a través del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. Se reconoce el derecho a la objeción de conciencia de acuerdo con las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

⁴⁸⁵ NAVARRO-VALLS, R “Los nuevos herejes. Medidas contra la libertad religiosa en Estados Unidos”, *zenit.org*, 31 -01- 2012, <https://es.zenit.org/articles/los-nuevos-herejes/> (visto el 21/12/2021).

En algunas Comunidades Autónomas se ha legislado sobre la objeción de conciencia. Sin embargo, esto no supone que únicamente los médicos de estas entidades territoriales puedan ser objetores puesto que se trata de un derecho fundamental contemplado en el artículo 16 de la Constitución, que tal y como ha dictaminado el Tribunal Constitucional será de aplicación en todo el territorio nacional.

No aparece reconocido el derecho a la objeción de conciencia ni en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, ni en la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud⁴⁸⁶. En las leyes autonómicas sobre muerte digna⁴⁸⁷ no se ha hecho mención a la objeción de conciencia, sin que tal situación suponga la prohibición de ejercerla por el sólo hecho de no regularse expresamente. Una vez más, supondrá tener que recurrir al contenido implícito del artículo 16.1 de la Constitución con un *status* de derecho fundamental. Hubiese sido, tal vez, más oportuno hacer una referencia expresa a dicha exención para abordar el tema de forma más clara con su correspondiente procedimiento al efecto.

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia⁴⁸⁸ garantiza el respeto a la libertad de conciencia del personal sanitario, cuya definición se establece en el artículo 3.f) como un derecho individual de los profesionales sanitarios a no atender aquellas demandas de actuación sanitaria reguladas en esta Ley que resultan incompatibles con sus propias convicciones. El artículo 16 establece la posibilidad de

⁴⁸⁶ GALÁN CÁCERES, J.C., y CASADO BLANCO, M., (2016), p. 200.

⁴⁸⁷ Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte (Andalucía), Ley foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (Navarra), 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 (Aragón), Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida (Canarias), Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir (Balears), Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales (Galicia), Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida (País Vasco), Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir (Madrid), Ley 5/2018, de 22 de junio, sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida (Asturias), Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida (Valencia).

⁴⁸⁸ Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (BOE 25 de marzo de 20201).

ejercer la objeción de conciencia para los profesionales sanitarios implicados en la prestación de ayuda para morir, la cual ha de ser solicitada de forma anticipada y por escrito. Por tal motivo, se creará un registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia que garantizará la prestación de ayuda a morir, lo que está en línea con lo señalado en el artículo 14 al expresar que no se podrá menoscabar el acceso y la calidad asistencial de la prestación por el ejercicio de la objeción de conciencia sanitaria.

Por otro lado, se estableció la objeción de conciencia en el artículo 19.2.2 de la Ley 2/2010⁴⁸⁹ y se señaló que los profesionales directamente vinculados con la interrupción voluntaria del embarazo tendrían derecho a ejercerla sin que el acceso y la calidad asistencial de la prestación pudieran resultar menoscabadas por el ejercicio de la objeción de conciencia. El rechazo o la negativa a realizar la intervención de interrupción del embarazo por razones de conciencia es una decisión siempre individual del personal sanitario directamente implicado en la realización de la interrupción voluntaria del embarazo, que debe manifestarse anticipadamente y por escrito. En todo caso los profesionales sanitarios dispensarán tratamiento y atención médica adecuados a las mujeres que lo precisen antes y después de haberse sometido a una intervención de interrupción del embarazo. Si excepcionalmente el servicio público de salud no pudiera facilitar en tiempo la prestación, las autoridades sanitarias reconocerán a la mujer embarazada el derecho de acudir a cualquier centro acreditado en el territorio nacional con el compromiso escrito de asumir directamente el abono de la prestación.

En el artículo 19.2, a su vez, se prevé la existencia de un registro de médicos que manifestarán su objeción de conciencia de forma anticipada y por escrito a realizar ciertas prácticas médicas solicitadas, y todo ello por razón de sus convicciones. Se trata de un mecanismo de regulación interna para que pueda registrarse las condiciones por las cuales quiere objetar y los contenidos de la misma⁴⁹⁰. Estos registros no están exentos de polémica al ser susceptibles de vulnerar el artículo 16.2 de la Carta Magna por no poder nadie ser obligado a declarar sobre sus creencias, así como el artículo 18

⁴⁸⁹ Artículo 19 *Ley 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. Medidas para garantizar la prestación por los servicios de salud.

⁴⁹⁰ Organización médica colegial, “La profesión médica ve insuficiente el reconocimiento de la objeción de conciencia en la Ley del Aborto y pide más regulación”, publicado el 5/10/2010. http://www.cgcom.org/noticias/2010/07/10_07_05_objecion.

de la Constitución en referencia al derecho a la intimidad⁴⁹¹. Sin embargo, el Alto Tribunal ya ha indicado, al respecto, que el derecho constitucional a no declarar sobre las creencias no resultará vulnerado cuando sea el propio sujeto quien solicite al Estado ser eximido de un deber constitucional. La posible colisión con los derechos reconocidos en los artículos 16 y 18 de la Constitución desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que lleva implícito la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas⁴⁹².

Hay colegios profesionales, como el de Madrid o el de Málaga, que expresan qué objeciones son consideradas válidas por la Comisión deontológica en cualquier supuesto que se plantee siendo necesario que los médicos sean entrevistados por las Comisiones de Deontología de los Colegios Provinciales de Médicos⁴⁹³. Igualmente se ha establecido un procedimiento para el registro de las solicitudes de objeción de conciencia de los profesionales directamente implicados en la interrupción voluntaria del embarazo, en casos de objeción de conciencia en Comunidades como en Castilla La Mancha por Orden de la Consejería de Salud de 21 de junio de 2010, modificada por Orden de 14 de octubre de 2010⁴⁹⁴. En Navarra, por la Ley Foral de 8 de noviembre de 2010, se crea el registro de profesionales objetores de conciencia⁴⁹⁵ a realizar una interrupción voluntaria del embarazo siendo la dirección del centro, conforme al artículo 3.5 de dicha Ley, quien podrá decidir si al personal directamente implicado se le

⁴⁹¹ BONILLA SÁNCHEZ, J.J., “La objeción de conciencia del personal sanitario ante los avances de las ciencias de la vida”, *Boletín Mexicano Derecho Comparad*, vol.44 nº132, 2011, p. 1000.

⁴⁹² *Opinión del Comité de bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad*, p. 12. Sentencia del Tribunal Constitucional 160/1987, de 27 de octubre, recurso 263/1985, FJ 5 “La posible colisión con los derechos reconocidos en los arts. 16.2 y 18.1 C.E., desaparece por el mismo ejercicio del derecho a la objeción, que en sí lleva la renuncia del objetor a mantener en el ámbito secreto de su conciencia sus reservas ideológicas (...)”.

⁴⁹³ FERNÁNDEZ-CREHUET, J. El registro de objetores debería ser validado por la deontología de los colegios <http://www.diariomedico.com/2010/03/29/area-profesional/normativa/el-registro-de-objetores-deberia-ser-validado-por-la-deontologica-de-los-colegios>.

⁴⁹⁴ DOCLM de 22 de octubre de 2010.

⁴⁹⁵ AUTO 98/2011, de 22 de junio sobre el recursos de inconstitucionalidad nº 825/2011 contra la Ley Foral de Navarra por un gran número de diputados del PP admitido por Auto del TC de 22 de junio de 2011 (BOE nº 160, de 6 de julio de 2011) no respetando la intimidad de las personas. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22573>.

deniega o no la inscripción, dotándolo así de una sorprendente potestad⁴⁹⁶. En la resolución 14/2017, de 8 de marzo⁴⁹⁷, del Gerente del Complejo Hospitalario de Navarra se delega la competencia para la inscripción de declaraciones de objeción de conciencia en el Registro de Profesionales Objetores de Conciencia a los Jefes de Área de diferentes Servicios en el caso de interrupción voluntaria del embarazo. El titular de la Dirección del Centro ordenará de oficio las inscripciones correspondientes⁴⁹⁸ sin especificarse qué sucederá con el registro para objetores en referencia a otras materias.

En la legislación italiana, el artículo 9 de la Ley 22 de mayo 1978⁴⁹⁹, exige al objetor una declaración expresa y previa pero no hay un procedimiento de verificación de la misma, aunque también se reconoce la objeción sobrevenida pero sometida al plazo de un mes, dirigiéndose la declaración a las instituciones sanitarias superiores⁵⁰⁰.

En España, el personal podrá ser cambiado de puesto por necesidades imperativas de la organización sanitaria respetando todas las condiciones laborales y económicas dentro del Área de Salud⁵⁰¹. El personal sanitario que objeta no podrá sufrir discriminación alguna⁵⁰², y cualquier despido por este motivo será improcedente o nulo siguiendo el criterio del Tribunal Constitucional⁵⁰³.

⁴⁹⁶ CEBRIÁ GARCÍA, M.D., “Del personal sanitario y reformas legislativas en España”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 27, p. 23.

⁴⁹⁷ Resolución 14/2017 publicada el 10 de mayo de 2017 en el Boletín Oficial de la Comunidad Foral de Navarra. http://www.navarra.es/home_es/Actualidad/BON/Boletines/2017/89/Anuncio-1/.

⁴⁹⁸ *Redacción médica*, “Salud delega la objeción de conciencia sobre abortos en los jefes de área”, publicado el 10 de mayo de 2017. <https://www.redaccionmedica.com/autonomias/navarra/salud-delega-la-objecion-de-conciencia-sobre-abortos-en-los-jefes-de-area--8492>.

⁴⁹⁹ Ley n° 194, de 22 de mayo de 1978, *norme per la tutela sociale della maternità e sull'interruzione volontaria della gravidanza*, (Gazzetta Ufficiale n. 140 del 22-5-1978).

⁵⁰⁰ ORTEGA GUTIÉRREZ, D. “De la objeción de conciencia en el ámbito sanitario”, *Revista de derecho político* n° 45, 1999, p. 131.

⁵⁰¹ Artículo 87.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

⁵⁰² ORTEGA GUTIÉRREZ, D., (1999), p. 131.

⁵⁰³ Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de marzo de 1985 ante despidos que afectaban a la libertad de expresión ideológica de un profesor.

En el Hospital Público de Ponferrada, en el año 1985⁵⁰⁴, tuvieron lugar dos abortos legales; sin embargo ocho enfermeras se negaron a participar por razones ideológicas y de conciencia. Dicha negativa fue formulada por escrito ante la Dirección del Hospital y como consecuencia de ello hubo un cambio de Servicio de las profesionales sanitarias. Cuatro de ellas interpusieron un recurso contencioso administrativo para anular dicha situación al considerar que vulneraban sus derechos de libertad religiosa e ideológica. Tras ser desestimado por la Audiencia Territorial de Valladolid se formuló ante el Tribunal Supremo y en sentencia de 20 de enero de 1987 se determinó que dicho traslado de Servicio realizado por la Dirección del Hospital no suponía una represalia si se hacía sin afectar al lugar de residencia, al hospital, a las categorías profesionales y a los salarios o sueldos, que en ningún momento han sido degradados o disminuidos.

En mi opinión, la objeción de conciencia es un derecho fundamental reconocido en el artículo 16.1 de nuestra Constitución Española, que puede aplicarse incluso en ausencia de un desarrollo legislativo. Además, se ha de aplicar junto a otros derechos sin que éstos sean mermados. A falta de legislación que regule la objeción de conciencia de forma completa son los tribunales los que seguirán pronunciándose acerca de su aplicación en los diversos supuestos en los que surjan, y aunque es incuestionable el derecho a la objeción de un profesional sanitario en la aplicación de un documento de voluntades anticipadas, se debe de garantizar el cumplimiento de las mismas a través de los medios que sean precisos. Regular el modo de poder realizar el derecho fundamental a la objeción no debe suponer acotaciones al mismo sino más bien una forma de facilitar su ejercicio al tiempo que se garantizan otros derechos establecidos⁵⁰⁵. Sin duda un profesional sanitario alegará objeción de conciencia únicamente cuando la circunstancia que la origine tenga lugar, pues la implicación del profesional respecto al paciente es innegable.

3.3.- Códigos Deontológicos

Los Códigos Deontológicos fueron los primeros elementos normativos que recogen la objeción de conciencia⁵⁰⁶ y vinculan a los miembros que ejercen esa

⁵⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 181/1987, de 20 de enero de 1987 (FD 4°).

⁵⁰⁵ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R. (2013), p. 300.

profesión, es decir, tienen trascendencia jurídica pues se trata de un derecho derivado o estatutario legitimado por la normativa estatal y con fundamento en el artículo 36 Constitución⁵⁰⁷, el artículo 4 Convenio de Oviedo⁵⁰⁸ y en la Ley 2/1974 Colegios Profesionales⁵⁰⁹.

La Asamblea General del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, adoptó en nuestro país, el 31 de mayo de 1997, la negativa a realizar por motivos éticos o religiosos determinados actos que son ordenados o tolerados por la autoridad, los cuales son considerados de una gran dignidad ética cuando las razones aducidas por el médico sean serias, sinceras y constantes y se refieran a cuestiones graves y fundamentales. En este sentido, el Código de Ética y Deontología Médica en los artículos 32 y siguientes indica que el médico objetor deberá comunicar al responsable de garantizar la prestación y, potestativamente, al Colegio de Médicos su condición de objetor de conciencia. Además, cuando sea una objeción sobrevenida el médico objetor comunicará al paciente de forma comprensible y razonada su objeción a la asistencia sanitaria que este le solicita. No obstante, aunque el profesional sanitario decida no realizar la acción objetada, éste estará obligado a prestar servicio al paciente si se produce una urgencia, a pesar de que dicha atención se relacione con la acción objetada. En todo caso, la libertad de las personas interesadas en buscar la opinión de otros médicos ha de ser respetada, pero al mismo tiempo se debe tener en cuenta la propia libertad que posee el profesional médico para poder declararse objetor de conciencia sin tener que estar condicionado por acciones u omisiones ajenas, por ello los Colegios Médicos le prestarán el asesoramiento y la ayuda necesarios. En el Código Deontológico italiano se estipula que si el médico, por razón de sus convicciones, considera que en ningún caso debe provocarse el aborto, éste deberá procurar los cuidados más urgentes y confiar la paciente a algún colega⁵¹⁰.

⁵⁰⁶ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), p. 310.

⁵⁰⁷ “La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos”.

⁵⁰⁸ *Artículo 4* “Obligaciones profesionales y normas de conducta. Toda intervención en el ámbito de la sanidad, comprendida la investigación, deberá efectuarse dentro del respeto a las normas y obligaciones profesionales, así como a las normas de conducta aplicables en cada caso”.

⁵⁰⁹ Artículo 2.5 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

Las transgresiones de las normas de deontología profesional pueden dar lugar a sanciones disciplinarias en los Colegios Profesionales⁵¹¹. El Tribunal Constitucional en la sentencia 219/1989, de 21 de diciembre, FJ 5º, argumenta que las normas deontológicas determinan obligaciones de necesario cumplimiento por los colegiados y responden a las potestades públicas que la Ley delega a favor de los Colegios. Aunque las reglas deontológicas no tengan por sí mismas carácter de norma legal aplicable por los tribunales de justicia, los códigos deontológicos no constituyen tampoco simples tratados de deberes morales, sino que determinan obligaciones de necesario cumplimiento para los colegiados, esto es, para quienes son miembros de un Colegio profesional por lo que actúan como Derecho Estatutario. El reconocimiento de los Códigos deontológicos dependerá de su inclusión en normas legales proporcionando seguridad jurídica a los profesionales⁵¹².

3.4.- Límites en la objeción de conciencia

Como límite a la objeción de conciencia está previsto, en el artículo 16. 1 de la Constitución Española, la garantía del orden público que posteriormente se concreta en el artículo 3.1 de la Ley Orgánica de Libertad religiosa 7/1980⁵¹³, la cual en desarrollo del precepto constitucional define cuáles son los límites del orden público en la salvaguarda de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública⁵¹⁴. Sea cual sea la naturaleza jurídica que se atribuya a la objeción de conciencia en los ordenamientos democráticos nunca puede concebirse como institución que garantice la superioridad de la conciencia frente a la ley o la haga ilimitada ante los valores que encauza el precepto

⁵¹⁰ Artículo 57,b) del Código de Deontología italiano.

⁵¹¹ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), p. 310. Sentencias del Tribunal Supremo: 27 de diciembre de 1993, FJ4º; 10 de diciembre de 1998, FJ 5º; 17 de diciembre de 1998, FJ6º.

⁵¹² SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN F., *La relación clínica farmacéutica-paciente. Cuestiones prácticas de Derecho Sanitario y Bioética*, Ed. Comares, Granada 2007, p. 13.

⁵¹³ *Artículo 3.1 L.O. 7/1980, de 5 de julio, de Libertad religiosa*. El ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática.

⁵¹⁴ BONILLA SÁNCHEZ, J.J., (2011), pp. 1000-1001

que se trasgrede⁵¹⁵. En el Documento del Comité de Bioética de España se indica que los derechos no son nunca absolutos, es más, existen límites para su ejercicio que garantizan los derechos de los demás por lo que habrá que establecer cuáles son los límites. No en vano, la prestación del servicio debe ser la regla general y no la excepción⁵¹⁶. En los supuestos de riesgo colectivo por tratamientos médicos la sociedad no debe ponerse seriamente en peligro por una oposición individual, es decir, prevalece la tutela de la salud colectiva sobre el dictado de la conciencia individual⁵¹⁷.

El fundamento de la objeción de conciencia estaría implícitamente reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución Española como se ha indicado en numerosas ocasiones por la jurisprudencia constitucional, por lo que no se hace necesaria una ley general que la admita⁵¹⁸, ya que al estar incluido en el Capítulo II (Derechos y Libertades) del Título I (De los derechos y deberes fundamentales), esto implica un reconocimiento como Derecho Fundamental aunque no aparezca expresamente en el texto constitucional⁵¹⁹. Sin embargo, una regulación sobre la objeción de conciencia respecto al contenido, límites y la forma de su ejercicio en el ámbito sanitario dotaría de seguridad jurídica a los posibles conflictos que pudieran surgir entre los pacientes y el personal sanitario, evitando de este modo la discrecionalidad y los abusos y garantizando los derechos que los pacientes tienen reconocidos⁵²⁰. Al regular la objeción de conciencia no estamos protegiendo al facultativo o profesional sanitario, el cual ya tiene una protección prevista en la Carta Magna, sino que más bien se protege al paciente que sufre las consecuencias de la misma quedando desasistido, restaurando así el derecho que también le ampara.

⁵¹⁵ MOTILLA, A. “Consideraciones en torno a la objeción de conciencia en el Derecho español”, *Ius Canonicum*, XXXIII, nº 65, 1993, p 146.

⁵¹⁶ Opinión del Comité de bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad, Voto particular de María Casado, p. 20

⁵¹⁷ GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos”. *Revista de Derecho Político*, nº 42, 1997, p. 92.

⁵¹⁸ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M. (2009), pp. 275-297

⁵¹⁹ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), pp.279.

⁵²⁰ OLIVA BLAZQUEZ, F. “La objeción de conciencia: ¿Un derecho constitucional?”, en ALARCOS MARTÍNEZ, F.J., (Dir.), *Objeción de conciencia y sanidad*, Comares, Granada, 2011, p. 12.

El paciente tiene el derecho de manifestar su voluntad en el documento de voluntades anticipadas, pero no a que le impongan al profesional sanitario la obligación de cumplirlas sin ponderar y armonizar los principios, valores y deberes existentes ya que no supone una obediencia ciega⁵²¹, por lo que se deberán arbitrar soluciones al efecto que presten una adecuada atención al paciente en función de sus derechos⁵²², dado que un reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia al profesional sanitario no debe suponer un menoscabo para los derechos del otorgante. Nos encontramos ante un conflicto entre el cumplimiento de un deber profesional legalmente establecido y el ejercicio de la libertad ideológica y de creencias de las personas obligadas por ese deber que consideran contrario a sus principios⁵²³. Afirmar la soberanía de la conciencia en cualquier supuesto, sin restricciones ni límites, significa convertir el Estado de Derecho en algo materialmente impracticable. Se hace necesario precisar cuáles son las razones específicas que pueden dar lugar a la objeción⁵²⁴. De este modo, todo profesional tendrá la obligación moral e ineludible de conocer los límites de la objeción y de buscar alternativas prudentes⁵²⁵.

Nos encontramos ante una situación hasta ahora infrecuente en el ámbito de la clínica para la cual el profesional no ha podido aún madurar expectativas de comportamiento⁵²⁶. La objeción de conciencia no se puede reconocer de manera inmediata ni absoluta sin ponderar las alternativas y los bienes que existen en conflicto⁵²⁷; debe tratarse de un supuesto auténtico y no de una forma de imponer una

⁵²¹ SEOANE, J.A., (2011), p. 27.

⁵²² *El documento sobre la objeción de conciencia en sanidad del observatorio de bioética de la Universidad de Barcelona*, p. 31, punto 2: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/presentacion-del-documento-sobre-la-objecion-de-conciencia-en-sanidad>.

⁵²³ *Opinión del Comité de bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad*, pp. 10-11.

⁵²⁴ *Opinión del Comité de bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad*, p. 12.

⁵²⁵ SÁNCHEZ JACOB, M. “Objeción de conciencia y su repercusión en la sanidad”. *Boletín de Pediatría de Asturias, Cantabria, Castilla y León*, 2007, p. 26.

⁵²⁶ COUCEIRO, A, SEOANE, J.A., y HERNANDO, P. “La objeción de conciencia en el ámbito clínico. Propuesta para un uso apropiado (I)”. *Revista de calidad asistencial*, Vol. 26 nº 3, 2011, pp. 191-192

⁵²⁷ COUCEIRO, A, SEOANE, JA, HERNANDO, P. “La objeción de conciencia en el ámbito clínico. Propuesta para un uso apropiado (II)”. *Revista de Calidad Asistencial*, Vol. 26, nº 5, 2011, pp.323

postura o un acto discriminatorio hacia el paciente o un intento de eludir responsabilidades frente a hechos conflictivos⁵²⁸.

En la sanidad pública no se debería invocar la objeción de conciencia si ésta va a impedir que se ejerzan los derechos reconocidos a los ciudadanos, otorgándose los medios adecuados para que el profesional pueda objetar pero respetando la decisión del otorgante⁵²⁹. Los poderes públicos, como la administración sanitaria, deben de actuar como garantes de la eficacia de los derechos⁵³⁰, tanto del otorgante del documento de voluntades anticipadas como de los facultativos implicados, estableciendo qué prácticas serían susceptibles de objeción de conciencia⁵³¹.

3.5.- Objeción de conciencia e instrucciones previas

El artículo 11.3 de la ley 41/2002 no menciona la objeción de conciencia como causa de no aplicación del documento de voluntades anticipadas. Sin embargo, algunas Comunidades Autónomas han reconocido el derecho de los profesionales sanitarios a formular objeción de conciencia, como sucede en el Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, de la Comunidad Valenciana⁵³²; en la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito

⁵²⁸ MONTERO VEGA, A y GONZÁLEZ ARAYA, E. “La objeción de conciencia en la práctica clínica”, *Acta bioética*, 2011, p. 29.

⁵²⁹ *El documento sobre la objeción de conciencia en sanidad del observatorio de bioética de la Universidad de Barcelona*: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/presentacion-del-documento-sobre-la-objecion-de-conciencia-en-sanidad> p. 32

⁵³⁰ *El documento sobre la objeción de conciencia en sanidad del observatorio de bioética de la Universidad de Barcelona*: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/presentacion-del-documento-sobre-la-objecion-de-conciencia-en-sanidad> p. 32

⁵³¹ Distintas entidades nacionales, asociaciones, organismos colegiales disponen en sus páginas webs formularios para presentar la objeción de conciencia. Como sucede en la página web de la Asociación Catalana de Estudios Bioéticos: www.aceb.org o en la asociación para la defensa del derecho a la objeción de conciencia: www.andoc.es

⁵³² Artículo 5.3 Eficacia del Documento de Voluntades Anticipadas, Decreto 168/2004, de 10 de septiembre de la Comunidad Valenciana. “El Documento de Voluntades Anticipadas producirá plenos efectos por sí mismo y deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan alguna relación con el autor del mismo. En el caso de que en el cumplimiento del Documento de Voluntades Anticipadas surgiera la objeción de conciencia de algún facultativo, la entidad sanitaria responsable de prestar la asistencia sanitaria pondrá los recursos suficientes para atender la voluntad anticipada del paciente en los supuestos admitidos por el ordenamiento jurídico”.

sanitario y se crea el registro correspondiente en la Comunidad de Madrid⁵³³; en la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, de La Rioja⁵³⁴; en la Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente, de la Comunidad Autónoma de Extremadura⁵³⁵; en el artículo 6 Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas de las Islas Baleares⁵³⁶, desarrollado por el Real Decreto 58/2007⁵³⁷, de 27 de abril, que reconoce la objeción del facultativo frente a las instrucciones manifestadas por el paciente en el documento de voluntades anticipadas comunicándolo al interesado o representante y a la Consejería sin necesidad de hacerlo anticipadamente. Sin embargo, en la Comunidad de Madrid se parte del reconocimiento previo del derecho del profesional sanitario a ejercer la dicha objeción⁵³⁸. En cualquier caso, la previsión de la objeción de conciencia en materia de voluntades anticipadas, o en cualquier otra situación relacionada, demuestra ser una regulación insuficiente al no concretarse qué procedimiento se debe utilizar ante la situación planteada⁵³⁹.

⁵³³ Artículo 3.3 *Respeto a las instrucciones previas*, Ley 3/2005, de 23 de mayo de la Comunidad de Madrid. “sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, los profesionales sanitarios podrán ejercer la objeción de conciencia con ocasión del cumplimiento de las instrucciones previas”.

⁵³⁴ Artículo 7.4 *Eficacia del documento de instrucciones previas*, Ley 9/2005, de 30 de septiembre de La Rioja. “La Administración sanitaria, a través del médico responsable, garantizará el cumplimiento del documento de instrucciones previas por parte del personal sanitario que atienda al otorgante, dentro de los límites señalados en esta norma. En el supuesto de objeción de conciencia de algún facultativo o sanitario, la administración sanitaria pondrá los recursos suficientes para cumplir la voluntad del otorgante”.

⁵³⁵ Artículo 20.2 *Obligaciones de los profesionales sanitarios*, Ley 3/2005, de 8 de julio, de la Comunidad de Extremadura. “En caso de que en el cumplimiento del documento de expresión anticipada de voluntades surgiera la objeción de conciencia de algún facultativo, la administración sanitaria establecerá los recursos suficientes para atender la expresión anticipada de voluntad del paciente”.

⁵³⁶ Artículo 6 *Cumplimiento de las instrucciones*, Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas de las Islas Baleares. “La Consejería de Salud y Consumo regulará reglamentariamente el procedimiento adecuado para que se garantice el cumplimiento de las instrucciones dadas por el otorgante. En este sentido, en el caso de que contra el cumplimiento de las instrucciones se manifestase la objeción de conciencia de algún facultativo, éste debe comunicarlo al interesado o a su representante y a la consejería, que debe garantizar los profesionales sanitarios y los recursos suficientes para atender la voluntad manifestada.”

⁵³⁷ Artículo 4 *Objeción de conciencia*, Real Decreto 58/2007, de 27 de abril, de las Islas Baleares. “El facultativo encargado de la salud del paciente, en el caso de que no pueda llevar a término el contenido de la declaración de voluntades anticipadas por motivos personales, morales o religiosos, ha de poner esta cuestión en conocimiento de la gerencia o dirección del centro, para que ésta adopte las medidas pertinentes para que el contenido de las instrucciones previas otorgadas por el paciente se cumpla”.

⁵³⁸ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), p. 314.

⁵³⁹ CEBRIÁ GARCÍA, M., “Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado* nº 27, 2011 pp. 31-34

El artículo 50. 3 de la Ley 3/2009 de 11 de mayo, de la Región de Murcia, que regula el documento de voluntades anticipadas, menciona la posibilidad de la objeción de conciencia por parte del facultativo. En mi opinión, en caso de dudas sobre la aplicación del documento de voluntades anticipadas, y como señala de una forma muy acertada el artículo, se deberá formular consulta al Comité de Ética Asistencial del centro o, en su defecto, a una Comisión constituida a estos efectos. Esto supone un aspecto novedoso respecto a otras Comunidades Autónomas y es una excelente opción al aportar una visión multidisciplinar. En cualquier caso, la autoridad sanitaria deberá hacer lo necesario para atender las voluntades anticipadas de los pacientes si éstas se ajustan al ordenamiento jurídico⁵⁴⁰.

Por otra parte, al regular el Reglamento sobre las Instrucciones Previas y su Registro Autonómico en la Región de Murcia⁵⁴¹ se señala que en el caso de que surja la objeción de conciencia de algún facultativo la autoridad sanitaria dispondrá de los recursos suficientes para atender la voluntad anticipada de los pacientes en los supuestos recogidos en el ordenamiento jurídico al igual que sucede en otras legislaciones autonómicas.

Cuando el otorgante solicite realizar la prestación de ayuda para morir dentro de los parámetros de la ley en un documento de voluntades anticipadas, dicha petición podrá ser aplicada al cumplir con el ordenamiento jurídico. En caso de que el facultativo se acoja a su derecho de objeción de conciencia, el acceso del paciente a dicha prestación no podrá verse menoscabada. Para ello, las administraciones sanitarias llevarán a cabo un registro con los profesionales que sean objetores en esta materia y así, de este modo, poder gestionar mejor la asistencia de ayuda para morir. No obstante, también puede darse el caso contrario, es decir, que la familia quiera prolongar una situación que el clínico considera como un ensañamiento terapéutico debido a determinados tratamientos que pueden alargar innecesariamente la vida, y en su caso, la agonía del paciente, por lo que igualmente pueden surgir conflictos de conciencia a la

⁵⁴⁰ SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., (2013), pp. 315-319.

