

# Régimen jurídico de los documentos de voluntades anticipadas en España: la dicotomía entre la regulación estatal y las disposiciones autonómicas

*Manuel Ortiz Fernández*

## **Para citar este artículo:**

Ortiz, M. (2024). Régimen jurídico de los documentos de voluntades anticipadas en España: la dicotomía entre la regulación estatal y las disposiciones autonómicas. *Revista Via Iuris*, 36, 1 – 37. DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n36a1>

**Régimen jurídico de los documentos de voluntades anticipadas en España: la dicotomía entre la regulación estatal y las disposiciones autonómicas\***

**Manuel Ortiz Fernández\*\***

**Fecha de recepción:** 11 de septiembre de 2023

**Fecha de evaluación:** 09 de octubre de 2023

**Fecha de aprobación:** 30 de noviembre de 2023

**Para citar este artículo:**

Ortiz, M. (2024). Régimen jurídico de los documentos de voluntades anticipadas en España: la dicotomía entre la regulación estatal y las disposiciones autonómicas. *Revista Via Iuris*, 36, 1 – 37. DOI: <https://doi.org/10.37511/viaiuris.n36a1>

---

\*El presente artículo de reflexión se ha desarrollado en el marco del Grupo de Investigación sobre persona y familia (GIUV2013-101) de la Universidad de Valencia (España), del Grupo de Investigación en Derecho y Nuevas Tecnologías - Legaltech UMH de la Universidad Miguel Hernández de Elche (España) y del Grupo de Investigación “El derecho concursal desde una perspectiva multidisciplinar” de la Universidad Miguel Hernández de Elche (Elche).

\*\*Profesor Ayudante Doctor del Departamento de Ciencia Jurídica (área de Derecho civil) de la Universidad Miguel Hernández de Elche. Cursó el Grado en Derecho en la Universidad Miguel Hernández de Elche y, posteriormente, el Máster en Derecho de Daños en la Universidad de Alicante. En 2020, obtuvo los estudios de doctorado en la Universidad de Alicante. Actualmente, es Vicerrector adjunto de Planificación en el Vicerrectorado de Planificación y Responsabilidad Social de la Universidad Miguel Hernández de Elche y es miembro del Comité de Redacción de la Revista Jurídica Valenciana y del Consejo de Redacción de la Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7942-9907> Google Scholar: <https://scholar.google.com/citations?user=vFNWLfoAAAAJ&hl=es>. Correo electrónico: [m.ortizf@umh.es](mailto:m.ortizf@umh.es).

**Régimen jurídico de los documentos de voluntades anticipadas en España: la dicotomía entre la regulación estatal y las disposiciones autonómicas**

**Resumen**

La elaboración de los documentos de voluntades anticipadas (también denominadas instrucciones previas), supone un ejercicio del consentimiento informado que, sin embargo, despliega sus efectos en un momento posterior. En cuanto al régimen jurídico aplicable en España, dada la particular división del territorio en comunidades autónomas y la distribución de competencias, es necesario atender tanto la Ley 41/2002 del 14 de noviembre, como las diferentes normativas sectoriales. A este respecto, la parquedad de la Ley 41/2002, unida a la disparidad de criterios incluidos en las disposiciones autonómicas, generan muchas dudas interpretativas. El objetivo principal del presente estudio es analizar el panorama legislativo español, aportando posibles soluciones en este campo. En tal sentido, consideramos que es imprescindible que el legislador estatal establezca unos mínimos comunes para todo el territorio y defina los contornos de esta institución. Entre otras, por cuanto se refiere a los sujetos legitimados, las vías para su otorgamiento y las limitaciones legales aplicables, se empleará el método hipotético - deductivo.

**Palabras clave:** Declaración anticipada, autonomía de la voluntad, decisión, consentimiento, España.

**Legal regime of advance directive documents in Spain: the dichotomy between state regulation and autonomous rules**

**Abstract**

The preparation of advance directive documents (also called prior instructions) involves an exercise of informed consent that, however, unfolds its effects at a later time. Regarding the legal regime applicable in Spain, given the particular division of the territory into autonomous communities and the distribution of powers, it is necessary to comply with both Law 41/2002 of November 14 and the different sectoral regulations. In this regard, the parsimony of Law 41/2002, together with the disparity of criteria included in the regional provisions, generates many interpretative doubts. The main objective of this study is to analyze the Spanish legislative landscape, providing possible solutions in this field. In this sense, the state legislator must establish standard minimums for the entire territory and define the contours of this institution. Among others, as regards the legitimate subjects, the means for granting it and the applicable legal limitations, we will use the hypothetic-deductive method.

**Keywords:** Advance statement, free will, decision, declaration, consent, Spain.

## **O regime jurídico das diretivas antecipadas em Espanha: a dicotomia entre a regulamentação estatal e as disposições regionais**

### **Resumo**

A elaboração de diretivas antecipadas (também conhecidas como diretivas antecipadas) é um exercício de consentimento informado que, no entanto, produz efeitos num momento posterior. Quanto ao regime jurídico aplicável em Espanha, dada a particular divisão do território em comunidades autónomas e a distribuição de competências, é necessário ter em conta tanto a Lei 41/2002, de 14 de novembro, como os diferentes regulamentos setoriais. A este respeito, a parcimónia da Lei 41/2002, juntamente com a disparidade de critérios incluídos nas disposições das comunidades autónomas, gera muitas dúvidas interpretativas. O principal objetivo deste estudo é analisar o panorama legislativo espanhol, tentando fornecer possíveis soluções neste domínio. Neste sentido, consideramos que é fundamental que o legislador estatal estabeleça normas mínimas comuns para todo o território e defina os contornos desta instituição. Para o efeito, utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, entre outros, no que respeita aos titulares do direito, às formas de concessão e às limitações legais aplicáveis.

**Palavras-chave:** Diretiva antecipada, autonomia da vontade, decisão, consentimento, Espanha.

## **Le régime juridique des directives anticipées en Espagne : la dichotomie entre la réglementation étatique et les dispositions régionales**

### **Résumé**

L'élaboration de directives anticipées (également appelées directives préalables) est un exercice de consentement éclairé qui, cependant, prend effet à un moment ultérieur. En ce qui concerne le régime juridique applicable en Espagne, compte tenu de la division particulière du territoire en communautés autonomes et de la répartition des compétences, il est nécessaire de tenir compte à la fois de la loi 41/2002 du 14 novembre et des différentes réglementations sectorielles. À cet égard, la parcimonie de la loi 41/2002, ainsi que la disparité des critères inclus dans les dispositions relatives aux communautés autonomes, génèrent de nombreux doutes interprétatifs. L'objectif principal de cette étude est d'analyser le panorama législatif espagnol, en essayant d'apporter des solutions possibles dans ce domaine. En ce sens, nous considérons qu'il est essentiel que le législateur étatique établisse des normes minimales communes pour l'ensemble du territoire et définisse les contours de cette institution. La méthode hypothético-déductive sera utilisée à cette fin, notamment en ce qui concerne les parties qui y ont droit, les modalités d'octroi et les limitations légales applicables.

**Mots clés:** Directive anticipée, autonomie de la volonté, décision, consentement, Espagne.

## Introducción

La medicina, que deriva de *medicus* y de *mederi*, aparece como una ciencia cuya finalidad última es prevenir y/o curar las enfermedades del cuerpo humano. El origen de la misma se data en la prehistoria, cuando se empleaban plantas o minerales para tratar de sanar a las personas. Sin embargo, el cambio fundamental en este ámbito (al abandonar, en cierta medida, postulados religiosos o mágicos) suele atribuirse a las aportaciones de Hipócrates, quien consideró que las enfermedades, como fenómenos naturales, podían ser comprendidas y analizadas.

La existencia de la medicina siempre ha sido una constante y ha acompañado la evolución de los seres humanos, adaptándose y ajustándose a la realidad vigente en cada momento. Los avances científicos y la propia sociedad han marcado el recorrido de la ciencia en la búsqueda por ofrecer una solución adecuada a los problemas de su tiempo.

Parece evidente que la salud es un pilar básico de cualquier nación al tutelar y promover la vida de las personas en unas condiciones óptimas. Así se deduce del artículo 2 del Convenio de Oviedo (Consejo de Europa, 1997) para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina, cuando afirma que: “El interés y el bienestar del ser humano deberán prevalecer sobre el interés exclusivo de la sociedad o de la ciencia”.

En el seno de la citada prestación se lleva a cabo una relación médico-paciente que ha de estar presidida por la confianza, la libertad y la autonomía. Sin embargo, ciertamente, no siempre ha sido así. Las fuertes implicaciones del modelo paternalista clásico, caracterizado por la máxima “todo por el paciente, sin el paciente”, ha estado muy presente en este campo hasta fechas (relativamente) recientes.

Anteriormente se consideraba que el profesional, por sus conocimientos y experiencia, era el idóneo para escoger la opción clínica de los pacientes. Este paternalismo clásico ponía de relieve que lo más importante era mejorar la salud de los usuarios, sin importar los deseos, preferencias o creencias de estos últimos. Además, ciertos descubrimientos han partido del método heurístico de “ensayo y error”, de tal

forma que la medicina, como ciencia no exacta, está sujeta a los conocimientos de la época concreta.

Este argumento fue, de hecho, empleado para defender la ausencia total de responsabilidad de los profesionales, pues no podía atribuirse el resultado negativo de una intervención a quien, *ex ante*, no podía conocer, de ninguna manera, que existía dicha posibilidad. Salvando las distancias, un planteamiento similar se deriva de la aplicación del estado de la ciencia al momento de producción del daño que se pretende imputar. Si se quiere, el criterio de exención de responsabilidad se basa en la falta de certezas, de tal forma que las obligaciones de los sanitarios varían en función de la mayor o menor comprensión del fenómeno de que se trate.

No obstante, el cambio fundamental se produjo con la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica que, de forma directa, se ocupó del consentimiento informado como derecho de todo paciente. Sobre el particular, afirma en el artículo 2.2 que toda actuación sanitaria requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los usuarios.

Y es que, sin duda, las distintas concepciones sociales han influido de forma directa en la prestación sanitaria. De un modo muy resumido, debemos aludir a la adquisición de relevancia por parte de la autonomía personal, en suma, el derecho de autodeterminación. La dignidad humana, así como el resto de los derechos fundamentales (plasmados en la Constitución Española de 1978) obligó a repensar el sistema y la profesión médica.

De esta suerte, el juramento hipocrático lejos de exigir únicamente una actuación acorde con la *lex artis*, es decir, al estado de la ciencia, requiere de una autorización del paciente. Esta aquiescencia, además, tiene que venir precedida de una adecuada información por parte del facultativo, pues de otro modo el usuario no podrá tomar una decisión libre, voluntaria y consciente. Esta etapa, que superó postulados paternalistas, se identificó con la toma de decisiones compartidas médico-paciente.

Desde esta perspectiva, el consentimiento informado se ha configurado como una suerte de “consentimiento-legitimación”, esto es, como un requisito previo que habilita al profesional para intervenir en el cuerpo del paciente. Además, como se puede deducir de su propia nomenclatura, dispone de dos facultades íntimamente ligados que, en su conjunto, forman el denominado consentimiento informado: la información previa y el posterior consentimiento.

No se puede obviar que sin una adecuada comunicación por parte del profesional el usuario no podrá tomar una decisión libre, voluntaria y consciente, por no disponer de los conocimientos y experiencia suficientes. Precisamente por ello, el artículo 3 de la Ley 41/2002 define este precitado derecho como: “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”. (art. 03).

La importancia de estos derechos se puede detectar, asimismo, en la Sentencia (SCT) núm. 37/2011, del 28 de marzo, en la que el Tribunal Constitucional destacó su conexión con la integridad física y moral (art. 15 CE) y el libre desarrollo de la personalidad. En suma, se trata de un derecho de configuración legal, pero que por su trascendencia se encuentra ligado a determinados derechos fundamentales consagrados en la Constitución Española.

Pues bien, en las siguientes líneas nos vamos a referir a los documentos de voluntades anticipadas o instrucciones previas<sup>3</sup>. En concreto, en el presente estudio trataremos de analizar el régimen jurídico de las instrucciones previas en España. Para ello es necesario reflexionar sobre la regulación estatal, pero también llevar a cabo algunas referencias a las normativas autonómicas, toda vez que estamos ante una materia compartida. De esta forma, nos ocuparemos de disquisiciones tales como el propio

---

<sup>3</sup> Repárese en que, a pesar de que la Ley 41/2002 denomina a estos documentos como instrucciones previas, como más tarde se tendrá ocasión de comprobar, existe diferente terminología en el ámbito de las comunidades autónomas, así como en la doctrina científica, para aludir a la misma realidad. Encontramos, pues, expresiones tales como voluntades anticipadas, expresión anticipada de voluntades o testamento vital, entre otras. En la presente investigación, no obstante, aludiremos a los mismos como instrucciones previas o documentos de voluntades anticipadas, de forma indistinta, pues consideramos que no existen consecuencias jurídicas derivadas de este extremo.

concepto de estos documentos, la forma requerida para su otorgamiento o los mecanismos y la aplicabilidad de estos en las comunidades autónomas.

Así las cosas, el antecedente se sitúa en el artículo 9 del mencionado Convenio de Oviedo (CE, 1997), que se ocupa de los “deseos expresados anteriormente”. Y que se aplica en los casos en los que el paciente, al momento de la intervención, no se encuentre en disposición de expresar su voluntad. A este respecto, afirma Salgado (2015) que el origen de las instrucciones previas se produjo en Estados Unidos para tratar de resolver los problemas que planteaban situaciones muy concretas de pacientes que no podían manifestar su voluntad y no deseaban que se les prolongase artificialmente.

Sobre el particular, cabe señalar que estamos ante un ejercicio del consentimiento informado que, sin embargo, despliega sus efectos en un momento posterior; esto es, “se trata de un consentimiento informado expresado de futuro, prospectivamente, y plasmado en un documento para que quede constancia del mismo y pueda ser conocido y aplicado por los profesionales que hayan de prestarle asistencia sanitaria” (Cantero, 2005, como se citó en por Fernández, 2017, p. 152).

En definitiva, consiste en adelantar el momento de la toma de decisiones para que llegado el caso se aplique su voluntad con posterioridad. Como se comprenderá, este extremo tiene especial virtualidad y transcendencia práctica para los supuestos en los que el paciente se sitúa en una situación que no le permite emitir un consentimiento adecuado.

En la mayoría de los escenarios, el paciente manifiesta el consentimiento informado en el momento inmediatamente anterior a la realización de la intervención sanitaria. Sin embargo, es posible acudir a los documentos de voluntades anticipadas como un medio para dejar constancia de la voluntad del usuario y que la misma se aplique con posterioridad. Este hecho posibilita que, cuando se deba llevar a cabo la actuación médica y si el paciente se encuentra en una situación que no le permita expresar su decisión, se pueda recurrir al consentimiento incorporado en las instrucciones previas.

A este respecto, ponen de relieve Fernández (2017) y Gallego (2009) que, de hecho, la realización de instrucciones previas evita tener que acudir al régimen de la Ley 41/2002 para sustituir la voluntad del paciente por la de sus familiares o allegados, de tal

forma que, al contrario, se seguirán sus propias indicaciones y preferencias. Como se ha tenido ocasión de señalar, el objetivo fundamental del artículo es analizar la regulación legal de las declaraciones anticipadas de voluntad, establecer los principales retos que se plantean y formular algunas propuestas e interpretaciones al respecto.

### **Metodología**

En líneas generales, el presente trabajo emplea el método denominado “hipotético-deductivo”, el cual consiste en establecer hipótesis y poner de relieve las consecuencias lógicas que se derivan de aquellas (Bunge, 1987, p. 31). No se puede obviar que en contraposición con el método inductivo, que implica aglomerar conocimientos e informaciones de forma aislada, “la deducción contribuye a vincular la teoría y la observación y permite así deducir, a partir de la teoría, las afirmaciones que hayan sido objeto de previa observación” (De las Heras, 2018, p. 6).

Con respecto a las etapas en las que se divide el mencionado método, encontramos tres: la observación, la enunciación de las eventuales premisas o hipótesis y la revisión, demostración o confrontación de las conjeturas o suposiciones alcanzadas. En nuestro caso, partiremos de un análisis de la normativa vigente en España, a nivel estatal y autonómico, así como de la doctrina científica más relevante al efecto, para tratar de poner de relieve aquellas cuestiones que precisan de una revisión. En este sentido, parece oportuno que en determinados aspectos exista cierta uniformidad en todo el territorio nacional, toda vez que se trata de derechos subjetivos muy relevantes.