⁵⁴¹ *El artículo 5.2 Cumplimiento y objeción de conciencia del Decreto Autonómico 80/2005, de 8 de julio por el que se aprueba el reglamento de instrucciones previas.*

hora de aplicar el contenido del documento de voluntades anticipadas por negarse por conciencia a prorrogarle esa situación⁵⁴².

Otros contenidos del documento de voluntades anticipadas pueden crear discusión sobre una posible objeción, como es el caso de los supuestos de retirada o no de una medida de soporte vital o de tipo fútil, el suministro de sedación paliativa, la donación de órganos o la utilización de semen para reproducción asistida *post mortem*.

En cualquier caso, cuando el equipo médico tenga alguna duda de cómo actuar se acudirá al Comité de Ética para que emita un dictamen. Esto se postularía como la decisión más acertada puesto que los Comités de Ética Asistencial son un grupo multidisciplinar compuesto por médicos y personal de enfermería, psicólogos, trabajadores sociales, un licenciado en derecho y un profesional externo del ámbito sanitario. Así, el Comité de Ética Asistencial se muestra como un mecanismo imparcial que realiza dictámenes no vinculantes, por lo que finalmente decide la unidad médica que trata al paciente y comprueba la magnitud de los supuestos de rechazo por parte de los clínicos⁵⁴³, sobre todo en relación a posibles presiones que los profesionales puedan sufrir por parte de algún superior encaminadas a expresar su objeción de conciencia en algún sentido.

La Ley gallega 5/2015, de 26 de junio, reguladora de los derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales⁵⁴⁴, omite cualquier mención a la objeción de conciencia, al igual que la mayoría de leyes autonómicas que han regulado el final de la vida. Ese mismo año surgió un caso de objeción de conciencia, conocido como el caso de Andrea Lago. El Comité de Ética Asistencial del área sanitaria de

⁵⁴² Recomendación 779/1976 de la Asamblea del Consejo de Europa sobre los derechos de los enfermos y moribundos, “ningún médico u otro miembro de la profesión médica podrá ser obligado a actuar contra su conciencia en relación con el derecho del enfermo a no sufrir inútilmente”

⁵⁴³ MONTERO VEGA, A y GONZÁLEZ ARAYA, E. (2011), p. 130.

⁵⁴⁴ El artículo 24 Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales, de la Comunidad Autónoma de Galicia, al reglar los Comités de ética asistencial, establece que en caso de discrepancia entre las o los profesionales sanitarios y las personas enfermas terminales o, en su caso, con aquellas personas que ejerciten sus derechos, o entre estas y las instituciones sanitarias, en relación con la atención sanitaria prestada a ellas, que no se resuelva mediante acuerdo entre las partes, sería recomendable el asesoramiento del comité de ética asistencial correspondiente o del órgano que corresponda para así tratar de llegar a alternativas o cursos intermedios en aquellas decisiones clínicas controvertidas, sin que, en ningún caso, puedan sustituir las decisiones que tengan que adoptar las o los profesionales sanitarios.

Compostela dictaminó favorablemente sobre la retirada de la nutrición e hidratación por sonda, pero los médicos no siguieron este informe al no ser vinculante y por tanto se acudió al juzgado para que le fuese retirado el soporte vital. Finalmente y sin que llegase a decidir el titular del Juzgado el personal sanitario accedió a la retirada de la alimentación artificial y Andrea finalmente falleció.

No hay que olvidar que cuando un paciente expresa su última voluntad en un documento de voluntades anticipadas la Administración debe procurar que se respete la libertad ideológica del profesional sanitario, sin dejar que ésta se imponga a lo manifestado por el otorgante.

Entre las recomendaciones que el Comité de Bioética de España señala para la ordenación de la objeción de conciencia en el ámbito sanitario destacamos⁵⁴⁵:

La objeción de conciencia es individual, por lo que los centros no podrán esgrimirla de forma institucional, aunque sí podrán excluir dicha prestación entre los servicios ofertados.

La normativa ha de indicar la extensión sobre la objeción así como qué profesionales pueden formularla.

La objeción será específica y para acciones concretas.

Los centros sanitarios deberán tener los datos relativos a los objetores para garantizar su gestión y prever el cumplimiento de las obligaciones de asistencia sanitaria.

Se aceptará la objeción sobrevenida y su reversibilidad, puesto que se trata de un proceso cambiante.

El objetor deberá tener coherencia en sus actuaciones motivadas por sus creencias e ideología, para lo cual se tendrá en cuenta su actividad sanitaria, que deberá ser igual en el ámbito público y privado.

Tanto el cumplimiento de la ley como su objeción han de realizarse con plena responsabilidad, garantizándose en todo caso la prestación del servicio reconocido.

⁵⁴⁵ Opinión del Comité de bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad, pp. 14-16.

Un voto particular de un miembro del Comité de Bioética de España consideró acerca del documento de la objeción de conciencia en sanidad que la propuesta de regulación que efectuaba el Comité resultaba excesivamente restrictiva pues el derecho a la objeción cuando concurren razones de gravedad suficientes puede quedar menoscabado. El objetor no puede ver condicionado el ejercicio de un derecho por el hecho de que otra persona o instancia pueda llevar a cabo esa determinada intervención, el profesional tiene derecho a ejercer esa objeción y de encontrar un cauce institucional adecuado para ello⁵⁴⁶: sin duda esta es la clave para poder ejercer la objeción con todas las garantías. Si a la hora de tener que realizar la prestación no hay alternativa, o la situación requiere una rápida actuación, es correcta la apreciación de que el derecho a la asistencia, en el marco de la ética de mínimos o legal, debe prevalecer por encima de la objeción de conciencia del médico, puesto que se debe a su profesión y al servicio del paciente sin poder de dejar de ser atendido en base a la *lex artis* y al Código Deontológico Médico⁵⁴⁷.

Sin duda, el profesional sanitario que objete no debe ser discriminado debido a su comportamiento. Igualmente se ha de respetar la decisión del personal sanitario que ha decidido no objetar y realizar la actividad que han objetado sus compañeros, no debiendo sufrir un trato diferente en su centro de trabajo por parte de sus superiores o directivos al no estar conformes con su decisión. Es decir, no se les puede estigmatizar por el hecho de cumplir con la normativa.

La regulación sobre la objeción de conciencia en los distintos ámbitos se ha limitado a reconocerla sin expresar un procedimiento ni establecer controles al efecto. Los comités de ética y los registros de objetores han sido las soluciones más previstas que en algún caso han tratado de zanjar la cuestión pero que no han evitado que ciertas cuestiones terminen en los tribunales, los cuales han ido resolviendo de forma puntual los casos que han surgido. En estos casos, el objetor, siendo capaz de realizar la actividad solicitada en el documento de voluntades anticipadas, se niega a realizarla por motivos de conciencia, por tanto, la solución estaría en buscar opciones al cumplimiento de lo manifestado por el paciente. La voluntad del paciente ha de ser amparada y, en la

⁵⁴⁶ *Opinión del Comité de bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad*, Voto particular de César Nombela Cano, pp. 23-24.

⁵⁴⁷ GALÁN CÁCERES, J.C., y CASADO BLANCO, M., (2016), p. 208.

medida de lo posible, respetada también la libertad de conciencia del clínico, garantizando de este modo a los posibles otorgantes que el contenido de los documentos de voluntades anticipadas cumplen una función. De otra manera, supondría dejar el devenir de su eficacia en una gran incertidumbre. Sin duda la Administración debe avalar el cumplimiento de la voluntad manifestada de forma anticipada evitando que situaciones de conciencia puedan determinar su ineficacia, es decir, han de crearse garantías suficientes de efectividad.

Si una solicitud por parte del otorgante del documento de voluntades anticipadas no es contraria a ninguna de las situaciones previstas en el artículo 11.3 de la Ley 41/2002, es decir, no es contraria al ordenamiento jurídico ni a la *lex artis* y además se corresponde con el supuesto de hecho que el interesado ha previsto en el momento de manifestarlas, el contenido del documento debe ser aplicado.

CAPÍTULO VI. RESPONSABILIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS

El documento de voluntades anticipadas surge con la finalidad de ser cumplido cuando su otorgante ya no se encuentre en disposición de poder expresar su voluntad⁵⁴⁸, y es en ese momento cuando va a desplegar toda su eficacia. De este modo el legislador ha querido que sea conocida y reconocida la voluntad del paciente más allá de su consciencia⁵⁴⁹.

Como documento vinculante, el médico estará obligado a atender las peticiones del paciente reflejadas en él, a no ser que se traspase los límites legales, en particular, que vaya en contra del orden jurídico o de la *lex artis*, o de la buena práctica médica⁵⁵⁰. Los profesionales sanitarios son personas autorizadas para comprobar su existencia y contenido⁵⁵¹, tomándose pues en consideración por los centros, servicios o establecimientos médicos que tengan relación con el otorgante⁵⁵². La autoridad sanitaria deberá hacer lo necesario para que sean efectivas las voluntades anticipadas de los pacientes cuando se ajusten al ordenamiento jurídico.

A pesar de su estado, un paciente que ya no puede expresar su voluntad será el actor principal en el proceso de toma de decisiones, al ser su consentimiento el centro de dicho proceso⁵⁵³. Por supuesto, normalmente y dada la situación clínica en la que se va a encontrar el paciente, va a resultar inevitable tener que realizar injerencias en su cuerpo, más aún si tenemos en cuenta su estado. Se trata de procedimientos en los que se haría necesaria la manifestación de la voluntad del paciente a través de un consentimiento informado, pero dado el estado de consciencia o su incapacidad para expresarse se debe recurrir a lo expresado debidamente por el paciente en el documento

⁵⁴⁸ Artículo 11 Ley 41/2002.

⁵⁴⁹ Artículo 2.6 Ley 41/2002 y artículo 41.2 de la Ley 3/2009 de la Región de Murcia.

⁵⁵⁰ Artículo 36.4 Código de Deontología Médica, Guía de Ética Médica, Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

⁵⁵¹ Artículo 50.6 de la Ley 3/2009 de la Región de Murcia.

⁵⁵² Artículo 50.3 de la Ley 3/2009 de la Región de Murcia.

⁵⁵³ STTDHE Caso Lambert punto 178.

de voluntades anticipadas; no olvidemos que la finalidad curativa del acto y el consentimiento del paciente legitiman la actividad médica al completarse la una a la otra⁵⁵⁴. En definitiva, el poder de decisión sobre el sometimiento a un tratamiento, o su desestimación, es consecuencia de una libertad individual protegida jurídicamente⁵⁵⁵.

En el caso de que no se cumpliera lo manifestado en el documento de voluntades anticipadas surgirán consecuencias jurídicas. No en vano, se trata de un instrumento reconocido legalmente tanto en el ámbito nacional como internacional que toma en consideración la autonomía del paciente. Como consecuencia de este empoderamiento otorgado a la voluntad del paciente, el documento de voluntades anticipadas ha de convertirse en un instrumento de obligado cumplimiento.

Sin duda, se ha de examinar el caso concreto para poder verificar una acertada práctica médica por parte del profesional sanitario, así como si se ha obrado con la diligencia debida. Es decir, si la *lex artis* se ajusta *ad casum* más allá de una conducta puramente técnica, teniendo en cuenta, además, las decisiones del paciente. De este modo, se le estaría otorgando una dimensión ética a la noción de *lex artis*, y su omisión constituirá una infracción de la misma al lesionar el derecho de autodeterminación del paciente⁵⁵⁶, tal y como se refleja en el artículo 2.6 de la Ley Básica de Autonomía del Paciente⁵⁵⁷. Por lo que vulnerar el deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción clara de la *lex artis*⁵⁵⁸, como conjunto de conocimientos no

⁵⁵⁴ ATAZ LÓPEZ, J., (1985), p. 55.

⁵⁵⁵ OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., “El consentimiento de los testigos de Jehová ante la transfusión sanguínea en la legislación española”, *Revista Iberoamericana Derecho Medicina Legal*, Vol. 1, 1996, Costa Rica, p.4.

⁵⁵⁶ SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *EIDON: Revista de la Fundación Ciencias de la Salud*, nº 39, enero-julio 2013, 39:13-34, p. 29.

⁵⁵⁷ “Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto de las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente”.

⁵⁵⁸ STS 8738/2012, de 4/12, ponente: Enrique Lecumberri Martí (FJ 5º). “Hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado de la existencia de la mala praxis, pues el defecto o insuficiencia de consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis. STS 6519/2012, 09/10, ponente: Enrique Lecumberri Martí (F.D. 1º). La vulneración del deber de obtener el consentimiento informado constituye una infracción de dicha *Lex artis*. Forma parte de toda actuación asistencial constituyendo una exigencia ética y legalmente exigible a los profesionales médicos, antes con la Ley 14/1986 General de Sanidad, y ahora, con mayor precisión con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de la autonomía del paciente, que constituye el marco normativo actual, en la que se contempla como derecho básico a la

sólo técnico-científicos, sino también de comportamientos éticos que ha de ser de aplicación en el ejercicio profesional⁵⁵⁹.

Uno de los argumentos más esgrimidos a la hora de no aplicarse el consentimiento expresado en el documento de voluntades anticipadas es considerar que lo manifestado se hizo en un momento muy anterior⁵⁶⁰ y por tanto no refleja los intereses actuales del paciente por lo que no debería ser vinculante, e incluso que sería más adecuado acudir a la figura del consentimiento presunto, si este es considerado más conveniente para él como consecuencia del principio *in dubio pro vita*⁵⁶¹. Paradójicamente, lo que se estaría haciendo es prolongar la vida del paciente sin garantías de futuro, sencillamente por el hecho de contar con una tecnología adecuada para ello, con intervenciones o tratamientos que son capaces de alargar una situación que, más bien, podría ser un sufrimiento no deseado y finalmente desembocar en la muerte.

Del mismo modo, también convendría preguntarnos si dichos argumentos deberían ser igualmente transferibles a la figura del testamento, pues es posible otorgarlo con mucha antelación al fallecimiento del causante, por lo que igualmente nos haría dudar acerca de si es ese realmente reflejo de la voluntad querida por el testador en el momento de su muerte, o bien es posible que ésta hubiese podido cambiar y lo testado en su día ya no se corresponda con su intención actual. Concluyendo, de este modo, que debería ser exigible, cada cierto tiempo, que se realice una modificación de la redacción testamentaria realizada y de este modo conseguir que se ajuste más a lo que realmente se quiere otorgar en la herencia. La puesta en duda de lo manifestado sólo

dignidad de la persona y autonomía de su voluntad. Su exigencia debe considerarse con independencia del cumplimiento del deber de que la intervención en sí misma se desarrolle con sujeción a la *Lex artis* (STS. 19 de noviembre de 2007) pues una cosa es que la actuación sanitaria se lleve a cabo con absoluta corrección y otra distinta que la reprochabilidad pueda basarse en la no intervención de un consentimiento del paciente o sus familiares debidamente informado por el médico”.

⁵⁵⁹ PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada, 2009, p. 34.

⁵⁶⁰ MARCOS DEL CANO, A.M., (2014) pp. 35-37. GALÁN CORTÉS, J.C. *Responsabilidad civil médica*, 4ª ed., Cizur Menor, Civitas, Navarra, 2014, pp. 690-692.

⁵⁶¹ SILVA SÁNCHEZ, A.M. “Los documentos de instrucciones previas de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida”. *Diario de la Ley Revista Jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 4, 2 de Septiembre 2003, pp. 1670-1671.

consigue crear un alarmismo que vacía de contenido la autonomía del otorgante creando una inseguridad jurídica innecesaria.

No hay que olvidar que siempre existe la posibilidad de que el paciente, en cualquier momento, pueda modificar su voluntad tanto en el testamento como en el documento de voluntades anticipadas si así lo considera⁵⁶², ya que el documento de voluntades anticipadas tiene valor en tanto en cuanto es la última manifestación de voluntad autónoma conocida del sujeto pasivo⁵⁶³.

Lo expresado por el otorgante en el documento es tan válido en el momento del otorgamiento como en el de su aplicación, puesto que no se harán efectivas las voluntades anticipadas que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestar su voluntad⁵⁶⁴. No obstante, como garantía final se le podrán aplicar los tratamientos curativos que le fuesen desconocidos cuando expresó su voluntad. No olvidemos que, en principio, nadie desea poner fin a su vida si es posible conseguir una mejoría o incluso una cura, pues de lo que se trata es de evitar una distanasia con un final indeseado o agónico que a todos los efectos esté condenado al fracaso.

El profesional sanitario deberá respetar el rechazo a intervenciones o tratamientos cuando así se haya manifestado por el paciente como expresión de su voluntad. Este poder de elección por parte del paciente viene reconocido tanto en el artículo 1.1 de la Constitución Española respecto a la libertad, como en el artículo 10.1 de la Constitución Española respecto a las normas relativas a los derechos fundamentales y las libertades existentes en nuestro ordenamiento, que han de ser interpretadas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España⁵⁶⁵ y por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁶⁶.

⁵⁶² Artículo 50.3 Ley 3/2009.

⁵⁶³ JIMÉNEZ HERANZ, M.D., *Biomedicina y derecho sanitario*, Universidad Europea de Madrid, Tomo VI, Ingraf Impresiones, 2009, p. 499.

⁵⁶⁴ ROMEO CASABONA, C.M., *El médico y el Derecho Penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, pról. CEREZO MIR, J., Bosch, Barcelona, 1981, p. 286.

En conjunto, en la aplicación de las voluntades anticipadas se ha de seguir lo preceptuado por el otorgante aunque no sea compartido por el facultativo, salvo en los supuestos en que se conculque lo dispuesto por ley. No obstante, el profesional sanitario podrá acudir al comité de ética para plantear las dudas existentes, y de persistir en la negativa de aplicar la voluntad expresada por el otorgante se considerarán una serie de responsabilidades.

Si el daño se causa de forma dolosa o intencional, y está tipificado en el Código Penal, será un juez de esta jurisdicción el que establezca si existe delito y si se ha de establecer alguna responsabilidad civil⁵⁶⁷. Por otro lado, en el caso de que el causante perteneciera al ámbito privado se aplicaría la jurisdicción civil⁵⁶⁸, y si el perjuicio fuese causado por funcionario o personal al servicio de la Administración Pública, o con motivo de su funcionamiento, la jurisdicción correspondiente será la contencioso-administrativa, según la disposición adicional sexta de la Ley 41/2002 que se remite para su régimen sancionador al Capítulo VI del Título I de la Ley 14/1986, y lo hace sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal y de la responsabilidad profesional o estatutaria procedentes en derecho. Aunque sin duda una regulación específica al efecto hubiese sido lo más conveniente.

VI. 1. Responsabilidad penal

La persona, como tal, es considerada intangible, por lo que nadie puede actuar sobre ella en contra de su voluntad, para lo cual se ha de requerir su consentimiento⁵⁶⁹.

⁵⁶⁵ Artículo 10.2 Constitución Española. STC 6/2004, de 16 de enero (FJ 2).

⁵⁶⁶ STC 303/1993, de 25 de octubre (FJ 8); STC 119/2001, de 24 de mayo (FJ 5).

⁵⁶⁷ Según el artículo 109 de Código Penal la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las leyes, los daños y perjuicios por él causados. Parecidamente, artículo 100 Ley de Enjuiciamiento Criminal: de todo delito o falta nace acción penal para el castigo del culpable, y puede nacer también acción civil para la restitución de la cosa, la reparación del daño y la indemnización de perjuicios causados por el hecho punible.

⁵⁶⁸ Artículo 22 Ley Orgánica del Poder Judicial.

⁵⁶⁹ ATAZ LÓPEZ, J., (1985) p. 55.

Al oponerse a una injerencia ajena sobre el propio cuerpo se ejercita un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio sustrato corporal, distinguiéndolo del derecho a la salud o a la vida, como derecho fundamental a la integridad física recogido en la Constitución en su artículo 15⁵⁷⁰.

Al vulnerarse lo manifestado en un documento de voluntades anticipadas, no sólo se incumple la ley sino que se estaría actuando en contra de la voluntad del sujeto⁵⁷¹, infligiéndole, por tanto, conductas no deseadas por él sobre su persona⁵⁷².

A pesar del principio de intervención mínima, cuando un facultativo obre en contra del contenido reflejado en el documento de voluntades anticipadas, sin comunicarlo y sin consultar las dudas al comité de ética, o alegar objeción de conciencia, éste realiza una conducta contraria a la seguridad jurídica, a la integridad física y a la propia libertad. Tal actitud debe ser sancionada, puesto que se ha eludido un cauce legalmente establecido actuando por cuenta propia, comportamiento que no debe quedar exento del reproche penal.

El Juez Cardozo expresó que cuando un cirujano realiza una operación sin el consentimiento de su paciente comete una agresión de la cual es responsable por el daño causado⁵⁷³. Aunque el resultado no sea perjudicial, en definitiva, la sanción aplicada es la respuesta a no haber respetado lo manifestado, pues no en vano se trata del propio cuerpo del otorgante⁵⁷⁴.

⁵⁷⁰ STC 154/2002, 18 de julio (F.J. 9.b).

⁵⁷¹ STC 37/2011, de 28 de marzo (F.J. 5).

⁵⁷² STS 3/2001, 12/01 (F.J. 1) y STS 447/2001, 11/05 (F.J. 7), autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se presenten de acuerdo con sus propios intereses y preferencias.

⁵⁷³ CARDOZO, B.N., *Caso Scholoendorff vs. Society of New York Hospital*. Resolución de la Corte Suprema de Nueva York 1914, “Every human being of adult years and sound mind has a right to determinate what shall be done with his own body; and a surgeon who perfoms an operation without his patients consent commits an assault for which he is liable in damage”.

⁵⁷⁴ BASTIDA FREIJEDO, F.J., “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, XIOL RÍOS, J.A. y BASTIDA, F.J., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 156-157.

El ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la integridad física⁵⁷⁵ no se va a reducir exclusivamente a aquellos casos en que exista un riesgo o daño para la salud como tal; dicho derecho se verá afectado por toda clase de intervención en el cuerpo que carezca del consentimiento del titular⁵⁷⁶. A pesar de que técnicamente sea correcta la actuación, y se llegue a producir una mejoría, va a ser exigible un consentimiento expresado por el paciente⁵⁷⁷.

Sin duda, el artículo 2.4 de la Ley 41/2002 contempla el derecho a negarse a un tratamiento por parte de un paciente. El problema surge si tal determinación pone en riesgo la vida del mismo porque podría derivar en una responsabilidad por parte del facultativo. Precisamente para estas situaciones se ha previsto que el documento de voluntades anticipadas suponga una exoneración de la eventual responsabilidad por parte del profesional sanitario.

1.1.- Actuar conforme a la voluntad del paciente exime de responsabilidad penal al profesional sanitario

El facultativo no ha de mantener con vida al paciente en cualquier circunstancia, sino procurar su bienestar en todo momento, con respeto al principio de autodeterminación y conforme a la *lex artis*, de lo contrario se tendrá que justificar el hecho de preservar la vida del sujeto cuando suponga una vulneración de un derecho fundamental⁵⁷⁸. De no ser así, se estaría volviendo al paternalismo, y cayendo en la distanasia. El propio artículo 5.1.c) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias, recuerda el deber de los profesionales de tener en cuenta la personalidad, dignidad e intimidad de las personas a su cuidado y el respeto a la participación de los mismos en las tomas de decisiones que les afecten.

⁵⁷⁵ Tanto el anterior artículo 420 Código Penal de 1.973, como el actual artículo 147 del Código Penal, protegen el derecho a la salud física o mental de las personas, y su integridad corporal.

⁵⁷⁶STC 207/1996, 16/12 (F.J. 2º).

⁵⁷⁷HERNÁNDEZ-BASUALTO, H., “Consentimiento informado y responsabilidad penal médica”, *Cuadernos de Análisis Jurídico (Colección Derecho Privado)*, n.º VI, 2010, pp. 171 y siguientes.

⁵⁷⁸TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 385.

Si el profesional médico sigue las indicaciones expresadas en el documento de voluntades anticipadas y existe inactividad, la misma no podrá dar origen a responsabilidad penal⁵⁷⁹ en comisión por omisión⁵⁸⁰, como por ejemplo el no conectar al paciente a un respirador. A la vista del artículo 11 del Código Penal⁵⁸¹ el facultativo se encuentra en una posición de garante⁵⁸², pero como consecuencia del rechazo al tratamiento o intervención facultativa expresada por su titular tal circunstancia ya no concurriría en estos casos⁵⁸³, sin que suponga, por ello, que por tal decisión vaya a quedar desatendido, de acuerdo al artículo 20.7 del Código Penal⁵⁸⁴. Igualmente

⁵⁷⁹ *Artículo 196 Código Penal*. El profesional que, estando obligado a ello, denegare asistencia sanitaria o abandonare los servicios sanitarios, cuando de la denegación o abandono se derive riesgo grave para la salud de las personas, será castigado con las penas del artículo precedente en su mitad superior y con la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, por tiempo de seis meses a tres años.

⁵⁸⁰BAJO FERNÁNDEZ, M., “Respeto a la libertad del paciente. La eutanasia y las legislaciones sanitarias autonómicas”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº extraordinario 2 (2004), p. 325. En cuanto a la concurrencia en el médico de un deber jurídico de actuar o deber de garantizar que la muerte del paciente no se produzca, lo que daría lugar a responder de la muerte en *comisión por omisión*, resulta claro que tanto la Ley como la relación contractual que une al médico con el paciente, como su propia actuación mediante la intervención quirúrgica constituyen origen del nacimiento de aquel deber. Ahora bien, tal deber no puede extenderse hasta el punto de obligar a poner de nuevo en peligro, aunque sea remoto, la salud del sujeto (transfusión de sangre, colocación de válvula artificial en el corazón, amputación de un miembro canceroso, aborto) contra su expresa voluntad”.

⁵⁸¹ *Artículo 11 Código Penal*. Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la ley, a su causación. A tal efecto se equipará la omisión a la acción:

a) Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.
b) Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión precedente.

⁵⁸²“Dictamen 90/2007, de 27 de febrero, sobre consulta facultativa, formulada por la Consejería de Salud, relativa a limitación de esfuerzo terapéutico y responsabilidad penal de facultativos”, Consejo Consultivo de Andalucía, Memoria 2007, pp. 145- 153. “Tenía un deber de actuar para impedir el resultado; estaba en lo que se llama tradicionalmente en Derecho Penal la “función de garante”; En el caso de la eutanasia pasiva consentida, no cabe atribuir a los profesionales sanitarios unos “deberes de garante” (art. 11 del Código Penal), que les lleven a prolongar bajo cualquier circunstancia la vida. La existencia de un deber de respetar la decisión libre y consciente del paciente en tal sentido, amparada por la legislación específicamente reguladora de la asistencia sanitaria, y en consecuencia los profesionales sanitarios que la adopten deben quedar impunes”. BACIGALUPO ZAPATER, E., “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física”, *Poder Judicial*, Nº Extra 12, 1990 (Ejemplar dedicado a: Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal), 1990, p. 154. “Contra la voluntad del paciente no hay posición de garante del médico”.

⁵⁸³STS 4567/1997, 27/06, ponente: Carlos Granados Pérez (F.J. Único).

⁵⁸⁴ *Artículo 20.7. ° Código Penal*. El que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo. Tribunal Supremo Sala de lo Penal Sección 1ª, STS 5310/1995, 26/10, ponente: Luis Román Puerta Luis (F.D. A). 6º). En otro caso, el médico no puede llevar a cabo este tipo de intervenciones sin contar con la voluntad de la persona interesada ni, por supuesto, en contra de ella.

sucedirá en los casos de deber de socorro⁵⁸⁵ establecido en el artículo 195 del Código Penal⁵⁸⁶, o incluso en el caso de denegación de auxilio⁵⁸⁷. En cualquier caso, al paciente, ya sea en el ámbito hospitalario o en el propio domicilio, se le va a prestar la asistencia más acorde con la situación requerida. Por tanto, no va a existir un estado de necesidad puesto que la Ley 41/2002 resuelve el conflicto entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida, al adoptar dicha ley una decisión que es vinculante para médicos y tribunales⁵⁸⁸.

En el caso de Inmaculada Echevarría se solicitó el rechazo del mecanismo de soporte vital por provocarle un sufrimiento insoportable. Tras plantear la cuestión al Consejo Consultivo, éste consideró que dicha petición de limitación del esfuerzo terapéutico y su negativa al tratamiento con ventilación mecánica por parte de la paciente era adecuado a Derecho y que la actuación de los profesionales sanitarios que iban a proceder a la desconexión del aparato de ventilación mecánica, una vez cumplidos los requisitos establecidos, no podía considerarse punible⁵⁸⁹. A pesar de ello, hubo un voto disidente al dictamen el cual revelaba que el derecho de la paciente a rechazar un tratamiento está limitado por la legislación vigente que evita el hacer daño a terceros y también a uno mismo, por lo que los profesionales que llevasen a cabo la desconexión del respirador cometerían una actuación punible, tipificada en el artículo 143.4 del Código Penal; e incluso podía conducir a una exigencia de responsabilidad a la autoridad sanitaria que obligase o consintiese la referida actuación de los profesionales sanitarios, siendo ésta vista como una interpretación forzada o radical de

Si, pese a ello, lo hace, no puede "justificar" su conducta alegando haber actuado en el ejercicio legítimo de su profesión (art. 8.11º C.P.).

⁵⁸⁵ FARALDO CABANA, P. "Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico", *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidad de A Coruña, 1999, pp. 544-554.

⁵⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, J.M., (2003), p. 1669.

⁵⁸⁷ *Artículo 412.3 Código Penal*. La autoridad o funcionario público que, requerido por un particular a prestar algún auxilio a que venga obligado por razón de su cargo para evitar un delito contra la vida de las personas, se abstuviera de prestarlo, será castigado con la pena de multa de dieciocho a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a seis años. Si se tratase de un delito contra la integridad, libertad sexual, salud o libertad de las personas, será castigado con la pena de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público de uno a tres años.

⁵⁸⁸ Auto Penal A.P. Bilbao 564/2018, 26/03, ponente: Juan Mateo Ayala García (F. J. 2º).