En definitiva, con el estudio de la legislación de las declaraciones previas en España se podrá comprobar la dispersión normativa existente y se planteará la cuestión acerca de si existen razones suficientes que justifiquen una diferencia de trato cuya motivación resida, únicamente, en el lugar en el que se habite. Al margen de la diferente terminología, encontramos importantes diferencias en relación con los sujetos legitimados, las formalidades requeridas y las limitaciones aplicables. En todo caso, el método propuesto, como señala De las Heras (2018):

Presenta como principal inconveniente su permisividad y, por tanto, siempre queda abierta a discusión (así sucede en la inmensa mayoría de las ocasiones en el mundo jurídico, dado que

la ciencia del derecho, inexacta por definición, se englobaría dentro del conjunto de disciplinas experimentales por cuanto la contrastación con la experiencia no admite, de manera absoluta, apreciar una hipótesis como cierta o verdadera sino, a lo sumo, tan solo mera y transitoriamente aceptable). (p. 52).

Así las cosas, como indican algunos autores, únicamente caben alcanzar “soluciones aproximadas” (Bunge, 1987, p. 35). De tal suerte que todas las conclusiones que se obtengan no pueden calificarse como definitivas. Al contrario, son postulados a partir de los cuales se fomenta la discusión y el desarrollo de nuevas investigaciones.

## **Resultados y discusión**

### **Consideraciones preliminares**

Como es sabido, tras la aprobación de la Constitución Española el territorio se dividió, formalmente, en municipios, provincias y comunidades autónomas. Estas últimas son entidades a las que se reconoció autonomía para la gestión de sus respectivos intereses *ex* artículo 137 CE (1997). En concreto, el artículo 149.1. 16ª CE (1997) atribuyó competencia exclusiva al Estado para regular en materia de sanidad exterior y para establecer las “bases y coordinación de la sanidad”.

Por su parte, el artículo 148.1. 21ª estableció la posibilidad de que las distintas comunidades pudieran asumir competencia en el campo de la sanidad y la higiene. Teniendo ello en cuenta, la disposición adicional primera de la Ley 41/2002 proclama su carácter de legislación básica, remitiendo a las normativas autonómicas para adoptar “las medidas necesarias para la efectividad” de la ley.

Como resultado de lo anterior, disponemos de diecisiete disposiciones autonómicas diferentes que, en determinados aspectos, difieren de forma notable. Por este motivo, en las siguientes líneas nos referiremos, por un lado, a la regulación estatal contenida en la Ley 41/2002 y, por otro, apuntaremos algunas disposiciones autonómicas con la finalidad de esbozar el panorama legislativo en España. Repárese en que, en función del territorio en que se resida, la norma aplicable será una u otra.

### **La deficiente regulación de la Ley 41/2002**

El reconocimiento de los derechos en el sector de la salud se ha producido de forma paulatina y todavía estamos ante un estadio en evolución. El primer hito en el ordenamiento jurídico español fue la aprobación de la Ley General de Sanidad 14/1986 del 25 de abril, en cuyo artículo 2.1 establece, como objeto de la norma, “la regulación general de todas las acciones que permitan hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 y concordantes de la Constitución”.

Sobre el particular, desde un punto de vista social, indica la doctrina que:

El estado de bienestar propio de las sociedades modernas ha generado una mayor preocupación de las personas por su salud y, en consecuencia, por la prestación de los servicios sanitarios. (...) El usuario de los servicios sanitarios, no solo demanda del facultativo unos cuidados adecuados y conformes según los medios y estado de la ciencia a fin de conseguir su curación, sino ser informado de forma completa y clara sobre los aspectos relativos a su estado de salud y la actuación que precisa (Sánchez, 2014, p. 99).

Como señalamos anteriormente, el principal cambio en este ámbito se produjo con la aprobación de la Ley 41/2002 que, de una forma completa, ofrece una regulación del consentimiento informado en el campo sanitario. En relación con las instrucciones previas, aparecen contempladas en el artículo 11 de la Ley 41/2002<sup>4</sup> que reza así:

---

<sup>4</sup> Repárese en que el texto originario de la Proposición de Ley 124/000002 sobre Derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, era algo más completo y transcribía de forma literal la regulación de la Ley 21/2000 del 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, de Cataluña. Así, destacaba el entonces artículo 8 que:

1. El documento de voluntades anticipadas es el documento, dirigido al médico responsable, en el cual una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y libremente, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad. En este documento, la persona puede también designar un representante, que es el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que la sustituya en el caso de que no pueda expresar su voluntad por sí misma.
2. Debe haber constancia fehaciente de que este documento ha sido otorgado en las condiciones citadas en el apartado 1. A dicho efecto, la declaración de voluntades anticipadas debe formalizarse mediante uno de los siguientes procedimientos:
  - a) Ante notario. En este supuesto, no es precisa la presencia de testigos.
  - b) Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.
3. No se pueden tener en cuenta voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que el sujeto ha previsto en el momento de emitirlas. En estos casos, debe hacerse la anotación razonada pertinente en la historia clínica del paciente.
4. Si existen voluntades anticipadas, la persona que las ha otorgado, sus familiares o su representante debe entregar el documento que las contiene al centro sanitario donde la persona sea atendida. Este documento de voluntades anticipadas debe incorporarse a la historia clínica del paciente.

1. Por el documento de instrucciones previas, 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. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.
2. Cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona, que deberán constar siempre por escrito.
3. 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.
4. Las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.
5. Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determinen, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud. (Ley 41, 2002, art. 11).

Como se puede comprobar, el precepto se limita a definir, muy brevemente, este documento y a establecer las posibilidades y limitaciones que presenta. Veamos cada uno de estos aspectos.

### ***Concepto y caracteres***

Según se ha indicado, se trata de una manifestación anticipada de la voluntad del paciente. Íntimamente ligado con el concepto aparece la finalidad que se persigue con los documentos de voluntades anticipadas: dejar constancia de la decisión del usuario para

que, llegado el caso y producida la imposibilidad de prestar consentimiento, se acuda a la misma. No obstante, dicho documento ha de realizarse por escrito por exigencia de la Ley 41/2002.

Se trata, en definitiva, de una manifestación de la autonomía de la voluntad y, en particular, del consentimiento informado en el ámbito sanitario. Destaca la doctrina que:

El verdadero fundamento haya que buscarlo en el principio de la autonomía de la voluntad, puesto que en su virtud se pretende adquirir el control ante situaciones futuras que afecten a la salud personal y tener así la tranquilidad de que, aunque la salud pueda llegar a quebrarse en demasía, la voluntad del paciente será respetada a ultranza y, con ello, se evitará que los familiares más próximos deban decidir sobre puntos tan delicados y complejos (Bernad, 2008, p. 343).

En otras palabras, el consentimiento informado prevalece el respeto por la autonomía de la voluntad del paciente, en aquellas situaciones donde no es posible manifestar la aceptación o rechazo de un tratamiento médico, ante la importancia de estos documentos como lo destaca el autor López (2023) desde la noción legal se definen como:

Un negocio jurídico unilateral (la declaración de voluntad procede de una sola parte, sin que sea necesaria la aceptación), personalísimo (solo puede realizarse por el propio interesado), formal (es necesario que conste por escrito –documento público o privado– y bajo ciertas formalidades), *inter vivos* (produce sus efectos estando en vida el declarante) y revocable (López, 2023, p. 6).

Apunta de Dios del Valle (2016) que estas últimas se han de constituir como un medio (y no como un fin) y que resulta imprescindible englobar este documento en un marco de actuación más amplio e integral. Así, señala que el modo de profundizar en la autonomía del paciente y en su capacidad para tomar decisiones al final de la vida debe crear un espacio de diálogo entre los profesionales sanitarios y los pacientes, de tal suerte que el documento de instrucciones previas constituya una herramienta y no un objetivo en sí mismo.

Los documentos de voluntades anticipadas son, pues, como ponen de relieve Tur (2004) y Berrocal (2009), un negocio jurídico unilateral y formal que contiene

declaraciones de voluntad personalísimas revocables y destinadas a producir efectos, fundamentalmente, *inter vivos*. Se puede deducir de la normativa estatal que estamos ante documentos suscritos por una persona mayor de edad, capaz y libre y que, por tanto, siempre que el paciente se encuentre en condiciones de emitir el consentimiento informado no se debe acudir a las instrucciones previas, con independencia de su contenido.

Por otro lado, cabe destacar que las instrucciones previas son revocables de forma libre y en cualquier momento. De esta forma, no se exige la necesidad de alegar justa causa, ya que, como indica Fernández (2013), la revocación o modificación de las instrucciones previas puede llevarse a cabo por el paciente de forma libre, esto es, en términos jurídicos, “*ad nutum*”. Al contrario, del artículo 11.4 de la Ley 41/2002 se deduce que puede llevarse a cabo sin limitaciones en atención, por ejemplo, a un cambio en la voluntad del paciente o al surgimiento de una nueva técnica o procedimiento sanitario. En todo caso, al igual que su otorgamiento, debe cumplirse con la formalidad prevista, esto es, que se realice por escrito.

### ***Contenido***

Por lo que respecta a las posibilidades que ofrece la norma estatal, se contemplan dos escenarios diferentes. Por un lado, que el paciente contemple los cuidados, tratamientos o intervenciones sobre su salud o, en caso de fallecimiento, el destino de su cuerpo y órganos (por ejemplo, si quiere destinarlos a la ciencia e investigación). Por otro lado, puede designar a un representante para que actúe como interlocutor válido con el médico.

Sobre el particular, destaca López Sánchez (2003) la relevancia que ha tenido en este ámbito la normativa que regula la donación de órganos que, además, ha quedado reafirmada al mencionar la Ley 41/2002, de forma expresa, la posibilidad de recoger en las instrucciones previas lo que se desea en relación con la donación de órganos.

En este punto hemos de efectuar dos reflexiones sobre el particular. Por lo que respecta al primer caso, ciertamente, encontramos dos contextos. El fundamento de ambos es el mismo, esto es, dejar constancia de su voluntad de forma adelantada para que, cuando se encuentre en una situación en la que no pueda expresarla, pueda conocerse

la misma y cumplirse. El primer escenario que prevé se refiere a una realidad en la que, por el motivo que sea, el paciente no puede expresar su voluntad acerca de los tratamientos sobre su salud. El segundo está vinculado al fallecimiento de la persona que entonces no podrá decidir sobre el destino de su cuerpo u órganos.

Si se analiza con detenimiento, solamente la primera cumple los caracteres descritos anteriormente en cuanto a los efectos *inter vivos*, pues la previsión relativa a la donación de órganos despliega su vigencia, precisamente, una vez certificado el fallecimiento del paciente. Esta última posibilidad no es más que una manifestación (o, en otras palabras, un reconocimiento) que ya viene recogida y reconocida en una norma especial (la Ley 30/1979, del 27 de octubre, sobre extracción y trasplante de órganos).

En ese orden de ideas, la ley posibilita el nombramiento de un representante para hacer efectiva su voluntad y deja a cada servicio de salud la potestad de crear un procedimiento para garantizar su cumplimiento. Hay que recalcar que, como se indicó, se exige que los documentos de voluntades anticipadas consten por escrito, ya que de otra forma no se podría conocer con certeza la verdadera voluntad de la persona (al margen de las referencias de terceras personas, con las dudas que plantea en la práctica).

En este punto, se puede dirimir acerca de la cuestión relativa al contenido que tendría el documento si se decide incluir la figura de un representante. Así, en tal caso, “el correspondiente documento constaría de dos partes: una directriz (o directrices) de instrucción y una directriz de delegación” (López Sánchez, 2023, p. 7; Luna y Osuna, 1998, p. 150). De hecho, así parece deducirse del tenor literal del artículo 11.1 de la Ley 41/2002 cuando incluye el adverbio “además”, que indica que se anuda a lo anterior.

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, tal limitación no tiene sentido y constriñe las funciones del representante. Nada impide que pueda incorporarse solamente una persona para que decida en el ámbito de la salud del paciente sin necesidad de incluir ningún tipo de preferencia sobre los cuidados y tratamientos de su salud.

Repárese en que, en realidad, cuando, en atención a las circunstancias existentes, se acude a un “consentimiento por representación” (art. 9.3 Ley 41/2002), el sujeto que decide la opción a escoger (personas vinculadas al usuario por razones familiares o de

hecho), lo realiza sin que consten por escrito sus prioridades. Por este motivo, a nuestro entender, el cometido del representante como interlocutor con el médico podrá tener una mayor o menor potestad (o responsabilidad). Si el nombramiento se acompaña de los tratamientos deseados por el paciente, el papel del mismo es más reducido y se limita a intentar hacer cumplir lo previsto en los documentos de voluntades anticipadas. Por el contrario, si no se produce lo anterior, tendrá que tratar de descubrir cuál hubiera sido la elección del usuario.

Este supuesto se asemeja al antes referido consentimiento por representación, con la diferencia de que es el propio usuario el que establece la persona que ha de consentir. Si se quiere, estamos ante una especie de “autocuratela” o, en cierta medida, ante un (*sui generis*) mandato representativo (sin aceptación del mandatario).

En realidad, la naturaleza de estos representantes se asemeja a los denominados mandatos preventivos regulados en la Ley 8/2021, del 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. Así, dispone el artículo 256 del Código Civil que el poderdante “podrá incluir una cláusula que estipule que el poder subsista si en el futuro precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad” (Código Civil, 1889, art.256).

De esta forma, como medida voluntaria, tiene preferencia, salvo excepciones, sobre las adoptadas judicialmente y el sujeto nombrado actuará para apoyar a la persona con preferencia a otras personas. Su régimen jurídico y funciones se asemejarán a la curatela o, en su caso y excepcionalmente, a la curatela representativa en función de la asistencia que precise.

### ***Sujetos legitimados y limitaciones de fondo y de forma***

En relación con los sujetos legitimados, es decir, los pacientes que pueden otorgar instrucciones previas, el artículo 11.1 de la Ley 41/2002 excluye, de facto, a los menores de edad. Asimismo, la previsión relativa a que sea una persona “capaz y libre” parece que no incorpora a las personas con discapacidad. De hecho, esta conclusión se refuerza si atendemos al artículo 9.3 numeral b) que, a pesar de la desfasada terminología, establece

una suerte de consentimiento por representación, de tal forma que corresponde tomar la decisión al sujeto que ostente el cargo y actúe como medida de apoyo.

Por más que se refieran en apartados separados, consideramos que tanto la problemática relativa a la capacidad requerida como la forma exigida, las vías para el otorgamiento y las mencionadas limitaciones legales, responden a una misma realidad. En definitiva, son criterios para invalidar los documentos de instrucciones previas. Es por ello que podemos hablar de limitaciones de fondo (capacidad y limitaciones legales) y de forma (por escrito u otras vías).

En relación con la forma, consideramos que es una de las principales problemáticas que se plantean en relación con estos documentos. Sin embargo, como se ha señalado, la norma estatal únicamente requiere que se lleve a cabo por escrito. No establece ningún mecanismo para analizar si la manifestación de voluntad es libre y voluntaria y, a diferencia de la mencionada proposición de Ley 124/000002 sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, no recoge las vías para establecer las instrucciones previas.

A este respecto, esta última incorporaba dos medios para otorgar estos documentos; a saber, ante notario (sin que fuera precisa la presencia de testigos) y ante tres testigos mayores de edad (de los cuales dos, como mínimo, no debían tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante).

Por su parte, el artículo 11.3 de la Ley 41/2002 se ocupa de las limitaciones legales, esto es, que si se incumplen estas previsiones las instrucciones no podrán ser aplicadas. En particular, el precepto alude a las que sean contrarias al ordenamiento jurídico, a la *lex artis* sanitaria, o las que no se correspondan con el supuesto de hecho previsto por parte del usuario al momento de manifestar las instrucciones previas.

Cuando el profesional detecte que alguna de las previsiones del documento no respeta alguna de estas limitaciones, debe dejar constancia “razonada” en la historia clínica. En suma, si decide no aplicar el documento por estas causas, tendrá que argumentar dicho motivo en la historia clínica a fin de que, en su caso, pueda tratar de

eximirse de responsabilidad. Quizás puede deducirse una presunción *iuris tantum* cuando el médico no recoge esta circunstancia en el sentido que se entenderá que ha procedido de manera negligente.