⁵⁸⁹ *Dictamen 90/2007, de 27 de febrero, sobre consulta facultativa, formulada por la Consejería de Salud, relativa a limitación del esfuerzo terapéutico y responsabilidad penal de facultativos*, Consejo Consultivo de Andalucía, Memoria 2007, pp. 145- 153.

la Ley de Autonomía del Paciente⁵⁹⁰. En cualquier caso, si la decisión de interrumpir un tratamiento supone la muerte, se entenderá que la intención no es la de matar sino la de restituir a la muerte su carácter natural y de alivio⁵⁹¹.

La respiración asistida mediante ventilación mecánica no es una actuación médica que consista en un solo acto, pues se necesita vigilancia, control de funcionamiento del ventilador, mantenimiento de condiciones de asepsia, atención continua a la intubación con renovación de la misma y evacuación de secreciones, que, de no llevarse a cabo provocarían la muerte por asfixia de la paciente. En definitiva, con la negativa a recibir el soporte de tratamiento continuado de respiración asistida sucede lo mismo que cuando un paciente de cáncer rechaza seguir la quimioterapia a sabiendas de que se va a acelerar su muerte e incluso que con ello se le va a privar de alguna remota posibilidad de vida⁵⁹².

Antes de la reforma de la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia, si la voluntad del paciente requería de la realización de conductas activas por parte del médico y éstas desembocaban en la muerte demandada por él mismo, este hecho habría sido constitutivo de una cooperación al suicidio tipificado en el artículo 143.4 del Código Penal. Sin embargo, con la entrada en vigor de dicha ley se despenalizan los supuestos amparados en ella, considerándose la prestación de ayuda para morir justificada por los derechos fundamentales a la vida, integridad física y moral, además de los otros derechos tales como el de dignidad, libertad o autonomía de la voluntad en situación de enfermedad grave, incurable, que comporte un padecimiento inaceptable que ya no pueda ser tratado. Si el interesado no puede presentar la solicitud de

⁵⁹⁰Voto particular disidente que, al amparo de los artículos 23 de la Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, 22.1, a) y 60.3 de su Reglamento Orgánico, aprobado por Decreto 273/2005, de 13 de diciembre, formula el Consejero Sr. Sánchez Galiana al dictamen de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de Andalucía sobre la Consulta Facultativa planteada por la Excm. Sra. Consejera de Salud de la Junta de Andalucía. *Dictamen 90/2007, de 27 de febrero, sobre consulta facultativa, formulada por la Consejería de Salud, relativa a limitación de esfuerzo terapéutico y responsabilidad penal de facultativos*, Consejo Consultivo de Andalucía, Memoria 2007, pp. 153-163.

⁵⁹¹ LONG, M. y otros, “Caso Lambert. El Consejo de Estado dictó su sentencia el 14 de febrero de 2014”. *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*, Boletín Oficial del Estado, 20ª Edición francesa, Editions Dalloz, 2015, pp. 1279-1303.

⁵⁹²*Dictamen 90/2007, de 27 de febrero, sobre consulta facultativa, formulada por la Consejería de Salud, relativa a limitación de esfuerzo terapéutico y responsabilidad penal de facultativos*, Consejo Consultivo de Andalucía, Memoria 2007, p. 152.

prestación de ayuda para morir, ésta podrá ser presentada al médico responsable por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañando dicha solicitud del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos y suscritos previamente por el paciente. Cuando no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud de eutanasia en nombre del paciente, el médico que lo trata podrá hacerlo él mismo⁵⁹³.

En caso de existir un documento de voluntades anticipadas es suficiente con aportarlo, o indicar de su existencia, para que el facultativo esté legitimado para consultarlo, de este modo el documento obtiene una gran relevancia al reconocer su verdadera finalidad y efectividad, otorgándole mayor eficacia y vinculación a la voluntad expresada en el mismo.

1.2.- Lesiones y coacciones (relevancia del consentimiento)

Encajar la conducta del profesional sanitario con un tipo penal al incumplir el contenido del documento es lo que va a resultar más complejo. No obstante, el legislador ya ha dado relevancia al consentimiento por parte de la persona agraviada en algunas figuras del Código Penal, como sucede en los artículos 144⁵⁹⁴, 161⁵⁹⁵, 181⁵⁹⁶. Así, el consentimiento se expresa como fundamental en cualquier tipo de intervención invasiva, tal y como indicaba ya la sentencia de 10 de marzo de 1959⁵⁹⁷ al condenar al facultativo por imprudencia temeraria tras realizar una amputación no autorizada de un miembro y concluirse que su actuación no era acorde con la *lex artis*⁵⁹⁸; al no ser desde el punto de vista de salud necesaria una intervención, ni imprescindible, supuso una

⁵⁹³ Artículo 6.4 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

⁵⁹⁴ Artículo 144 del Código Penal. El que produzca el aborto de una mujer, sin su consentimiento,...

⁵⁹⁵ Artículo 161. 1 del Código Penal. Quien practicare reproducción asistida en una mujer, sin su consentimiento,...

⁵⁹⁶ Artículo 181. 1 del Código Penal. El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad ...

⁵⁹⁷ MORILLAS CUEVA, L., “Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica”, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administración del médico y otros agentes sanitario*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 108-110.

⁵⁹⁸ STS Sala de lo penal 829/1959, 10/03/1959 ponente: Francisco Díaz Pla. Se le amputó sin consentimiento ni autorización y se impone una condena por un delito de imprudencia temeraria.

condena por falta de lesiones por imprudencia grave⁵⁹⁹, como también sucedió en la sentencia de 26 de octubre de 1995 al condenar al cirujano por lesiones por practicar una esterilización sin mediar el consentimiento de la paciente⁶⁰⁰.

Si el profesional sanitario realiza cualquier acto sin el consentimiento del paciente se calificará como delito de lesiones, incluso de maltrato de obra⁶⁰¹, cuando las lesiones fuesen más allá de una transgresión a su integridad. Sin embargo, la integridad física o moral no sería lo único que se quebrantaría al vulnerar su cuerpo, puesto que igualmente podríamos estar ante un delito de trato inhumano o degradante⁶⁰², e incluso con mayor motivo ante un delito contra la libertad, es decir, un delito de coacciones. A pesar de intervenir con la intención de salvaguardar la vida del paciente, se considerará que existe una agresión contra el propio cuerpo cuando se carezca del permiso para tal intromisión⁶⁰³. Además, también se pueden plantear otros delitos tales como contra la integridad moral, libertad religiosa o de detención ilegal, e incluso contra los derechos cívicos.

Por otra parte, existe la posibilidad de introducir en el acervo penal la figura del tratamiento médico arbitrario⁶⁰⁴ como un tipo específico⁶⁰⁵, al igual que ya ha sucedido en Portugal⁶⁰⁶ y Austria⁶⁰⁷, pero mientras este nuevo tipo penal no forme parte de nuestro Derecho se deberá acudir a las alternativas previstas en el Código Penal.

⁵⁹⁹ SAP Salamanca 197/2014, 07/04, ponente: José Antonio Vega Bravo (F.J. 3º).

⁶⁰⁰ GÓMEZ RIVERO, M.C., *La responsabilidad penal del médico*, 2ª Ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 131-135.

⁶⁰¹ SAP M 234/2018 (Sección 2ª), 16/01, ponente: Valentín Javier Sanz Altozano (F.J. 1º).

⁶⁰² VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 70. Sin llegar a emplearse violencia, se produzca un atentado a la autodeterminación que suponga al mismo tiempo afectación a la dignidad.

⁶⁰³ STC 37/2011, 28/03, (FJ 5º).

⁶⁰⁴ JORGE BARREIRO, A., “La relevancia jurídico penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, *Ciencia Penal Criminológica*, 5-33, 1982, p. 16. A favor, JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 82 y siguientes. En contra, ROMEO CASABONA, C.M., (1981), pp. 285 y siguientes.

⁶⁰⁵ GÓMEZ RIVERO, M.C., (2008), pp. 126-128.

En mi opinión, el incumplimiento del documento de voluntades anticipadas supone en primer lugar una vulneración del principio de libertad, por establecer la imposición de un tratamiento o una intervención médica de forma coactiva a una persona desprotegida y sin capacidad de defensa, y ello a pesar de existir un reflejo de su voluntad ya manifestado por el paciente a través de dicho documento. Como consecuencia de su estado se encuentra a merced de las personas de su entorno, y por tanto es posible que se le realicen prácticas o se le impongan tratamientos que vulneren su cuerpo.

Respecto a las coacciones, es posible que en la práctica no sean advertidos elementos de esta figura en la conducta de los facultativos⁶⁰⁸ para la sanción penal, en cuyo caso, y como consecuencia del principio de intervención mínima, se podrá acudir a otras instancias como las previstas en el ámbito civil, administrativo, disciplinario u deontológico, y así evitar caer en una medicina defensiva⁶⁰⁹.

La principal dificultad para apreciar el delito de coacciones es la presencia del elemento de violencia⁶¹⁰, al ser el más conflictivo de acreditar en estos casos, aunque su

⁶⁰⁶ Artículo 158 Código Penal portugués de 1982. 1. Las personas contempladas en el artículo 150 que, considerando los fines en él señalados, sometieran al paciente a intervenciones o tratamientos sin su consentimiento serán castigados (...).

⁶⁰⁷ Artículo 110 Código Penal austriaco de 1975. 1. El que someta a otro a tratamiento médico sin su consentimiento (...). 2. Si el autor no solicitó el consentimiento por creer que la dilación del tratamiento habría supuesto un grave peligro para la vida o salud del paciente, será castigado conforme al apartado 1, si tal peligro eventual no existió se podía haber percatado de ello de haber actuado de forma cuidadosa. 3. El delito sólo será perseguible a instancia de parte.

⁶⁰⁸ STS 626/2007, 5/07, ponente: Andrés Martínez Arrieta, (F.J. 2º). El delito de coacciones se caracteriza por: a) conducta violenta de contenido material como *vis physica* o intimidación como *vis compulsiva*, ejercida sobre el sujeto pasivo, ya sea de modo directo o indirecto; b) la finalidad perseguida, como resultado de la acción, es impedir lo que la ley no prohíbe o efectuar lo que no se quiere, sea justo o injusto; c) intensidad suficiente de la acción como para originar el resultado que se busca, pues de carecer de tal intensidad, podría dar lugar a la falta; d) intención dolosa consistente en el deseo de restringir la libertad ajena, lógica consecuencia del significado que tiene los verbos impedir o compeler; e) ilicitud del acto desde la perspectiva de las normas referentes a la convivencia social y al orden jurídico.

⁶⁰⁹ GÓMEZ RIVERO, M.C., (2008), pp. 136-137.

⁶¹⁰ STS Sala de lo Penal STS 4191/1980, 13/02, ponente: D. Benjamín Gil Sáez. Requiriendo la ausencia de legítima autorización, como requisito material el empleo de la fuerza física, intimidación en las personas o la *vis in rebus*, y como presupuesto finalístico o de tendencia que la fuerza, en sus variadas expresiones, se emplee para impedir al sujeto pasivo lo que la Ley no le prohíbe o le compeliere a hacer lo que no quiera, entrando en tal ámbito y campo el legítimo disfrute de sus derechos, poniendo fuera de

definición se ha ido transformando en una concepción más amplia abarcando distintas modalidades: la *vis* física, la intimidación o incluso la fuerza en las cosas o *vis in rebus*⁶¹¹; considerándose esto suficiente para anular la capacidad de decisión por parte del paciente⁶¹². Así mismo, el uso de narcóticos o sedantes también puede provocar la ausencia de voluntad y libertad. De no considerarse así, se crearían espacios de impunidad inasumibles, pues tan relevante es el empleo de la violencia física para doblegar la voluntad del paciente como el uso de otros medios que producen el mismo efecto como sucede con el empleo de los sedantes⁶¹³. Igualmente, tal situación también puede ocurrir como consecuencia de la enfermedad que padece, puesto que no olvidemos que el paciente ya no puede expresarse por sí mismo⁶¹⁴, lo cual permitirá realizar cualquier actividad sobre él sin emplear la violencia física.

Lo esencial en la violencia no es únicamente el empleo de la fuerza física, sino también la abierta negación de la capacidad de decisión personal o de su realización externa. Es decir, no se requiere la violencia como fuerza material sobre una persona, sino sólo como fuerza sobre la libertad de actuación al oponerse a la libertad ajena. Así, puede hablarse de violencia siempre que se obligue a otro a actuar en contra o al margen de su voluntad⁶¹⁵, tal y como sucede en el caso de privar al paciente de la decisión

su alcance las cosas de su uso o pertenencia, privándole, real o potencialmente, con cierta permanencia o transitoriamente del goce de las mismas.

⁶¹¹ STS Sala de lo Penal 1785/1974, de 10/01, ponente: José Hijas Palacios. El delito de coacciones, regulado en el artículo 496 del Código Penal se caracteriza esencialmente por la presión, imposición o constreñimiento de la ajena voluntad, doblegándola ilegítimamente para hacer o no hacer, un acto que no se quiera (...). La doctrina de esta Sala viene insistiendo en que todo doblegamiento ilegítimo de la voluntad del ofendido constituye este delito, que viene de esta manera a consagrar y proteger la libertad de actuación y determinación de las personas contra toda violencia o presión física y moral que violenta aquel sagrado e indeclinable derecho de la persona. Y tanto esmero se ha empleado en la delincación jurisprudencial de la figura que nos ocupa que cuando se emplea la fuerza sobre las cosas, como medio de constreñir tal libertad individual se considera cometido el delito, aunque no parezca estar en la letra, pero sí lo está en el espíritu del Código Penal.

⁶¹² STS 871/1994, 15/2/1994, ponente: Francisco Soto Nieto, (F.J. 2º), imposición de la voluntad del agente en otra persona, una patente y hosca agresión contra la libertad personal, como grave perjuicio a la autonomía privada de la voluntad.

⁶¹³ STS 1191/2005, 10/10, ponente: Juan Saavedra Ruiz, (F.J. 1º). En supuestos de empleo de narcóticos o, incluso, de métodos que no comportan contacto físico con el sujeto pasivo, tales como la hipnosis; SAP Bilbao Secc. 2ª 615/2011, 25/05, ponente: María Jesús Erroba Zubeldia (FJ 2); STS 6008/2005, 10/10, ponente: Juan Saavedra Ruiz (FJ 1).

⁶¹⁴ MORILLAS CUEVA, L., (2009), pp. 107-117.

⁶¹⁵ MIR PUIG, S., “El delito de coacciones en el código penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 30, Fasc/Mes 2, 1977, p. 280.

expresada en el documento de voluntades anticipadas. En este caso, existirá pues una confrontación entre dos voluntades⁶¹⁶.

Evidentemente en la mayoría de actos médicos no consentidos no existirá violencia propiamente dicha como fuerza física, pero gracias a una interpretación amplia del término violencia una mera restricción de la libertad de obrar por parte del paciente va a permitir apreciarla⁶¹⁷.

No obstante, es posible considerar que sería más correcto establecer una interpretación más restrictiva⁶¹⁸: de ese modo se evitaría una aplicación analógica de la ley, contraria al principio de legalidad del artículo 25.1 de la Constitución Española⁶¹⁹, aunque ésta no es la postura seguida por los tribunales, los cuales consideran la violencia como un tipo abierto prescindiendo en ocasiones del requisito de violencia como tal, llegando a considerar como coacción punible cualquier privación ilegítima de derechos ajenos que no sean encuadrables en ningún otro tipo delictivo⁶²⁰.

⁶¹⁶STS Sala de lo Penal 602/1976, de 06/02, ponente: Ángel Escudero del Corral. El delito de coacción del artículo 496 del Código Penal, tutela la libertad de obrar y de autodeterminarse que posee el hombre, contra la actuación del agente, ilícita y compulsiva o de constreñimiento, oponiéndose dos voluntades adversas e irreconciliables, en la que resulta prevalente, la del sujeto activo indicado.

⁶¹⁷STS 305/2006, 15/03, ponente: Andrés Martínez Arrieta, (F.J. 1º). y por tanto una coacción, siendo lo decisorio el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción. No entenderlo así, y referirlo sólo a la *vis phisica* dejaría un estrecho margen de aplicación al tipo de las coacciones. No sólo comprende los casos de violencia física como tal, sino que incluye cualquier modalidad de compulsión o ataque a la voluntad de la víctima, pues con ello también se limita su libertad. STS 1367/2002, 18/07, (F.J. 8º). El núcleo central de la conducta consiste en imponer con violencia una conducta a otro a través de diversas modalidades de actuación, la violencia física, la psíquica y la denominada violencia en las cosas. STS 843/2005, de 29/06, ponente: José Ramón Soriano Soriano (F.J. 1º).

⁶¹⁸STS 305/2005, 15/03, ponente Martínez Arrieta, Andrés (F.J. 1º). Esta interpretación restrictiva no ha sido mantenida por la jurisprudencia, que de manera constante, ha mantenido que el tipo penal de las coacciones es un “tipo abierto” o un “tipo delictivo de recogida” que alberga distintas modalidades de comisión, pues todo atentado o, incluso, la mera restricción de la libertad de obrar supone de hecho una violencia y por tanto una coacción, siendo lo decisorio el efecto coercitivo de la acción más que la propia acción. No entenderlo así, y referir la violencia sólo a la *vis phisica*, dejaría un estrecho margen de aplicación, por especialidad, el tipo de lesiones. SAP CS 620/2015, 11/06/2015, Sala de lo Penal, (F.J. 2º). En palabras de la sentencia del T.S. de 15-03/06.

⁶¹⁹STS 305/2006, 15/03, Voto particular Enrique Bacigalupo Zapater.

⁶²⁰ STS Sala de lo Penal 4191/1980, 13/02, ponente: Benjamín Gil Sáez. Requiriendo la ausencia de legítima autorización, como requisito material el empleo de la fuerza física, intimidación en las personas o la *vis in rebus*, y como presupuesto finalístico o de tendencia que la fuerza, en sus variadas expresiones, se emplee para impedir al sujeto pasivo lo que la Ley no le prohíbe o le compeliere a hacer lo que no quiera, entrando en tal ámbito y campo el legítimo disfrute de sus derechos, poniendo fuera de su alcance

La ausencia de toda autorización legítima por el sujeto activo, y el empleo de la fuerza física, o uso de cualquier otro medio intimidatorio, o fuerza en las cosas que consiga finalmente impedir al sujeto pasivo que haga lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiere, conduciría a un delito de coacciones⁶²¹.

Para poder apreciar una violencia en su forma *vis in rebus*, ha de resultar menoscabada de forma ostensible y patente la libertad de obrar de la víctima de forma que ésta no tenga otras alternativas para realizar la conducta a que tiene derecho⁶²² y, además, ha de repercutir directamente en la víctima porque, de no ser así, al interpretar el tipo penal se estaría vulnerando el principio de legalidad y de intervención mínima⁶²³.

Las conductas anteriormente descritas si fueran de menor intensidad serán consideradas como coacciones leves⁶²⁴, perseguidas mediante denuncia por parte de la persona agraviada o su representante⁶²⁵.

En definitiva, la imposición de un tratamiento a un paciente adulto se considera como un ataque a su libertad y también a su integridad física, derecho protegido en el artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por el cual el paciente puede rechazar un tratamiento para prolongar su vida⁶²⁶. Se deberá valorar el caso concreto para saber si se ha actuado correctamente o conforme a la *lex artis*⁶²⁷, es decir, si se

las cosas de su uso o pertenencia, privándole, real o potencialmente, con cierta permanencia o transitoriamente del goce de las mismas.

⁶²¹ LIÑAN LAFUENTE, A., *Trazos de Derecho Penal parte especial* 2ª Edición, Universidad Complutense de Madrid, 2018, pp. 106-107.

⁶²² SAP de Madrid 2745/20002, 22/02.

⁶²³ SAP Madrid 4895/2005, 28/04 (F.J. 3º). SAP de Sevilla 2695/2007, 03/09 (F.J. 3º).

⁶²⁴ Artículo 172.3 Código Penal.

⁶²⁵ LIÑAN LAFUENTE, A. (2018), p. 107.

⁶²⁶ CLIMENT GALLART, J.A., “La Jurisdicción del TEDH sobre el Derecho a la disposición de la propia vida”. *Actualidad jurídica iberoamericana* Nº. 8, 2018, p. 132. Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos 2346/02, 29/04. Caso Pretty vs UK.

⁶²⁷ SAP SS 1382/2004, 30/12, Ponente: Mª Teresa Fontcuberta de la Torre (F.J. 1º y 2º). La obligación de todo facultativo es proporcionar los cuidados que precise el paciente según el estado de la ciencia y no la

procede conforme a lo señalado por la ciencia como actuación médica exigible, y si se cumplen los protocolos médicos⁶²⁸.

No olvidemos que cuando se vulnera la libertad de decisión, se lesiona el derecho de autodeterminación del paciente⁶²⁹. A pesar de ello, por parte de un sector de la doctrina se considera que si la intervención es curativa y ajustada a la *lex artis* no sería constitutiva de una lesión corporal y/o coacciones, y ello a pesar de que el estado del paciente llegue a empeorar. Es suficiente, por tanto, que tal comportamiento sea aceptado socialmente para ser considerado correcto aunque carezca del consentimiento del paciente⁶³⁰.

En cualquier caso, a pesar de las buenas intenciones del facultativo, o incluso aunque se haya mejorado en algunos aspectos la salud del paciente, éste debe de abstenerse y no actuar sin contar con la voluntad de la persona interesada y mucho menos en contra de ella⁶³¹, porque si así lo hiciera además de atentar contra la libertad del paciente también incurriría en un delito de lesiones y/o coacciones, aunque el paciente pueda llegar a recuperarse, dado que se ha vulnerado su integridad física o psíquica, independientemente de que su actuación pueda ser técnicamente

de obtener, en todo caso, su recuperación o sanación. STS 13345/1991 y 1400/1991, 11/03, ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez (FJ 3º).

⁶²⁸GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, 1ª ed., Cizur Menor, Civitas, Navarra, 2005, pp. 93-100; FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., *Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, Bosch, Barcelona, 2001, p. 313.

⁶²⁹STS 724/1975, 23/05, ponente: Ángel Escudero del Corral (Considerando 1º). Por lo que el delito de coacción protege la libertad de obrar y de autodeterminarse la persona humana, contra la ilícita compulsión, prevarimiento o constreñimiento ajeno. Exigiendo para que exista infracción criminal los siguientes requisitos: 1.- Una acción antijurídica concretada en el empleo de violencia, por el sujeto activo de naturaleza material “*vis física*” o intimidatoria, con presión moral “*vis compulsiva*” o incluso realizada por la “*vis in rebus*”, como imposición inmediata sobre las cosas, en este caso sobre el propio cuerpo del otorgante, que es equivalente a la violencia personal y que con la finalidad próxima siempre de que este último no haga lo que quiera, o efectúe lo que no desee, sea justo o injusto. 2.- Un resultado consistente en que el compelido tenga que dejar de hacer lo que quiere realizar, o que efectuar lo que no quisiere. 3.- Una relación de causalidad, entre la acción compulsiva ilícita y el resultado generado, por la misma. (Considerando nº 7).

⁶³⁰MUÑOZ CONDE, F., “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 451.

⁶³¹STS Sala de lo Penal 1430/2001, 26/02, ponente: Diego Antonio Ramos Gancedo (FJ 3).

beneficiosa⁶³². No olvidemos que la autonomía del paciente también forma parte de la *lex artis*.

1.3.- Estado de necesidad

Los Testigos de Jehová se muestran contrarios a recibir transfusiones de sangre. Cuando tal decisión no se respeta, no existe una voluntad de herir sus sentimientos religiosos, más bien se trata de un atentado contra su libertad, así como de una intromisión en su integridad física al recibir una transfusión no deseada. Si bien al realizar dicha injerencia se vulnera lo establecido por el paciente, tal comportamiento se pretende justificar porque con el resultado final se va a causar un mal menor respecto al que se trata de evitar, nada menos que la muerte del paciente⁶³³. Da la impresión de que nuestro ordenamiento ha otorgado mayor importancia a la vida y a la integridad física que a la libertad pero a través de un cambio social y legal finalmente se pone a la libertad en un alto nivel⁶³⁴.

El manifestar una negativa a una transfusión, o a cualquier tratamiento, no ha de entenderse como una intención suicida puesto que no existe una voluntad de poner fin a su vida⁶³⁵, del mismo modo que sucede cuando se realizan ciertas actividades de riesgo como el boxeo, los toros, o los llamados deportes de aventura, etc. De esta manera, por el hecho de fomentar que se realicen dichas actividades no se va a procesar al organizador de las corridas o combates por el fallecimiento que se produzca durante su realización, ni tampoco se les va a perseguir por no prestar deber de socorro al dejar continuar con la corrida o con el combate estando el torero o el boxeador herido⁶³⁶.

⁶³² ARAQUE MORENO, D., “El consentimiento informado y su trascendencia en el Derecho penal”, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 10, No. 82, Medellín, enero-junio 2014, pp. 146-147.

⁶³³ GÓMEZ RIVERO, M.C., (2008), p. 233.

⁶³⁴ ATAZ LÓPEZ, J., (1985), pp. 94-95.

⁶³⁵ STC 120/1990, de 27/06, presidente: D. Francisco Tomás y Valiente (F.J. 7º) tampoco podría apreciarse que, en el caso contemplado, se produce vulneración de ese pretendido derecho a disponer de la propia vida, puesto que el riesgo de perderla que han asumido no tiene por finalidad causarse la muerte, sino la modificación de una decisión de política penitenciaria que tratan de obtener incluso a expensas de su vida.

⁶³⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., “La intervención médica contra la voluntad del paciente (A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979)”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 32, Fasc/Mes 2, 1979, p. 498.

Si a pesar de la negativa manifestada se llega a practicar una transfusión en contra de la voluntad del paciente⁶³⁷, aunque ésta sea con la intención de salvar su vida, se comete un atentado contra la libertad y además no contaría con el amparo de la eximente de estado de necesidad⁶³⁸. Ninguna urgencia puede legitimar que un tercero invada el proyecto vital del otro y le imponga contra su voluntad una elección en su nombre⁶³⁹.

Existe un conflicto entre el derecho a la vida y el derecho a la libertad, en este caso como libertad religiosa, aunque sin descartar igualmente que pueda existir un conflicto latente entre el derecho a la vida y el derecho que pudiera amparar a un Testigo de Jehová a la incolumidad corporal⁶⁴⁰. Una posible justificación del estado de necesidad va a depender de dos valoraciones, una sobre la ponderación de los bienes en conflicto y otra respecto al sentido ético social en el conjunto del ordenamiento jurídico, considerándola como una quijotesca forma de *desfacer* entuertos ajenos y mostrando un excesivo poder de decisión sobre terceros⁶⁴¹.

En el estado de necesidad se ha de dar la amenaza de un mal, pero el ordenamiento jurídico, atendiendo a la vista de la realidad social existente el mal causado puede ser mayor que el que se trata de evitar⁶⁴², mostrándose por tanto la

⁶³⁷ STS Sala de lo Penal, 519/1983, de 07/11, ponente: Benjamín Gil Sáez (Considerando 3º). La facultad de libre decisión y expansión de su voluntad. Imposición de su voluntad sobre el propósito de otra persona, a medio del ejercicio de la violencia en sus variadas exteriorizaciones de fuerza física, presión moral o intimidación a ella asimilada, o incluso de violencias extrapersonales sobre las cosas, como *vis in rebus*, que se refleje en los derechos del sujeto pasivo, y además que este constreñimiento que surge de la oposición de dos adversas voluntades, en la que triunfa la del inculpaado, sin existir causa que la legitima o autorice, para doblegar la del oprimido (...) requiere que el sujeto activo no se encuentre legitimado. STS 6875/1997, 17/11, ponente: Joaquín Martín Canivell (F.J. 2º); STS 2183/2000, 18/03, ponente: Joaquín Martín Canivell (F.J. 3º). El agente del hecho no ha de estar legítimamente autorizado para emplear violencia o intimidación.

⁶³⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., (1979), pp. 491-500.

⁶³⁹ FERNÁNDEZ BERMEJO, M., "Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (II)", *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 133, 20 de enero 1994, p. 3.

⁶⁴⁰ DÍEZ RODRÍGUEZ, J.R., "El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado", *Revista de Derecho UNED*, núm. 11, 2012, p. 191.

⁶⁴¹ BAJO FERNÁNDEZ, M., (1979), pp. 494-495.

valoración ético-social como un valor importante⁶⁴³. Por tanto, lo que es considerado como un mal no se establecerá con criterio individual, sino que el ordenamiento jurídico va a atender a la realidad social al hacerlo⁶⁴⁴. Dadas las exigencias actuales en que la normativa otorga libre autonomía al sujeto para disponer acerca de estas decisiones al final de la vida, se ha de respetar lo declarado en el documento de voluntades previas sin deber acudir al estado de necesidad para eludir su aplicación. En el supuesto caso de que su conciencia se lo impida, el profesional sanitario deberá inhibirse de este asunto para dar paso a otro profesional que sí cumpla los propósitos legalmente reconocidos, como es el caso de la interrupción voluntaria del embarazo, donde se aprecia como en los últimos tiempos ha sufrido un cambio radical en su percepción, pues ha pasado de ser una actividad penalizada, a ser considerada como una prestación sanitaria que puede ser solicitada. Ello es debido, sin duda, al mencionado cambio social y político que ha variado la forma de establecer su aplicación. En definitiva, no ha de tratarse de una libertad amortiguada por las exigencias de una moral⁶⁴⁵.

Si el profesional sanitario, conocedor de que el paciente ha manifestado que no desea ser transfundido y que además así consta en un documento de voluntades anticipadas, espera a que el paciente pierda la consciencia para poder realizar la transfusión y de este modo beneficiarse de la existencia de una eximente del estado de necesidad, tal conducta no debería de ser merecedora de la misma, puesto que la situación de necesidad requiere que no haya sido provocada intencionalmente por el sujeto⁶⁴⁶.