Cabe señalar que entre las restricciones contrarias al ordenamiento jurídico y a la propia *lex artis* (a la buena práctica profesional) se aludía a la eutanasia activa directa, pues se encontraba castigada en el artículo 143.4 CP. Así, los problemas que se planteaban estaban relacionados, fundamentalmente, con el encubrimiento de la misma a través de la eutanasia activa indirecta, la eutanasia pasiva o la sedación paliativa (cuyas diferencias, en ocasiones, son de matices).

Sin embargo, tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021, del 24 de marzo, la eutanasia activa directa se ha legalizado en España, por lo que hay que entender que esta limitación ha desaparecido de la prestación sanitaria y, en particular, de las instrucciones previas (Fuertes, C., Fuertes J., Rodríguez, B., y Rodríguez, J., 2021).

Por último, el artículo 11.5 de la Ley 41/2002 señala que para asegurar la eficacia en el cumplimiento de las instrucciones previas “se creará en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro nacional de instrucciones previas que se regirá por las normas que reglamentariamente se determine<sup>5</sup>, previo acuerdo del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud” (art. 11.5). No queda claro, sin embargo, ni de la Ley 41/2002 ni del Real Decreto 124/2007, del 2 de febrero, por el que se regula el registro nacional de instrucciones previas, si dicha inscripción es obligatoria y, en definitiva, si tiene efecto constitutivo.

Al contrario, el artículo 2.1 del mencionado Real Decreto (2007) se limita a señalar que “asegura” la eficacia y “posibilita el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos”. Lo que sí establece

---

<sup>5</sup> Dicho Registro fue creado por el Real Decreto 124/2007, del 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas (RNIP) y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. Este reglamento recoge la creación del Registro, su adscripción al Ministerio de Sanidad y Consumo (hoy Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad), su objeto y finalidad, el procedimiento registral y de acceso y el mandato de creación del correspondiente fichero automatizado. Este fichero fue regulado mediante la Orden SCO/2823/2007, del 14 de septiembre.

es una suerte de presunción, *iuris tantum*, de la existencia, localización, fecha y contenido de las mismas.

### **Breve referencia a las normativas autonómicas**

La primera cuestión que llama la atención es la variedad existente en cuanto a la propia denominación de las instrucciones previas. Así las cosas, muchas comunidades se refieren a ellas como “voluntades anticipadas”, pero en otras se alude a la “expresión anticipada de voluntades”. En todo caso, como pone de relieve la doctrina, “no existe diferencia alguna” y “no se comprende por qué no resulta adecuada la denominación «voluntades anticipadas» y sí la de «instrucciones previas», o incluso por qué no se ha optado por asociar el sustantivo de una con el adjetivo de otra, resultando algo así como «voluntades previas» o «instrucciones anticipadas»” (López, 2003, pp. 28-29).

Sea como fuere, lo ideal hubiera sido mantener una misma denominación en todas las normas vigentes para evitar que la disparidad terminológica derivase en que los usuarios confundieran las instrucciones previas con otras figuras afines contempladas en las comunidades autónomas, entendiéndolas que son cosas diferentes. De hecho, al margen de la nomenclatura empleada por el legislador nacional, se vienen empleando otros términos como “testamento vital, de vida, biológico o vitalicio”. En este sentido, apuntan algunos autores que:

Pese a que doctrinalmente se venía utilizando la expresión testamento vital como incorporación de la figura del *living will* a nuestro derecho y que, legalmente, la figura quedó incorporada a diversas normas autonómicas previas a la Ley nacional como voluntades anticipadas, el legislador nacional optó por el término instrucciones previas (De Montalvo, 2009, p. 49).

Para buena parte de la literatura, teniendo en cuenta los caracteres compartidos entre ambas figuras (instrucciones previas y testamentos), puede no ser “tan desafortunada la denominación inicialmente propuesta de «testamento» añadiendo un adjetivo que señala la especialidad de los mismos: testamentos vitales o testamentos biológicos” e, incluso, “parece apropiada la aplicación analógica de la regulación del testamento para salvar las

lagunas de ley, las cuestiones no reguladas expresamente para los documentos de instrucciones previas por la legislación estatal o autonómica” (Fernández, 2017, p. 154).

No obstante, consideramos, en la línea de López Sánchez (2003), que no resulta adecuado, desde el punto de vista jurídico, referirnos a estos documentos como testamento vital. A este respecto, como se desprende de Sapena (2002), al margen de que ambas recojan una declaración de última voluntad, no comparten ni la misma naturaleza, ni los efectos que despliegan. Al contrario, el testamento tiene un contenido eminentemente patrimonial y las instrucciones previas son esencialmente personales, esto es, sobre las preferencias sanitarias.

Asimismo, Moscoso (2012) pone de relieve que existen diferencias apreciables, pues el testamento vital (a diferencia del testamento propiamente dicho) no tiene un contenido patrimonial, sino esencialmente personal, y además su eficacia no la despliega después de la muerte, sino en un momento anterior, cuando su otorgante todavía vive, aunque padeciendo una enfermedad, normalmente la última, si bien puede surtir algunos efectos después del fallecimiento, como ocurre cuando se hace donación de órganos. Como destacan algunos autores:

En modo alguno este documento puede ser reputado en puridad como testamento desde un punto de vista jurídico riguroso pues, aunque participa de algunas de sus notas características (acto jurídico sui generis, unilateral, personalísimo, solemne, revocable y complejo), no obstante, se apartaría de él en algunas de sus nociones esenciales, lo que nos llevaría categóricamente a negar su consideración como tal (Bernad, 2008, p. 342).

Al margen de la cuestión relativa a la denominación empleada, podemos encontrar otras problemáticas que, quizás, plantean más enjundia. Nos referimos a las diferencias existentes entre las normativas autonómicas en orden a establecer los sujetos legitimados, la forma de otorgamiento, es decir, la persona ante la cual deben redactarse, el momento de desplegar efectos o la *lex artis*, teniendo en cuenta que, por cuestiones de espacio y concreción, no podemos referirnos a ellas con el detenimiento que, sin duda, sería necesario.

En todo caso, como celebra la doctrina, “resulta alentador comprobar que las comunidades autónomas han regulado esta materia de forma más o menos homogénea, pues encontramos en estas leyes bastantes semejanzas en torno a los documentos” (López Sánchez, 2003, p. 51). Por ejemplo, por lo que respecta a la formalización de los documentos, establece el artículo 8.2 de la Ley 21/2000, del 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica de Cataluña, para asegurar que se ha otorgado en condiciones adecuadas, dos procedimientos:

- Ante notario, sin que sea obligatoria la presencia de testigos.
- Ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales dos, como mínimo, no deben tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.

En esta misma línea, el artículo 5.2 de la Ley 3/2001, del 28 de mayo, se pronunció sobre el consentimiento informado y la historia clínica de los pacientes de Galicia; o el artículo 17.3 de la Ley 3/2005, del 8 de julio, sobre la información sanitaria y autonomía del paciente (bastante similar al derogado artículo 11.5 de la Ley 10/2001, del 28 de junio, de Salud de Extremadura), pero añade, en el caso de los testigos, la alusión a la inexistencia de relación matrimonial y de hecho.

Otras comunidades, por su parte, incorporan algunas modificaciones de mayor o menor calado. En el caso de la Comunitat Valenciana, el artículo 45.4 de la Ley 10/2014, del 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana, remite al desarrollo reglamentario que se elaboró a través del Decreto 180/2021, del 5 de noviembre, del Consell, de regulación e inscripción del documento de voluntades anticipadas en el Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunitat Valenciana<sup>6</sup>.

Así las cosas, el artículo 4 únicamente requiere la presencia de dos testigos y que uno de ellos no tenga relación con el otorgante “por razón de matrimonio, pareja de hecho,

---

<sup>6</sup> Además, cabe destacar que el artículo 3 de esta norma regula incluso quiénes no pueden ser nombradas como representante, a saber: el notario autorizante del documento de voluntades anticipadas, el personal funcionario o empleado público a cargo del Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunitat Valenciana, quienes hayan testificado para la formalización del documento de voluntades anticipadas, el personal sanitario que debe aplicar las voluntades anticipadas y, en el ámbito de la sanidad privada, el personal con relación contractual, de servicio o análoga, con la entidad privada de seguro médico.

parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad o relación patrimonial alguna” (Decreto 180/2021). Además, exige que la intervención del notario se lleve a cabo a través de escritura pública, no siendo válido un acta de manifestaciones.

Por otro lado, una práctica bastante extendida es la inclusión de la asistencia del personal funcionario de la administración correspondiente. En estos términos, encontramos el artículo 6.2 c) de la Ley 9/2005, del 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad, de La Rioja<sup>7</sup>, que añade la posibilidad de realizarlo ante “el personal al servicio de la Administración General de la Comunidad Autónoma de La Rioja o de sus Organismos Autónomos, en la forma que se establezca mediante orden dictada por el consejero competente en materia de salud”. (Ley 9, 2005, art. 6.2).

Igualmente, *vid.* el artículo 34.2 de la Ley 7/2002, del 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria, o el artículo 55.1 de la Ley Foral 17/2010, del 8 de noviembre, de derechos y deberes de las personas en materia de salud en la Comunidad Foral de Navarra, que hace referencia al “personal encargado del Registro de Voluntades Anticipadas o ante los profesionales de los Centros de Salud del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea”.

En este mismo sentido, se manifiesta el artículo 15.5 de la Ley 6/2002, del 15 de abril, de Salud de Aragón, que permite que se lleve a cabo ante el personal habilitado, al

---

<sup>7</sup> Esta norma modificó el artículo 6.5 de la Ley 2/2002, del 17 de abril, de Salud que, entre otras cuestiones, antes sólo se permitía otorgar el documento ante notario, pero ahora pasa a contemplar más posibilidades. La inscripción en el registro, que tenía carácter constitutivo, tendrá efecto declarativo y, por último, se contempla la figura del representante. Además, interesa destacar que su artículo 5 incorpora un régimen muy específico y completo con respecto al contenido de estos documentos e incluye, entre otras previsiones:

- 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.
- 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.
- Los cuidados o el tratamiento a los que quiere o no quiere someterse en los casos anteriormente expresados, de entre los que con carácter enunciativo se señalan, por ejemplo, que se agoten los tratamientos indicados sobre sus dolencias, siempre que no sean desproporcionados en su aplicación o en relación a su previsible resultado o 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.
- 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.
- 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.

efecto por el departamento competente en materia de salud. No obstante, en la línea de la Comunitat Valenciana, autoriza su realización, además, ante dos testigos (uno de los cuales no puede tener relación de parentesco hasta segundo grado ni estar vinculado por relación patrimonial con el otorgante).

Cabe destacar, en todo caso, que no se encuentra coordinada esta norma con lo dispuesto en el Decreto 100/2003, del 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas.

Quizás la mayor discrepancia en este ámbito la encontramos en relación con las Comunidades de Madrid y de Andalucía. A este respecto, el artículo 28 de la derogada Ley 12/2001, del 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid ofrecía una regulación muy parcial. No obstante, fue sustituida por la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, en cuyo artículo 5.2, en su redacción originaria, establecía un régimen similar a las Comunidades de La Rioja, Cantabria o Navarra.

Sin embargo, tras la reforma operada por la Ley 4/2017, del 9 de marzo, de derechos y garantías de las personas en el proceso de morir, se mantuvo la referencia a los testigos, pero se suprimió la posibilidad de otorgarlo ante notario, se matizó lo relativo a la declaración ante el personal (ahora se indica que se realizará en “las unidades administrativas y en los servicios de atención al paciente de las instituciones y centros sanitarios y socio-sanitarios, públicos y privados”) y se añade una nueva vía.

Nos referimos al procedimiento excepcional que se recoge en la letra d) del mencionado artículo que se ocupa de los contextos de riesgo vital, en los que se permite manifestar instrucciones previas “en cualquier incorporarse en la historia clínica. En tales supuestos, será precisa la firma del médico y de la enfermera responsable de dicha atención y, en aras de garantizar el respeto de la voluntad del paciente, “la dirección del centro lo notificará al Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid a los efectos oportunos” (Ley 4, 2017, art. 5.2).

En el caso de Andalucía, el artículo 5.1 de la Ley 5/2003, del 9 de octubre, de declaración de voluntad vital anticipada exige, para que la declaración de voluntad sea

considerada válidamente emitida, que se verifique la capacidad del autor, que conste por escrito y que conste la identificación del autor, su firma, así como fecha y lugar del otorgamiento, y que se inscriba en el registro. Y el artículo 6º de la misma norma atribuye la competencia para realizar la tarea mencionada, únicamente, al funcionario público habilitado al efecto por la Consejería competente en materia de salud.

Por lo que se refiere a los sujetos legitimados, la mayoría de las comunidades autónomas (todas las analizadas, a excepción de Navarra, la Comunitat Valenciana, Navarra y Aragón) exigen que el paciente sea mayor de edad. Así las cosas, en Navarra, previendo una cuestión novedosa, se permite que se redacte el documento por un menor al que se le reconozca capacidad conforme a lo previsto en la Ley Foral 17/2010. Sobre el particular, como regla general y como se puede deducir, por ejemplo, de su artículo 51.2, se atribuye la capacidad a los menores de edad emancipados o que tengan dieciséis años cumplidos.

En el territorio de Aragón, el artículo 15.1 de la Ley 6/2002 incluye tanto a los menores emancipados como a los menores aragoneses mayores de catorce años, que cuenten con la asistencia prevista (ya no en el artículo 21 de la derogada Ley 13/2006, del 27 de diciembre, de derecho de la persona) en el Decreto Legislativo 1/2011, del 22 de marzo, del gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas.

A este respecto, el artículo 5.3 de la citada norma prevé que “la representación legal del menor termina al cumplir los catorce años; desde entonces, su capacidad se completa con la asistencia”. Desde esta perspectiva, como destaca su preámbulo, este menor:

Opera de ordinario en la vida jurídica mediante los actos de sus representantes legales, excepto en los actos relativos a los derechos de la personalidad y los demás enunciados en el artículo 7, que realiza por sí sola si tiene para ello suficiente juicio (Decreto Legislativo 1, 2011, artículo 5.3).

Por su parte, la Comunitat Valenciana y Andalucía requieren que se trate de un menor emancipado (*vid.* artículo 2.1 del Decreto 180/2021 y artículo 4.1 Ley 5/2003, respectivamente).

En último lugar, en cuanto a la eficacia y efectos de los registros, también existe discrepancia. En este sentido, si bien, por ejemplo, en Andalucía se atribuye eficacia constitutiva al mismo (*ex art.* 5.1 Ley 5/2003), el artículo 10.2 de la Ley 9/2005, de La Rioja señala que tendrá carácter declarativo.

Como se desprende de lo anterior, si bien existen similitudes entre las disposiciones autonómicas y la Ley 41/2002 (de carácter nacional), también encontramos importantes diferencias en cuestiones tan relevantes como las vías para formalizar los documentos o la capacidad exigida. Así, Domínguez (2021) no duda en calificar el panorama legislativo como “caos normativo”, ya que las distintas leyes y reglamentos autonómicos se han ido sucediendo con poca altura creativa y anudando cuestiones con pretensiones de originalidad poco meditadas. En igual sentido, Alonso (2001) cuestiona el mérito de esta proliferación de normas autonómicas en una materia cuya regulación precisa de uniformidad al referirse a un derecho humano fundamental. Algunas voces afirman que:

Lo deseable hubiera sido que la legislación estatal hubiera establecido las formas de emisión de estas declaraciones, ya que se trata de un presupuesto fundamental para el ejercicio de este derecho de formulación de una declaración vital anticipada, que se considera como un derecho civil fundamental y humano al entroncarse con la propia dignidad humana, según se extrae del Convenio de Oviedo (Moscoso, 2012, p. 7).

Ante esta situación de dispersión, López (2003) se preguntó qué ocurre si un paciente ha redactado un documento atendiendo a la norma de una comunidad autónoma, pero enferma en otra región que dispone de una legislación diferente. O, incluso, qué sucede al no haber otorgado instrucciones previas a pesar de que la comunidad autónoma donde tiene su residencia lo permita, y quiere llevarlas a cabo en el territorio de otra comunidad que no dispone de regulación.

Por este motivo, considera la autora que la definición y contenido del servicio sanitario es competencia del Estado, aunque corresponda a las comunidades la gestión del mismo. Desde esta perspectiva, dicha gestión no puede derivar en la existencia de diferencia de derechos entre los ciudadanos, por lo que, aun reconociendo la buena intención de los legisladores autonómicos en la regulación de las voluntades anticipadas, resulta que, si no se cuidan algunos aspectos, puede llegar a quebrarse la estructura unitaria del sistema sanitario.