Desde el momento en que el sujeto pasivo decide, como titular de sus derechos, manifestar cómo ha de ser tratado, queda excluido el estado de necesidad y con ello se exime de la posición de garante tanto al profesional sanitario como a familiares y

⁶⁴² SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXV, Fascículo 3, Madrid, 1982, p. 669

⁶⁴³ CEREZO MIR, J., “La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº 10, Santiago de Compostela, 1985-1986, p. 90.

⁶⁴⁴ SILVA SÁNCHEZ, J.M., (1982), p. 669.

⁶⁴⁵ VIVES ANTÓN, T.S., “Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto”, *Revista española de Derecho Constitucional*, Año 5, nº 15, 1985, p. 155.

⁶⁴⁶ CEREZO MIR, J., (1985-1986), p. 112.

cuidadores. El respeto a su voluntad y libertad socialmente reconocida debe prevalecer, por lo que su interpretación no ha de ser ajena a esas necesidades. Además, no hay que olvidar que en ningún momento el paciente se va a encontrar desamparado al actuar libremente⁶⁴⁷, del mismo modo tampoco se apreciaría un hipotético deber de socorrer⁶⁴⁸.

Nadie puede imponer a quien se encuentra en plena capacidad mental para decidir por sí mismo⁶⁴⁹ a recibir de forma coactiva un tratamiento para conservar su salud o evitar la muerte, puesto que tiene la posibilidad de rechazar una asistencia sanitaria que no desea⁶⁵⁰, o si así lo ha dejado plasmado en un documento de voluntades anticipadas.

Respecto a las transfusiones, se ha observado una evolución desde la sentencia de 27 de septiembre de 1978 que obligaba a un Testigo de Jehová a recibir, incluso con presencia policial, una transfusión, al considerarse que cuando el consentimiento afecta a la vida es ineficaz; en ese sentido se pronunciaron otras sentencias del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979 y de 22 de diciembre de 1983. Posteriormente, se reconoció como principio general el de prevalencia de la voluntad del paciente, sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1997, al señalar que si se trata de un adulto capaz de establecer su objeción de conciencia al tratamiento médico debía de respetarse tal decisión, motivada por la capacidad de autogobierno amparada legalmente, salvo que con ello se pongan en peligro derechos o intereses ajenos o se lesione la salud pública⁶⁵¹ u otros bienes de especial protección, siendo esta la tendencia reiterada posteriormente⁶⁵².

⁶⁴⁷ LUZÓN PEÑA, D.M., “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis”, *La Ley*, nº 1914, 1988, pp. 57-58.

⁶⁴⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., (1979), p. 499.

⁶⁴⁹ BUENO ARÚS, F., “El rechazo del tratamiento en el ámbito penitenciario”, *Actualidad penal*, nº 31, 1991, p. 397.

⁶⁵⁰ STC 120/1990, de 27 de junio (F.J. 4º).

⁶⁵¹ Auto del Tribunal Constitucional 369/1984, de 20 de junio (FJ 3º).

⁶⁵² STC 154/2002, 18/07, Ponente: D. Tomás Vives Antón (F.J. 7º).

El Artículo 4.7 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de ordenación de las profesiones sanitarias señala que el ejercicio de la profesión se llevará a cabo con plena autonomía técnica y científica, sin más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico. En principio, dicho artículo parece otorgar una amplia discrecionalidad al ejercicio profesional a la hora de determinar qué decisión es la más acorde con la ciencia médica, incluso si aún siendo lo más conveniente se procede al margen del protocolo. De ahí que pueda surgir un conflicto entre lo que es considerado por el profesional sanitario y lo solicitado por el paciente. Aunque el paciente puede negarse a un tratamiento, no puede obligar al facultativo a actuar en contra de la *lex artis* puesto que no se le habilita para elegir el tratamiento o técnica a aplicar; además de ser uno de los límites legales en la aplicación del documento de voluntades anticipadas. Si es considerado así por el médico que le atiende, éste podrá solicitar autorización al juez para poder sustituir la voluntad del paciente. Sin embargo, en determinados casos será la autonomía técnica y científica la que ceda ante el derecho fundamental, como sucede en el caso de la libertad religiosa⁶⁵³.

Hay que tener en cuenta que, si como menciona el artículo 4.7 no hay más limitaciones que las establecidas en esta ley y por los demás principios y valores contenidos en el ordenamiento jurídico y deontológico, se debe limitar esa llamada autonomía técnica y científica, y en su caso, proceder a una objeción de conciencia para que sea otro profesional el que proceda con lo solicitado, al ser el principio de autonomía del paciente un valor establecido por distintas normas del ordenamiento jurídico estatales y autonómicas, reconocido como tal por la jurisprudencia.

En 2017, un equipo médico del Hospital de Basurto comunicó al Juzgado de Guardia de Bilbao la existencia de una paciente Testigo de Jehová con documento de voluntades anticipadas, en el que disponía que no se le administrara en ningún caso transfusiones de sangre alogénica a pesar de que los médicos las consideraban necesarias para la conservación de su vida o de su salud. La paciente de 83 años presentaba una demencia leve y dependencia para las actividades básicas de la vida, pero no estaba incapacitada; tanto la paciente como la familia se negaban a una

⁶⁵³ BELTRAN AGUIRRE, J.L., (2016), pp. 116-122.

transfusión de sangre. El Juzgado de Guardia, Instrucción nº 5 de Bilbao, en contra de lo habitual dictó un auto por el que autorizaba la transfusión de sangre una vez que hubiese perdido el conocimiento, pero su voluntad ya estaba manifestada por escrito de forma previa para cuando no estuviese consciente. El fundamento esgrimido en el auto fue el estado de necesidad y el deber de protección a la víctima, y acabó por autorizar el empleo de aquellas medidas que se consideraran necesarias, por lo que desoyó lo manifestado en el documento de voluntades anticipadas, legalmente constituido y con pleno reconocimiento, como expresión de su deseo de no ser transfundida y con ello exonerar de responsabilidad a los profesionales médicos, además de que esa voluntad no era contraria a la *lex artis*.

En apelación se apreció que no existía un estado de necesidad como conflicto entre la autonomía del paciente y el derecho a la vida, puesto que la propia Ley 41/2002 resuelve dicho conflicto, al considerar que es una decisión vinculante para todos, médicos, Juzgados y Tribunales, pues en la Ley se da primacía a la autonomía del paciente. El sustituir la voluntad de la paciente, debidamente expresada y en la forma legalmente establecida, por la voluntad judicial, supone una ponderación distinta a la prevista en la legislación. Además, con la imposición de un tratamiento no se respeta el principio de unidad del ordenamiento jurídico, puesto que al regular la autonomía del paciente le otorga prioridad máxima al considerar el rechazo a un tratamiento, porque es adecuado a derecho, siendo pues una imposición judicial del tratamiento contraria a la voluntad del paciente una lesión a sus derechos.

El Tribunal que resuelve la apelación estima que el legislador ha decidido sobre el conflicto aparente entre derechos en casos como el presente, y lo ha hecho en favor de la dignidad humana, conforme a la cual las personas no son objetos instrumentales, sino sujetos libres, y en esa condición no les puede ser impuesto un tratamiento médico sin su consentimiento informado, sean cuales fueren las razones que sustenten sus convicciones éticas, religiosas o cualesquiera otras, con los límites establecidos en la ley, que no eran rebasados, además de que tampoco resultaban contrarios al ordenamiento jurídico ni a la buena práctica clínica, por lo que dicha voluntad debió ser respetada⁶⁵⁴.

⁶⁵⁴Auto Penal Audiencia Provincial de Bilbao 564/2018, de 26 de marzo, ponente Juan Mateo Ayala García (F.J.1º y 2º).

Al acudir al juzgado de guardia se vulnera la decisión del paciente, por lo que, nada impide que el representante, familiar o cualquier persona que tuviese conocimiento de tal incumplimiento flagrante del contenido del documento de voluntades anticipadas haga lo propio y acuda ante el Juzgado para solicitar que se haga cumplir lo manifestado por el paciente. Quizás sería deseable que se articulara un mecanismo específico de protección de la libertad de obrar del ciudadano, algo semejante a los interdictos, para contrarrestar un posible ejercicio abusivo por parte de la Administración de sus prerrogativas, viene ser algo así como el proceso de amparo que conocieron los fueros de Aragón⁶⁵⁵.

1.4.- Otros tipos penales contra la voluntad del paciente

Ante la imposibilidad de ver respetado su derecho de que se cumpla el contenido del documento de voluntades anticipadas, quizás como última opción se podría solicitar la alta voluntaria y así de ese modo llegar a alcanzar lo que el otorgante demanda una vez que se encuentre en el domicilio, continuando allí con los cuidados necesarios para evitar el sufrimiento. En el caso de que se le denegara la petición de alta hospitalaria, e incluso se le obligara a permanecer en el hospital para recibir unos tratamientos no deseados, estaríamos ante una detención ilegal prevista en los artículos 163 y siguientes del Código Penal⁶⁵⁶, pues vulneraría la libertad deambulatoria, reconocida en el artículo 17 de la Constitución.

En el artículo 542 del Código Penal se contempla el supuesto en el que una autoridad o funcionario público impide, de forma deliberada, a una persona el ejercicio de derechos cívicos reconocidos por la Constitución y las Leyes, sin una protección penal específica o expresa. Se trata de evitar un abuso de poder por parte del funcionario público al no permitir ejercerlos, además de poderse aplicar la agravante de prevalimiento del carácter público, artículo 22.7 del Código Penal.

⁶⁵⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Sobre el delito de coacciones”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 6, 1981-1982, pp. 150-151.

⁶⁵⁶ STS 5564/2008, 13/10, ponente: D. Carlos Granados Pérez (Fundamento Jurídico Único). (...)De no aplicarse el delito del artículo 163, se aplica el del artículo 172, cuando concurren, como es el caso, los requisitos del mismo. Y entre ellos una acción de compeler, constreñir o presionar a otro para que lleve a cabo una conducta que no desea, sea justa o injusta, con intención de restringir la libertad de obrar ajena (...).

Tradicionalmente, cuando se mencionan los derechos cívicos⁶⁵⁷ se consideran los de naturaleza política, realizando una interpretación restrictiva tal y como resulta de la Consulta 4/1989 por la Fiscalía General del Estado en relación con el artículo 194 del Código Penal de 1973⁶⁵⁸, que rechaza extender la protección a todos los derechos fundamentales de la Constitución porque de aceptarse se podría producir una quiebra de la taxatividad, consecuencia del principio de legalidad (art. 25 CE) y dejaría su determinación en manos de los Jueces y Tribunales. Se está a favor de considerar los derechos cívicos descritos en el artículo 542 del Código Penal tales como aquellos que tratan de derechos o libertades públicas para cuyo ejercicio el ciudadano necesite realizar una conducta que pueda ser impedida por la autoridad o funcionario público⁶⁵⁹. El artículo 542 del Código Penal consistiría en una aplicación de carácter residual al no existir otro precepto en el Código Penal que se pueda aplicar para este caso⁶⁶⁰.

En el supuesto de que se haya recurrido a la violencia para impedir ese ejercicio, aparte de considerar el artículo 542, resultaría más apropiado apreciar un delito de coacciones previsto en el artículo 172 del Código Penal⁶⁶¹, aunque también es posible apreciar un concurso ideal⁶⁶² entre ambas figuras puesto que las coacciones amparan la libertad de actuación como un derecho fundamental, mientras que el art. 542 protege la garantía del ejercicio de ese derecho fundamental ante el uso arbitrario de ese derecho que hace el empleado público⁶⁶³.

⁶⁵⁷ MOYA FUENTES, M.M., “La tutela del derecho penal a participar en los asuntos públicos: artículo 542 del Código Penal”, *G Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2018, pp. 02-21.

⁶⁵⁸ Consulta 4/1989 de la Fiscalía General del Estado:
https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CONS/CON_04_1989.html, (visto el 25 de mayo de 2020).

⁶⁵⁹ STS 8178/2001, 23/10 ponente: D. Diego Antonio Ramos Gancedo (FJ 6º); STS 3916/2008 01/07, ponente: Francisco Monterde Ferrer (FJ 5º).

⁶⁶⁰ STS 165/2002 de 11/03 (FJ 1º); STS 443/2008 de 1/07 (FJ 5º).

⁶⁶¹ SAP GR 1617/2000, 2/05, (F.J. 3º) sanciona por un delito de coacciones al alcalde que ordena, a través de la Policía municipal, prohibir durante varios días a un concejal la entrada al ayuntamiento

⁶⁶² La STS 1283/2009, 18/12, ponente: D. Perfecto Agustín Andrés Ibañez (F.J. 2º). Condena por un delito del art. 172 CP y del art. 542 CP, al alcalde que dispone impropriadamente de la fuerza pública (jefe de la Policía local) para frenar las actuaciones legales de un concejal de la oposición, que realizaba fotocopias de una documentación sobre el planeamiento municipal para la preparación del pleno de la corporación a celebrar días más tarde.

Por otro lado, existen supuestos previstos que protegen la integridad moral, véase artículos 173 y siguientes del Código Penal, siendo el sujeto activo, en el artículo 175, un funcionario público. Delitos considerados con entidad propia⁶⁶⁴, distintos a otros reconocidos respecto a lo establecido en el artículo 15 de la Constitución y que nos recuerdan que toda persona, por el hecho de ser persona está dotada de dignidad como un ser humano libre y nunca como un simple objeto⁶⁶⁵. A través de la jurisprudencia se han establecido los elementos de este delito⁶⁶⁶:

1. Un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito.
2. Un padecimiento, físico o psíquico, en dicho sujeto.
3. Un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Además, ha de suponer un trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral⁶⁶⁷. Es posible encuadrar al encarnizamiento terapéutico en este supuesto. Si bien es cierto que normalmente el facultativo deja a un lado lo expresado por el paciente, e ignora el poder de autodeterminación, creyendo que actúa por el bien del enfermo y que realiza lo que él considera mejor, con ello no pretende causarle ningún trato degradante de forma consciente; sin embargo, al mantenerlo de forma artificial con vida *sine die* sí provoca una situación degradante y contraria a la dignidad humana.

⁶⁶³ MOYA FUENTES, M.M., (2018), pp. 17-20.

⁶⁶⁴ STS 4719/2014, 15/10, ponente: Carlos Granados de octubre (F.J. 6º).

⁶⁶⁵ STC 181/2004, 02/11 (F.J. 13). STS 1218/2004, 02/11, (F.J. 3º).

⁶⁶⁶ STS 233/2009, 03/03 ponente: D. Luis Román Puerta Luis (F.J. 2º); STS 4719/2014, 15/10 ponente: D. Carlos Granados Pérez (F.J. 6º); STS 2100/2013, 02/04, ponente: D. Alberto Gumersindo Jorge Barreiro (F.J. 1º).

⁶⁶⁷ STS 5480/1998, 29/09 (F.J. 2º). STS 3247/200, 08/05, ponente: D. Julián Artemio Sánchez Melgar (F.J. 3º) Aquellos que pueden crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar en su caso su resistencia física o moral; AAP VI 92/2008, 12/02, ponente: D. José Jaime Tapia Parreño (F.J. 2º), el TS no encuentra obstáculo para estimar cometido el delito a partir de una conducta única y puntual.

Aunque la verdadera consecuencia de su acción sea que no ha cumplido con la voluntad expresada por considerar que existía un riesgo de muerte, es cierto que con las intervenciones o transfusiones que realiza atenta contra la dignidad humana, y como consecuencia de ello provoca un trato degradante prohibido por los artículos 10 y 15 de la Constitución⁶⁶⁸.

Por último, cabe indicar el supuesto contemplado en el artículo 512 del Código Penal⁶⁶⁹, cuando expresa que en el ejercicio de sus actividades profesionales se deniega la prestación a la que se tiene derecho por motivos religiosos, ideológicos, etc. Una vez más las motivaciones que mueven al facultativo son las que considera técnicamente más adecuadas al creer que su actuación está justificada por el estado de necesidad, sin que su actuación sea consecuencia de las inclinaciones religiosas, ideológicas o de otra índole profesadas por el paciente.

En el entorno sanitario, lo habitual es que si existe algún tipo de actuación penal sea por motivos de imprudencia⁶⁷⁰ o motivado por cualquier tipo de error⁶⁷¹, puesto que es difícil encontrar un profesional sanitario que realice cualquier actividad que pueda provocar una situación ilegítima de forma intencionada. Una conducta imprudente podría ser no comprobar la existencia de un documento de voluntades anticipadas, o al realizarlo ignorar su contenido actuando conforme a su criterio creyendo que es para

⁶⁶⁸ BAJO FERNÁNDEZ, M., (2004), p. 327.

⁶⁶⁹ Artículo 512 del Código Penal. Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un periodo de uno a cuatro años.

⁶⁷⁰ STS 6999/1994, 29/10 (F.J. 2º). Para que exista imprudencia se exige: 1. Una acción u omisión voluntaria, no maliciosa. 2. Infracción del deber de cuidado. 3. Creación de un riesgo previsible y evitable y 4. Un resultado dañoso derivado en adecuada relación de causalidad de aquella descuidada conducta. AP de Santander 4/2016, 11/01 (F.J.3º). La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha enunciado los requisitos exigidos para la configuración del ilícito indicado.

⁶⁷¹ Artículo 14 Código Penal. 1. El error invencible sobre un hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente. 2. El error sobre un hecho que cualifique la infracción o sobre una circunstancia agravante, impedirá su apreciación. 3. El error invencible sobre la ilicitud del hecho constitutivo de la infracción penal excluye la responsabilidad criminal. Si el error fuera vencible, se aplicará la pena inferior en uno o dos grados.

bien, y por tanto está amparado su comportamiento, actuando así de forma negligente⁶⁷².

Por último, siendo el Derecho penal considerado como la *ultima ratio*, surgen otras vías para establecer una posible responsabilidad del facultativo, que no son excluyentes entre sí.

VI. 2. Responsabilidad civil

La responsabilidad civil, exigible por el incumplimiento del contenido del documento de voluntades anticipadas, se realiza frente al facultativo incumplidor, contra el centro en el que se ha prestado servicio médico, contra la compañía aseguradora o también la indicada en vía penal si decidiese optar por exigirla por la jurisdicción civil⁶⁷³, respondiendo en este caso la Administración de forma subsidiaria por los daños causados penalmente⁶⁷⁴. El consentimiento informado tiene reconocida su importancia en la actuación sanitaria con reflejo en el régimen de la responsabilidad civil⁶⁷⁵. Por tanto, se hace preciso que el profesional sanitario preste una información previa, de tal modo que los documentos genéricos en los que el paciente se limita a firmar una declaración de haber recibido y entendido la información o de autorizar la actuación médica, sin más datos, son mayoritariamente considerados ineficaces tanto por la jurisprudencia civil como por la contencioso-administrativa⁶⁷⁶. Sin embargo, tal circunstancia no sucede en el documento de voluntades anticipadas porque no existe esa obligación de información previa que, aunque resulta conveniente para aclarar dudas al paciente, no es imprescindible ni resulta motivo de responsabilidad.

⁶⁷² ROMEO CASABONA, C.M., *El Médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986, p. 63.

⁶⁷³ Artículo 109.2 del Código Penal. El perjudicado podrá optar, en todo caso, por exigir la responsabilidad civil ante la Jurisdicción Civil. Artículo 113 del Código Penal.

⁶⁷⁴ Artículo 121.1 del Código Penal.

⁶⁷⁵ Sobre el tema, un estudio completo con abundante doctrina y jurisprudencia en CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.

⁶⁷⁶ ARCOS VIEIRA, M. L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Aranzadi, Navarra, 2007, p. 113.

El documento de voluntades anticipadas se otorga de forma previa para ser efectivo cuando el paciente pierda la consciencia y no sea capaz de expresarse, por lo que estaríamos ante una obligación legal⁶⁷⁷ que ha de ser cumplida por el profesional sanitario, por el centro donde se encuentre ingresado y, por extensión, por los trabajadores que en él presten sus servicios⁶⁷⁸.

Las obligaciones nacidas de la ley no se presumen, se exigen según lo indicado en su ley de creación⁶⁷⁹, por lo que estaríamos ante una obligación condicional de hacer o no hacer⁶⁸⁰, pues determina acciones futuras que serán ejecutadas en función del consentimiento reflejado por el paciente, situaciones previstas que es posible que nunca lleguen a materializarse, como sucedería si, por ejemplo, el otorgante falleciera de forma fulminante.

Se trata de una responsabilidad, *ex lege*, que puede producir como resultado daños de carácter corporal, pues se produce una intromisión no consentida en el cuerpo del paciente, pero sobre todo estaríamos ante un daño no material, consecuencia de la más que probable frustración del otorgante al depositar su confianza en el documento de voluntades anticipadas. Se requiere que el paciente haya sufrido un daño cierto y probado y que, además, éste sea requisito fundamental de cualquier clase de responsabilidad civil. Puesto que de otra manera, la eventual omisión del consentimiento informado para una intervención médica no pasa de ser una infracción de los deberes profesionales, con posibles repercusiones en otros órdenes pero carente de consecuencias en la esfera de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual⁶⁸¹.

Si existe una responsabilidad contractual, pero también extracontractual, el perjudicado podrá alegar ambas de manera alternativa o subsidiaria con la teoría de la

⁶⁷⁷ Artículo 1089 Código Civil.

⁶⁷⁸ Artículo 2.6 Ley 42/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁶⁷⁹ Artículo 1090 Código Civil.

⁶⁸⁰ Artículo 1114 Código Civil.

⁶⁸¹ STSJ de Navarra 1649/2001, 27/10, ponente: D. Francisco Javier Fernández Urziqui, (F.D. 4º).

unidad de culpa⁶⁸². Es decir, se plantearían los hechos al juzgador para que aplique las normas del concurso sobre ambas responsabilidades⁶⁸³ a su criterio en base a *iura novit curia*. A pesar de que la falta de consentimiento constituye una prestación sanitaria deficiente, al constituir una infracción de la *lex artis*, deber profesional del médico conforme indica el artículo 2.6 de la Ley 41/2002⁶⁸⁴, estamos ante una responsabilidad contractual, siendo los requisitos para ello, según la jurisprudencia, la preexistencia de una obligación, su incumplimiento debido a culpa, negligencia o falta de diligencia, y no a un caso fortuito o de fuerza mayor, unos perjuicios ocasionados y un nexo causal entre aquella conducta y los daños producidos⁶⁸⁵. Por tanto, el paciente, o en su caso el representante o familiar, deberá establecer el daño y la relación causal, así como la infracción de los deberes profesionales o *lex artis ad hoc*⁶⁸⁶, debiendo probar la obligación, características de la prestación y el incumplimiento al no realizarla⁶⁸⁷.

Al decidir el paciente nos encontramos ante una medicina voluntaria similar a los supuestos en los que éste no acude para una curación, sino para el mejoramiento de un aspecto físico o estético o para la transformación de una actividad biológica⁶⁸⁸. No olvidemos que se pretende un resultado concreto manifestado de forma voluntaria, por lo que lo solicitado como cumplimiento del contenido de las voluntades anticipadas se debería entender añadido a las ya mencionadas como medicina voluntaria, que identifica

⁶⁸² STS 8062/1997 Sala 1ª, 31/12, ponente: D. Eduardo Fernández-Cid de Temes (F.D. 2º); STS 2889/1998 Sala 1ª, 06/05, ponente: D. José Luis Albacar López (F.D. 3º); STS 8569/1999, 30/12, ponente: D. José Almagro Nosete (F.D.2ª).

⁶⁸³ STS 8569/1999, 30/12, ponente: D. José Almagro Nosete (F.D.2ª).

⁶⁸⁴ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., (2021), p. 601. GARCÍA RUBIO, M.P., “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en responsabilidad civil médica”, en *Estudios en Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol. I, *la Ley*, 2006, p. 810. ARCOS VIEIRA, M.L., “Consentimiento no informado: reflexiones en torno a la existencia de un derecho a no saber aplicado a la información clínica”, en *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Aranzadi, 2016, p. 286.

⁶⁸⁵ STS 4880/2003, 10/07, ponente: Clemente Auger Liñan (F.D. 2º). En este sentido MARTÍN LEÓN, A., “*Lex artis* y protocolos médicos”, en MORILLAS CUEVA, L., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del Médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, 2009, pp. 465-466.

⁶⁸⁶ PÉREZ VALLEJO, A.M., “Presupuesto de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional”, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid 2009, p. 561.

⁶⁸⁷ STS 2450/1999, 13/04, ponente: Luis Martínez-Calcerrada Gómez (F.D. 3º).

⁶⁸⁸ STS 2851/1994 y STS 2845/1994 Sala 1ª, de 25/04, ponente: José Luis Albacar López (F.D. 3º. 1º) y (F.D. 3ª).

aquella con la *locatio operis*⁶⁸⁹, siendo más parecido a un contrato de arrendamiento de obra⁶⁹⁰ para la obtención del resultado establecido, dicho con otras palabras, el cumplimiento exacto del contrato en vez del cumplimiento defectuoso⁶⁹¹.

En estos casos, además, es posible que exista daño desproporcionado indicativo de la culpabilidad del autor debido a la regla *res ipsa loquitur* (la cosa habla por sí misma)⁶⁹², como una conducta que supone una presunción desfavorable que genera un mal resultado cuando éste, por su desproporción con lo que es usual comparativamente según las reglas de la experiencia y el sentido común, revele inductivamente la penuria negligente de los medios empleados, según el estado de la ciencia y las circunstancias de tiempo y lugar, o el descuido en su conveniente y temporánea utilización⁶⁹³. Por tanto, es posible desvirtuar tal presunción de culpa cualificada acreditando que la actuación fue ajustada a la *lex artis* y que el origen de los daños es ajeno al buen proceder del facultativo⁶⁹⁴.

En estos supuestos, los protocolos médicos tendrán la consideración de elemento probatorio a la hora de determinar si la actuación médica siguió o no lo preestablecido por la comunidad científica o bien se separó de la *lex artis*⁶⁹⁵, en cuyo caso el documento de voluntades anticipadas tendría un valor probatorio similar a la hora de ver si se ajusta o no a lo indicado por el paciente.

⁶⁸⁹ STS 1769/2014, 07/05, ponente: D. José Antonio Seijas Quintana (FD 2º). En la medicina llamada voluntaria la relación contractual médico-paciente deriva de un contrato de obra, por el que una parte -el paciente- se obliga a pagar unos honorarios a la otra -médico- por la realización de una obra; la responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso se produce en la obligación de resultado en el momento en que no se ha producido éste o ha sido defectuoso (STS 11 diciembre 2001).

⁶⁹⁰ STS 2851/1994 y STS 2845/1994 Sala 1ª, de 25/04, ponente: José Luis Albacar López (F.D. 3º. 1º) y (F.D. 3ª).

⁶⁹¹ STS 877/1997, 11/02, ponente: José Almagro Nosete (FD 5º) y STS 6964/2004, 29/10 ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz (F.D. 2º).

⁶⁹² la regla del *Anscheinsbeweis* (apariencia de prueba) de la doctrina alemana y, asimismo, a la doctrina francesa de la *faute virtuelle* (culpa virtual).

⁶⁹³ STS 4645/1999, 29/06, ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz (F.D. 2º.2). STS 8000/2002, 29/11, ponente: Xavier O'Callaghan Muñoz (F.D. 4º).

⁶⁹⁴ GALÁN CORTÉS, J.C., (2005), p. 148.

⁶⁹⁵ GALÁN CORTÉS, J.C., (2005), p.100. TSJ de Cataluña, STSJ CAT 4694/2004, 14/04, ponente: Ramona Guitart Guixer (F.D. 6º). SAN 6870/2001, 21/11, ponente: D. José Guerrero Zaplana (F.D. 3º).

En tales circunstancias, no estamos ante una conducta médica habitual que procure solventar un problema de salud sin ninguna vinculación, es decir ante una obligación de medios, en la que se va actuar conforme a la *lex artis ad hoc* y con los mecanismos que se dispone. La redacción descrita en la Ley induce al paciente en la creencia de que puede reflejar en el documento de voluntades anticipadas su voluntad ante ciertos tratamientos o cuidados que desea recibir o no recibir. Por lo que la no prestación va a suponer una correspondiente responsabilidad en los términos indicados, como lo haría en cualquier contrato, observando los deberes descritos conforme al artículo 1101 del Código Civil, a excepción de aquellos sucesos que no hubiesen podido preverse⁶⁹⁶, o que, previstos, quedarían fuera de toda responsabilidad⁶⁹⁷, como en el supuesto de que el otorgante expresara su intención de ser donante, pero debido a que padece un cáncer sus órganos no puedan ser utilizados. Tal situación no supondrá un incumplimiento por parte del profesional sanitario al estar totalmente justificado dadas las circunstancias que los hacen inservibles a tales efectos.

Sin duda, al incumplirse el contenido del documento de voluntades anticipadas existe una pérdida de oportunidad en cuanto a que el personal sanitario ha dejado al paciente sin la posibilidad de ver cumplidas unas expectativas legalmente reconocidas. No se trata de una curación, sino del cumplimiento de una serie de medidas previamente establecidas sobre su proceso de fallecimiento e incluso posteriores al mismo. Una conducta que evidencie mala *praxis* o una actuación contraria al protocolo probaría que se actuó mal, incorrectamente o con omisión de medios⁶⁹⁸.

Aunque la práctica médica no es certera, los pacientes sí han de contar, frente a los servicios públicos o privados de salud, con la garantía, de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias⁶⁹⁹. De lo contrario, tal falta de servicio

⁶⁹⁶ STS 7694/1997, 16/12, ponente: Luis Martínez-Valcárcel Gómez (F.D. 3º.2).

⁶⁹⁷ Artículo 1.105 del Código Civil.

⁶⁹⁸ STS 2393/2008, 28/05, ponente: Dª. Margarita Robles Fernández (F.D. 7º).

⁶⁹⁹ STS 3890/2008, 07/07, ponente: D. Joaquín Huelin Martínez de Velasco (F.D. 5º).

debe ser reparada al suponer la mencionada pérdida de oportunidad⁷⁰⁰. No ha de tratarse de una vaga posibilidad, sino que debe tener soporte aunque sea un hecho que vaya a ocurrir en el futuro⁷⁰¹, como puede suceder en un retraso al suministrar el tratamiento paliativo, así como la angustia y sufrimiento adicional ocasionado al paciente y a su familia por impedirse una mejor atención al paciente⁷⁰².

Entre las múltiples posibilidades que se pueden formular en el documento de voluntades anticipadas, algunas no tratan de conseguir mejoría o cura del paciente, sino realizar un tránsito lo más acorde posible dentro de los medios técnicos y humanos disponibles al alcance de los médicos, así como un final digno y querido por el paciente. Una prolongación de una situación no deseada, la realización de pruebas invasivas sin viabilidad alguna, que han sido descartadas, resultan atentatorias física, mental y moralmente, y suponen en este caso un límite para la autonomía profesional y libertad clínica.

El incumplimiento del documento de voluntades anticipadas puede ocasionar un daño en el cuerpo del paciente como consecuencia de la intromisión realizada, pero en todo caso, más que físico será un daño moral⁷⁰³ provocado por el incumplimiento de la voluntad manifestada, es decir, una vulneración de su autodeterminación⁷⁰⁴, lo que conduciría a un sufrimiento y profundo pesar del paciente y de sus familiares y allegados que podrán reclamarlo, e incluso el Ministerio Fiscal podrá intervenir en defensa de los intereses de quién no puede defenderse por sí mismo.

Además, al otorgante se le priva de su facultad de decidir de acuerdo con sus propios intereses⁷⁰⁵, vulnerando no sólo lo establecido en la norma sino también la

⁷⁰⁰ PÉREZ VALLEJO, A.M., (2009), p. 573-575.

⁷⁰¹ GALÁN CORTÉS, J.C. (2005), p. 217.

⁷⁰² SAN 2459/2003, Sala Contencioso Administrativo, 05/11, ponente: Tomás García Gonzalo (F.D. 8ª).

⁷⁰³ ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., (2008), p. 118-119. STS 7734/2009, 04/12/2009, ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso (FD 9º). En estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento (Sentencias de 4 de abril de 2000 y de 1 de febrero de 2008).

⁷⁰⁴ STSJ CLM 172/2016, 04/01/2016, ponente: D. José Antonio Fernández Buendía (FD 7º).

confianza depositada por él mismo en un documento ofrecido como instrumento para expresar su voluntad en momentos que evidentemente van a ser comprometidos y en los que estará privado de consciencia. Tal incumplimiento es evidente que en otras circunstancias le provocaría un gran pesar, y aunque no pueda expresarlo como tal no significa que ese sentimiento no exista.

El daño moral indemnizable requiere un padecimiento o sufrimiento psíquico. En este sentido, la doctrina jurisprudencial se ha referido al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, así como a la impotencia, zozobra, angustia, trastorno de ansiedad e impacto emocional⁷⁰⁶.

En el caso de pacientes que recobren la consciencia no existirá ninguna duda sobre su disconformidad, puesto que podrán expresarla de forma personal y reclamar las acciones que consideren oportunas como sucedería en el supuesto de Testigos de Jehová que hayan recibido una transfusión en contra de lo expresado. La problemática surge cuando la persona agraviada fallece y se pretende reclamar el perjuicio por parte de su representante, de sus familiares o de sus allegados, puesto que la legitimación para hacerlo no es pacífica. Además de un incumplimiento de lo establecido en la ley existirá el padecimiento que haya o hubiera podido sufrir el paciente, que se considera personalísimo, y que en este caso afectaría a lo manifestado por su voluntad. Aunque hay quien entiende que, con el fallecimiento, al extinguirse su personalidad, se debe acudir a otro tipo de responsabilidades tales como la deontológica o la disciplinaria⁷⁰⁷.

En una relación contractual es posible la transmisión, artículo 1.112 Código Civil⁷⁰⁸. Aquí, efectivamente, no se estaría reclamando un perjuicio por el hecho de la muerte del paciente, sino por el incumplimiento del documento de voluntades anticipadas. A la vista del voto particular discrepante en el Dictamen 250/12, de 25 de

⁷⁰⁵ STS Sala de lo Contencioso 1266/2010, 09/03/2010 (F.D. 4º).

⁷⁰⁶ SAP Tarragona 40/2005, 11/01, ponente: D. Agustín Vigo Morancho (F.D. 1º).

⁷⁰⁷ MONTERROSO CASADO, E., “La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y la reparación del daño”, ponencia presentada al premio “Magistrado Ruiz Vadillo”, 2005, p. 5.

⁷⁰⁸ RODRÍGUEZ GUITÍAN, A.M., “Indemnización por causa de muerte: Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español”, *InDret*, Vol. 2, 2015, p. 9.

abril, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid⁷⁰⁹, se trataría de un derecho de crédito transmisible, un derecho de crédito resarcitorio que, no ejercitado con anterioridad a su propio fallecimiento se integra en el caudal relicto y, en él, como en toda su herencia, pueden sucederle en calidad de herederos. Porque una cosa es que el derecho a la salud tenga un carácter personalísimo, y otra es que el derecho de crédito, en vida del causante, no se integre en el propio patrimonio⁷¹⁰ y forme parte del caudal hereditario⁷¹¹, como se indica en el artículo 657 Código Civil relacionado con su derecho al resarcimiento. Los daños y perjuicios ocasionados a una persona durante su vida constituyen en general un derecho de crédito, el cual pasa a integrarse en su herencia formando parte de ella en caso de fallecimiento⁷¹², pero esta no es una solución plácida, sino más bien todo lo contrario, pues se tiende a considerar que si el perjudicado ha fallecido sin haber iniciado una acción pertinente, ésta no sería transmisible⁷¹³.

Siendo así, parecería que no exista posibilidad alguna de reclamación por daño moral al perjudicado, pero entonces, una vez más, surge como fundamental la figura del

⁷⁰⁹ Voto particular discrepante de D. Mariano Zabía Lasala, Dictamen 250/12, de 25 de abril, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

⁷¹⁰ STSJ Navarra 1374/2003, de 17/19, ponente: D. Felipe Fresneda Plaza (F.D. 2º C). No puede entenderse que el derecho al resarcimiento de la fallecida sea un derecho personalísimo no transmisible a sus herederos; su sufrimiento sí fue personalísimo mas es resarcible, compensable pecuniariamente, y tal resarcimiento constituye un derecho patrimonial, ya devengado una vez que el mismo se ha producido y susceptible de transmisión a sus herederos. No puede compartirse la idea expresada por la Administración de que se trataba de una mera expectativa de derecho que se extinguió con la muerte de la perjudicada, pues el daño moral ha provocado un derecho de resarcimiento pecuniario superior a una mera expectativa, constituyendo un derecho ya perfeccionado, susceptible de transmisión, así piénsese que si tal derecho ya hubiera sido reconocido en vía administrativa, el mismo hubiera por sucesión hereditaria ingresado en el patrimonio de los herederos, por lo que la muerte no puede alterar las consecuencias que se hubieran producido de no mediar la misma, y ello sin perjuicio de que a causa de la muerte se produjera, suceso entonces incierto, un perjuicio personal para los actores, susceptible de indemnización independiente, *iure proprio*, del que corresponde a la fallecida, ello con independencia de que de no haber mediado dicha muerte ya se hubieran podido producir perjuicios personales a los herederos.

⁷¹¹ STS 8467/2009, 10/12 (F.D. 3º) a) Las indemnizaciones concedidas por secuelas, por perjuicios económicos y por daños morales complementarios no resultan afectadas por el fallecimiento posterior de la víctima. No se aprecia que la sentencia recurrida, al confirmar las apreciaciones de la sentencia de primera instancia en ese sentido, incurra en infracción legal alguna. SAP Madrid, 436/2009, 01/07(F.D. 44º).

⁷¹² Dictamen del Consejo de Estado, Expediente 3292/1999, de 22/12, los daños y perjuicios ocasionados a una persona durante su vida constituyen en general un derecho de crédito, el cual pasa a integrarse en su herencia formando parte de ella en caso de fallecimiento.

⁷¹³ ASUA GONZÁLEZ, C.I., “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8/2013, p. 160.

representante⁷¹⁴ como continuador de la voluntad pretérita en busca de su cumplimiento, pues se erige no sólo como interlocutor o portavoz ante el personal sanitario sino también como intérprete de la voluntad del paciente tomando decisiones en su nombre⁷¹⁵, de forma similar a lo que sucede con el albacea testamentario que actúa como garante de la voluntad testamentaria teniendo para ello las facultades que expresamente les haya conferido el testador y no sean contrarias a las leyes⁷¹⁶. Respecto a la figura del representante designado en el documento de voluntades anticipadas, nada impide que realice una tarea de semejantes características al estar impedido el otorgante, el cual, como acción añadida, le puede acreditar para que ostente una representación procesal⁷¹⁷ en escritura pública⁷¹⁸, dejando constancia de todo en el documento de voluntades anticipadas.

El propio documento de voluntades anticipadas permite resolver situaciones que se van a producir incluso tras el fallecimiento del otorgante, como la donación de órganos, reproducción asistida *post mortem* o indicación de forma de enterramiento, situaciones personalísimas que persisten incluso después de su muerte y por las que el representante tendrá que velar en su cumplimiento con los medios de los que disponga a su alcance, por lo que del mismo modo debería poder actuar en todos los aspectos que se produzcan.

El representante emprenderá iniciativas procesales en nombre de su representado, ya sea a través del juzgado de guardia, buscando un amparo inmediato que evite el incumplimiento, o por medio de una demanda civil por la inobservancia del documento. Al emprenderse acciones para el resarcimiento sería posible una transmisión hereditaria procesal⁷¹⁹. Una vez más el nombramiento de un representante

⁷¹⁴ Artículo 9.3.a. Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

⁷¹⁵ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Leyes para una Muerte Digna...”, (2013), p. 67.

⁷¹⁶ Artículo 901 del Código Civil.

⁷¹⁷ Artículo 7.2 Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁷¹⁸ Artículo 1280.5 Código Civil.

se muestra decisivo⁷²⁰. A pesar de todo, considero conveniente añadir una pequeña salvedad en el documento de voluntades anticipadas indicando las posibles acciones a emprender en el supuesto caso de existir un incumplimiento de su contenido, de este modo se podría solventar cualquier impedimento respecto a la transmisión de este tipo de acciones sobre daños no patrimoniales en los casos de fallecimiento del otorgante.

Si consideramos que el perjuicio provocado es una situación personalísima que finaliza con la muerte del paciente, debemos tener en cuenta que la memoria de aquél constituye una prolongación de esta última que ha de ser tutelada⁷²¹, es una memoria *defuncti*⁷²². El ordenamiento jurídico reconoce algunas manifestaciones de derechos que una vez desvinculados del afectado pueden ejercerse por terceras personas, artículo 9.2.c de la L.O. 1/1982, de 5 de mayo, tales como medidas de la tutela judicial de los derechos al honor, intimidad y a la imagen, para los supuestos de indemnización de los daños y perjuicios causados. En su art. 4 prevé la posibilidad de que el ejercicio de las correspondientes acciones de protección civil de los mencionados derechos corresponda a los designados en testamento por el afectado o a los familiares de éste⁷²³.

Además, existe la posibilidad de que una persona ajena al otorgante se vea afectada directamente ante la negativa de cumplir el contenido del documento. Se trataría del supuesto en el que el otorgante hubiese manifestado que desea que sea utilizado su material reproductivo por su pareja para tener hijos póstumos. Indudablemente, la persona perjudicada en este caso sería aquella a la que se le priva de la reproducción, y que podría reclamar su cumplimiento, así como los posibles

⁷¹⁹HURTADO DÍAZ-GUERRA, I., *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización*. Tesis doctoral Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, 2017, pp. 160-161.

⁷²⁰ STS 8903/2002, 30/12, ponente: D. Jesús Ernesto Peces Morate (FD 1ª) sólo puede reclamarse su reparación para un tercero cuando este confiere su representación para formularla o se ostenta su representación legal.

⁷²¹ Preámbulo de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁷²² ALONSO PÉREZ, M. “La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, Ediciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 117-137.

⁷²³ STC 231/1988, de 02/12 (F.J. 3º).

perjuicios causados a través de la correspondiente indemnización, si esta medida se impide o le genera una situación de angustia.

El incumplimiento de lo establecido en el documento de voluntades anticipadas desembocará en una responsabilidad contractual derivada de la propia norma que la establece o del propio escrito incumplido y, si además se pueden establecer daños morales éstos serán también determinados en la propia indemnización.

Por último, en algunas ocasiones se tratará de una responsabilidad por daños derivados de los servicios sanitarios, y se podrá acudir a la vía de la defensa de los consumidores y usuarios concretamente en su artículo 148⁷²⁴, que al igual que venía sucediendo con la anterior normativa⁷²⁵ establece una responsabilidad objetiva hasta una cantidad límite. El usuario tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios demostrados que la utilización de los servicios le irroge⁷²⁶ y la responsabilidad será respecto al centro sanitario correspondiente por su actuación. En lo que se refiere al médico sólo se le exigirá que actúe conforme a la *lex artis*⁷²⁷. El paciente es considerado como un usuario que puede llegar a exigir al centro sanitario una indemnización con criterios de responsabilidad objetiva, puesto que cuando los controles fallan, o de forma atípica dejan de funcionar, los riesgos son asumidos por el propio servicio sanitario⁷²⁸.

⁷²⁴ Artículo 148 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario. En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte. Sin perjuicio de lo establecido en otras disposiciones legales, las responsabilidades derivadas de este artículo tendrán como límite la cuantía de 3.005.060,52 euros.

⁷²⁵ Artículo 29.2 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

⁷²⁶ STS 4655/1997, 01/07/1997, ponente: José Almagro Nosete (F.D. 4º).

⁷²⁷ GALÁN CORTÉS, J.C., (2005), pp. 166-167.

⁷²⁸ STS 4655/1997, 01/07/1997, ponente: José Almagro Nosete (F.D. 4º).

En estos casos cuando el perjuicio sea inmaterial estarán incluidos los daños de tipo moral.

Las infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios también podrán ser, además, objeto de sanciones administrativas, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales o de otro orden en que puedan concurrir⁷²⁹.

VI. 3. Responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria

En la mayoría de las ocasiones el paciente será tratado por un profesional de la sanidad pública, que, a la sazón, debería promocionar la realización del documento y ha de velar por el cumplimiento de su contenido, y así mismo responderá en caso de su inobservancia. Es decir, que responderá a las lesiones sufridas por los particulares en sus bienes y derechos.

Así pues, para que surja esta responsabilidad se precisa que concurran los siguientes requisitos⁷³⁰:

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir o alterar el nexo causal. Considerando el funcionamiento anormal como una falta de servicio, como una culpa *in omittiendo*, al omitirse su derecho de actuar⁷³¹. Se ha de establecer un nexo causal entre la actuación médica y el perjuicio ocasionado, porque a pesar de parecer una responsabilidad objetiva no se va a indemnizar todo daño ocasionado.

⁷²⁹ Artículo 46 Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. STS 5694/1994, de 22 /07, ponente: Alfonso Barcala Trillo-Figueroa y Albacar (F.D. 3º).

⁷³⁰ Artículo 106. Constitución española. Artículos 32 a 37 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. STSJ Murcia 297/2019, 14/06, ponente: Indalecio Cassinello Gómez Pardo (F.D. 3º).

⁷³¹ ALARCÓN SEVILLA, V., “La responsabilidad patrimonial en la administración sanitaria”, *Anales de derecho*, nº 27, 2009, pp. 320-322.

- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Como regla general se considera que la actividad médica y la obligación profesional será de medios y no de resultados, es decir, de prestación de la asistencia médica y no de garantizar la curación del enfermo, alcanzando lo más parecido a un contrato de servicios⁷³². En esta ocasión, no se exigirá un resultado puesto que el desenlace en la mayoría de los casos no es óptimo, sino que lo que se demandará es la realización de una prestación médica, cumpliendo lo previamente predeterminado tal y como establece la ley.

Cuando la Administración, estando obligada por una disposición general a través de una prestación concreta, *uti singuli*, que otorga derechos al otorgante, cae en una inactividad⁷³³, se le requerirá para que cumpla con lo preceptuado, pero dadas las circunstancias que rodean al paciente se exige de una pronta solución, que posteriormente puede llegar a terminar en la vía contencioso-administrativa.

Sobre la inactividad administrativa se destacan tres elementos básicos⁷³⁴:

- a) La existencia de un deber legal de actuar (dar/hacer).
- b) La omisión de la actividad jurídica o material debida, pudiendo ser un incumplimiento absoluto o parcial.
- c) Que la actividad debida sea materialmente posible.

⁷³² STSJ Murcia 297/2019, 14/06, ponente: Indalecio Cassinello Gómez Pardo (F.D. 3º).

⁷³³ Artículo 25.2 y 29.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

⁷³⁴ GÓMEZ PUENTE, M. “Responsabilidad por inactividad de la Administración”, *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (enero- junio 1994), pp.140-145.

Existe un deber de informar al paciente, contemplado en la Ley 41/2002, por lo que si se produce algún incumplimiento por parte de los profesionales sanitarios se estaría lesionando el derecho de autonomía, identificándose con un daño moral cuantificable económicamente, puesto que se le ha impedido elegir adecuadamente y conforme a sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentaban⁷³⁵. A esto se le considera como un daño autónomo que afecta al derecho de autodeterminación del paciente⁷³⁶. El consentimiento informado, esencial en nuestro Derecho, igualmente vinculado al principio de autonomía, supone la participación activa en las decisiones por parte del paciente y no puede ser sustituido sin justificación en la toma de las mismas que afecten a su salud⁷³⁷.

Según la jurisprudencia la responsabilidad patrimonial es objetiva, pero también se fundamenta en algún tipo de infracción relacionado con la *lex artis*⁷³⁸, no siendo indemnizable los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, según la *lex scientiae*, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan indicar para estos casos⁷³⁹. Se tendrá que establecer una relación de causalidad entre el acto y el daño⁷⁴⁰, prescindiendo en absoluto de la licitud o ilicitud de la actuación de la Administración que ha provocado el daño, siempre que la actuación lícita o ilícita de la Administración se produzca dentro de sus funciones propias⁷⁴¹.

⁷³⁵ STS 2/2012, de 02/01, ponente: D. Enrique Lecumberri Marti (F.J. 5º).

⁷³⁶ STS 6186/2012, 02/10, ponente: D. Santiago Martínez-Vares García (F.J.2º).

⁷³⁷ STS 2750/2000, de 04/04, ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos (F.J. 5º).

⁷³⁸ STS 1667/2005, 16/03, ponente: D. Agustín Puente Prieto (F.J. 1º y 2º).

⁷³⁹ Artículo 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁷⁴⁰ STS 1736/2016, 22/04, ponente: Inés María Huerta Garicano (F.J. 3º). STS 359/2003, 25/01, ponente: Jesús Ernesto Peces Morate (F.J. 8º).

⁷⁴¹ STS 9353/2001, 29/11, ponente: D. José María Álvarez-Cienfuegos Suárez (F.J. 5º).

La Ley 41/2002 establece que todo acto médico necesita del consentimiento del paciente⁷⁴², de otro modo será considerado un incumplimiento de la *lex artis* por un funcionamiento anormal del servicio sanitario. La falta de consentimiento será un supuesto de antijuridicidad⁷⁴³, algo trasladable al obviar el consentimiento manifestado por el otorgante del documento de voluntades anticipadas. La no existencia de consentimiento informado supone un derecho a la indemnización no por las consecuencias derivadas del propio acto sino porque se desconoció un derecho a decidir por parte del paciente⁷⁴⁴. En el caso de ignorar lo establecido en el documento de voluntades anticipadas estaríamos ante una situación similar a lo anteriormente expuesto provocando igualmente un daño moral al privar al enfermo de su participación⁷⁴⁵.

La infracción de los derechos fundamentales también puede suponer una responsabilidad imputable al funcionamiento del servicio público como sucede con el derecho a la libertad religiosa. Existen protocolos de actuación para el caso de los testigos de Jehová, por lo que su vulneración puede desencadenar una responsabilidad de la Administración⁷⁴⁶. Tal incumplimiento supondrá, como sucedía en la responsabilidad civil, una pérdida de oportunidad⁷⁴⁷ al no haberse podido cumplir las opciones descritas y que supuestamente le estaban brindadas legalmente al enfermo, razón por la cual otorgó el documento que, además, le ha sido ofrecido por la propia administración y finalmente ha terminado negándosele una oportunidad asistencial⁷⁴⁸,

⁷⁴²STS 1820/2017, 09/05, ponente: D^a María del Pilar Teso Gamella (F.D. 3º).

⁷⁴³STS 7734/2009, 04/12, ponente: D. Juan Carlos Trillo Alonso (F.D. 9º).

⁷⁴⁴STS 3941/2011, 15/06, ponente: D. Santiago Martínez-Vares García (F.D. 5º).

⁷⁴⁵ STTSJ de Castilla y León 1088/17, 02/10 (FD 4º).

⁷⁴⁶ Dictamen 77/11 de 25 de noviembre de 2011, del Consejo Consultivo de La Rioja.

⁷⁴⁷STSJ Comunidad Valenciana 1017/2010, 01/03, ponente: D. Rafael Salvador Manzana Laguarda (FD 4º) y STSJ Castilla y León 2929/2013, 14/06, ponente: D^a María Antonia Lallana Dupla (FD 4º). Cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable.

⁷⁴⁸STS 4023/2014, 26 de Septiembre de 2014, ponente: María del Pilar Teso Gamella (F.D. 3ª) Téngase en cuenta que la caracterización de la "pérdida de oportunidad" se concreta en el grado de incertidumbre que rodea a una determinada actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta.

cuyo resultado se tendrá en cuenta dentro de la indemnización a recibir. Aunque el perjuicio se sabrá tras una comprobación posterior, el incumplimiento resultará evidente⁷⁴⁹. En este caso hay más certeza de su inobservancia que una mera incertidumbre y es fácil tanto *a priori* como *a posteriori* establecer la pérdida de oportunidad ante la evidencia de que el otorgante no ha podido ver cumplido lo que estaba preceptuado⁷⁵⁰.

En un documento de voluntades anticipadas se rechazó por dos Testigos de Jehová unas transfusiones; sin embargo, los facultativos que los trataban solicitaron, en ambos casos, las autorizaciones ante el Juzgado, y ello a pesar de que ya constaba debidamente una negativa a la misma. Las decisiones judiciales, a su vez, fueron posteriormente recurridas, y la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Guipuzkoa declaró que en ambas situaciones la autorización no era ajustada a Derecho. Aunque reconoce que la voluntad otorgada debía prevalecer, la Audiencia Provincial en su decisión, de forma sorprendente, llega a esgrimir que a pesar de reconocer que su decisión debió de ser respetada en ese momento ya no tenía ninguna trascendencia reconocerlo, a no ser que fuese por la mera satisfacción de obtener una resolución favorable a la tesis del apelante en apoyo de sus convicciones, aunque no puede modificar las consecuencias derivadas de la resolución recurrida⁷⁵¹. Sin duda, algo que pareció tan intrascendente a los magistrados supone reconocer un derecho reflejado en el documento de voluntades anticipadas, proporcionando no sólo una satisfacción al recurrente al apoyar sus tesis sino también para todos aquellos que apoyan la autonomía de la voluntad, dando más vinculación a las consecuencias sufridas y reforzando cualquier reclamación patrimonial posterior contra la Administración Pública, sanitaria o de justicia.

⁷⁴⁹STS 4736/2005, 13/07/2005, ponente: D. Agustín Puente Prieto (FD 2º) para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios.

⁷⁵⁰SÁNCHEZ CARO, J., “En torno a la certeza en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad”, *Revista Española de la Función Consultiva* nº 16, 2011, pp. 121-124.

⁷⁵¹AAP SS 503/2004, de 22 de septiembre, y 244/2005, de 18 de marzo. Ponente: María Teresa Fontcuberta de la Torre (F.D. 2º).

La Administración satisfará los daños morales de los perjudicados. Así, todo perjudicado tiene derecho al resarcimiento por ser privado de la posibilidad de decidir puesto que la falta de consentimiento constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* en el servicio público sanitario, y ésta ha de ser indemnizada al no ser cumplida⁷⁵². Ante el incumplimiento producido se acudirá a la teoría de la pérdida de oportunidad para poder demostrar la vinculación y la relación de causalidad entre el daño y la actuación sanitaria.

Como ya se ha considerado en la responsabilidad civil, en la responsabilidad patrimonial también surge el problema de la legitimación activa en los casos de daños morales una vez que ha fallecido el otorgante, teniendo en cuenta que los considerados terceros podrán reclamar el sufrimiento que le produce ver la imposibilidad del cumplimiento del documento. Una vez más, surge la necesidad de que el legislador contemple qué sucedería en este tipo de situaciones ante el incumplimiento del documento.

No existirá reclamación patrimonial al realizar lo solicitado en el documento de voluntades anticipadas, pues el paciente exonera al facultativo y a la propia Administración. Del mismo modo, la administración estaría exenta, o su responsabilidad verse aminorada, si la actuación causante del perjuicio fuera provocada por la intervención de terceros como es el caso de familiares o allegados⁷⁵³.

Cuando se trate de un centro residencial, de titularidad pública o privada, entre el residente y la administración no va a existir una relación de especial sujeción a la hora de imponer un tratamiento al contrario de lo que sucede en los centros penitenciarios, en

⁷⁵² STS 5368/2005, 20/09, ponente: D. Santiago Martínez-Vares García (F.D. 6º).

⁷⁵³ STS 4200/2007, 19/06, ponente: D. Octavio Juan Herrero Pina (F.J. 2º). STSJ M 677/2018, 17/01, ponente: Dª María del Camino Vázquez Castellanos (F.J. 3º). Es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado o la de un tercero la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo , 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995 , 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999).Dictámenes del Consejo Consultivo de Castilla La Mancha 544/2011, 26/05; 921/2012, 17/01; 217/2010, 30/03; 30/2012, 16/02. Por la que se desprende que la intervención de un tercero, ajeno a la Administración y al perjudicado, cuando esta actuación sea determinante del daño, puede dar lugar a la exoneración de responsabilidad de la Administración.

los cuales sí es posible aplicar procesos médicos de forma forzosa llegando a incurrir en responsabilidad patrimonial de no hacerlo así⁷⁵⁴ pues la Administración ha de velar por los internos. En los centros residenciales es posible prestar otros tratamientos alternativos al paciente, normalmente se tratará de medidas paliativas dadas las circunstancias que suelen rodear dichos pacientes, de tal modo que cuando ya no sea posible ofrecer un tratamiento *in situ* se procederá a un desplazamiento al hospital. En el caso de que el abandono del tratamiento por parte del residente suponga un peligro para sí o terceros, una opción podría ser proceder a un alta forzosa o bien a un traslado a otro centro más especializado. De otro modo, se podría hacer responsable a la Administración de lo que le pudiera suceder al paciente mientras estuviera allí⁷⁵⁵, lo que pone de manifiesto la necesidad de una regulación específica que incluya también los supuestos de utilización de sujeción, farmacológica o física, estableciendo en qué circunstancias, con qué garantías y las consecuencias del rechazo de las mismas⁷⁵⁶.

En los supuestos de la responsabilidad patrimonial la intervención de la Aseguradora en el procedimiento administrativo no será como interesada al tratarse de un procedimiento bilateral entre la Administración causante del daño y el paciente. La aseguradora no será admitida en este tipo de procedimientos como parte pues sus derechos surgirán cuando se establezca la responsabilidad de la administración y ésta deba indemnizar. El contrato de seguro realizado por la Administración no será de responsabilidad civil sino que más bien será una garantía financiera de anticipación de costes indemnizatorios⁷⁵⁷.

⁷⁵⁴ STS 18 de octubre de 2005, RJ 2006, 307.

⁷⁵⁵ ELIZARI URTASUN, L., “Las personas mayores y con discapacidad intelectual ante el rechazo de tratamientos médicos. Especial atención a los usuarios de centros residenciales”, en ARCOS VIEIRA, M.L., *Autonomía del paciente e intereses de terceros: Límites*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2016, pp.190-192.

⁷⁵⁶ ELIZARI URTASUN, L. (2016), p. 203.

⁷⁵⁷ DEL RÍO MUÑOZ, F., “El Aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en especial en el ámbito sanitario”, GRANADO HIJELMO, I. *Reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*. IV Jornadas de la Función Consultiva (Logroño, 2002), pp. 8-9.
<https://www.ccrjoja.es/index.php?eID=dumpFile&t=f&f=4658&token=8d6e373638660c7d64db7dbd337689e7acc758c3> (visto el 11/02/2021).

Es posible que en las pólizas de seguros suscritas por los Servicios de Salud esté incluida alguna cláusula por la cual se excluyan los daños morales como susceptibles de abono por el seguro, salvo que sean consecuencia de un daño físico. Al ser sufragado por la Administración, y no por la aseguradora, será entonces ésta la que repita contra el empleado público causante del perjuicio, siempre que, hubiese mediado dolo o culpabilidad⁷⁵⁸.

Una vez concluida la reclamación patrimonial en vía administrativa, bien con una resolución o con silencio administrativo negativo, procede abrir la vía jurisdiccional ante el tribunal contencioso-administrativo. Para la valoración de la cuantía a indemnizar se puede utilizar el baremo establecido para los daños personales producidos como consecuencia de la circulación, aprobado por el Real Decreto legislativo 8/2004, de 29 de octubre, texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro de circulación de vehículos a motor⁷⁵⁹, aunque los baremos tienen un valor orientativo sin comportar automatismo en la determinación de las indemnizaciones⁷⁶⁰.

Como ya se ha mencionado, cuando la Administración ha indemnizado con motivo del incumplimiento de lo manifestado en el documento de voluntades anticipadas, posteriormente exigirá al personal sanitario la responsabilidad en caso de dolo, culpa o negligencia grave a través de una acción de regreso⁷⁶¹ que puede llegar a sustituirse por un expediente disciplinario en función de su participación⁷⁶².