De este modo, el criterio del territorio en el que se resida o, en definitiva, en aquel en el que se pretenda otorgar las instrucciones previas, resulta definitorio a la hora de determinar la norma aplicable. Ciertamente, esta cuestión plantea grandes dudas interpretativas acerca de la adecuación de este extremo; en suma, si las particularidades de las comunidades autónomas de que se trate se consideran suficientes para justificar una desigualdad jurídica.

Desde nuestra perspectiva, quizás lo más correcto sería que la Ley 41/2002 estableciese unos mínimos de forma clara y, a partir de estas premisas, las comunidades autónomas aprobaran normas de desarrollo que, sin contradecir a la norma estatal, pudieran adaptar las exigencias legales a las específicas circunstancias de dicha región. Al menos entendemos que se tendrían que aclarar las vías para otorgar los documentos de voluntades anticipadas, la eficacia, en su caso, del registro y la edad mínima para formular instrucciones previas. Asimismo, lo ideal sería que se unificara una misma terminología para todo el territorio nacional.

### **Conclusiones**

Como todas las cuestiones relativas a los títulos competenciales y al reparto de materias entre Estado y comunidades autónomas (y, en general, con respecto a cualquier ente) es compleja e inciden multitud de principios, valores y razones. Se presenta, pues, como una tarea ardua y en la que no se pueden establecer soluciones generales, olvidando el caso concreto.

Es evidente que existen ventajas e inconvenientes de esta realidad. Entre las razones esgrimidas a favor puede citarse la posibilidad de descender y atender a las

características y particularidades propias de cada región, lo cual favorece el tratamiento respetuoso y permite alcanzar una justicia material. Además, precisamente por este motivo, en muchas materias la legislación estatal tiene el carácter de regla básica con la finalidad de que las comunidades completen las posibles lagunas (intencionadas o no) con la aprobación de su normativa propia.

En contra, son muchas las críticas que se han planteado, caben mencionar la fragmentación del ordenamiento jurídico, con la correspondiente inseguridad jurídica, así como la generación de una desigualdad de derechos y de trato en atención, únicamente, al territorio en el que se reside.

Pues bien, la competencia sobre la salud y sanidad se incardina en una de las mencionadas como básicas, esto es, aquellas en las que la Constitución española requiere que el Estado determine una serie de condiciones esenciales y mínimas a partir de las cuales las diferentes comunidades han de desarrollar su reglamentación propia. No obstante, lo cierto es que la intervención del legislador nacional ha sido tan exigua en el ámbito de las instrucciones previas (lo cual, incluso, puede suponer una dejación de funciones), que ha derivado en una dispersión y una variedad demasiado amplia.

En este punto, hemos de preguntarnos qué aspectos pueden calificarse como básicos y que, por tanto, deberían de disponer de una respuesta jurídica en la Ley 41/2002 a modo de régimen único y compartido para toda España. En primer lugar, aparece la necesidad de asegurar que se trata de una decisión que se ha formado de manera libre, voluntaria y consciente, esto es, sin presiones externas y con capacidad suficiente. De igual manera, que se trata de la determinación de los sujetos legitimados (en particular, menores de edad y personas con discapacidad), así como la elección de una forma documental que asegure la autenticidad de la misma.

Sobre el particular, como se ha tenido ocasión de comprobar, la Ley 41/2002 solamente requiere que se lleve a cabo por escrito, pero no ha incluido las vías concretas para su otorgamiento con un adecuado sistema de garantías. Por el contrario, han sido las comunidades las que han ido desarrollando estas disquisiciones, con diferencias notables al respecto (intervención del notario, testigos o funcionarios públicos).

Igualmente, se ha dicho que las instrucciones previas se aplican ante “situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente” el usuario, pero es preciso definir cuándo estamos ante dichos casos. Conjunto a lo anterior y al margen de lo previsto en artículo 11 de la Ley 41/2002, aparece la problemática relativa a la capacidad y a la posibilidad de otorgar, revisar, modificar o revocar las mismas.

Con respecto a la forma, además, se ha de aclarar si se atribuye eficacia constitutiva o declarativa a la misma y el momento desde el cual despliegan efectos las instrucciones previas. También nos parece imprescindible que se incorpore un régimen inequívoco en relación con la libre revocación, sin necesidad de alegar justa causa, y de modificación de las voluntades anticipadas.

Asimismo, se ha de resolver el tema del paso del tiempo y la posible obsolescencia con respecto a su contenido y, en su caso, establecer un plazo máximo o la revisión obligatoria en periodos prudenciales. Por otro lado, en cuanto a las posibilidades que se ofrecen, parece evidente que el nombramiento de representante ha de ser uniforme en todo el territorio, sin que las comunidades puedan restringir o limitar esta posibilidad, todo ello, con las solemnidades que se estime oportuno.

Por lo que respecta al establecimiento de registros, se considera apropiado que se regulen y que coexistan los autonómicos y el estatal. Pero es necesario que se garantice una correcta coordinación y que se concrete el efecto jurídico que despliegan los mismos en relación con la forma para otorgar estos documentos<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En este sentido, en el marco de la legislación civil, el artículo 149.1 regla 8ª CE prevé que el Estado tiene competencia exclusiva, entre otras, sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos y sobre las bases de las obligaciones contractuales. En este campo, conviene traer a colación una tradicional clasificación. Nos referimos a la distinción entre registros jurídicos y registros administrativos. Los criterios que suelen manejarse para llevar a cabo esta diferenciación se centran, por un lado, en la posibilidad de generar presunciones y, por otro, en función de la tutela que se ofrece. De este modo, los primeros crean presunciones –*ya iure et de iure*, *ya iuris tantum*– y los segundos no tienen esta facultad. Asimismo, atendiendo a la protección de los registros, debemos señalar que los jurídicos se encuentran bajo la tutela de los tribunales jurisdiccionales y los administrativos de la Administración. Entre los registros jurídicos se incardinan el Registro Civil, el Registro Mercantil o el Registro de la Propiedad y, por su parte, un ejemplo de registro administrativo lo encontramos en el Registro de Aguas.

De estas dos notas características, podemos extraer una tercera. En este sentido, parece que, de alguna forma, los primeros producen efectos jurídicos tanto frente a las administraciones públicas como frente a terceros, esto es, tienen eficacia tanto en las relaciones Administración-administrados como en las que se llevan a cabo entre particulares. No hay más que analizar los principios registrales para observar cómo influyen en los vínculos estrictamente horizontales –regidos por la autonomía de la voluntad–. Sin embargo, los efectos de los registros administrativos son considerablemente más reducidos, limitándose a regir en el ámbito del Derecho público –administrativo–. Pues bien, desde nuestra perspectiva, la referencia a los registros e instrumentos públicos debe entenderse referida a los registros jurídicos y no a los administrativos. No tendría excesivo sentido interpretar de forma amplia esta materia ya que se

Por otra parte, aparece la cuestión relativa a las limitaciones legales, siendo esencial que la Ley 41/2002 establezca, sin posibilidad de incumplimiento por parte de las comunidades, las cuestiones básicas.

No cabe, por lo demás, interpretar como compartimentos estancos estas disquisiciones. Muy al contrario, se encuentran vinculadas entre sí en atención a la finalidad última de las instrucciones previas: anticipar un consentimiento informado que pueda reputarse de libre, voluntario, consciente y maduro y que se ajuste a la buena práctica clínica. No se puede obviar que, cuando no representa la verdadera voluntad del usuario o este último no ha podido formularlo de un modo adecuado, no se está cumpliendo el objetivo perseguido.

Finalmente, la interpretación que se ofrezca sobre los requisitos formales conllevará, inexorablemente, la atribución a uno u otro sujeto el deber de realizar los distintos exámenes y valoraciones.

---

estaría dejando a las administraciones públicas sin una herramienta que, en definitiva, puede resultar esencial en el ejercicio de su actividad. Piénsese, a modo de ejemplo, en un registro público que fomenta la transparencia en una administración concreta. Si no se permitiese que los distintos entes públicos los creen, modifiquen o supriman no se permitiría que desarrollarán de forma adecuada sus funciones.