⁷⁵⁸ GALLEGO RUESTRA, S., “Malpraxis y gestión de riesgos”, *Escuela Nacional de Sanidad*, Madrid, 2012, pp. 33-34, Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500636/n6.4_Malpraxis_y_gesti_n_de_riesgos.pdf. (visto el 11/02/2021).

⁷⁵⁹ Reformada por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. Resolución de 30 de marzo de 2020, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas por accidentes de circulación.

⁷⁶⁰ STS 3105/2020, 28/09, ponente: D. Wenceslao Francisco Olea Godoy (F.D. 4º).

⁷⁶¹ STS 813/2006, 17/02, ponente: D. Juan Antonio Xiol Ríos (F.D. 10ºA). Artículo 36.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁷⁶² DELGADO MORAL, C., “Procedimiento Administrativo en vía de regreso consideraciones sobre su (in)aplicación práctica en el ámbito de la enseñanza pública”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 24, 2019, p. 100. Requisitos acción de regreso: 1. La existencia de un procedimiento que establezca la obligación de la Administración de indemnizar a un tercero, en tanto que se ha producido un daño antijurídico que sea

VI. 4. Responsabilidad disciplinaria del profesional sanitario

La Ley 41/2002 en su disposición adicional sexta estipula que las infracciones de lo dispuesto por la presente Ley serán sometidas al régimen sancionador previsto en el Capítulo VI del Título I de la Ley 14/1986, General de Sanidad, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal ya señaladas, o incluso, la profesional o estatutaria procedentes en Derecho.

A su vez la Ley General de Sanidad señala que las infracciones sanitarias serán objeto de las sanciones administrativas correspondientes tras la instrucción de un expediente sin perjuicio de otras responsabilidades, debiendo de esperar a que se pronuncie la autoridad judicial correspondiente en el caso de ser constitutiva de delito.

La conducta del profesional sanitario que actúa bajo una administración pública vendrá dada por haber infringido una norma que supone hacerle merecedor de una sanción disciplinaria⁷⁶³ ya sea como autor, inductor o encubridor⁷⁶⁴. Básicamente si se demuestran los hechos alegados y acreditados contra el profesional incurrirá en responsabilidad.

Se puede decir que el Derecho disciplinario tiene como finalidad devolver el prestigio y la dignidad corporativa, así como garantizar una actuación correcta del prestador público en cuanto al funcionamiento del servicio, es decir, que actuará dentro del marco que le fija la ley⁷⁶⁵. Se va a proteger un interés público especial ajeno al establecido en el ámbito penal garantizando la prestación de un servicio público⁷⁶⁶.

imputable a aquella, dada una relación de causalidad directa y eficaz entre el hecho acaecido y el daño. 2. El establecimiento de una cantidad indemnizatoria por parte de la Administración. 3. Que como resultado de la instrucción del procedimiento administrativo correspondiente se haya concluido que ha existido dolo, culpa o negligencia graves por parte del personal al servicio de la Administración.

⁷⁶³ STS 14243/1991, 30/04, ponente: D. Ramón Trillo Torres (F.D. 3º).

⁷⁶⁴ Artículo 93 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁷⁶⁵ QUINTANA LÓPEZ, T., “La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos”, *Documentación Administrativa*, 282-283, (septiembre-diciembre 2008, enero-abril 2009), 2009, p. 325 n. 18.

⁷⁶⁶ GALLEGO RIESTRA, S., “Responsabilidad profesional y gestión de riesgos”, *Manuales de dirección médica y gestión clínica* (GIMENO, J.A., et al.), 2006, Díaz Santos, pp. 136-137.

El inconveniente suele ser la legislación a aplicar puesto que nuevamente nos enfrentamos a leyes estatales y autonómicas, además de las específicas sanitarias, es decir, que estamos ante un conglomerado de normas que vienen a regular la responsabilidad disciplinaria⁷⁶⁷, y no siempre de forma coincidente.

Si un profesional sanitario no aplica el contenido del documento de voluntades anticipadas y por tanto impone su criterio por considerar que este es más correcto o adecuado que lo señalado en el documento, tal conducta podría ser merecedora de una sanción por incumplimiento de sus funciones o de las normas reguladoras del funcionamiento de los servicios, y todo ello en función de su comportamiento o grado de participación⁷⁶⁸.

Tras escuchar al inculpado y realizar las diligencias oportunas, el instructor manifestará el pliego de cargos de los hechos imputados indicando la conducta infractora y la correspondiente sanción. Se deberá probar no sólo los hechos manifestados y su participación en los mismos sino también que las mismas encajan en la conducta tipificada, de modo que se demuestre una culpabilidad que merezca sanción.

⁷⁶⁷ El art. 2.3 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, al señalar que el personal docente y el personal estatutario de los Servicios de Salud se regirán por la legislación específica dictada por el Estado y por las comunidades autónomas en el ámbito de sus respectivas competencias y por lo previsto en el presente Estatuto, excepto el capítulo II del título III, salvo el artículo 20, y los artículos 22.3, 24 y 84.

⁷⁶⁸ Artículo Ley 14/1986, 25 de abril, General de Sanidad, establece las infracciones como muy graves o graves las que expresamente se califiquen como tal en la normativa especial aplicable al caso; como muy graves las realizadas de forma consciente y deliberada, siempre que produzcan un daño grave, las que concurren con otras faltas graves o que hayan servido para facilitar o encubrir su comisión. Como graves aquellas que se produzcan por falta de controles y precauciones exigibles en la actividad, servicio o instalación de que se trate y las concurrentes con otras infracciones sanitarias leves, o hayan servido para facilitarlas o encubrir las. Así mismo, serán consideradas infracciones leves las simples irregularidades en la observación de la normativa sanitaria vigente, sin trascendencia directa para la salud pública y las cometidas por simple negligencia, siempre que la alteración o riesgo sanitarios producidos fueren de escasa entidad. Igualmente viene recogidas las infracciones por el incumplimiento de las funciones en los siguientes artículos: artículo 72.2.f y t muy grave; artículo 72.3.c y n grave; artículo 72.4.f leve, correspondiente a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Artículo 77.d muy grave; artículo 78. a Grave; artículo 79. a leve, correspondiente a la Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud. Artículo 95.2. g. Falta muy grave, correspondiente al Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

En cuanto a las posibles sanciones, éstas son muy variadas y dependerán del tipo de falta, es decir, si es muy grave, grave o leve⁷⁶⁹. Las sanciones son muy variadas estableciéndose desde la separación del servicio, despido disciplinario del personal laboral, suspensión firme de funciones o de empleo y sueldo en el caso del personal laboral o traslado forzoso con o sin cambio de localidad de residencia dependiendo de si es falta muy grave o grave, y el demérito que penalizará a nivel de carrera, promoción o movilidad voluntaria y apercibimiento como las más leves⁷⁷⁰.

El artículo 36.1 de la Ley General de Sanidad establece sanciones de carácter económico⁷⁷¹ e incluso, en caso de faltas muy graves, el cierre temporal del establecimiento o servicio por un plazo máximo de cinco años.

La sanción se graduará en base a criterios que tengan en cuenta⁷⁷²:

- El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- La naturaleza de los perjuicios causados.
- La reincidencia por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía Administrativa.

Además del riesgo para la salud, cuantía de un beneficio obtenido y gravedad de la alteración sanitaria y social producida entre otros⁷⁷³.

⁷⁶⁹ Artículo 34 Ley 14/1986, 25 de abril, General de Sanidad.

⁷⁷⁰ Artículo 73.1 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. Artículo 80 Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud. Artículo 96 Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

⁷⁷¹ Artículo 36.1 Ley 14/1986, 25 de abril, General de Sanidad. Las infracciones en materia de sanidad serán sancionadas con multas de acuerdo con la siguiente graduación:

- a) Infracciones leves, hasta 3.005,06 euros.
- b) Infracciones graves, desde 3.005,07 a 15.025,30 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.
- c) Infracciones muy graves, desde 15.025,31 a 601.012,10 euros, pudiendo rebasar dicha cantidad hasta alcanzar el quintuplo del valor de los productos o servicios objeto de la infracción.

⁷⁷² Artículo 29.3 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El personal estatutario del Servicio Murciano de Salud también incurrirá en responsabilidad disciplinaria por faltas que cometa sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial o penal que pueda cometer⁷⁷⁴. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente en los casos de identidad del sujeto, hecho y fundamento para evitar vulnerar el principio *non bis in idem*⁷⁷⁵, debiendo exigirse las demás responsabilidades que se deduzcan de otros hechos o infracciones concurrentes⁷⁷⁶. Si en el transcurso de un expediente disciplinario se observan indicios de criminalidad se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal y se esperará a la decisión correspondiente⁷⁷⁷.

Respecto a una posible infracción disciplinaria por incumplir el contenido del documento de voluntades anticipadas se deberá probar no sólo los hechos manifestados, y su participación en los mismos, sino también su encaje en la norma que tenga tipificada dicha conducta, debiendo motivarse que tal comportamiento demuestra culpabilidad y por tanto es merecedor de una sanción administrativa. Posteriormente, la resolución dictada que ponga fin al expediente podrá ser impugnada en vía jurisdiccional por el personal sanitario sancionado.

Si el incumplimiento persiste y se prolonga en el tiempo se considerará como una infracción continuada con una pluralidad de acciones u omisiones que infringen lo indicado aprovechando idéntica ocasión⁷⁷⁸.

Las distintas leyes de muerte digna existentes⁷⁷⁹, en materia de procedimiento sancionador hacen referencia a sus respectivas leyes autonómicas de Salud, a la Ley

⁷⁷³ Artículo 34 Ley 14/1986, 25 de abril, General de Sanidad.

⁷⁷⁴ Artículo 74 Ley 5/2001, de 5 de diciembre, de personal estatutario del Servicio Murciano de Salud.

⁷⁷⁵ Artículo 31.1 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁷⁷⁶ Artículo 33 Ley 14/1986, 25 de abril, General de Sanidad.

⁷⁷⁷ Artículo 71.4 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud.

⁷⁷⁸ Artículo 29.6 Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y a las leyes 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, e incluso a la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del personal estatutario de los servicios de salud. En todas ellas se establecen infracciones leves, graves y muy graves, pero es de destacar la regulación expresa por la Comunidad de Madrid a la infracción del derecho a formular voluntades anticipadas como tipo grave.

Cuando la sanción sea muy grave el Consejo de Gobierno correspondiente podrá revocar la autorización concedida para la actividad en centros y establecimientos sanitarios. Se establecen también multas cuya cuantía concreta a imponer por las infracciones señaladas tendrán graduaciones por tercios, de mínimo, medio y máximo a cada nivel de infracción, e incluso establecer cantidades concretas en función del tipo de infracción.

En Ley Orgánica 3/2001, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia se hace mención en su disposición adicional segunda al regular el régimen sancionador indicando que las infracciones de lo dispuesto en la ley se regularán por el régimen sancionador previsto en la Ley 14/1986, General de Sanidad, sin perjuicio de la posible responsabilidad civil o penal y de la responsabilidad profesional o estatutaria que pudiera corresponder.

Cuando el profesional sanitario realice una actividad privada para un centro sanitario o residencia el aspecto sancionador estará de manifiesto en el convenio, si bien a veces puede ser completado por las normas de régimen interno⁷⁸⁰. Cuando se trate de

⁷⁷⁹ *Andalucía*: Ley 2/2010, de 8 de abril, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. *Aragón*: 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*: Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. *Canarias*: Ley 1/2015, de 9 de febrero, de derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida. *Baleares*: Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir. *Galicia*: Ley 5/2015, de 26 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales. *Euskadi*: Ley 11/2016, de 8 de julio, de garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida. *Madrid*: Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir. *Asturias*: Ley 5/2018, de 22 de junio, sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en el proceso del final de la vida. *Valencia*: Ley 16/2018, de 28 de junio, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de atención al final de la vida.

una actividad autónoma la actividad sancionadora será a través de los órganos del respectivo colegio profesional a favor del cumplimiento de las normas deontológicas⁷⁸¹.

VI. 5. Responsabilidad deontológica

Sin obviar otro tipo de responsabilidades existentes, no debemos olvidar la existencia de normas éticas que van a ser exigibles como la responsabilidad colegial a través del Código de Ética y Deontología Médica y los Estatutos de los Colegios Profesionales como consecuencia del ejercicio de la profesión médica.

En el Estatuto General de la Organización Médica colegial y los Estatutos del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos⁷⁸² se fija una serie de faltas disciplinarias que van a ser calificadas, en el artículo 64 del Real Decreto 1018/1980 de 19 de mayo, de muy graves⁷⁸³, graves⁷⁸⁴, menos graves⁷⁸⁵ o leves⁷⁸⁶; sin embargo, el

⁷⁸⁰ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *El tratamiento del régimen disciplinario en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección de informes y estudios, Serie Relaciones Laborales Núm. 84, Catálogo general de publicaciones oficiales <http://www.060.es>, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008, pp. 211-219. Respecto a las sanciones inhabilitación por un periodo de tiempo para ascenso, traslado forzoso a otra localidad o suspensión de empleo y sueldo por un tiempo determinado, entre otras.

⁷⁸¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., (2021), p. 592.

⁷⁸² Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, por el que se aprueban los Estatutos Generales de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos (Título VIII Régimen disciplinario artículos 63 a 71).

⁷⁸³ Artículo 64.4 R.D. 1018/1980, de 19 de mayo. a) Cualquier conducta constitutiva de delito doloso, en materia profesional... c) El atentado contra la dignidad de las personas con ocasión del ejercicio profesional. d) La desatención maliciosa o intencionada de los enfermos. e) La reiteración de las faltas graves durante el año siguiente a su corrección, cuya sanción será la suspensión del ejercicio profesional por tiempo superior a un año e inferior a dos, Artículo 65.5 R.D. 1018/1980, de 19 de mayo.

⁷⁸⁴ Artículo 64.3 R.D. 1018/1980, de 19 de mayo... b) Los actos y omisiones que atenten a la moral, decoro, dignidad, prestigio y honorabilidad de la profesión, o sean contrarios al respeto debido a los colegiados.... f) La reiteración de las faltas menos graves durante el año siguiente a su corrección, sancionado con la suspensión del ejercicio profesional por tiempo inferior a un año, Artículo 65.4 R.D. 1018/1980, de 19 de mayo.

⁷⁸⁵ Artículo 64.2 R.D. 1018/1980, de 19 de mayo... e) La reiteración de las leves dentro del año siguiente a la fecha de su corrección, se le impondrá la sanción de apercibimiento por oficio, Artículo 65.3 R.D. 1018/1980, de 19 de mayo.

⁷⁸⁶ Artículo 64.1 R.D. 1018/1980, de 19 de mayo. a) El incumplimiento de las normas establecidas sobre documentación colegial, o que hayan de ser tramitadas por su conducto. b) La negligencia en comunicar al Colegio las vicisitudes profesionales para su anotación en el expediente personal. c) La desatención respecto a los requisitos o peticiones de informes solicitados por el Colegio. Artículo 65.2 R.D. 1018/1980, de 19 de mayo, se corregirá con la sanción de amonestación privada.

Estatuto del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia⁷⁸⁷ establece dichas sanciones en muy graves⁷⁸⁸, graves⁷⁸⁹ y leves⁷⁹⁰.

Los colegios provinciales requerirán a cualquier colegiado para que cumpla sus deberes éticos o legales de contenido profesional⁷⁹¹ y sancionarán los actos de los colegiados que practiquen una competencia desleal, cometan infracción deontológica o abusen de su posición como profesional médico⁷⁹².

⁷⁸⁷ Resolución de la Consejería de Presidencia de 6 de noviembre de 2019 y publicados en el Boletín Oficial de la Región de Murcia nº 270 de 22 de noviembre de 2019.

⁷⁸⁸ Artículo 75.3 Estatutos del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia. a) Cualquier conducta constitutiva de delito doloso, en materia profesional declarada en sentencia firme...c) El atentado contra la dignidad de las personas, contra la vida humana y otros derechos fundamentales del individuo con ocasión del ejercicio profesional. d) La desatención maliciosa o intencionada a los enfermos....e) La reiteración de las faltas graves durante el año siguiente a su corrección.

⁷⁸⁹ Artículo 75.2 Estatutos del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia. a) El incumplimiento deliberado de los deberes contenidos en el Código de Ética y Deontología Médica, siempre que no constituyan falta muy grave. b) El incumplimiento grave de las normas estatutarias o de los acuerdos de la Junta Directiva o Asamblea General, salvo que constituyan falta muy grave, y lo dispuesto sobre el impago de cuotas colegiales. c) La infracción de las prohibiciones contenidas en el Artículo 55 de estos Estatutos. d) La indisciplina deliberadamente rebelde frente a los órganos de gobierno colegiales y, en general, la falta grave del respeto debido a aquellos. e) Los actos y omisiones que atenten contra la moral, decoro, dignidad, prestigio y honorabilidad de la profesión, o sean contrarios al respeto debido a los colegiados... h) La emisión de informes o expedición de certificados con falta a la verdad....k) La reiteración de las faltas leves durante el año siguiente a su corrección.

⁷⁹⁰ Artículo 75.1 Estatutos del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia. a) La infracción negligente de las normas contenidas en el Código de Ética y Deontología Médica cuando no suponga falta grave. b) El incumplimiento negligente de los deberes colegiales contenidos en el Artículo 54 de estos Estatutos, excepto el impago de cuotas colegiales al que será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 66.2 de estos Estatutos. c) El incumplimiento de las normas establecidas sobre documentación colegial, o que hayan de ser transmitidas por su conducto. d) La negligencia en comunicar al Colegio las vicisitudes profesionales para su anotación en el expediente personal. e) La desatención respecto a los requisitos o peticiones de informes solicitados por el Colegio. f) No expedir, a solicitud del paciente, certificado o informe relativo a su estado de salud o enfermedad, o sobre la asistencia que se le ha prestado, cuando ello no suponga un peligro para el enfermo. g) No acudir, sin causa que lo justifique, a las citaciones, llamadas, convocatorias o requerimientos que se le hagan por miembros de la Junta Directiva que retrasen o dificulten el desarrollo de las actividades o funciones propias del Colegio.

⁷⁹¹ STC 2/1987 de 21 de enero y 69/1989 de 20 de abril. Es más, en el presente caso nos hallamos ante una muy característica relación constituida sobre la base de la delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales, que tiene fundamento expreso en el artículo 36 de la Constitución. STC 286/1993, de 4 de octubre (F.D. 4º) surgen un haz de derechos y obligaciones recíprocas y una expresa sumisión por parte de quien libremente decide ejercer la profesión al régimen disciplinario que la regula y se encuentra sometido a su estatuto profesional.

⁷⁹² Artículo 34 Real Decreto 1018/1980, de 19 de mayo, del Estatuto General de la Organización Médica Colegial y del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos.

La Junta Directiva del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia ostentará la potestad sancionadora⁷⁹³ a través de un procedimiento ordinario⁷⁹⁴ o abreviado⁷⁹⁵ designando como Juez Instructor a uno de sus miembros o a algún colegiado. Contra la resolución que concluya el expediente se podrá interponer recurso de alzada ante la Comisión de recursos del Colegio de Médicos de la Región de Murcia y el interesado podrá recurrir ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa contra la decisión que se adopte⁷⁹⁶.

Los acuerdos sancionadores serán inmediatamente ejecutivos y, sin perjuicio de los recursos que procedan, se podrá producir la suspensión de la ejecución recurrida al tenerse en cuenta los perjuicios de difícil reparación que la ejecución pueda ocasionar. Los castigos previstos se impondrán dependiendo del tipo de falta y las circunstancias que lo acompañen comprendiendo como sanción la expulsión del colegio, suspensión temporal del ejercicio profesional, multa, apercibimiento por escrito o incluso la mera amonestación⁷⁹⁷.

Así mismo, los Colegios darán cuenta al Consejo General de las sanciones que se impongan cuando sean graves o muy graves enviando un extracto del expediente, del que se llevará un registro por parte del Consejo.

Según la Memoria del Consejo General del Colegio de Médicos en 2019 se tramitaron dos procedimientos informativos y ningún procedimiento sancionador. Así mismo, desde los colegios territoriales y Consejos Autonómicos al finalizar el año 2019 se han realizado un total de 515 procedimientos informativos, de los cuales 121 estaban en fase de tramitación y 394 finalizados y se han tramitado 56 procedimientos sancionadores de los cuales 15 estaban en fase de tramitación y 41 finalizados.

⁷⁹³ Artículos 74.4 y 78 Estatutos del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia.

⁷⁹⁴ Artículo 79 Estatutos del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia.

⁷⁹⁵ Artículo 80 Estatutos del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia.

⁷⁹⁶ Artículo 79. 16 y 17 y Artículo 80.4 y 5 Estatutos del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia.

⁷⁹⁷ Artículo 76 Estatutos del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia.

Las infracciones a las que se refieren los citados procedimientos versan sobre denegación de asistencia, trato del médico al paciente, calidad de la atención médica, falta de incorporación de información a la historia clínica, no proporcionar informe sobre la asistencia prestada o los datos de la historia clínica, falta de respeto debido entre compañeros médicos, desprestigio público entre compañeros, ejercer la profesión sin estar colegiado o actuar como especialista sin poseer el correspondiente título. Las sanciones impuestas fueron la amonestación privada, el apercibimiento, la suspensión temporal del ejercicio profesional y la multa⁷⁹⁸.

Las normas deontológicas son de obligado cumplimiento y merecedoras de sanción al ser vulneradas, es decir, no se trata de simples deberes morales pues producirán su consecuencia sancionadora⁷⁹⁹. Se trata de indicar al profesional, a través del código deontológico, qué conducta ha de seguir sin pretender ser un mero propósito de penalizar. La deontología constituye uno de los fundamentos de la existencia de los colegios profesionales al procurar la excelencia profesional y controlar y evitar malas prácticas⁸⁰⁰.

La potestad sancionadora disciplinaria resulta de un vínculo de especial sujeción entre el facultativo colegiado y el colegio correspondiente por exigencia de lo especificado en los Estatutos, por lo que no existiría vulneración del principio *non bis in idem*⁸⁰¹ si su conducta ha infringido el Código Penal y ha sido condenado por un delito, aún cuando una sanción penal y una sanción administrativa arranquen de un mismo hecho y sean cometidos por un mismo sujeto⁸⁰².

⁷⁹⁸ Memoria Corporativa de 2019 del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, p. 114. Visto en Enero 2021. <https://www.cgcom.es/sites/default/files/memoria2019/116/#zoom=z>.

⁷⁹⁹ STC 219/1989, 21 de diciembre, (F.D. 5º). Artículo 5.i Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

⁸⁰⁰ Deontología profesional: Los Códigos Deontológicos. Unión profesional julio 2009. (visitado en diciembre 2020) p. 40. http://www.unionprofesional.com/estudios/DeontologiaProfesional_Codigos.pdf.

⁸⁰¹ Artículo 74.2 Estatutos del Ilustre Colegio de Médicos de la Región de Murcia.

⁸⁰² STSJ Madrid 759/2001, de 07 de julio, ponente: D. Ricardo Sánchez Sánchez (F.D. 2º).

Para el Código de Deontología Médica el médico estará obligado a atender las peticiones expresadas en el documento de voluntades anticipadas salvo que vayan en contra de la buena práctica médica⁸⁰³. Sin embargo, el texto presentado como provisional en 2018 hacía referencia a la autonomía expresada por el paciente como una toma en consideración⁸⁰⁴, perdiéndose de ese modo una oportunidad de respaldar la importancia del principio de autonomía a través de normas referentes a su aplicación y sanciones específicas al efecto.

La Asociación Médica Mundial (WMA) ha elaborado el Código Ético para los médicos a nivel mundial que se recoge en la denominada Declaración de Ginebra, en la cual se manifiesta que no se permitirán consideraciones de edad, enfermedad o incapacidad, credo, origen étnico, sexo, nacionalidad, afiliación política, raza, orientación sexual, clase social o cualquier otro factor que se interponga entre sus deberes y el paciente⁸⁰⁵. Así mismo, el Código de Deontología Médica señala que el médico respetará las convicciones de los enfermos y se abstendrá de imponerles las propias⁸⁰⁶, debiendo esto último tenerse muy presente a la hora de aplicar el contenido del documento de voluntades anticipadas.

Una vez que la enfermedad sobrepasa los límites controlables el paciente debe ser lo primordial y hacer ese trance al final de la vida lo más llevadero posible. De este modo la atención se basa en el paciente y no en la enfermedad y, además, se ha de respetar el rechazo al tratamiento emitido por el enfermo, bien sea total o parcial. De otro modo, si el paciente exigiera que se practicase alguna actuación inadecuada o

⁸⁰³ Artículo 36.4 Código de deontología médica, guía de ética médica. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, julio 2011. https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/index.html#22/z

⁸⁰⁴ Artículo 38.4 Código de deontología médica, Comisión Central de Deontología, OMC, Octubre 2018 (presentando como provisional). Cuando el estado del paciente no le permite tomar decisiones, el médico debe tener en consideración, por orden de preferencia, las indicaciones anteriormente hechas por el enfermo, las instrucciones previas y la opinión del paciente en voz de sus representantes. Es deber del médico colaborar con las personas que tengan la misión de garantizar el cumplimiento de las voluntades del paciente.

⁸⁰⁵ La Declaración de Ginebra es una actualización del juramento hipocrático propuesto por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial realizada en septiembre de 1948. Código Internacional de ética médica. Visitado en diciembre de 2020). https://www.wma.net/wp-content/uploads/2017/02/17a_es.pdf.

⁸⁰⁶ Artículo 9.1 Código de Deontología Médica.

inaceptable el facultativo quedaría dispensado de actuar⁸⁰⁷. En cualquier caso, antes de vulnerar lo manifestado en el documento de voluntades anticipadas se deberá comunicar al representante o a los familiares facilitando que otro médico se haga cargo del proceso⁸⁰⁸.

Una vez que se determine que no existe mala praxis por parte del facultativo, y siempre que a él le parezca adecuado, es posible que el propio Colegio de Médicos pueda demandar al denunciante por los daños morales sufridos. De este modo se pretende evitar la llamada medicina defensiva y que ésta pueda acabar repercutiendo en el trato al paciente⁸⁰⁹.

⁸⁰⁷ Artículo 12.3 Código de Deontología Médica.

⁸⁰⁸ Artículo 11 del Código de Deontología Médica.

⁸⁰⁹ Conclusiones del III Congreso Nacional de Comisiones de Deontología Médica (Valencia, 1-3 de mayo de 1992) p. 3. Visto en Enero 2021.
https://www.cgcom.es/sites/default/files/conclusiones_congreso_comisiones_deontologia.pdf

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El documento de voluntades anticipadas es un instrumento eficaz que permite declarar la voluntad del otorgante sobre tratamientos u otras cuestiones relativas a la asistencia sanitaria y de este modo evitar que sean terceros los que decidan cuando éste no pueda expresar su voluntad

SEGUNDA.- El documento de voluntades anticipadas es otorgado con más frecuencia por mujeres que por varones, siendo el grupo de edad de mayor incidencia el de mayores de 65 años. En la mayoría de los casos se opta por designar un representante. La forma o modalidad de otorgamiento preferido es ante funcionario público, seguido de la formalización ante testigos y en última instancia ante notario

TERCERA.- La mayor tasa de declarantes con voluntades anticipadas activas por cada 1.000 habitantes tiene lugar en la Comunidad Foral de Navarra, seguido de cerca por el País Vasco, Cataluña y La Rioja. La Comunidad Autónoma de la Región de Murcia presenta una baja tasa de declarantes, tan solo por encima de Ceuta, Melilla y Extremadura

CUARTA.- En ciertas Comunidades Autónomas se contempla la posibilidad de que los menores de edad puedan manifestar su voluntad a través de las voluntades anticipadas como sucede en otros ámbitos sanitarios. Del mismo modo, y tras la reforma de la Ley 8/2001, de 2 de junio, relativa al ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad sería de interés realizar una modificación en la Ley 41/2002 que contemple el desarrollo de la personalidad del menor y de la persona con discapacidad para que su voluntad sea eficaz

QUINTA.- El Registro Nacional demuestra ser el mejor sistema de custodia y accesibilidad del profesional sanitario a los documentos de voluntades anticipadas, en coordinación con los distintos registros de las Comunidades

Autónomas. Es conveniente la inscripción de los documentos en los registros y su incorporación a la historia clínica

SEXTA.- Las voluntades anticipadas comparten semejanzas con otras figuras jurídicas previstas en nuestro ordenamiento que igualmente son un negocio jurídico formal, unilateral, personalísimo, y revocable, como es el caso del testamento, lo cual permite el recurso a la analogía para colmar algunas de sus lagunas normativas

SÉPTIMA.- El contenido que se puede establecer en las voluntades anticipadas no es *numerus clausus*, puesto que además de poder manifestar el deseo de ser donante de órganos, así como evitar el encarnizamiento terapéutico y los tratamientos fútiles, es posible indicar más contenidos como expresión de la voluntad del paciente. Aunque existen modelos de documentos elaborados por las administraciones y por asociaciones, éstos resultan ser demasiado generales por lo que es conveniente una manifestación personalizada

OCTAVA.- Con la modificación introducida por la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia, la prestación de ayuda a morir pasa a formar parte de la cartera de servicios y por tanto a ser un posible contenido de la voluntad del paciente manifestada en el documento de voluntades anticipadas.

NOVENA.- El representante velará por el cumplimiento de la voluntad del paciente consignada en el documento; además, hará de interlocutor con el equipo médico y garantizará el cumplimiento de las voluntades anticipadas incluso llegando a tomar las medidas que sean oportunas para su materialización. Es conveniente que el representante conozca su nombramiento y que conste su aceptación, además del hecho de poder llegar a responder por no proceder según lo establecido. Se trata de una persona de confianza para el otorgante por lo que en los casos de separación, divorcio o ruptura dejaría de ser representante salvo una mención en contra.

DÉCIMA.- El documento de voluntades anticipadas es concebido como un instrumento en el que otorgar una voluntad actual pero también para el futuro, sin duda probable, no siendo preciso establecer ningún plazo para su renovación puesto que el otorgante en cualquier momento puede realizar cualquier revocación, modificación o sustitución sobre lo manifestado

UNDÉCIMA.- Cuando el paciente ya no pueda expresar su voluntad, se harán efectivas las previsiones manifestadas en el documento de voluntades anticipadas a excepción de las contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* y las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el sujeto ha previsto en el momento de emitirlas

DUODÉCIMA.- La objeción de conciencia es un derecho fundamental reconocido en el artículo 16.1 de nuestra Constitución Española que puede aplicarse incluso en ausencia de un desarrollo legislativo, en cuyo caso serán los tribunales los que se pronunciarán acerca de su aplicación en los diversos supuestos en los que surjan. Regular el modo de poder realizar el derecho fundamental a la objeción no debe suponer acotaciones al mismo sino más bien una forma de facilitar su ejercicio al tiempo que se garantizan otros derechos establecidos.

DECIMOTERCERA.- La objeción de conciencia es un motivo que los profesionales sanitarios pueden alegar para no aplicar las voluntades anticipadas, acudiendo, en su caso, a los comités de ética. Se han de garantizar fórmulas para que a pesar de plantearse una situación de objeción de conciencia el contenido del documento sea efectivo

DECIMOCUARTA.- El documento de voluntades anticipadas realizado siguiendo los parámetros establecidos en la legislación es vinculante y de obligado cumplimiento, su incumplimiento debería tener consecuencias penales, civiles, patrimoniales, disciplinarias o deontológicas

DECIMOQUINTA.- A pesar del principio de intervención mínima, cuando un profesional sanitario actúe en contra del contenido reflejado en el documento de voluntades anticipadas tal actitud podría ser sancionada a través de un delito de coacciones. Más probable será la aplicación de la responsabilidad civil o patrimonial, causante de un daño moral, con las complicaciones que la legitimidad para interponerla puedan suponer en caso del fallecimiento del otorgante. De más difícil aplicación será la responsabilidad disciplinaria y deontológica dada la escasa repercusión que en estos ámbitos tiene, al menos de un modo reciente

DECIMOSEXTA.- El documento de voluntades anticipadas facilita el trabajo de los profesionales sanitarios por lo que se debería incrementar el uso del mismo, para lo cual tanto las administraciones y sus instituciones como los propios profesionales sanitarios deberían fomentar su otorgamiento tras recibir algún tipo de formación complementaria para poder prestar la oportuna información y de esta manera dar una mayor publicidad a este instrumento.

BIBLIOGRAFÍA

-ABEL I FABRÉ, F., *El diàleg bioètic albirant el tercer mil·lenni*, Reial Acadèmia de Medicina de Catalunya, Barcelona, 1999.

-ABELLÁN-GARCÍA SÁNCHEZ, F., “Estudio Jurídico sobre el marco regulatorio de las instrucciones previas en España: Estado y Comunidades Autónomas”, en SÁNCHEZ-CARO/ABELLÁN-GARCÍA (directores) *Instrucciones Previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, Granada, 2008, pp. 115-166.

-ADAMO, U., “La regulación del “Testamento Vital” en Italia: estudio crítico de la Ley 219/2017”, *Revista de Estudios Jurídicos*, nº 18/2018 (Segunda Época), Universidad de Jaén, 2018, pp. 1-41.

-ALARCÓN SEVILLA, V., “La responsabilidad patrimonial en la administración sanitaria”, *Anales de derecho*, nº 27, 2009, pp. 305–330.

-ALONSO OLEA, M. y FANEGO DEL CASTILLO, F., *Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*, Civitas, Madrid, 2003.

-ALONSO ORTEGA, A., “Los derechos de los pacientes (II): las voluntades anticipadas”, en J.M. Pemán, *Derecho Sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la sanidad en Aragón*, Vol. I, Zaragoza, 2004, pp. 195-243.

-ALONSO PÉREZ, M., “La protección civil de la personalidad pretérita: regulación positiva”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, Ediciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 117-138.

-ALVENTOSA DEL RIO, J., “La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Tomo I, Ediciones de la Universidad de Murcia, 2004, pp. 169-194.

-ALVENTOSA DEL RIO, J., “Consentimiento informado del menor en España: reformas recientes”, *Actualidad jurídica Iberoamericana*, nº extra 10, 2, 2019, pp. 514-547.

-ANDREU MARTÍNEZ, M.B., “Consentimiento por sustitución”, en SALCEDO HERNÁNDEZ (director) *Derecho y Salud. Estudios de Bioderecho (Comentarios a la Ley 3/2009 de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 143-183.

-ANDREU MARTÍNEZ, M.B., *La autonomía del menor en la asistencia sanitaria y el acceso a su historia clínica*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2018.

- APARISI MIRALLES, A. y LÓPEZ GUZMÁN, J., “Objeción de Conciencia en el supuesto del aborto. De la fundamentación filosófico-jurídica a su recomendación legal”, *Persona y bioética*, Vol. 10, nº 1 (26), 2006, pp. 35-51.
- ARAQUE MORENO, D., “El consentimiento informado y su trascendencia en el Derecho penal”, *Nuevo Foro Penal*, Vol. 10, No. 82, Medellín, enero-junio 2014, pp. 132-147.
- ARCOS VIEIRA, M. L., *Responsabilidad sanitaria por incumplimiento del deber de información al paciente*, Aranzadi, Navarra, 2007.
- ARCOS VIEIRA, M.L., “Consentimiento no informado: reflexiones en torno a la existencia de un derecho a no saber aplicado a la información clínica”, en *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2016, pp. 23-72.
- ARROYO I AMAYUELAS, E. “Del mandato ordinario al mandato de protección”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Vol. I, Universidad de Murcia, 2004, pp. 363-396.
- ASUA GONZÁLEZ, C.I., “Infracción de deberes de información y obligación de indemnizar en el ámbito sanitario”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, nº 8/2013, pp.147-161.
- ATAZ LÓPEZ, J., *Los médicos y la responsabilidad civil*, Montecorvo, Madrid, 1985.
- AYALA VARGAS, M.J., “Inscripción de los documentos de instrucciones previas en el registro”, *Revista Bioderecho.es*, nº 3, 2016, pp. 1-17.
- AYALA VARGAS, M.J., VIGUERAS PAREDES, P., SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R. y FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A. “El contrato de Ulises como modalidad de documento de instrucciones previas”, *Derecho y Salud*, Vol. 25, Nº Extra 1, 2015, pp.105-111.
- AYALA VARGAS, M.J., HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, L., VIGUERAS, PAREDES, P., SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., ANDREU MARTÍNEZ, B., FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El documento de instrucciones previas como instrumento que asegura la autonomía de personas en situación de dependencia”, *XI Congreso Regional de Calidad Asistencial*, 2017, pp. 240-241.
- AYALA VARGAS, M.J., VIGUERAS PAREDES, P., AMÓSTEGUI FERNÁNDEZ, E., HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, L., SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El seguro de dependencia en del documento de instrucciones previas”, *Revista digital del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia*, Edición nº III, julio 2019, pp. 42-51.
- BACIGALUPO ZAPATER, E., “El consentimiento en los delitos contra la vida y la integridad física”, *Poder Judicial*, Nº Extra 12, (Ejemplar dedicado a: Jornadas de estudio sobre la nueva reforma del Código Penal), 1990, pp. 147-162.

- BAJO FERNÁNDEZ, M., “Respeto a la libertad del paciente. La eutanasia y las legislaciones sanitarias autonómicas”. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª Época, nº Extra 2, 2004, pp. 317-330.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “La intervención médica contra la voluntad del paciente(A propósito del Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1979)”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, Tomo 32, Fasc/Mes 2, 1979, pp. 491-500.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J., “El derecho a la autonomía del paciente como contenido de derechos fundamentales”, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales*, XIOI RÍOS, J.A. y BASTIDA, F.J., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2012, pp. 143-322.
- BEAUCHAMP, T.L. y CULLOUGH L.B., *Ética médica*, Labor, Barcelona, 1987.
- BELTRAN AGUIRRE, J.L., “Autonomía del paciente: límites derivados de la cartera de servicios, de la organización y funcionamiento de los centros sanitarios y de otros derechos y bienes enfrentados”, en ARCOS VIEIRA, M.L., *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2016, pp. 73-130.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., “Análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación” *XII Congreso Nacional de la Sociedad Española de Derecho Sanitario*, Madrid, 2005.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., ABELLÁN SALORT, J.C., *Autonomía, libertad y testamentos vitales (Régimen jurídico y publicidad)*, Dykinson, Madrid, 2009.
- BONILLA SÁNCHEZ, J.J., “La Objeción de conciencia del personal sanitario ante los avances de las ciencias de la vida”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol.44, nº.132, México, 2011, pp. 977-1016.
- BUENO ARÚS, F., “El rechazo del tratamiento en el ámbito penitenciario”, *Actualidad penal*, nº 31, 1991, pp. 395 y 397.
- CADENAS OSUNA, D., “La interrupción del tratamiento vital en pacientes incapaces en el ordenamiento jurídico francés. Estudio de la cuestión a la luz del caso Lambert”, *Revista de la Fundación de Ciencias de la Salud*, nº 48, 2017, pp. 51-69.
- CADENAS OSUNA, D., *El consentimiento informado y la responsabilidad médica*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2018.
- CADENAS OSUNA, D., “El consentimiento informado y el rechazo a la intervención o tratamiento médico por el menor de edad tras la reforma de 2015”, *Anuario de Derecho Civil*, Volumen 71, nº 3, 2018, pp. 789-853.
- CADENAS OSUNA, D., *A vueltas con las instrucciones previas: ¿Institución fallida o tesoro por descubrir?*, Dykinson, Madrid, 2019.

- CAMPIONE, R., “Razonamiento judicial y razonamiento legislativo a partir del caso Englaro”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, nº 29, 2013, pp. 291-318.
- CANTERO MARTÍNEZ, J. *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*, Bomarzo, Albacete, 2005.
- CASADESUS RIPOLL, P., “Las voluntades anticipadas de los pacientes menores de edad: análisis de la legislación balear”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 29, 2020, pp. 344-367.
- CASADO BLANCO, M. “Aspectos éticos y legales de las instrucciones previas”. *Ciencia Forense: Revista aragonesa de medicina legal*, nº 9-10, año 2009-2010, pp. 135-147.
- CEBRIÁ GARCÍA, M.D., “Objeción de conciencia del personal sanitario y reformas legislativas en España”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, 27, 2011, pp. 1-36.
- CEREZO MIR, J., “La regulación del estado de necesidad en el Código Penal español”, *Estudios penales y criminológicos*, Nº 10, 1985-1986, pp. 53-118.
- CLIMENT GALLART, J.A., “La Jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida”, *Actualidad jurídica iberoamericana* Nº 8, 2018, pp. 124-137.
- COUCEIRO VIDAL, A., “Las directivas anticipadas en España: contenido, límites y aplicaciones clínicas”, *Revista de Calidad Asistencial*, Vol. 22, nº 4, 2007, pp. 213-222.
- COUCEIRO VIDAL, A., SEOANE, J.A., y HERNANDO ROBLES, P. “La objeción de conciencia en el ámbito clínico. Propuesta para un uso apropiado (I)”. *Revista de calidad asistencial*, Vol. 26, nº 3, 2011, pp. 188-193.
- COUCEIRO VIDAL, A., SEOANE, J.A., y HERNANDO ROBLES, P., “Objeción de conciencia en el ámbito clínico. Propuesta para un uso apropiado (II)”, *Revista de Calidad Asistencial*, Vol. 26, nº 5, 2011, pp. 320-324.
- DA SILVA FONTES MONTEIRO, R., GOMES DA SILVA JUNIO, A., “Directivas anticipadas de voluntad: recorrido histórico en América Latina”, *Revista Bioética*, Vol. 27, nº 1, Ene/Mar. 2019, pp. 86-97.
- DE CASTRO VÍTORES, G. “Introducción al documento de instrucciones previas (voluntades anticipadas) en el Derecho español. Algunas claves para su estudio”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 740, 2013, pp. 3703-3760.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., *Muerte Digna y Constitución. Los Límites del Testamento Vital*, UPCO, Madrid, 2009.
- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Límites a la autonomía de la voluntad e instrucciones previas: un análisis desde el derecho constitucional”, *Derecho y Salud*, Vol. 20, nº 1, 2010, pp. 71-95.

- DE MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, F., “Libertad profesional del médico en el nuevo contexto de la relación clínica: su delimitación desde una perspectiva constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 31, 2017, pp. 11-51.
- DEL RÍO MUÑOZ, F., “El Aseguramiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, en especial en el ámbito sanitario”, GRANADO HIJELMO, I. *Reflexiones sobre la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria*, IV Jornadas de la Función Consultiva, Logroño, 2002.
- DELGADO MORAL, C., “Procedimiento Administrativo en vía de regreso consideraciones sobre su (in)aplicación práctica en el ámbito de la enseñanza pública”, *Revista de Derecho UNED*, nº 24, 2019, pp. 93–115.
- DIAS PEREIRA, A.G., *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, 2015.
- DÍAZ MARTÍNEZ, A., “El consentimiento informado como garantía del derecho fundamental a la integridad física y moral (Comentario a la STC 37/2011, de 28 de marzo)”, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil*, *Revista doctrinal*, Vol. 1, nº 5, septiembre 2011, pp. 25-35.
- DÍEZ RODRÍGUEZ, J.R., “El paciente testigo de Jehová, la negativa al tratamiento médico en situación de gravedad y la circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado”, *Revista de Derecho UNED*, nº 11, 2012, pp. 183-222.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “En torno al concepto jurídico de representación”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, Nº 8, 2004, pp. 311-316.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., *Derecho Sanitario y responsabilidad médica (Comentarios a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos del paciente, información y documentación clínica)*, Lex Nova, Valladolid, 2007.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, A., “Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir”, en *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* / coord. por Carmen Tomás-Valiente Lanuza, Marcial Pons, 2021, pp. 119-153.
- ELIZARI URTASUN, L., “Las personas mayores y con discapacidad intelectual ante el rechazo de tratamientos médicos. Especial atención a los usuarios de centros residenciales”, en ARCOS VIEIRA, M.L., *Autonomía del paciente e intereses de terceros: límites*, Aranzadi, Cizur Menor, Pamplona, 2016, pp. 155-204.
- FARALDO CABANA, P., “Omisión del deber de socorro. Especial referencia a la negativa al tratamiento médico”. *Lecciones de Derecho Sanitario*, Universidad de A Coruña, 1999, pp. 519-554.

-FERNÁNDEZ BERMEJO, M., “Autonomía personal y tratamiento médico: límites constitucionales de la intervención del Estado (II)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi* nº 133, 20 de enero 1994, pp. 1-4.

-FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El documento de voluntades anticipadas. Una denominación controvertida”, en BARRADA / GARRIDO / NASARRE (coordinadores) *El nuevo Derecho de la Persona y de la Familia (Libro Segundo del Código Civil de Cataluña)*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 171-188.

-FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Leyes para una Muerte Digna y voluntades anticipadas”. *Derecho y Salud*, Vol. 23, nº1, 2013, pp. 53-75.

-FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “El Derecho a otorgar documentos de instrucciones previas”, en SALCEDO HERNÁNDEZ (director) *Derecho y Salud. Estudios de Bioderecho (Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberos de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 185-232.

-FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas”, en *La tutela de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España*, Editum, Murcia, 2013, pp. 217-244.

-FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Las voluntades anticipadas como fórmula de protección de la autonomía de las personas mayores”, en ANDREU MARTÍNEZ, M.B. y SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R. (coordinadores) *Autonomía del paciente mayor, vulnerabilidad y e-salud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 187-209.

-FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., “Responsabilidad civil por el incumplimiento de la voluntad del paciente declarada en los documentos de instrucciones previas sanitarias”, *Cuestiones actuales y clásicas y actuales del Derecho de daños (Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón)*, Tomo 2, Aranzadi, 2021, pp. 571-640.

-FEIJÓO SÁNCHEZ, B.J., *Resultado lesivo e imprudencia: estudio sobre los límites de la responsabilidad penal por imprudencia y el criterio del fin de protección de la norma de cuidado*, Barcelona, Bosch, 2001.

-FRANCINO I BATLLE, F.X., “El otorgamiento del documento de voluntades anticipadas. Cuestiones prácticas”, *IX Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho Sanitario*, Fundación Mapfre Medicina, 2002.

-GALÁN CÁCERES, J.C., y CASADO BLANCO, M., *Las instrucciones previas “una reflexión crítica”*, Autoedición, Badajoz, 2016.

-GALÁN CORTÉS, J.C., *Responsabilidad civil médica*, 1ª ed., Cizur Menor, Civitas, Navarra, 2005 y en la 4ª ed., Cizur Menor, Civitas, Navarra, 2014.

-GALLEGO RIESTRA, S., *El Derecho del Paciente a la Autonomía Personal y las Instrucciones Previas. Una realidad legal*, Aranzadi, Pamplona, 2009.

-GALLEGO RUESTRA, S., “Los deberes de los médicos y de los profesionales sanitarios”. *Todo hospital*, número 142, Diciembre 1997, pp. 23-30.

-GALLEGO RUESTRA, S., “Malpraxis y gestión de riesgos”, *Escuela Nacional de Sanidad*, Madrid, 2012, pp. 1-40.

-GARCÍA GARCÍA, A.A., “Apuntes sobre la ley francesa de 2 febrero de 2016 por la que se crean nuevos derechos de los enfermos y de las personas al final de su vida y la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de junio de 2015, recaída en el caso Lambert y otros contra Francia”, *Derecho y Salud*. Vol. 26 Extra 1, pp. 495-511.

-GARCÍA DE ENTERRIA, E y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo I* Cuarta Edición, Civitas, Madrid, 1986.

-GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Sobre el delito de coacciones”, *Estudios penales y criminológicos*, nº 6, 1981-1982, pp. 103-152.

-GARCÍA RUBIO, M.P., “Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en responsabilidad civil médica”, en *Estudios de Derecho de obligaciones en Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez* (Coord. LLAMAS POMBO, E.), Vol. I, *La Ley*, Madrid, 2006, pp. 801-827.

-GIL HERNÁNDEZ, A., *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995.

-GÓMEZ PUENTE, M., “Responsabilidad por inactividad de la Administración”. *Documentación Administrativa*, nº 237-238 (enero- junio 1994), pp. 237-238.

-GÓMEZ RIVERO, M.C., *La responsabilidad penal del médico*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

-GÓMEZ RUBÍ, J.A., “Directivas anticipadas: la última oportunidad de ejercer la autonomía”, *JANO*, 2001, 1377:70- 1.

-GÓMEZ RUBÍ, J.A., *Ética en medicina crítica*. Triacastela, Madrid, 2002.

-GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., “Reflexiones jurídico-constitucionales sobre la objeción de conciencia y los tratamientos médicos”, *Revista de Derecho Político* nº 42, 1996, pp. 55-93.

-GONZÁLEZ MORÁN, L., “La figura y función del representante en la legislación sobre instrucciones previas (Ley 41/2002 y legislación autonómica)”, en *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina*, UPCO, Madrid, 2008, pp. 635-652.

-GONZÁLEZ MORÁN, L., *De la bioética al Bioderecho. Libertad, vida y muerte*, Dykinson, Madrid, 2006.

-GONZÁLEZ SÁNCHEZ, M., “La objeción de conciencia del personal sanitario a las instrucciones previas por motivos religiosos”, en MARTÍN SÁNCHEZ/GONZÁLEZ SÁNCHEZ (directoras), *Algunas cuestiones controvertidas del ejercicio del derecho*

fundamental de libertad religiosa en España, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2009, pp. 275-295.

-GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E., *El tratamiento del régimen disciplinario en la negociación colectiva*, Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos, Colección de informes y estudios, Serie Relaciones Laborales Núm. 84, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2008.

-GRACIA GUILLÉN, D., *Primum non nocere. El principio de no-maleficencia como fundamento de la ética médica*, Real Academia Nacional de Medicina, Madrid, 1990.

-HERNÁNDEZ-BASUALTO, H., “Consentimiento informado y responsabilidad penal médica: una relación ambigua y problemática”, *Cuadernos de Análisis Jurídico (Colección Derecho Privado)*, nº VI, 2010, pp. 167-185.

-HERNÁNDEZ MARTÍNEZ, L., “Notas sobre la autonomía de la voluntad de las personas vulnerables en el ámbito socio-sanitario”, *Revista internacional de investigación en Bioderecho*, nº 3, 2016, pp. 1-18.

-HERNANDO, P, DIESTRE, G y BAIGORRI, F., “Limitación del esfuerzo terapéutico: Cuestión de profesionales o ¿también de expertos?”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, Vol. 30 Suplemento 3, Pamplona, 2007, pp. 129-135.

-HERRANZ, G., “La ley 21/2000 de Cataluña y la deontología colegial”, *Diario Médico*, de 1 de febrero de 2001, pp. 1 y ss.

-HOMERO: *Odisea*, Editorial Gredos, Madrid, 2014.

-HURTADO DÍAZ-GUERRA, I., *El daño moral en la responsabilidad patrimonial sanitaria: criterios de racionalización*. Tesis doctoral Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Madrid, 2017.

-JIMÉNEZ HERANZ, M.D., *Biomedicina y derecho sanitario*, Tomo VI, Universidad Europea de Madrid, Ingraf Impresiones, 2009.

-JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J., *La reproducción asistida y su régimen jurídico*, Ed. Reus, Madrid, 2012.

-JIMÉNEZ VICTORIA, J., “Características del consentimiento en la reproducción asistida post mortem”, *I Jornadas Doctorales de la Universidad de Murcia*, 2015.

-JORGE BARREIRO, A., “La relevancia jurídico penal del consentimiento del paciente en el tratamiento médico quirúrgico”, *Cuadernos de política criminal*, nº 16, 1982, pp. 5-34.

-JORGE BARREIRO, A., *La imprudencia punible en la actividad médico quirúrgica*, Tecnos, Madrid, 1990.

-KUTNER, L., “Due Process of Eutanasia: The Living will, a Proposal”, *Indiana Law Journal*, Nº 44, 1969, pp. 539-554.

-LIÑAN LAFUENTE, A., *Trazos de Derecho Penal, Parte especial* 2ª Edición, Universidad Complutense de Madrid, 2018.

-LLEDÓ YAGÜE, F., OCHOA MARIETA, C., y MONJE BALMASEDA, O., *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida (Ley 14/2006, de 26 de mayo)*, Dykinson, Madrid, 2007.

-LONG, M. y otros, “Caso Lambert. El Consejo de Estado dictó su sentencia el 14 de febrero de 2014”. *Las grandes sentencias de la jurisprudencia administrativa*, Boletín Oficial del Estado, 20ª Edición francesa, Editions Dalloz, 2015, pp. 1260-1283.

-LÓPEZ-NAVIDAD, A., *El Donante de órganos y tejidos. Evaluación y manejo*, Springer-Verlag Ibérica, Barcelona, 1997.

-LÓPEZ PENA, I., “El proceso de recepción de los Testamentos Vitales en el ordenamiento jurídico español”. *X Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho Sanitario*, Madrid, Fundación Mapfre Medicina, 2003.

-LÓPEZ SÁNCHEZ, C. *Testamento vital y voluntad del paciente. (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003.

-LUZÓN PEÑA, D.M., “Estado de necesidad e intervención médica (o funcional o de terceros) en casos de huelga de hambre, intentos de suicidio y autolesión: algunas tesis”, *La Ley*, nº 1914, 1988, pp. 992-1003.

-MARCOS DEL CANO, A., “La toma de decisiones al final de la vida: el testamento vital y las indicaciones previas”, *Moralia*, nº 92, 2001, pp. 491-518.

-MARCOS DEL CANO, A., “Voluntades anticipadas: Estado de la cuestión”, en *Voluntades anticipada*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 19-42.

-MARÍN GONZÁLEZ, P., *Cristianismo, islam y judaísmo en la donación de órganos y tejidos*, TFG Enfermería Universitat Internacional de Catalunya Facultat de Medicina i Ciències de la Salut, 2020.

-MARÍN MORA, A.A., *La autonomía del paciente expresada en los documentos de voluntades anticipadas*, Tesis doctoral Facultad de Derecho, Universidad de Murcia, 2019.

-MARTÍN LEÓN, A., “Lex artis y protocolos médicos”, en MORILLAS CUEVA, L., *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del Médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, pp.463-486.

-MARTÍNEZ NAVARRO, E., “La ética asistencial y los comités de Ética”, en SALCEDO HERNÁNDEZ (director) *Derecho y salud. Estudios de Bioderecho: (Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 405-423.

- MARTÍNEZ PEREDA, J. M., “El testamento vital y su aplicación en España”. *VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Fundación Mapfre Medicina, Madrid, 2001, pp. 195-213.
- MARTÍNEZ URIONABARRETxea, K., “Los documentos de Voluntades Anticipadas”. *Anales del sistema sanitario de Navarra*, Vol. 30, Nº Extra 3, Navarra. 2007, pp. 87-102.
- MATEO SANZ, J.B., “El derecho a la información asistencial en la Ley 8/2003”, en *Derechos y deberes del profesional sanitario y de los pacientes de Castilla y León*, Lex Nova, Valladolid, 2009.
- MATESANZ, R., “Documento de consenso español sobre extracción de órganos de donantes en asistolia”, *Nefrología*, Volumen XVI, Suplemento 2, 1996, pp. 48-53.
- MIR PUIG, S., “El delito de coacciones en el código penal”, *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Tomo 30, Fasc/Mes 2, 1977, pp.269-306.
- MOLANO, E., “La asistencia religiosa en hospitales públicos”, *Dimensiones jurídicas del factor religioso. Estudios homenaje al profesor López Alarcón*, Universidad de Murcia, 1987, pp. 321-338.
- MONTERROSO CASADO, E., *La cuantificación del daño por la falta de consentimiento informado: la determinación y la reparación del daño*, Ponencia presentada al premio “Magistrado Ruiz Vadiño”, 2005.
- MONTERO VEGA, A y GONZÁLEZ ARAYA, E. “La objeción de conciencia en la práctica clínica”, *Acta bioética*, 2011, pp. 123-131.
- MONZÓN MARÍN, J.L., y otros “Recomendaciones de tratamiento al final de la vida del paciente crítico. Recomendaciones de Grupos de trabajo de la SEMICYUC”, *Medicina Intensiva*, vol.32, nº 3, Madrid, 2008, pp.121-133.
- MORENO ANTON, M., “Asistencia religiosa en España”, MARTÍN SÁNCHEZ, I., NAVARRO FLORIA, J.G. (Coords.), *La libertad religiosa en España y Argentina*, Fundación Universitaria Española, Madrid, 2006, pp. 99-119.
- MOREO ARIZA, J., “Regulación del documento de voluntades anticipadas en el ordenamiento jurídico español”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año 63, Nº 2093, 2009, pp. 2261-2293.
- MORILLAS CUEVA, L., “Relevancia penal del consentimiento del paciente en relación con la actividad médica”, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 81-119.
- MOTILLA, A. “Consideraciones en torno a la objeción de conciencia en el Derecho español”, *Ius Canonicum*, Vol. 33, nº 65, 1993, pp. 141-150.

-MOYA FUENTES, M.M., “La tutela del derecho penal a participar en los asuntos públicos: artículo 542 del Código Penal”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, 2018, pp.1-22.

-MUÑOZ CONDE, F., “Algunas cuestiones relacionadas con el consentimiento del paciente y el tratamiento médico”, *Problemas actuales del Derecho penal y la Criminología. Estudios penales en memoria de la Profesora Dra. María del Mar Díaz Pita*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp.447-478.

-NAVARRO-VALLS, R., MARTÍNEZ TORRÓN, J. *Las objeciones de conciencia en el Derecho español y comparado*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 1997.

-NORIEGA RODRÍGUEZ, L., *El régimen jurídico del documento de voluntades anticipadas en el ámbito estatal y autonómico*, Bosch Editor, Barcelona, 2019.

-OCHOA MARIETA, C., y LLEDÓ YAGÜE, F., “Artículo 9 premoriencia del marido”. *Comentarios científico-jurídicos Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 117-122.

-OLIVA BLAZQUEZ, F., “La objeción de conciencia: ¿Un derecho constitucional?”, en ALARCOS MARTÍNEZ, F.J., (Dir.), *Objeción de conciencia y sanidad*, Comares, Granada, 2011, pp. 51-72.

-OLIVER ARAUJO, J., *La objeción de conciencia al servicio militar*, Civitas, Madrid, 1993.

-ORTEGA GUTIÉRREZ, D., “La objeción de conciencia en el ámbito sanitario”, *Revista de derecho político* nº 45, 1999, pp. 105-147.

-OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E., “El consentimiento de los testigos de Jehová ante la transfusión sanguínea en la legislación española”, *Revista Iberoamericana Derecho Medicina Legal*, Vol. 1, 1996, pp. 21-27.

-PAREJO GUZMÁN, M.J. y ATIENZA MATIAS, E., “Derecho a decidir sobre la propia salud ante el final de la vida humana. Testamento vital y eutanasia”, en FERNÁNDEZ CORONADO, A. y PÉREZ ÁLVAREZ, S. (Dir.), *La protección de la salud en tiempos de crisis. Nuevos retos del bioderecho en una sociedad plural*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 297-327.

-PARRA LUCÁN, M.A., “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”. *Aranzadi civil*, nº1, 2003, pp. 1901-1930.

-PARRA LUCÁN, M.A., “Voluntades anticipadas (Autonomía personal: voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos)”. *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, El Justicia de Aragón*, Zaragoza, 2006, pp. 77-116.

-PARRILLA, P., RAMÍREZ, P. y RÍOS, A., *Manual sobre donación y trasplante de órganos*, Aran, Madrid, 2008.

-PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, A., *El derecho a la autonomía del paciente en la relación médica. El tratamiento jurisprudencial del consentimiento informado*, Comares, Granada, 2009.

-PÉREZ VALLEJO, A.M., “Presupuesto de la responsabilidad civil médica en su desdoblamiento funcional de medicina necesaria o asistencial y medicina voluntaria, perfectiva o satisfactiva”, *Estudios jurídicos sobre responsabilidad penal, civil y administrativa del médico y otros agentes sanitarios*, Dykinson, Madrid 2009, pp. 545-581.

-PINTO PALACIOS, F., “El régimen jurídico del testamento vital en Europa”, MARCOS DEL CANO, A.M. (Dir.), en *Voluntades anticipadas*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 175-212.

-QUINTANA LÓPEZ, T., “La potestad disciplinaria de las administraciones sobre los empleados públicos”, *Documentación Administrativa*, nº 282-283, (septiembre-diciembre 2008, enero-abril 2009), 2009, pp. 321-359.

-R. PANT D., “L’etica ai limiti dell’esistenza: l’arte del morire nella prospettiva buddista”, *Alle fine della vita: Religioni e bioética*, Fondazione Lanza, Padova, 2003, pp. 219-238.

-RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J.I., “La autonomía del menor: Su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”, *X Congreso Nacional de Derecho Sanitario*, Madrid, 2003.

-RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., “La reproducción artificial post mortem en España: Estudio ante un nuevo dilema jurídico”, *Revista Boliviana de Derecho*, nº 20, julio 2015, pp. 292-323.

-RODRÍGUEZ GUITIÁN, A., “Indemnización por causa de muerte. Análisis de los ordenamientos jurídicos inglés y español”, *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, Vol. 2, 2015, 53 páginas.

-ROMEO CASABONA, C.M., *El médico y el Derecho Penal I: la actividad curativa (licitud y responsabilidad penal)*, Bosch, Barcelona, 1981.

-ROMEO CASABONA, C.M., *El Médico ante el Derecho*, Ministerio de Sanidad y Consumo, 1986.

-RUIZ DE LA CUESTA, A., “Donar vida: Un compromiso solidario. Aspectos éticos y jurídicos”, *Actualizaciones en trasplantes 2004*, Hospitales Universitarios Virgen del Rocío, Sevilla, 2004, pp. 90-96.

-SÁENZ DE SANTAMARÍA, A., “Donación de órganos y testamento”, *La Ley*, nº 1539, 1986, pp. 912 y siguientes.

-SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Libertad de pensamiento, libertad religiosa y libertad de conciencia, en *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, coord. Por MARTÍNEZ-TORRÓN, J., 1998, pp. 799-808.

-SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “El derecho a rechazar tratamientos y la legitimidad de su suspensión”, *La tutela de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España*, Editum, Murcia, 2013, pp. 245-296.

-SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Objeción de conciencia sanitaria”, en SALCEDO HERNÁNDEZ (director) *Derecho y salud: estudios de Bioderecho: (Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberes de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 275-319.

-SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Le don en “asystolie” en Espagne: questions éthiques el juridiques”, en *Revue Générale de Droit Medical*, nº 55, (juin 2015), Édition LEH, pp. 81-96.

-SALCEDO HERNÁNDEZ, J.R., “Bioderecho y derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión”, en *Derecho y religión/ coord. por GARCÍA GARCÍA, R. y ROSELL GRANADOS, J.*, Edisofer, Madrid, 2020, pp. 519-575.

-SAN JULIÁN PUIG, V. “Instrucciones previas: Un negocio jurídico, no un simple formulario” *XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Derecho Sanitario*, Madrid, 2005.

-SÁNCHEZ JACOB, M. “Objeción de conciencia y su repercusión en la sanidad”, *Boletín de Pediatría de Asturias, Cantabria, Castilla y León*, 2007, pp. 25-30.

-SÁNCHEZ CARO, J y ABELLÁN, F., *Derechos y deberes de los pacientes. La Ley 41/2002, de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas*, Comares, Granada, 2003.

-SÁNCHEZ CARO, J y ABELLÁN, F., *Derechos de los médicos en la relación clínica*, Fundación Salud 2000, Madrid, 2006.

-SÁNCHEZ-CARO, J. y ABELLÁN F., *La relación clínica farmacéutica-paciente. Cuestiones prácticas de Derecho Sanitario y Bioética*, Comares, Granada, 2007.

-SÁNCHEZ-CARO, J., “Concepto y evolución histórica de las instrucciones previas”, en SÁNCHEZ-CARO, J. /ABELLÁN-GARCÍA, F. *Instrucciones Previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*, Comares, Granada, 2008, pp. 63-114.

-SÁNCHEZ-CARO, J., “En torno a la certeza en la aplicación de la teoría de la pérdida de oportunidad”, *Revista Española de la Función Consultiva* nº 16, 2011, pp. 121-127.

-SÁNCHEZ CARO, J. *La autonomía del paciente en España (2002-2016): evolución y límites*, Ponencia acto inaugural del Máster en Bioderecho: Derecho, Ética y Ciencia, Universidad de Murcia, 7 de noviembre de 2016.

-SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. A., *Informe sobre Instrucciones Previas*, Subdirección General de Bioética y Orientación Sanitaria, Consejería de Sanidad y Consumo, Comunidad de Madrid, 2005.

- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España”, *Derecho y Salud*, Vol. 14, nº 2, 2006, pp. 285-296.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “Derecho e Instrucciones previas”, *Derecho y Salud*, Vol. 22, Nº. Extra 1, 2011, pp. 11-31.
- SEOANE RODRÍGUEZ, J.A., “La construcción jurídica de la autonomía del paciente”, *EIDON: Revista de la fundación de ciencias de la salud*, nº 39, enero-julio 2013, p. 19-34.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN J.M., “Eutanasia y objeción de conciencia”. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*. Vol. 9, 2008, pp. 501-525.
- SILVA SÁNCHEZ, J.M., “Sobre el estado de necesidad en el Derecho penal español”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XXXV, Fascículo 3, Madrid, 1982, pp. 663-691.
- SILVA SÁNCHEZ, A.M., “Los documentos de instrucciones previas de los pacientes (artículo 11.1 Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida”. *Diario de La Ley*, nº 4, 2 de Septiembre 2003, pp. 1663-1671.
- SIMÓN, P y BARRIOS I.M. “¿Quién puede decidir por mí? Una revisión de la legislación española vigente sobre las decisiones de representación y las instrucciones previas”, *Revista Calidad Asistencial*, 2004, pp. 460-472.
- SIMÓN LORDA, P. y JÚDEZ GUTIÉRREZ, J., “Consentimiento informado”, *Medicina Clínica*. Vol. 117, Nº 3, 2001, pp. 99-106.
- TARODO SORIA, S., “La doctrina del Consentimiento informado en el ordenamiento norteamericano”, *Revista Derecho y Salud*, Vol. 14, nº 1, Enero-Junio 2006, pp. 229-250.
- TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La disponibilidad de la propia vida en el Derecho Penal*, Centros de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- TUR FAÚNDEZ, M.N., “El documento de Instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico”, en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P., *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*. (Colegio de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España), Vol. II, Editum, Murcia, 2004, pp. 4865-4886.
- VIGUERAS PAREDES, P., “Derechos específicos en el ámbito de la experimentación e investigación sanitaria”, en SALCEDO HERNÁNDEZ (director) *Derecho y Salud. Estudios de Bioderecho (Comentarios a la Ley 3/2009, de Derechos y Deberos de los Usuarios del Sistema Sanitario de la Región de Murcia)*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 321-340.

-VILLACAMPA ESTIARTE, C., *Responsabilidad penal del personal sanitario. Atribución de responsabilidad penal en tratamientos médicos efectuados por diversos profesionales*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2003.

-VILLAR ABAD, G., “La regulación de las Instrucciones Previas en la Ley 41/2002”, en *Autonomía del Paciente, Información e Historia Clínica (Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, pp. 321-364.

-VIVES ANTÓN, T.S., “Valoraciones ético-sociales y jurisprudencia constitucional: el problema del aborto”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año 5, nº 15, 1985, pp. 121-158.

ENLACES POR ORDEN DE APARICIÓN:

-Página del Registro Nacional de Instrucciones Previas:
<https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/rnip/home.htm>.

-*The Belmont Report*. Principios éticos y orientaciones para la protección de sujetos humanos en la experimentación.

https://www.chospab.es/comite_etica/documentos/INVESTIGACION_%20BIOETICA/Informe_Belmont_1978.pdf (visto marzo 2021).

-TEDH (Gran Sala) Caso Lambert y Otros contra Francia. Sentencia de 5 junio 2015, TEDH2015\73: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{"itemid":\["001-155352"\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{).

-Código de Ética y Deontología Médica 1.999. Consejo General de Colegios de Médicos. https://www.bioeticacs.org/iceb/documentos/Codigo_Etica-y-deontologia-medica_1999.pdf (visto marzo 2021).

-MOSCOSO TORRES, R.M. *El documento de instrucciones previas: Límites formales y apreciación de la capacidad*, p. 7, disponible en el enlace: https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=74566c2b-3e47-4ab2-a3fe-66580cb688a1&groupId=10228.

-CEGRI LOMBARDO, F., “Planificación de decisiones anticipadas”, *semFYC*
<https://www.semfc.es/wp-content/uploads/2019/05/Cap%C3%ADulo-Muestra.pdf>.

-Circular 1/2012 sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave, de 3 de octubre de 2012.
https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/79.pdf.

-Donación del cuerpo para la ciencia médica. Departamento de Anatomía y Embriología Humana I. Sociedad anatómica española. Universidad Complutense de Madrid.
<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/morfos/donaciones/>.

-SEOANE, J.A. “Derechos y planificación anticipada de la atención: Panorama jurídico de las instrucciones previas en España”. [file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-DerechoYPlanificacionAnticipadaDeLaAtencion-2165050%20\(3\).pdf](file:///C:/Users/pc/Downloads/Dialnet-DerechoYPlanificacionAnticipadaDeLaAtencion-2165050%20(3).pdf), 2005.

-aANCERT *Tecnología e innovación al Servicio del Notariado*.
<https://www.ancert.com/liferay/web/ancert/voluntades-anticipadas>.

-Página web del servicio murciano de salud sobre instrucciones previas:
[https://sede.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1916&IDTIPO=240&RASTRO=c\\$m40288](https://sede.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1916&IDTIPO=240&RASTRO=c$m40288) (visto mayo 2021).

-Consulta del documento de Instrucciones Previas en la dirección electrónica
<https://rnip.msbs.es/RnipAccesoWeb/entradaAction.do>.

-Página Sede electrónica instrucciones previas Comunidad Autónoma de la Región de Murcia:
[https://sede.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1916&IDTIPO=240&RASTRO=c\\$m40288](https://sede.carm.es/web/pagina?IDCONTENIDO=1916&IDTIPO=240&RASTRO=c$m40288).

-Guía para hacer la voluntad vital anticipada. Junta de Andalucía, 2012 p.16,
http://www.repositoriosalud.es/bitstream/10668/691/5/Guia_RVA.pdf.

-Página del servicio murciano de salud, murciasalud.es, sobre las instrucciones previas,
<https://www.murciasalud.es/pagina.php?id=78223>.

-LARIOS RISCO, D. “Voluntades anticipadas en Castilla-La Mancha”. Jornada Regional de Ética en Atención Primaria, Talavera de la Reina, http://www.chospab.es/cursos_jornadas/derecho_sanitario/David_Larios/VoluntadesAnticipadascomentario.pdf.

-Guía para la elaboración del documento de instrucciones previas de la Comunidad de Madrid, <http://www.madrid.org/bvirtual/BVCM050450.pdf>, septiembre 2021.

-Datos sobre los cuidados paliativos en la Región de Murcia.
<http://econet.carm.es/inicio/-/crem/sicrem/PU261/pdf/sec11.pdf>.

-Plan integral de Cuidados Paliativos en la Región de Murcia
http://www.ffis.es/ups/PLAN_CUIDADOS_PALIATIVOS_2009_nueva_edicion.pdf.

-Declaración de la comisión central de deontología de la organización médica colegial sobre “contención mecánica de pacientes”, Madrid 25 de abril de 2015.
https://www.cgcom.es/sites/default/files/u183/declaracion_ccd_contencion_mecanica_de_pacientes_19_06_15.pdf.

-Manual de buenas prácticas sobre eutanasia, Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia https://comeca.org/wp-content/uploads/2021/06/25-06-2021-Manual-bbpb-260621_V2-1.pdf.

-Información a la ciudadanía de la eutanasia con distintos modelos de solicitud en la Región de Murcia: <https://www.murciasalud.es/pagina.php?id=483901>.

-Revocación/aplazamiento prestación de ayuda para morir de la Consejería de Salud:
<https://www.murciasalud.es/recursos/ficheros/484518-Solicitud4.pdf>.

-Modelo de reclamación Consejería de Salud de la Región de Murcia:
<https://www.murciasalud.es/recursos/ficheros/484519-Reclamacion.pdf>.

-Orden de la Consejería de Salud, por la que se crea y regula el Régimen Jurídico, composición, organización y funciones de la Comisión Regional de Garantía y Evaluación de la prestación de ayuda para morir en la Región de Murcia, de 20 de mayo de 2021, B.O.R.M de 5 de junio de 2021:
<https://www.murciasalud.es/pagina.php?id=483901>.

-Documento de información para el paciente sobre el derecho a la prestación de ayuda para morir (Ley Orgánica 3/2001, 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.
<https://www.murciasalud.es/recursos/ficheros/483900-Procedimiento.pdf>.

-Datos gráficas Organización Nacional de Trasplantes presentadas página 119:
<http://www.ont.es/infesp/Paginas/DatosdeDonacionyTrasplante.aspx>;
<http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACI%C3%93N%20Y%20TRASPLANTE%20ESPA%C3%91A%202019.pdf>.

-Datos de la Figura:
http://www.ont.es/infesp/Memorias/ACTIVIDAD%20DE%20DONACI%C3%93N%20Y%20TRASPLANTE%20ESPA%C3%91A%202020_26042021.pdf.

-Datos de la Organización Nacional de Trasplantes en la Región de Murcia:
<http://www.ont.es/infesp/Paginas/DatosdeDonacionyTrasplante.aspx>.

-Enlace de la Organización Nacional de Trasplantes sobre la donación:
<http://www.ont.es/informacion/Paginas/Donaci%C3%B3n.aspx>.

-Documento de Consenso Nacional sobre donación en asistolia de 2012, Organización Nacional de Trasplantes, pp. 33-34. (visto 20/09/2021)
<http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/DONACI%C3%93N%20EN%20ASISTOLIA%20EN%20ESPA%C3%91A.%20SITUACI%C3%93N%20ACTUAL%20Y%20RECOMENDACIONES.pdf>.

-Modelo para el Juzgado de Guardia del Hospital 12 de Octubre de Madrid, p. 31.
http://donacion.organos.ua.es/submenu5/12_octubre_protocolo_asistolia.pdf.

-Donación en asistolia
http://donacion.organos.ua.es/submenu3/inf_sanitaria/proceso/asistolia-clinico.asp.

-RODRÍGUEZ-ARIAS, D. Donación en asistolia: qué es y por qué plantea problemas éticos, *portal de éticas aplicadas*, Dialmet, 12 de junio de 2008.
http://www.dilemata.net/index.php?option=com_content&view=article&id=132:donacion-asistolia-qus-y-por-qulantea-problemas-cos&catid=23:actualidad-de-la-biocamca&Itemid=38.

-Donación y trasplante de células y tejidos humanos y los productos derivados de ellos
<http://www.aebt.org/web/info/infodnc.htm>.

-El Sumo Pontífice Francisco, en audiencia concedida al infrascrito Cardenal Prefecto el 18 de marzo de 2016, ha aprobado la Instrucción *ad resurgendum cum Christo*, decidida en la Sesión Ordinaria de esta Congregación el 2 de marzo de 2016. Roma Sede de la Congregación de la Fe, 15 de agosto de 2016.
http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20160815_ad-resurgendum-cum-christo_sp.html.

-JIMÉNEZ-AYBAR, I. *La formación de la comunidad musulmana de Aragón y su estatuto jurídico*. Web Islam. http://www.webislam.com/articulos/27546-la_formacion_de_la_comunidad_musulmana_de_aragon_y_su_estatuto_juridico.html.

-Donación del cuerpo para la ciencia médica. Departamento de Anatomía y Embriología Humana I. Sociedad anatómica española. Universidad Complutense de Madrid. <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/morfos/donaciones/>.

-Sentenza 21748/2007 Corte Suprema de Cassazione 4 de octubre de 2007, http://www.edscuola.it/archivio/norme/varie/sencorcas21748_07.pdf.

-Recomendaciones nacionales sobre donación en asistolia controlada en pacientes con enfermedades neurodegenerativas de la ONT Diciembre. 2021: http://www.ont.es/infesp/DocumentosDeConsenso/REC.%20NAC.%20DAC%20PACIENTES%20ENFERMEDADES%20NEURODEGENERATIVAS_dic2021.pdf, p. 70.

-Noticia sobre embarazo por inseminación *postmortem* marzo 2007 http://www.diariosur.es/prensa/20070306/portada/juez-autoriza-inseminacion-mujer_20070306.html
<http://www.20minutos.es/noticia/208575/0/inseminacion/muerto/juez/>.

-Salud regula la asistencia religiosa a los fieles de la confesión evangélica en los hospitales del SMS: <http://www.murciasalud.es/noticias.php?op=ver&id=437840>.

-Modelo de Declaración de Voluntades Anticipadas de Castilla La Mancha https://sanidad.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/pdf/20210419/anexo_iii._declaracion_de_voluntades_anticipadas_ante_testigospdf.pdf.

-Consejo Asesor Regional de Ética Asistencial: <https://www.murciasalud.es/pagina.php?id=242587>.

-Orden de la Consejería de Salud, por la que se crea y regula el Régimen Jurídico, composición, organización y funciones de la Comisión Regional de Garantía y Evaluación de la prestación de ayuda para morir en la Región de Murcia, de 20 de mayo de 2021, BORM 05 de junio de 2021. <https://www.borm.es/services/anuncio/ano/2021/numero/4006/pdf?id=794683>.

-El documento sobre la objeción de conciencia en sanidad del observatorio de bioética de la Universidad de Barcelona: <http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/presentacion-del-documento-sobre-la-objecion-de-conciencia-en-sanidad>.

-Código de Deontología Médica: https://www.cgcom.es/sites/default/files/codigo_deontologia_medica.pdf.

-NAVARRO-VALLS, R “Los nuevos herejes. Medidas contra la libertad religiosa en Estados Unidos”, *zenit.org*, 31 -01- 2012, <https://es.zenit.org/articles/los-nuevos-herejes/>.

-Opinión del Comité de bioética de España sobre la objeción de conciencia en sanidad, Madrid 13 de octubre de 2011:

<http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/La%20objecion%20de%20conciencia%20en%20sanidad.pdf>.

-Organización médica colegial, “La profesión médica ve insuficiente el reconocimiento de la objeción de conciencia en la Ley del Aborto y pide más regulación”, publicado el 5/10/2010. http://www.cgcom.org/noticias/2010/07/10_07_05_objecion.

-FERNÁNDEZ-CREHUET, J. El registro de objetores debería ser validado por la deontología de los colegios: <http://www.diariomedico.com/2010/03/29/area-profesional/normativa/el-registro-de-objetores-deberia-ser-validado-por-la-deontologica-de-los-colegios>.

-AUTO 98/2011, de 22 de junio sobre el recursos de inconstitucionalidad nº 825/2011 contra la Ley Foral de Navarra por un gran número de diputados del PP admitido por Auto del TC de 22 de junio de 2011 (BOE nº 160, de 6 de julio de 2011) no respetando la intimidad de las personas.
<http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/22573>.

-Resolución 14/2017 publicada el 10 de mayo de 2017 en el Boletín Oficial de la Comunidad Foral de Navarra.
http://www.navarra.es/home_es/Actualidad/BON/Boletines/2017/89/Anuncio-1/.

-Redacción médica, “Salud delega la objeción de conciencia sobre abortos en los jefes de área”, publicado el 10 de mayo de 2017.
<https://www.redaccionmedica.com/autonomias/navarra/salud-delega-la-objecion-de-conciencia-sobre-abortos-en-los-jefes-de-area--8492>.

-Distintas entidades nacionales, asociaciones, organismos colegiales disponen en sus páginas webs formularios para presentar la objeción de conciencia. Como sucede en la página web de la Asociación Catalana de Estudios Bioéticos: www.aceb.org o en la asociación para la defensa del derecho a la objeción de conciencia: www.andoc.es.

-Consulta 4/1989 de la Fiscalía General del Estado:
https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/CONS/CON_04_1989.html , visitado el 25 de mayo de 2020.

-Memoria Corporativa de 2019 del Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, p. 114. Visto en Enero 2021.
<https://www.cgcom.es/sites/default/files/memoria2019/116/#zoom=z>.

-Deontología profesional: Los Códigos Deontológicos. Unión profesional julio 2009. (visitado en diciembre 2020) p. 40.
http://www.unionprofesional.com/estudios/DeontologiaProfesional_Codigos.pdf.

-Código de deontología médica, guía de ética médica. Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, julio 2011.
https://www.cgcom.es/codigo_deontologico/index.html#22/z.

-La Declaración de Ginebra es una actualización del juramento hipocrático propuesto por la Asamblea General de la Asociación Médica Mundial realizada en septiembre de 1948. Código Internacional de ética médica. Visitado en diciembre de 2020).

https://www.wma.net/wp-content/uploads/2017/02/17a_es.pdf.

-Conclusiones del III Congreso Nacional de Comisiones de Deontología Médica (Valencia, 1-3 de mayo de 1992) p. 3. Visto en Enero 2021.
https://www.cgcom.es/sites/default/files/conclusiones_congreso_comisiones_deontologia.pdf.

ANEXOS

-Datos del Registro Nacional de Instrucciones Previas

Nº INSCRIPCIONES EN EL RNIP DESDE SINCRONIZACION COMPLETA DE LOS REGISTROS AUTONOMICOS

REGISTRO AUTONÓMICO	Enero 2013	Enero 2014	Enero 2015	Enero 2016	Enero 2017	Enero 2018	Enero 2019	Enero 2020	Enero 2021
ANDALUCÍA	23.397	25.329	27.407	29.949	32.825	35.686	38.531	42.001	43.667
ARAGÓN	5.012	5.494	6.007	6.660	7.384	8.172	9.042	10.189	10.841
ASTURIAS	3.805	4.261	4.718	5.161	5.687	6.200	6.644	7.337	7.857
BALEARES	3.121	3.740	4.544	5.312	6.197	7.258	8.328	9.670	10.305
CANARIAS	6.001	6.757	7.602	8.404	9.290	10.319	10.600	11.786	12.754
CANTABRIA	1.413	1.598	1.850	2.078	2.366	2.626	2.928	3.454	3.723
CASTILLA-LA MANCHA	4.047	4.474	4.960	5.481	6.049	6.656	7.188	8.154	8.602
CASTILLA Y LEÓN	4.380	5.171	5.923	6.805	7.958	9.291	10.330	11.951	12.979
CATALUÑA	47.773	50.957	56.167	59.606	63.959	72.515	83.179	90.953	95.656
C. VALENCIANA	14.474	15.776	17.478	19.343	21.310	23.554	25.558	28.425	30.402
EXTREMADURA	1.039	1.160	1.264	1.429	1.579	1.761	1.873	2.092	2.196
GALICIA	2.537	3.545	4.105	4.646	5.795	6.895	8.178	9.367	11.613
MADRID	12.307	14.205	16.363	18.724	21.273	23.445	26.900	31.665	34.602
MURCIA	2.889	3.132	3.399	3.648	3.940	4.409	4.405	4.847	5.204
NAVARRA	1.755	2.200	2.722	3.327	4.174	5.402	7.434	9.439	10.510
PAÍS VASCO	10.506	11.970	13.975	16.033	18.697	20.780	24.163	29.033	31.552
LA RIOJA	1.317	1.555	1.773	2.052	2.353	2.675	2.947	3.471	3.684
MSSSI(*)	2	4	70	93	107	132	140	177	181
TOTAL	145.775	161.328	180.327	198.751	220.943	247.776	278.368	314.011	336.329

(*) Para inscripciones provisionales referidas a Ceuta y Melilla

Se inicia la serie en 2013 ya que la sincronización completa de los registros autonómicos con el nacional no se concluyó hasta diciembre 2012

DECLARANTES CON IP ACTIVA POR COMUNIDAD AUTÓNOMA Y SEXO

Registro Nacional de Instrucciones Previas. Octubre 2021

Comunidad Autónoma	Hombres	Mujeres	No consta	Total	Población 01/01/2020 (**)	Hombres por 1.000 hab.	Mujeres por 1.000 hab.	Total por 1.000 hab.
ANDALUCÍA	17.863	27.263	106	45.232	8.464.411	2,11	3,22	5,34
ARAGON	4.331	7.161	1	11.493	1.329.391	3,26	5,39	8,65
ASTURIAS	3.122	5.173	1	8.296	1.018.784	3,06	5,08	8,14
BALEARES	4.060	6.959		11.019	1.171.543	3,47	5,94	9,41
CANARIAS	5.197	8.672		13.869	2.175.952	2,39	3,99	6,37
CANTABRIA	3.031	1.020		4.051	582.905	5,20	1,75	6,95
CASTILLA-LA MANCHA	3.480	5.582		9.062	2.045.221	1,70	2,73	4,43
CASTILLA Y LEÓN	4.732	8.964		13.696	2.394.918	1,98	3,74	5,72
CATALUÑA	33.441	56.641	12.350	102.432	7.780.479	4,30	7,28	13,17
COMUNIDAD VALENCIANA	12.193	20.284		32.477	5.057.353	2,41	4,01	6,42
EXTREMADURA	968	1.354		2.322	1.063.987	0,91	1,27	2,18
GALICIA	4.575	7.988		12.563	2.701.819	1,69	2,96	4,65
MADRID	12.475	23.224	3	35.702	6.779.888	1,84	3,43	5,27
MURCIA	2.113	3.366	1	5.480	1.511.251	1,40	2,23	3,63
NAVARRA	4.180	7.254		11.434	661.197	6,32	10,97	17,29
PAIS VASCO	11.741	22.321	95	34.157	2.220.504	5,29	10,05	15,38
RIOJA	1.416	2.599	1	4.016	319.914	4,43	8,12	12,55
CEUTA Y MELILLA(***)	36	149		185	171.278	0,21	0,87	1,08
TOTAL NACIONAL	128.954	215.974	12.558	357.486	47.450.795	2,72	4,55	7,53

(*) Real Decreto 1147/2020, de 15 de diciembre, por el que se declaran oficiales las cifras de población resultantes de la revisión del Padrón municipal referidas al 1 de enero de 2020

(**) Inscripción provisional Registro Ministerio de Sanidad

NACIONALIDAD DE LOS DECLARANTES DE LAS INSTRUCCIONES PREVIAS ACTIVAS

Registro Nacional de Instrucciones Previas. Octubre 2021

	ESPAÑOLES	EXTRANJEROS
ANDALUCIA	39.889	5.343
ARAGON	11.099	394
ASTURIAS	8.156	140
BALEARES	9.164	1.855
CANARIAS	9.803	4.066
CANTABRIA	3.983	68
CASTILLA-LA MANCHA	8.344	718
CASTILLA Y LEON	13.093	603
CATALUÑA	89.098	13.334
COMUNIDAD VALENCIANA	28.271	4.206
EXTREMADURA	2.309	13
GALICIA	12.563	
MADRID	34.165	1.537
MURCIA	4.893	587
NAVARRA	10.995	439
PAIS VASCO	34.086	71
RIOJA	3.983	33
CEUTA Y MELILLA (*)	182	3
TOTAL NACIONAL	324.076	33.410

(*) Inscripción provisional Registro Ministerio de Sanidad

-Datos Cuidados Paliativos, recursos asistenciales. Dispositivos según áreas de salud Región de Murcia.

	MURCIA (Región de)	Área I - MURCIA OESTE	Área II - CARTAGENA	Área III - LORCA	Área IV - NOROESTE	Área V - ALTIPLANO
2011						
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	9	1	1	1	1	1
2012						
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	8	1	1	1	0	1
2013						
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	9	1	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	1	1	0	0	0	0
2014						
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	9	1	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	1	1	0	0	0	0
2015						
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	9	1	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	1	1	0	0	0	0
2016						

Fecha de actualización: 06/10/2020.

En el caso de la población infantil existe la unidad de referencia regional "Hospitalización a domicilio infantil" donde aplican el protocolo de cuidados paliativos domiciliarios pediátricos (PCPP). Su misión básica es apoyar, colaborar y dar soporte a los profesionales en la atención integral y continuada de niños en situación de terminalidad así como a sus familias y/o cuidadores. Su ámbito de actuación es la Región de Murcia, interviniendo en el domicilio, en el Centro de Salud o en el Hospital, aportando una cobertura telefónica de 24 horas todos los días del año.

Mapa sanitario 2015 de la Región de Murcia, Orden de 14 de mayo de la Consejería de Sanidad y Política Social, BORM 26 de mayo de 2015.

- Consejería de Salud. Dirección General de Planificación, Investigación, Farmacia y Atención al Ciudadano.

	Área VI - VEGA MEDIA DEL SEGURA	Área VII - MURCIA ESTE	Área VIII - MAR MENOR	Área IX - VEGA ALTA DEL SEGURA
2011				
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	2	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	1	1	1	1
2012				
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	2	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	1	1	1	1
2013				
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	2	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	0	0	0	0
2014				
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	2	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	0	0	0	0
2015				
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	2	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	0	0	0	0
2016				

	MURCIA (Región de)	Área I - MURCIA OESTE	Área II - CARTAGENA	Área III - LORCA	Área IV - NOROESTE	Área V - ALTIPLANO
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	9	1	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	1	1	0	0	0	0
2017						
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	9	1	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	1	1	0	0	0	0
2018						
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	9	1	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	1	1	0	0	0	0
2019						
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	15	2	3	2	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	9	1	1	1	1	1
Unidad de Cuidados Paliativos Pediátricos (UCPP)	1	1	0	0	0	0

	2009	2010	2011	2012	2013	2014
Cieza						
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	1	1	1	1	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)		1	1	1	1	1

	2015	2016	2017	2018	2019
Cieza					
Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria (ESAD)	1	1	1	1	1
Equipo de Soporte de Atención Hospitalaria (ESAH)	1	1	1	1	1