### Referencias

- Alonso, M. (2001). El consentimiento informado en medicina y cirugía. *Revista de Administración Pública*, 155, 7-25.
- Alventosa del Río, J. (2004). La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas. En J.M González Porras y F.P. Méndez González (Coords.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (pp. 169-194). Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones.
- Bernad, R. (2008). Algunas precisiones sobre el documento de voluntades anticipadas. *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, 75, 337-360.
- Berrocal, A. (2009). *Autonomía, libertad y testamentos vitales*. Dykinson.
- Blas, C. (2008). Contagio transfusional de VHC. Reflexiones sobre la previsibilidad del daño. *Derecho y Salud*, 16(2), 181-182.
- Boletín Oficial del Estado. (16 de agosto de 1889). Código Civil. [Real Decreto 24 de julio de 1889].
- Boletín Oficial del Estado. (29 de diciembre de 1978). Constitución Española.
- Boletín Oficial del Estado. (27 de octubre de 1979). Ley sobre extracción y trasplante de órganos. [Ley 30/1979].
- Boletín Oficial del Estado. (25 de abril de 1986). Ley General de Sanidad. [Ley 14/1986].
- Boletín Oficial del Estado. (24 de noviembre de 1995). Código Penal. [Ley Orgánica 10/1995].
- Boletín Oficial de las Cortes Generales. (27 de abril de 2001). Ley sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. [Ley 124/000002].

Boletín Oficial del Estado. (21 de diciembre de 2001). Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid. [Ley 12/2001].

Boletín Oficial del Estado. (15 de noviembre de 2002). 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. [Ley 41/2002].

Boletín Oficial del Estado. (09 de marzo de 2017). Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir. [Ley 4/2017].

Boletín Oficial del Estado. (03 de junio de 2021). 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. [Ley 8/2021].

Bunge, M. (1987). *La investigación científica: su estrategia y su filosofía* (trad. M. Sacristán). Ariel.

Cantero, J. (2005). *La autonomía del paciente: del consentimiento informado al testamento vital*. Albacete: Bomarzo.

Ceballos, M. (2021). Instrucciones previas en la Comunidad de Madrid: un documento dinámico. *Revista de Derecho UNED*, 28, 197-227.

Comunidad Autónoma de Aragón. (15 de abril de 2002). Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón. [Ley 6/2002].

Comunidad Autónoma de Cantabria. (10 de diciembre de 2002). Ley 7/2002, de 10 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de Cantabria. [Ley 7/2002].

Comunidad Autónoma de Cataluña. (29 de diciembre de 2009). Sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica. [Ley 21/2000].

Comunidad Autónoma de Extremadura. (28 de junio de 2001). Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura. [Ley 10/2001].

Comunidad Autónoma de Extremadura. (08 de julio de 2005). Ley 3/2005, de 8 de julio, de información sanitaria y autonomía del paciente. [Ley 3/2005].

Comunidad Autónoma de Galicia. (28 de mayo de 2001). Reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes. [Ley 3/2001].

Comunidad Autónoma de la Rioja. (30 de septiembre de 2005). Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad. [Ley 9/2005].

Comunidad de Aragón. (22 de marzo de 2011). Ley 6/2019, de 21 de marzo, de modificación del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de "Código del Derecho Foral de Aragón", el texto refundido de las Leyes civiles aragonesas en materia de custodia. [Decreto Legislativo 1/2011].

Comunidad Foral de Navarra. (08 de noviembre de 2010). 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. [Ley Foral 17/2010].

Comunidad Valenciana. (29 de diciembre de 2014). Ley 10/2014, de 29 de diciembre, de Salud de la Comunitat Valenciana. [Ley 10/2014].

Consejo de Europa [CE]. (1997). Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina. Convenio de Oviedo.  
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2290/37.pdf>

Cuenca, P. (2012). El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española. *REDUR*, 10, 61-94.

De Dios del Valle, R. (2016). Los profesionales sanitarios y las instrucciones previas. *RqR Enfermería Comunitaria*, 3(3), 44-51.

- De las Heras, M. (2018). Proyecciones de la tutela judicial y su repercusión en materia de nacionalidad, adopción, filiación y compensación. *Revista Via Iuris*, 24, 1-44.
- De Montalvo, F. (2009). *Muerte digna y Constitución: Los límites del testamento vital*. Universidad Pontificia de Comillas.
- De Velasco, A. (1941). *Derecho notarial. Con algunos formularios*. Reus.
- Diario Oficial de la Comunidad Valenciana. (18 de noviembre de 2021). De la regulación e inscripción de documento de voluntades anticipadas en el Registro central de voluntades anticipadas de la Comunidad Valenciana. [Decreto 180/2021].
- Domínguez, A. (2021). Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir. En C. Tomás-Valiente Lanuza (Coord.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (pp. 119-153). Marcial Pons.
- Fernández, J. (2013). Estatuto jurídico del representante sanitario designado en los documentos de instrucciones previas. En G. Spoto (Dir.), G. de Castro Vítors (Coord.), *La tutela de la persona y las opciones ante el final de la vida en Italia y en España* (pp. 217-244). Roma Tre-Press, Universidad de Murcia.
- Fernández, J. (2017). Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas. *Ius et Scientia*, 3(1), 150-160.
- Fuertes Iglesias, C., Fuertes Rocañin, J.C., Rodríguez Jiménez, B., y Rodríguez Lainz, J.L. (2021). *Eutanasia y testamento vital*. Aranzadi.
- Gallego, S. (2009). *El derecho del paciente a la autonomía personal y las instrucciones previas: una nueva realidad legal*. Aranzadi.
- Giménez, E. (1976). *Derecho notarial*. Ediciones Universidad de Navarra.
- Gobierno de Aragón. (06 de mayo de 2003). Por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas. [Decreto 100/2003].

Jefatura del Estado. (25 de marzo de 2021). Ley de regulación de Eutanasia. [Ley Orgánica 3/2021].

López Sánchez, C. (2003). *Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*. Dykinson.

López Sánchez, C. (2023). El documento de instrucciones previas y la prestación de ayuda para morir. En C. López Sánchez y M. Ortiz Fernández (Dirs.), *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (pp. 1-28). Aranzadi.

Luna, A. y Osuna, E. (1998). La muerte como fenómeno social. Eutanasia y distanasia. En J.A. Gisbert y E. Villanueva (Coords.), *Medicina legal y toxicología* (pp. 143 y ss.). Masson Ed.

Marcos del Cano, A. (2001). La toma de decisiones al final de la vida: el Testamento vital y las indicaciones previas. *Moralia*, 92, 498-518

Ministerio de Sanidad y Consumo. (15 de febrero de 2007). Por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. [Real Decreto 124/2007].

Moscoso, R. (2012). El documento de instrucciones previas: límites formales y apreciación de la capacidad. [https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document\\_library/get\\_file?uuid=74566c2b-3e47-4ab2-a3fe-66580cb688a1&groupId=10228](https://aequitas.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?uuid=74566c2b-3e47-4ab2-a3fe-66580cb688a1&groupId=10228)

Pérez, L. (2014). Díez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: Un intento de posibles respuestas. *Revista de Derecho*, 17, 153-183.

Salgado, L. (2015). Autonomía y manifestación de la voluntad en el testamento vital y documento de voluntad anticipada en México. *Revista IUS*, 36, 155-178.

Sánchez, A. (2014). La información al paciente y el consentimiento informado en el Derecho Español. Referencia legal y jurisprudencial. La praxis médica. *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, 2(8), 97-117.

- Sapena, F. (2002). Documento de voluntades anticipadas (el llamado testamento vital). *Revista jurídica de la Comunidad Valenciana*, 3, 63-72.
- Seoane, J.A. (2006). Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España. *DS: Derecho y Salud*, 14(2), 285-295.
- Seoane, J.A. (2011). Derecho e instrucciones previas. *DS: Derecho y Salud*, 22(1), 11-31.
- Silva, J. (2003). Los «documentos de instrucciones» previas de los pacientes (artículo 11 de la Ley 41/2002) en el contexto del debate sobre la (in)disponibilidad de la vida. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 4, 1663-1671.
- Terribas, N. (2017). Las voluntades anticipadas y su utilización en la toma de decisiones. En M.V. López (Coord.), *Bioética El final de la vida y las voluntades anticipadas*. (pp. 41-58). Editorial Gedisa.
- Tribunal Constitucional Español, Sala Segunda. (28 de marzo de 2011). Sentencia 37/2011.
- Torrelles, E. (2022). La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario. *InDret*, 3, 76-113.
- Torres, S. (2000). Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad, *RJNot*, 34, 205-248.
- Tur, M. (2004). El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico. En J.M González Porras y F.P. Méndez González (Coords.), *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (pp. 4865 - 4886). Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones.