



# ACTUALIDAD JURIDICA IBEROAMERICANA



Publicación de circulación Internacional  
Actualidad Jurídica Iberoamericana  
<https://www.revista-aji.com>

Editan:  
Instituto de Derecho Iberoamericano.  
C/ Luis García Berlanga, núm. 7, 1-15 Valencia, España. 46023.  
Correo Electrónico: [contacto@idibe.org](mailto:contacto@idibe.org)  
web: [www.idibe.org](http://www.idibe.org)

Tirant lo Blanch.  
C/Artes Gráficas, 14, 46010 Valencia (España).  
Telf. +34 963 61 00 48.  
Correo electrónico: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
web: [www.tirant.com](http://www.tirant.com)

ISSN 2386-4567  
© Derechos Reservados de los Autores

Actualidad Jurídica Iberoamericana se encuentra indexada en los siguientes índices de calidad: SCOPUS (Q3), CIRC ("B"), ANVUR (clase "A"), RRDe (Q1), IDR (C3), LATINDEX y MIAR.

Así mismo se encuentra incluida en los siguientes catálogos: Dialnet, RODERIC, Red de Bibliotecas Universitarias (REBIUN), Ulrich's, Dulcinea, Elektronische Zeitschriftenbibliothek (EZB) y Ores Scientific Plattaform.

Impreso en España  
Diagramación: Elías On - [elias.on@live.com](mailto:elias.on@live.com)

# SUMARIO



## DOCTRINA

### PARTE GENERAL

- 01/ La “deshumanización del arte” jurídico: el llamado juez-robot: ¿mito o realidad? Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla (España)..... 14

### DERECHO DE LA PERSONA

- 02/ Capacidad decisoria del menor con problemas de conducta: internamiento en centro específico y tratamientos médicos asociados. Carmen Leonor García Pérez (España)..... 52
- 03/ Discapacidad mental e intelectual, autonomía de la voluntad y acceso a la justicia. Pilar María Estellés Peralta (España)..... 78
- 04/ El sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica en la Ley aragonesa 3/2024, de 13 de junio. Aurora López Azcona (España)..... 112
- 05/ Personas mayores vulnerables y protección civil. Valerio Rotondo (Italia)..... 134
- 06/ Los documentos de voluntades anticipadas en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre: sujetos legitimados, formalidades exigidas y necesaria actualización. Manuel Ortiz Fernández (España)..... 154
- 07/ Avances legislativos de las medidas de apoyo a favor de las personas con discapacidad en el sistema jurídico mexicano. Karla Cantoral Domínguez y Gisela María Pérez Fuentes (México)..... 184
- 08/ La pianificazione successoria dell’eredità digitale tra identità e privacy. Davide Ianni (Italia)..... 216

### DERECHO DE FAMILIA

- 09/ La práctica habitual –¿y razonable?– del cobro de la pensión alimenticia del hijo mayor de edad por su progenitor custodio. El necesario “aggiornamento” del art. 93 II del Código civil español. Ángel Acedo Penco (España)..... 246
- 10/ Gestación subrogada y paternidad homoparental: una revisión crítica del marco jurídico español. José Manuel de Torres Perea (España) ..... 296

## **CUESTIONES DE INTERÉS JURÍDICO**

- 25/ Attività negoziale e strumenti di tutela del territorio.  
Giovanni di Rosa (Italia). .....874
- 26/ Vientos lusitanos: la reforma del Código civil portugués en  
materia de menores. Pablo Muruaga Herrero (España). .....894
- 27/ Madres y padres afines en Cuba. función asistencial y  
“pluriparentalidad jerarquizada” en los bordes de la filiación.  
Nicolò Cevolani (Italia). .....920
- 28/ La atribución al menor de la causa de desheredación. Natalia  
Muñiz Casanova (España). .....936

## **RECENSIONES**

- 29/ De Verda y Beamonte, J.R.: *El Derecho de familia hoy: Nuevas  
tendencias legales y jurisprudenciales*, ed. REUS, Madrid, 2025.  
Por Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla. ....962
- 30/ Ortega Giménez, A.: *Litigios sobre bienes culturales en clave  
de derecho internacional privado (De la dama de oro al Caso  
Cassirer)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. Por María Pía  
Calderón Cuadrado. ....970
- 31/ Ortega Giménez, A.: *Litigios privados internacionales sobre  
prestación de alimentos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025. Por  
Lerdys Saray Heredia Sánchez. ....974
- 32/ Cobas Cobiella, M<sup>a</sup> E.: *El negocio jurídico testamentario*,  
Dykinson, Madrid, 2025. Por José Ramón de Verda y  
Beamonte. ....977

**LOS DOCUMENTOS DE VOLUNTADES ANTICIPADAS  
EN LA LEY 41/2002, DE 14 DE NOVIEMBRE: SUJETOS  
LEGITIMADOS, FORMALIDADES EXIGIDAS Y NECESARIA  
ACTUALIZACIÓN\***

***ADVANCE DIRECTIVE DOCUMENTS IN LAW 41/2002, OF 14  
NOVEMBER: LEGITIMATE SUBJECTS, REQUIRED FORMALITIES  
AND NECESSARY UPDATING***

*Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 23, agosto 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 154-183*

\* El presente artículo ha sido realizado en el marco de los Grupos Permanentes de Investigación de la Universidad de Valencia "Persona y Familia", GIUV2013-101, del que es IP el profesor José Ramón de Verda y Beamonte, y "Derecho y vulnerabilidad: menores de edad, personas con discapacidad y animales de compañía", GIUV2022-532, del que es IP el profesor Pedro Chaparro Matamoros.



Manuel ORTIZ  
FERNÁNDEZ

ARTÍCULO RECIBIDO: 6 de marzo de 2025

ARTÍCULO APROBADO: 15 de junio de 2025

**RESUMEN:** En la generalidad de los escenarios, el paciente manifiesta el consentimiento informado en el momento inmediatamente anterior a la realización de la intervención sanitaria de que se trate. Sin embargo, es posible acudir a las instrucciones previas o voluntades anticipadas como un medio para dejar constancia de la voluntad del usuario y que la misma se aplique con posterioridad. No obstante, la parquedad de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, presenta importantes dudas interpretativas. En este sentido, en el presente estudio abordaremos tres problemáticas vinculadas a estos documentos: los sujetos legitimados; las formalidades requeridas y, en todo caso, las que debieran incluirse; y el efecto del paso del tiempo y su necesaria actualización y revisión.

**PALABRAS CLAVE:** Anticipada; documento; formalidad; legitimación; voluntad.

**ABSTRACT:** *In most scenarios, the patient expresses informed consent immediately before performing the health intervention in question. However, it is possible to use advance directives to record and apply the user's will later. However, the sparsity of Law 41/2002, of 14 November, presents important interpretative doubts. In this sense, this study will address three problems linked to these documents: the legitimated subjects, the formalities required and, in any case, those that should be included, and the effect of the passage of time and its necessary updating and revision.*

**KEY WORDS:** *Advance; document; formality; legitimation; will.*

**SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.- II. EL PROBLEMA DE LA “CAPACIDAD” Y LOS SUJETOS LEGITIMADOS. I. LOS MENORES DE EDAD Y SU INTERÉS SUPERIOR.- 2. LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.- III. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS ANTE EL PASO DEL TIEMPO Y SU ACTUALIZACIÓN.- IV. LOS REQUISITOS FOMALES.**

---

## **I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.**

En la generalidad de los escenarios, el paciente manifiesta el consentimiento informado en el momento inmediatamente anterior a la realización de la intervención sanitaria de que se trate. Sin embargo, es posible acudir a las instrucciones previas 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 o voluntades anticipadas.

Se trata, en definitiva, de una manifestación de la autonomía de la voluntad<sup>1</sup> y, en particular, del consentimiento informado en el ámbito sanitario. En suma, las instrucciones previas son, pues, un negocio jurídico<sup>2</sup> unilateral y formal, que contiene declaraciones de voluntad personalísimas revocables y destinadas a producir efectos, fundamentalmente, *inter vivos*<sup>3</sup>. Apunta De Dios De Los Valles<sup>4</sup>

- 1 Destaca BERNAD MAINAR, R.: “Algunas precisiones sobre el documento de voluntades anticipadas”, *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 75, 2008, p. 343, 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”.
- 2 En este sentido, *vid.* FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas”, *Ius et Scientia*, núm. 1, vol. 3, 2017, p. 153; TUR FAÜNDEZ, M.N.: “El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico”, en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MENDEZ GONZÁLEZ), Tomo II, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2004, p. 4871; BERROCAL LANZAROT, A.I.: *Autonomía, libertad y testamentos vitales*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 177.
- 3 En palabras de LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: “El documento de instrucciones previas y la prestación de ayuda para morir”, en AA.VV.: *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (dir. por C. LÓPEZ SÁNCHEZ y M. ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, p. 139, estamos ante “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”.
- 4 “Los profesionales sanitarios y las instrucciones previas”, en: *RqR Enfermería Comunitaria*, n.º 3, vol. 3, 2016, p. 48. Así, señala que “la forma eficaz de profundizar en la autonomía del paciente y en su capacidad para tomar decisiones al final de la vida debe pasar por abrir un espacio de diálogo entre los profesionales sanitarios y los pacientes; constituyendo el documento de instrucciones previas una herramienta y no un objetivo en sí mismo”.

• **Manuel Ortiz Fernández**

Profesor Ayudante Doctor de Derecho civil. Universidad Miguel Hernández de Elche. Correo electrónico: m.ortizf@umh.es

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, la planificación anticipada de decisiones.

Por lo que respecta a las posibilidades que ofrece la norma estatal, 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, se contemplan dos escenarios diferentes. Por un lado, que el paciente prevea los cuidados, tratamientos o intervenciones sobre su salud o, en caso de fallecimiento, el destino de su cuerpo y órganos<sup>5</sup>—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.

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 *ius 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 tipificada 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, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, la eutanasia activa directa se ha legalizado en España, por

5 A este respecto, destaca LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre)*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 51 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.

lo que hay que entender que esta limitación ha desaparecido de la prestación<sup>6</sup> y, en particular, de las instrucciones previas. Máxime si atendemos a la STC 19/2023, de 22 de marzo<sup>7</sup> y, más recientemente, a la STC 94/2023, de 12 de septiembre<sup>8</sup>.

Por último, el mencionado artículo 11.3 de la Ley 41/2002 alude a la prohibición relativa a la inaplicación de los documentos cuando no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas, lo cual es una cuestión valorativa y peligrosa. Quizás podría evitarse y salvarse esta problemática con el recurso a un plazo máximo de vigencia de las instrucciones previas (si se quiere, de caducidad) o la propia revisión obligatoria. Sea como fuere, somos conscientes de que, a pesar de estas salvaguardas, podríamos encontrarnos en casos excepcionales en los que resulta necesario acudir a esta regla.

En relación con ello, en este caso, la valoración se efectúa *ex post* y, por su propia naturaleza, corresponde al profesional. No obstante, la que se centra en el respeto del ordenamiento jurídico y la *lex artis*, puede corresponder al sujeto con el que se efectúa el otorgamiento, cuestión a la que nos referiremos posteriormente.

## II. EL PROBLEMA DE LA “CAPACIDAD” Y LOS SUJETOS LEGITIMADOS.

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 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.

Sin embargo, consideramos que esta conclusión no puede ser admitida sin matices y que es posible formular un criterio interpretativo que, en cierta medida, corrija el tenor literal de las leyes y permita ofrecer una respuesta más satisfactoria y justa. En todo caso, por las particularidades existentes en cada uno de los campos citados, consideramos que es más correcto efectuar un estudio diferenciado para cada uno de los pacientes.

6 En todo caso, afirma MARTÍNEZ NAVARRO, J.A.: “La eutanasia y su incidencia en los derechos del paciente”, *Revista catalana de dret públic*, núm. 63, 2021, p. 213 que “las instrucciones previas quedan vinculadas a la prestación de ayuda para morir de un modo sucinto y con protagonismo residual, formalizando un proceso subsidiario frente al régimen general previsto en la Ley de Eutanasia”. Así las cosas, en su aplicación, “el legislador deja importantes dudas sin resolver como, por ejemplo, la posibilidad de que el menor de edad pueda incluir la prestación de ayuda para morir en las instrucciones previas”.

7 STC 19/2023, de 22 de marzo (Tol 9493276).

8 STC 94/2023, de 12 de septiembre (Tol 9714073).

## I. Los menores de edad y su interés superior.

En el caso de los menores de edad, hemos de partir de que existen dos factores que, en ocasiones, aparecen enfrentados y es necesario llevar a cabo una correcta ponderación: el respeto a su autonomía de la voluntad y la tutela de sus derechos.

Además, otro aspecto que influye en este campo es la patria potestad que ostentan los progenitores sobre sus descendientes. Y es que, las relaciones familiares que surgen se enmarcan en una suerte de derecho-deber, de tal forma que, a diferencia de las facultades, el ejercicio de la misma por parte de los progenitores representa una verdadera obligación. A este respecto, afirma el artículo 154 CC que la patria potestad representa una "responsabilidad parental", que debe llevarse a cabo en interés de los hijos, "de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental".

Entre otros deberes, el mencionado precepto incluye el de velar por ellos, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral. En cualquier caso, las citadas constricciones no desaparecen, incluso, cuando los progenitores son privados de la patria potestad. Muy al contrario, las mismas se mantienen, ex artículo 110 CC, como consecuencia de la determinación de la filiación.

Por su parte, los hijos han de obedecer a sus padres y respetarles (art. 155 CC), así como contribuir, equitativamente y en la medida de sus posibilidades, al levantamiento de las cargas de la familia mientras convivan con ella. No concreta el Código, sin embargo, en qué medida han de cumplir los descendientes las directrices de los padres.

Lo que sí incorpora el decimonónico Código Civil es un sistema que, partiendo del artículo 12 CE, atribuye únicamente la plena capacidad a los mayores de edad y, con ciertas excepciones, a los menores emancipados. Al margen de que la actual Ley 8/2021 (y la todavía más actual Ley 6/2022, de 31 de marzo, de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación) parece haber suprimido la tradicional distinción entre la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, lo cierto es que, en la práctica, los hijos menores de edad (no emancipados) únicamente dispondrán de la primera, debiendo contar con la intervención de sus progenitores para llevar a cabo actos jurídicos de forma válida.

No obstante, sin perder de vista lo anterior, no se puede negar que, en determinadas circunstancias y cuando existan discrepancias entre padres e hijos, el sometimiento de estos últimos a las decisiones de los primeros bien puede

conllevar, al mismo tiempo, una negación o limitación su propia autonomía de la voluntad.

En este sentido, este principio de autonomía o, si se quiere, el derecho de autodeterminación, implica que las personas puedan autogobernarse; en suma, puedan escoger, de entre las opciones vitales que se presentan, la que estimen más adecuada a sus intereses. Este derecho, si atendemos a las últimas reformas normativas, se ha vinculado al derecho a la dignidad, amparado y protegido en el artículo 10 CE. En definitiva, se está aludiendo al libre desarrollo de la personalidad como requisito *sine qua non* el ser humano no puede desenvolverse de una forma que pueda reputarse como digna.

Y es que, al margen de la restricción de facultades a los menores de edad, el ordenamiento jurídico reconoce su participación, más o menos activa, en los distintos campos de la vida. Quizás la manifestación más importante sea la prevista en el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, esto es, el derecho a ser oído y escuchado (a lo que habría que añadir, para otorgar eficacia, el derecho a ser tenido en cuenta). A partir de estas premisas, el legislador ha ido aprobando disposiciones que, en función del sector concreto al que se refieren, han permitido o privado de la facultad de decisión a los menores de edad.

Sobre el particular, hay que tener en cuenta que la citada Ley Orgánica 1/1996 promueve que las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se deben interpretar de forma restrictiva y, en todo caso, siempre atendiendo al citado interés superior del menor. En esta misma línea, la evolución del ordenamiento jurídico español sigue esta tendencia consistente en atribuir más ámbitos de actuación (antes restringidos) a los menores de edad, reconociendo facultades y derechos y favoreciendo su autonomía y el libre desarrollo de la personalidad. A este respecto, *vid.*, a modo de ejemplo, la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI.

En todo caso, en ocasiones nos encontramos ante inconsistencias en el sistema, tales como que, por ejemplo, puedan recibir una autorización especial para usar armas (como señala el Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Armas) y, sin embargo, precisaran, antes de la reforma, del consentimiento de sus representantes legales para interrumpir voluntariamente el embarazo. Y, con ciertos matices, que se permita interrupción del embarazo y, sin embargo, que se excluya a los menores de edad de la práctica de técnicas de reproducción humana asistida.

Para tratar de salvar estas incoherencias, aparece el denominado principio de interés superior que conjuga las dos realidades referidas. Este principio adquiere

especial relevancia y se le ha atribuido, incluso, una triple perspectiva: como un derecho, como un principio y como una norma de procedimiento. En definitiva, consiste en que, si existen varias interpretaciones, intereses o procesos posibles, se escoja aquel que sea más beneficioso para el menor de edad. Ciertamente, encuentra amparo internacional (principalmente, en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989) y nacional (como la Ley Orgánica 1/1996 o la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia). Sobre el particular, es necesario que se lleve a cabo una determinación y una evaluación del interés superior<sup>9</sup>.

Así las cosas, se incorpora en la referida Ley Orgánica 1/1996 el principio de interés superior del menor, “inspirador de todas las actuaciones relacionadas con aquél”. Su artículo 2 arbitra la necesidad de que el mismo sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le afecten. Este principio<sup>10</sup> –en el caso de los hijos, *favor filii*–, recogido en distintas normas<sup>11</sup> (nacionales e internacionales), de algún modo, establece una suerte de premisas sobre el tratamiento que deben recibir los mismos. A este respecto, adquiere especial relevancia la ya mencionada Ley Orgánica 1/1996 y, en su seno, el artículo 2<sup>12</sup>, ya

9 En este sentido, prevén las Directrices del ACNUR para la determinación del interés superior del niño (Alto Comisionado de Naciones Unidas para los refugiados, 2008) que la “determinación del interés superior” (DIS) “describe el proceso formal, dotado de garantías procesales estrictas, establecido para determinar el interés superior del niño, especialmente en la adopción de las decisiones importantes que le afecten”, que debe “asegurar la adecuada participación del niño sin discriminación, involucrar a las personas expertas en áreas relevantes encargadas de tomar las decisiones y equilibrar todos los factores relevantes para valorar la mejor opción”. Por su parte, la “evaluación del interés superior” es la “valoración efectuada, excepto cuando se requiere un procedimiento de DIS, por el personal que desempeña su actuación con respecto a niños individuales, concebida para asegurar que tal acción atribuya una consideración primordial al interés superior del niño. La evaluación puede realizarse de forma individual, o con el asesoramiento de otros, por parte de miembros del personal con el debido grado de conocimiento experto, y requiere la participación del niño”.

En iguales términos, se pronuncian MARTÍNEZ GARCÍA, C, DEL MORAL BLASCO, C.: *et al.*: *Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, Save the children, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, 2017.

10 En puridad, aunque se hable de principio, dicha consideración debe entenderse como una mera licencia del lenguaje, ya que tiene una triple perspectiva. Por un lado, es un derecho de los menores, pues siempre deberá primarse el mismo al valorar los intereses en juego a la hora de tomar decisiones que les afecten. Por otro, supone un principio informador de todo el ordenamiento que obliga a interpretar las diferentes normas jurídicas optando, preferentemente, por la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del menor. Por último, representa una verdadera norma de procedimiento en tanto en cuanto obliga a que el proceso incluya una estimación de las posibles repercusiones de la toma de decisión en los intereses de las niñas y niños.

Como destaca parte de la doctrina «el interés superior del menor es un principio general del derecho de carácter universal, como lo demuestra el hecho de que se recoja expresamente en un nutrido conjunto de Convenciones y textos internacionales». *Vid.* OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El menor maduro ante el Derecho”, *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.

11 En este sentido, encontramos la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño, la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, los artículos 23 y 24) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, el artículo 10) y la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990.

12 Cabe destacar que este precepto ha sido modificado por la Disposición final octava de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia. En este sentido, el artículo 1.1 de la mencionada Ley Orgánica 8/2021 indica que tiene “La ley tiene por objeto

que incorpora el interés del menor como valor primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan.

De todo lo anterior podemos extraer que, cuando se trate de menores de edad, la interpretación que se ofrezca ha de estar presidida por la consideración del principio del interés superior del menor. Este principio viene a implicar, en definitiva, que a la hora de tomar una decisión se adopte aquella que conlleve una mayor consideración a la promoción y respeto de sus derechos<sup>13</sup>.

Por lo tanto, el comentado interés puede justificar que, en el caso concreto, se restrinja la posibilidad de decisión del menor de edad y, por el contrario, en otros se otorgue primacía a su autonomía de la voluntad. No obstante, téngase en cuenta que el mencionado principio tiene límites y no puede amparar, por sí solo, el incumplimiento de una norma jurídica o el recurso a una interpretación *contra legem*.

En este punto, se plantea, pues, si en el ámbito concreto de las instrucciones previas, pueden participar los menores de edad. En primer lugar, con la finalidad de buscar un criterio aplicable al ámbito sanitario y teniendo en cuenta las últimas tendencias, hemos de destacar que la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, recientemente modificada por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, permite acudir a la interrupción voluntaria del embarazo a las menores de dieciséis años cumplidos, sin necesidad del consentimiento de sus representantes legales<sup>14</sup>.

Además, la reciente STC 44/2023, de 9 de mayo<sup>15</sup>, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la mencionada Ley Orgánica 2/2010, ha reconocido un derecho fundamental de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, afirmando que esta decisión se encuentra amparada en la dignidad de

---

garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia, asegurando el libre desarrollo de su personalidad y estableciendo medidas de protección integral, que incluyan la sensibilización, la prevención, la detección precoz, la protección y la reparación del daño en todos los ámbitos en los que se desarrolla su vida”.

- 13 En esta línea, destacan ALGARRA PRATS, E.; BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor”, *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 2, 2015, p. 793, que “El interés del menor se ha introducido en nuestra legislación como una cláusula general, es decir, se expresa normativamente por medio de un concepto jurídico indeterminado. El interés superior del menor tiene como finalidad el bienestar del menor mediante la primacía de su interés sobre cualquier otro que pudiera concurrir”.
- 14 Para CHAPARRO MATAMOROS, P.: “El aborto a petición de las menores de edad tras la entrada en vigor de la LO 1/2023, de 28 de febrero, que modifica la LO 2/2021, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo”, en AA.VV.: *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado* (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 151-152, el legislador orgánico ha establecido una suerte de presunción *iuris et de iure* de madurez para tomar la decisión a los dieciséis años. Sin embargo, destaca el autor que esta edad no garantiza una suficiente madurez de la menor de edad y que, en aras de proteger la seguridad jurídica, se puede actuar contra la conciencia de la decisión que se tome.
- 15 STC 44/2023, de 9 de mayo (Tol 9582039).

la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). Concluye el Tribunal, en consecuencia, que la imposición de una maternidad forzada supone una instrumentación de la persona contraria al artículo 15 CE.

En el consentimiento informado, en particular, el artículo 9.4 de la Ley 41/2002 establece que, como regla general, la edad clínica se fija en los dieciséis años (ya estén emancipados o no<sup>16</sup>), de tal modo que, salvo excepciones, no se debe acudir al consentimiento por representación. A lo que hay que anudar el derecho a ser tenido en cuenta a partir de los doce años.

Como se puede observar, existe una evidente incoherencia y no parece tener excesivo sentido que los menores de edad puedan prestar consentimiento informado y, sin embargo, no puedan otorgar instrucciones previas. Por ello, algunos autores como DOMÍNGUEZ LUELMO<sup>17</sup> han denunciado este extremo y consideran que este régimen debería ser modificado ofreciendo un tratamiento adecuado para los menores emancipados y los que hayan obtenido el beneficio de la mayor edad.

Precisamente por este motivo parte de la doctrina<sup>18</sup> ha entendido que, si los menores de edad pueden prestar su consentimiento informado, han de poder redactar las instrucciones previas, dada la evidente relación existente entre ambos. Así, afirma BERNAD MAINAR<sup>19</sup> que, a pesar de que al margen del tenor literal de las legislaciones que requieren la mayoría de edad, tanto los menores emancipados

16 A este respecto, conviene tener en cuenta que, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, se suprimió la posibilidad de que los menores de dieciséis años contrajeran matrimonio y, por tanto, de acceder a la emancipación con anterioridad a dicha edad. Por lo tanto, la referencia a la emancipación, en la actualidad, carece de virtualidad pues, en todos los casos, deberá tener dieciséis años cumplidos para estar emancipado.

17 “Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir”, en AA.VV.: *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (coord. por C. TOMÁS-VALENTE LANUZA), Marcial Pons, Madrid, 2021, p. 130.  
Asimismo, también se muestra contraria a la exclusión de las leyes estatal y autonómicas en relación con los menores emancipados ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas”, en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, vol. 1, 2004, pp. 177-178.

18 A este respecto, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., pp. 106-109; “El documento”, cit., pp. 147-148.

19 “Algunas precisiones”, cit., p. 346. En un sentido similar, MOSCOSO TORRES, R.M.: “El documento de instrucciones previas: límites formales y apreciación de la capacidad”, pp. 15-16 [consultado el 01.10.2024]. Disponible en: [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)

Así, destaca el autor que el requisito de la mayoría de edad “no casa bien con la necesidad de tomar en consideración los deseos expresados anteriormente por un paciente que en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad, conforme al principio proclamado en el Convenio de Oviedo, por cuanto que en etapas anteriores a la mayoría de edad se puede tener madurez suficiente para expresar deseos respecto a una intervención médica”. Además, el autor propone, de *lege ferenda*, que se modifique el artículo 11 de la ley 41/2002 toda vez que “el testamento vital no es más que la prestación del consentimiento informado otorgado de forma anticipada, en previsión de una futura enfermedad” y “no se alcanza a comprender bien las diferencias de criterio entre los artículos 9 (regulador del consentimiento informado) y 11 (relativo a las instrucciones previas) de la misma ley 41/2002”.

como los menores de edad con suficiente madurez podrían otorgar, en hipótesis, estos documentos.

En consecuencia, a nuestro entender, debería reformarse el artículo II de la Ley 41/2002 pero, en todo caso, cabe recurrir a una interpretación correctora en atención a lo previsto, fundamentalmente, en el artículo 9.4 de la misma norma. Lo más coherente y razonable es, pues, tal y como realiza la Ley Foral 17/2010 de Navarra, permitir que los menores de edad con dieciséis años cumplidos (emancipados o no) puedan otorgar estos documentos. E, incluso, aquellos con una edad inferior pero que demuestren tener la madurez y capacidad suficientes para comprender y querer el documento y el alcance del contenido que se incorpora.

Sea como fuere, esta previsión tiene un límite derivado también del artículo 9.4 de la Ley 41/2002 como es el relativo a las actuaciones de grave riesgo. Por este motivo, la anterior conclusión debe ser complementada en el sentido de acoger un “acceso restringido” de los menores de edad en la medida en que no podrá incluir un contenido contrario a la Ley 41/2002.

Así las cosas, podrá, por ejemplo, señalar si desea o no recibir un tratamiento que no tenga un impacto grave y notorio para su vida o salud. En sentido contrario, encontrará restricciones para introducir aspectos relativos a tratamientos, operaciones o procedimientos que pongan en grave peligro su vida o integridad. Para estos extremos precisará de la intervención de sus padres o representantes que actuarán como un “complemento” *sine qua non*. Tendrá, por tanto, que acudir caso por caso a valorar estas cuestiones, adquiriendo especial relevancia el control efectuado al efecto.

Sí tendrá facultad, por lo demás, para decidir en el ámbito de la donación de órganos (*mortis causa*), pues no se requiere la mayoría de edad a diferencia de lo previsto para la donación de órganos de pacientes vivos<sup>20</sup> (ex art. 8.1 a) Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad).

Esta posición resulta, desde nuestra perspectiva, más respetuosa con la propia evolución del ordenamiento jurídico, así como con el principio de interés superior del menor de edad, en la medida en que conjuga los dos extremos a los que aludíamos –la promoción de su autonomía de la voluntad y la protección de sus derechos y bienes jurídicos– y se sitúa en el término medio entre el exceso (quizás,

20 Sobre el particular, vid. BARCELÓ DOMÈNECH, J.: “Minoría de edad y donación de órganos de personas vivas: estado de la cuestión en Derecho español”, *Revista da ESMAL, Maceió.AL*, núm. 1, 2016, pp. 7-23.

la regla general de los catorce años de la Ley 6/2002 aragonesa) y el defecto (la mayoría de edad prevista en la Ley 41/2002 y la mayoría de normas autonómicas).

## 2. Las personas con discapacidad.

En el campo de las personas con discapacidad, como es sabido, la Ley 8/2021, introdujo un cambio de paradigma en el ordenamiento jurídico español. A este respecto, supuso la atribución de capacidad jurídica a todas las personas mayores de edad.

A partir de dicho momento, España adaptó su legislación a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y estableció un marco respetuoso con los derechos de las personas con discapacidad. Entre las modificaciones más relevantes, conviene destacar la separación entre mayores y menores de edad o el reforzamiento de la guarda de hecho como institución jurídica de apoyo. Desde la perspectiva del Derecho civil, estas cuestiones se traducen, entre otras medidas, en la supresión de la incapacitación judicial y, en consecuencia, en la eliminación de figuras como la tutela, la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada.

En consonancia con lo anterior, se otorga especial atención a otras como la guarda de hecho, el defensor judicial y la curatela, de tal forma que se permite realizar un “traje a medida” para cada persona con discapacidad. De hecho, esta última es la que recibe una regulación más detallada en la Ley 8/2021 y se erige como la principal institución de origen judicial para las personas con discapacidad. El objetivo de la misma es, como hemos tenido ocasión de señalar, asistir, apoyar y ayudar en el ejercicio de la capacidad jurídica a este colectivo, siendo su naturaleza de carácter asistencial. Las funciones representativas, por tanto, únicamente tendrán vigencia de forma excepcional y cuando sean necesarias en atención al caso concreto.

Por todo lo anterior, debemos entender que las consecuencias de las medidas se imponen al organismo de apoyo y no a las personas con discapacidad, como ocurría hasta este momento. No puede perderse de vista que el objetivo es atender a la voluntad de estos sujetos<sup>21</sup>, por lo que, llegado el caso, si no tuvieran formada dicha voluntad, se tendrá que contribuir en su formación. La discapacidad, por tanto, ya no aparecerá como un estado civil. Sin duda, la correcta integración

21 A este respecto, al comentar el artículo 3.1 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, destaca DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 1, 2014, p. 38, que se trata de una norma impregnada por el principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad, “que lleva a considerar que en los actos jurídicos que no afectan a intereses puramente patrimoniales, sino a la dimensión personal del ser humano, los menores e incapacitados deben poder ejercitarlos, si se hallan en condiciones de poder apreciar y querer sus consecuencias, lo que, inexorablemente, remite a la apreciación judicial”.

de las personas con discapacidad requiere de un cambio en distintas dimensiones<sup>22</sup> (política, cultural, ética, jurídica, etc.).

Además, en la línea de lo señalado en la Convención, se persigue que las personas con discapacidad puedan decidir en todos los ámbitos de su vida, por lo que la representación se prevé como medida excepcional y subsidiaria. De esta forma, el tradicional “modelo de sustitución” ha sido superado y se ha establecido un “modelo de apoyo o asistencia<sup>23</sup>”. Desde esta perspectiva, se entiende que las consecuencias de estas medidas se imponen a las personas capaces y no a las personas con discapacidad, que deberán respetar su voluntad y promover su formación cuando la misma no exista. De hecho, incluso en los casos de representación han de tenerse en cuenta las preferencias, la personalidad, las creencias y la voluntad de las personas con discapacidad<sup>24</sup>.

A diferencia de lo que ocurre con los menores de edad, el “interés de la persona con discapacidad” queda relegado por la protección de su autonomía de la voluntad. Como se observa, de nuevo nos estamos refiriendo a la protección de la dignidad y a la necesaria adecuación de la legislación a sus postulados. Sobre el particular, la Exposición de Motivos la precitada Ley 8/2021 destaca que estamos ante un nuevo enfoque de la realidad que incluye un aspecto que ha estado desapercibido, esto es, “que las personas con discapacidad son titulares del derecho a la toma de sus propias decisiones, derecho que ha de ser respetado; se trata, por tanto, de una cuestión de derechos humanos”.

Así, afirma De Verda y Beamonte<sup>25</sup> que se puede observar un evidente cambio de paradigma en lo que respecta a la discapacidad, de tal suerte que ya no cabe contemplarla desde un punto de vista restrictivo (negativo) de la capacidad de obrar. Muy al contrario, se lleva a cabo desde un planteamiento “en positivo”, es

22 Como muy acertadamente pone de relieve CUENCA GÓMEZ, P.: “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*, núm. 10, 2012, p. 71, este modelo “entiende que la discapacidad está originada no tanto por las limitaciones personales ocasionadas por el padecimiento de una deficiencia –como sostiene el modelo médico– sino por las limitaciones de una sociedad que no tiene presente en su diseño la situación de las personas con discapacidad generando barreras que las excluyen y discriminan. De este modo, no son las personas con discapacidad las que tienen que adaptarse y rehabilitarse para poder participar plenamente en la vida social, sino que es la sociedad la que debe re-diseñarse para garantizar su inclusión en igualdad de condiciones”.

23 A este respecto, algunos autores venían abogando por la toma de decisión apoyada como medio más respetuoso con las personas que presentan alguna limitación en sus capacidades, relegando la tutela a un espacio residual. En este sentido, *vid.* ROSENVALD, N.: “A tomada de decisão apoiada”, *Cadernos da Lex Medicinæ (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, núm. 4, vol. II, 2019, pp. 381-394.

24 Para más información acerca de los derechos de las personas con discapacidad, *vid.* MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

25 “Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad”, *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022, p. 2. Asimismo, *vid.* DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia”, *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022.

decir, propugnando la creación de un sistema de apoyos (con las correspondientes salvaguardas) en favor de las personas con discapacidad que, en última instancia, les permita ejercitar los derechos por sí mismas.

A este respecto, por ejemplo, la STS 19 octubre 2021<sup>26</sup> establece la necesidad de respetar la voluntad de la persona con discapacidad en relación con su preferencia por la medida de curatela, al no concurrir las “causas legales previstas para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada”, por no existir “circunstancias graves desconocidas por la misma, o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos”.

En esta misma línea, en cuanto a la designación de la persona que debe desempeñar la medida de apoyo, se pronuncia la STS 23 diciembre 2021<sup>27</sup>, en la que se prevé que no cabe “prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley”, requiriéndose, en consecuencia, una especial motivación que explicita “las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado”.

Sin embargo, esta nueva realidad no ha estado exenta de críticas en la doctrina. Por un lado, parece razonable cuestionar la supresión del interés superior de la persona con discapacidad; en suma, la protección de esta última, aún en contra de su voluntad. Por este motivo, apunta ARNAU MOYA<sup>28</sup> que la misión de la jurisprudencia pasa por “conciliar la voluntad a ultranza de la persona con discapacidad respecto a las medidas de apoyo que se le van a aplicar con el desaparecido principio del interés del discapaz”. Así las cosas, citando las SSTS 8 septiembre 2021<sup>29</sup> y 19 octubre 2021<sup>30</sup> señala que, con buen criterio, este principio será “rescatado” por la jurisprudencia.

Por otro lado, íntimamente relacionado con lo anterior, aparece la cuestión relativa a la determinación y concreción de la voluntad, deseos y preferencias de las personas con discapacidad. Máxime, porque en muchos casos será la propia enfermedad la que provoque que el sujeto carezca de capacidad para discernir y formar la pretendida voluntad<sup>31</sup>.

26 STS 19 octubre 2021 (Tol 8628066).

27 ECLI:ES:TS:2021:4879.

28 “Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2022, p. 537 y pp. 554-555.

29 SSTS 8 septiembre 2021 (Tol 8585229).

30 STS 19 octubre 2021 (Tol 8628066).

31 Así lo pone de relieve DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Primeras resoluciones”, cit., p. 2, al señalar que en algunas discapacidades como la sensorial o la provocada por el síndrome de Down, efectivamente, “la restricción de la tradicionalmente llamada capacidad de obrar carece de sentido o resulta desproporcionada, por lo que lo procedente es establecer un sistema de apoyos tendente a posibilitar el ejercicio de los derechos de las personas que las padecen, por ellas mismas, de acuerdo con las propias inclinaciones y preferencias (con

De lo expuesto hasta el momento, pareciera que las personas con discapacidad gozan de un tratamiento acorde con su dignidad y que, en consecuencia, en ejercicio de su derecho de autodeterminación, pueden decidir en todos los ámbitos de su vida (incluido el campo sanitario). Máxime, en este último sector, si atendemos a los artículos 12 y 25 del Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997 que establece la obligación de otorgar los apoyos necesarios a las personas con discapacidad y exige que los profesionales aseguren una prestación sanitaria de la misma calidad.

Sin embargo, debemos reflexionar sobre las implicaciones reales de la precitada Ley 8/2021, pues al margen de la supresión formal de la tutela, no es cierto que hayan desaparecido las facultades de representación de quienes desempeñan los cargos. A este respecto, se contempla la “curatela representativa” que, en principio, supone una medida casi equivalente a la anterior tutela.

En especial, en el campo sanitario, cabe destacar lo dispuesto en el artículo 287.1º CC (tras la modificación de la Ley 8/2021), que incluso parece excluir de la autorización judicial los actos que lleve a cabo el “curador que ejerza funciones de representación de la persona que precisa el apoyo (...) en materia de internamiento, consentimiento informado en el ámbito de la salud o en otras leyes especiales”.

La norma, por tanto, remite a la legislación especial que sea de aplicación para determinar estas disquisiciones. Así las cosas, la Ley 8/2021, a diferencia de lo que ha ocurrido con muchas otras leyes, no ha modificado la Ley 41/2002, lo cual no deja de ser llamativo. Por tanto, el régimen dispuesto en la Ley 41/2002 continúa teniendo plena vigencia en este sector.

Desde esta perspectiva, como inmediatamente se verá, esta última contempla un régimen que, con carácter general, parte de lo que se ha venido a denominar “consentimiento por representación”, esto es, en el que corresponde decidir al representante (de no haberse procedido a la revisión de las medidas) o, en su caso, al sujeto vinculado, por razones familiares o de hecho. Tal sistema se aleja,

---

derecho, pues, a equivocarse)”. No obstante, no ocurre lo mismo con aquellos escenarios, por lo demás, cada vez más frecuentes dado el avance de la esperanza media de vida, en los que será necesario el recurso “a un sistema de adopción de medidas sustitutivas a través de la actuación de un representante legal que obre en nombre de la persona con discapacidad (curador con facultades de representación)”.

Más tajante se muestra CARRASCO PERERA, Á.: “Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978, 2021, al destacar que el legislador ha cometido “un desenfoque” (que no duda en catalogar de “parafernalia ideológica”) al no regular civilmente la capacidad “como un régimen relativo a la restricción de la capacidad de obrar”, toda vez que, como consecuencia, se producen “disparates” como el de Diógenes. Desde esta perspectiva, alaba la solución de la STS 8 septiembre 2021 al apuntar que se ha escogido “una vía peligrosísima para el funcionamiento del espurio sistema de apoyos diseñado por la ley 8/2021. No importa que Diógenes no quiera apoyos, porque su decisión procede precisamente de la deficiencia cognitiva que define su síndrome. Sigase por ahí y habremos dinamitado la parafernalia ideológica sobre la que se construye el nuevo sistema. De momento, no ha podido soportar el primer rejón que le mete el discreto Sr. Sancho Gargallo. Otros vendrán que le apuntarán”.

pues, del modelo de apoyos que proclama la Ley 8/2021 y se asemeja al que estaba vigente anteriormente.

A este respecto, al margen de la desfasada terminología (que, por lo demás, hubiera sido motivo suficiente para proceder a su reforma), determina dos reglas generales.

En el caso de la información, el artículo 5.2 de la Ley 41/2002, referido a la información, amplía los sujetos a los que se deben comunicar los datos relativos a la salud del paciente. En este sentido, señala que el usuario será informado, "incluso en caso de incapacidad, de modo adecuado a sus posibilidades de comprensión, cumpliendo con el deber de informar también a su representante legal".

Por lo que respecta al consentimiento y en la línea de lo destacado anteriormente, el artículo 9.3 a) y b) establece la necesidad de acudir a la representación cuando "el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación" y cuando "el paciente tenga la capacidad modificada judicialmente y así conste en la sentencia", respectivamente. Este inciso a la sentencia, que podía tener relevancia en relación con el régimen anterior a la Ley 8/2021 para evitar que se restringiera la voluntad de la persona con discapacidad en todos los sectores sin excepción, no parece tener encaje en el sistema de apoyos.

Estas previsiones se completan con los apartados 6 y 7 del mencionado artículo 9 de la Ley 41/2002. El primero de ellos prevé que el representante legal o las personas vinculadas por razones familiares o de hecho han de tomar la decisión atendiendo al mayor beneficio para la vida o salud del paciente. Si se detecta que este extremo no se cumple, se debe poner en conocimiento de la autoridad judicial para que "adopte la resolución correspondiente, salvo que, por razones de urgencia, no fuera posible recabar la autorización judicial, en cuyo caso los profesionales sanitarios adoptarán las medidas necesarias en salvaguarda de la vida o salud del paciente, amparados por las causas de justificación de cumplimiento de un deber y de estado de necesidad".

En todo caso, no se comprende adecuadamente el alcance de este precepto si, como se ha señalado anteriormente, el interés de la persona con discapacidad ha sido suprimido del ordenamiento jurídico, en la medida que ha sido sustituido por la promoción de su autonomía y libre autodeterminación.

Por su parte, el apartado 7 del mismo precepto<sup>32</sup> incorpora una regla para valorar y ponderar la situación y la participación de la persona con discapacidad.

32 Asimismo, la Disposición adicional cuarta de la norma indica que "El Estado y las Comunidades Autónomas, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, dictarán las disposiciones precisas para garantizar a

Dispone, en consecuencia, que el paciente participará, en la medida de lo posible, en la toma de decisiones en el proceso sanitario. Se acompaña, además, de la necesidad de que se ofrezcan las medidas de apoyo pertinentes para que la información sea comprensible para las personas con discapacidad, tratando de favorecer que consientan por sí mismos. De esta forma, el fin último ha de ser el respeto a la dignidad del paciente y se deberá buscar que intervenga en las decisiones.

Sea como fuere, este artículo no tiene el mismo alcance y contenido que la Ley 8/2021, pues se limita a “rebajar” el tenor literal del artículo 9.3 c) a través de una cláusula interpretativa, sin definir ni concretar, en suma, cómo se debe proceder por parte del profesional cuando se trate de un paciente con discapacidad.

En este punto, cabe pensar que el legislador, a pesar de la reforma producida por la Ley 8/2021, ha decidido restringir el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el campo sanitario. De hecho, esto último se confirma en algunas disposiciones como la Ley Orgánica 3/2021, así como del tratamiento ofrecido a la vacunación de personas con discapacidad ex STC 38/2023, de 20 de abril de 2023<sup>33</sup>.

No obstante, esta conclusión se ve alterada si atendemos a otras normas aprobadas. Es el caso, por ejemplo, de la antes citada Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo que, de forma expresa, alude a la posibilidad de acudir a estas prácticas.

Este hecho se agrava más, si cabe, por la STC 44/2023, de 9 de mayo<sup>34</sup> (así como en la en la STC 78/2023, de 3 de julio<sup>35</sup>), que, al resolver el recurso de inconstitucionalidad planteado frente a la mencionada Ley Orgánica 2/2010, reconoce un derecho fundamental de la mujer a interrumpir voluntariamente su embarazo, afirmando que esta decisión se encuentra amparada en la dignidad de

---

los pacientes o usuarios con necesidades especiales, asociadas a la discapacidad, los derechos en materia de autonomía, información y documentación clínica regulados en esta Ley”.

33 STC 38/2023, de 20 de abril de 2023 (Tol 9500943). En esta última, fijando doctrina al respecto, afirma que la ponderación judicial, atendiendo a la norma habilitante para la injerencia (art. 9.6 Ley 41/2002), fue adecuada. Para llegar a tal conclusión, estudia el Tribunal la evolución del derecho de autodeterminación y su vinculación con el derecho fundamental a la integridad física y moral (art. 15 CE). A tal efecto, se sirve de la mencionada STC 37/2011, de 28 de marzo (Tol 2084764) y de la reciente STC 19/2023, de 22 de marzo (Tol 9493276) para recordar que el precepto constitucional “protege la esencia de la persona como sujeto con capacidad de decisión libre y voluntaria, resultando vulnerado cuando se mediatiza o instrumenta al individuo, olvidando que toda persona es un fin en sí mismo”.

Para más información, *vid.* BARCELÓ DOMÉNECH, J.: “Vacunación de las personas mayores con discapacidad en el contexto de la pandemia de la Covid-19: comentario a la STC 38/2023, de 20 de abril”, en AA.VV.: *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (dir. por C. LÓPEZ SÁNCHEZ Y M. ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 193-220.

34 STC 44/2023, de 9 de mayo (Tol 9582039).

35 STC 78/2023, de 3 de julio (Tol 9653326).

la persona y en el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), y en el derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE).

Si se depara con detenimiento, existe una evidente disfuncionalidad en el ordenamiento jurídico español. No parece tener excesivo sentido que una persona con discapacidad no pueda prestar, con carácter general, su consentimiento informado en el ámbito sanitario y, sin embargo, pueda acceder a la interrupción voluntaria del embarazo. Esta última, además de ser una intervención médica, conlleva la eliminación de un bien jurídicamente protegido como es la vida prenatal.

Así las cosas, en el caso de las instrucciones previas encontramos una clara inconcreción, pues el artículo 11.1 de la Ley 41/2002 se limita a exigir que se trate de una persona "capaz y libre", sin mayor detalle. En este punto, por tanto, se plantea la cuestión relativa a si las personas con discapacidad pueden otorgar (así como modificar o revocar) estos documentos o si, por el contrario, disponen de una limitación en este campo (en atención a la regla general del artículo 9 de la Ley 41/2002).

Pues bien, consideramos que existen razones suficientes para aplicar una interpretación sistemática (correctora) de la Ley 41/2002 con base en el Convenio de Oviedo de 4 de abril de 1997, en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 y en la propia Ley 8/2021<sup>36</sup>. Máxime si tenemos en cuenta que el artículo 23.1 b) de esta última Convención establece "el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos".

Desde esta perspectiva, los pacientes con discapacidad deberán disponer tanto del derecho a la información como del posterior consentimiento, así como de la posibilidad de elaborar instrucciones previas, salvo excepciones. Sea como fuere, como en todos los sectores, ha de imponerse la lógica y coherencia. Así las cosas,

36 En esta línea, apunta TORRELLES TORREA, E.: "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*, núm. 3, 2022, p. 81, que "mientras las normas sanitarias no sean modificadas existe un problema", esto es, "una laguna axiológica sobrevenida, pues los nuevos principios no se corresponden con unas reglas preexistentes. Hay que decidir si la Ley 8/2021 deroga a las anteriores, o si éstas han de prevalecer por su carácter especial frente al Código civil. Creemos que mientras no se adapten dichas leyes al nuevo modelo, es necesario que estas normas se interpreten a la luz de la nueva regulación".

En igual sentido, alude a esta problemática ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos", en AA.VV.: *La protección de la salud frente al riesgo de contagio* (dir. por M.L. ARCOS VIEIRA, coord. por L. ELIZARI URTASUN), Bosch, Madrid, 2022, p. 350.

la mayor o menor participación del tercero que actúa como medida de apoyo y, por ende, de la persona con discapacidad, dependerá de la discapacidad de que se trate. Parece evidente que, por ejemplo, un sujeto que padezca un alzhéimer severo no podrá, por más que se quiera, tomar una decisión libre y consciente y precisará, en la mayoría de los casos, de una curatela representativa.

De hecho, incluso el artículo 9.7 de la Ley 41/2002 arbitra la intervención del paciente con discapacidad en la toma de decisiones del proceso sanitario “en la medida de lo posible” y, en consecuencia y de forma irremediable, existirán situaciones en las que no quepa favorecer su autonomía de la voluntad.

En este punto, estamos “obligados” a convivir con un régimen (el de la Ley 8/2021) que, sin duda, presenta grandes incógnitas y ofrece un sistema que, en ciertos casos, desprotege a quien, no se olvide, necesita apoyos. Por supuesto, estos apoyos han de ser acordes a las necesidades de la persona con discapacidad y, en muchos supuestos, serán verdaderamente promotores de su voluntad. Pero querer extender esta premisa sin limitaciones aparentes y sin herramientas de seguridad, puede generar consecuencias muy negativas. Por este motivo, los tribunales se están viendo obligados a realizar un esfuerzo desmesurado con tal de, de forma sutil, evitar la aplicación de la Ley 8/2021 con todas sus implicaciones.

Ciertamente, han existido situaciones poco respetuosas con los derechos de las personas con discapacidad al restringir todas las esferas de su vida y sin discriminar en función de la enfermedad que padecían. No obstante, este inconveniente ya se había solventado de forma razonablemente adecuada y, en todo caso, existía toda una escala intermedia de posibilidades antes de situarnos en el otro extremo.

A nuestro entender, las referencias de los artículos 5.2, 9.3 a) y b) y 11.1 de la Ley 41/2002 han de entenderse en el sentido de contar con la intervención de la medida de apoyo establecida para ese usuario. En este sentido, la mayor o menor intervención de los sujetos que apoyen a la persona con discapacidad dependerá del tipo discapacidad y de la medida adoptada (curatela, guardador de hecho, curatela representativa, etc.) y, en consecuencia, también este hecho modulará la toma de decisiones del paciente. En otras palabras, consiste en aplicar una lectura extensiva del artículo 9.7 de la ley 41/2002 y acudir caso por caso.

### **III. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS ANTE EL PASO DEL TIEMPO Y SU ACTUALIZACIÓN.**

Como se ha tenido ocasión de señalar, las instrucciones previas favorecen que el profesional pueda conocer cuál hubiera sido la opción clínica escogida por la persona si pudiera formular su consentimiento. Claro está, no obstante, que

se trata de un ejercicio probabilístico, pues no se puede conocer con certeza si, realmente, hubiese optado por tal alternativa. Y es, precisamente, en este punto donde se plantea un importante reto en el ámbito de las instrucciones previas<sup>37</sup>.

En este sentido, puede haber transcurrido un lapso temporal prolongado que, en teoría, podría derivar en dos situaciones. Por un lado, que el paciente hubiera cambiado de creencias, opiniones, ideología, etc. y, en consecuencia, su decisión también se hubiera modificado. A esto último, se puede objetar que no se trata de un documento definitivo y que el usuario bien podría haber efectuado las modificaciones que hubiera estimado oportunas. Siendo ello cierto, no se puede perder de vista que, en muchas ocasiones, el estado de salud se ve alterado de forma inesperada, imprevista y con gran celeridad, lo cual puede ser un impedimento para adaptar el documento a su verdadero pensamiento.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que los avances tecnológicos y, en general, la ciencia avanza a un ritmo demoledor. Desde esta perspectiva, es probable que se haya desarrollado nuevas terapias, intervenciones o medicamentos a los existentes al momento de elaborar las instrucciones previas o que, sencillamente, se hayan descartado otros por demostrarse inadecuados para la patología o dolencia concreta.

Sobre el particular, no cabe duda de que "se discute conceptualmente si realmente puede existir una voluntad anticipada, y si ésta debe entenderse válida y vigente quizás mucho tiempo después de haber sido otorgada. El argumento es que la persona cambia y genera dudas saber si la opinión del paciente, en caso de verse en la situación en la que se plantea una toma de decisiones, habría variado respecto al tiempo en que otorgó el DVA<sup>38</sup>".

Debido a lo anterior, la doctrina<sup>39</sup> sugiere que se revisen temporalmente para comprobar si se acomoda a la voluntad del sujeto o si, por el contrario, se ha producido una modificación de alguna circunstancia que aconseje su actualización mediante una modificación o revocación. Por ejemplo, se citan como factores a tener en cuenta cambios en la salud del paciente, la aparición de una nueva técnica de curación, un divorcio o la indisponibilidad de la persona nombrada como representante (a los que cabe añadir una reforma en el ordenamiento jurídico).

37 A este respecto, algunos autores diferencian entre la validez y eficacia de las instrucciones previas, y señalan que para "su validez y eficacia en la legislación española no se exige su renovación o ratificación, ni se determina plazo de caducidad". A este respecto, *vid.* CEBALLOS HERNANDEZ, M.A.: "Instrucciones previas en la Comunidad de Madrid: un documento dinámico", en: *Revista de Derecho UNED (RDUNED)*, núm. 28, 2021, p. 205.

38 TERRIBAS-SALA, N.: "El final de la vida y las voluntades anticipadas", en AA.VV.: *Bioética*, Universidad Autónoma del Estado de México/Gedisa, México, 2017, p. 50.

39 A este respecto, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., p. 124; "El documento", cit., pp. 139-140; FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Naturaleza y eficacia", cit., pp. 153-154; TUR FAUNDEZ, M.N.: "El documento", cit., p. 4871.

A este respecto, para evitar que “tengan un efecto desfavorable y se vuelvan en contra de los pacientes<sup>40</sup>”, se recomienda que sean documentos dinámicos en dos sentidos. De una parte, que reflejen la voluntad actual del paciente y que, en el caso de que exista un cambio de criterio sobre algún aspecto concreto, se modifique en este sentido. De otra parte, que no queden desfasados en atención al estado de la ciencia existente o en cuanto al representante designado (por ejemplo, por haber fallecido).

Es por ello por lo que proponemos, de *lege ferenda*, que se fije la revisión obligatoria de las instrucciones previas en periodos de tiempo razonables o, en la línea de otros países como Bélgica o Francia, se establezca una suerte de caducidad en cuanto a la eficacia y vigencia de los documentos (en el último país, es de cinco años), transcurrido el cual el usuario debe modificar, revocar o ratificar su voluntad<sup>41</sup>. De hecho, esta última postura fue acogida en la infructuosa Proposición de Ley Orgánica 122/000244 sobre disponibilidad de la propia vida, de 26 de enero de 1988, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto, que, en su artículo 2.2 añadía un nuevo artículo 10 bis en la Ley 14/1986 en los siguientes términos:

“En todo caso, merecerá la consideración de solicitud del paciente, en defecto de la que éste pueda formular en directa relación con el caso concreto o sus eventuales complicaciones, la declaración en tal sentido expresada por escrito ante notario por un mayor de dieciocho años con capacidad para consentir, de modo libre, sin que medie precio o recompensa y alusiva, aun de modo genérico pero inequívoco, a todos o parte de los tratamientos mencionados en el apartado anterior; una vez transcurridos treinta días desde su otorgamiento y no más de cinco años”.

Como se observa, disponía un plazo máximo de cinco años en cuanto a los tratamientos sanitarios incorporados en la denominada “declaración vital” para evitar, precisamente, los extremos indicados anteriormente.

Parte de la doctrina<sup>42</sup> se muestra contraria a esta previsión y entienden que la vigencia indefinida es la solución más adecuada, implementando, eso sí, “algunas

40 En este sentido, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., p. 125.

41 Así, MARCOS DEL CANO, A.: “La toma de decisiones al final de la vida: el Testamento vital y las indicaciones previas”, *Moralia*, núm. 92, 2001, pp. 498-518, propone que estos documentos sean modificados o ratificados cada cinco años. Igualmente, en MARCOS DEL CANO, A.: “Entre la vida y la muerte: la voz del paciente suscitadora de un diálogo integrador”, en AA.VV.: *Cuestiones de vida y muerte: perspectivas éticas y jurídicas en torno a nacer y el morir* (ed. lit por R. TRIVIÑO CABALLERO y D. RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN), Plaza y Valdés, Madrid, 2016, p. 151 se destaca que, tratándose de una declaración de voluntad muy peculiar y dependiente de diversas variaciones subjetivas, resulta preciso que se hagan revisiones. En la misma línea, pone de relieve SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: “Derecho e instrucciones previas”, *DS: Derecho y Salud*, núm. extra I, vol. 22, 2011, pp. 11-31 que “en aras de garantizar su aplicabilidad y eficacia es aconsejable su ratificación temporal: facultaría la interpretación y la aplicación de las instrucciones previas, evitaría incertidumbre e inseguridad jurídica a los profesionales y reforzaría la protección de la autonomía y los derechos del otorgante”.

42 Por todos, *vid.* FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Naturaleza y eficacia”, cit., p. 157.

cauteladas que resuelvan los problemas que se pudieran plantear”. Entre dichas cauteladas, incluye un régimen amplio de revocación del documento, sin necesidad de alegar justa causa y la aplicación del referido límite previsto en el artículo 11.3 de la Ley 41/2002.

Este último límite, se refiere a la posibilidad de no aplicar las instrucciones previas, por parte del profesional, cuando “no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas”. De tal forma que “cuando sea manifiesto que el paciente, sin haber revocado, modificado o sustituido el documento otorgado, ha cambiado de voluntad, le queda al equipo médico la posibilidad de «no aplicar» el documento”.

En todo caso, no se puede obviar que esta posibilidad presenta ciertas “dosis de discrecionalidad<sup>43</sup>” en cuanto a la valoración que lleva a cabo el médico. Para salvar este inconveniente, se alude a la previsión del artículo 11.3 de la Ley 41/2002, *in fine*, relativa a la necesidad de que quede “constancia razonada de las anotaciones realizadas con estas previsiones”, con la que se considera que se asegura un deber que evita el “abuso de discrecionalidad por parte del médico al aplicar esta cláusula<sup>44</sup>”.

Se trata, en suma, de acudir, en cierta medida, a la nulidad de las instrucciones previas cuando, en atención a lo previsto en la norma estatal y a la realidad del momento, quede patente y resulte notorio que no se corresponde con la voluntad del usuario del centro sanitario.

En otro orden de cosas, se ha planteado la posibilidad de establecer unas instrucciones previas con carácter irrevocable. Como señala LÓPEZ SÁNCHEZ<sup>45</sup>, no se trata de un poder “duradero” ( *durable* ), ya que mientras el “un  *durable power of attorney*  o un  *health care proxy*  concede poder a un representante que sobrevivirá al otorgante incapaz”, un “documento irrevocable no puede ser modificado incluso aunque el sujeto que lo otorgó tenga capacidad para hacerlo”. A nuestro parecer, en la línea de lo previsto en el artículo 11.4 de la Ley 41/2002 que recoge la revocabilidad del documento, consideramos que, en principio, no tiene cabida este extremo en el ordenamiento jurídico español.

#### IV. LOS REQUISITOS FORMALES.

En este momento, corresponde que nos refiramos a una última cuestión, como es la relativa a las vías y formalidades para otorgar (y, por extensión, para

43 A este respecto, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., p. 125.

44 FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: “Naturaleza y eficacia”, cit., p. 157.

45 *Testamento vital*, cit., p. 126.

ratificar, modificar y revocar) las voluntades anticipadas. Sobre esta problemática y ante el silencio del legislador nacional (que se limita a exigir el carácter escrito), las comunidades autónomas han regulado de distinta forma la problemática relativa a la forma exigida para, en definitiva, asegurar que se trata de un documento válidamente emitido por el titular. La Ley 41/2002 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 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).

Desde nuestra perspectiva, la única referencia al carácter escrito, ciertamente, puede suponer una medida insuficiente, ya que no garantiza la autenticidad de la declaración de voluntad emitida<sup>46</sup>. En todo caso, de todas las vías contempladas por las comunidades, quizás la más conflictiva es la referida a la redacción de estos documentos frente a testigos. En este sentido, por más que se establezcan cautelas relativas a la ausencia de relación con el paciente (que responden a la posible existencia de presiones externas), consideramos que no son suficientes.

A este respecto, uno de los controles que cobran más relevancia es el que se ocupa de la emisión de una voluntad libre, voluntaria y consciente; en suma, con capacidad suficiente. Y la determinación de un número de personas (dos o tres, generalmente) no asegura, de ningún modo, que se incorpore un sistema adecuado de revisión de estas disquisiciones. Además, estas problemáticas adquieren especial importancia cuando se trata de pacientes menores de edad o con discapacidad, pues el examen ha de realizarse *ad casum*.

De hecho, tampoco existen certezas acerca de la autenticidad de la propia firma y se plantea un conflicto evidente para el profesional que debe aplicar un

46 En este sentido, para MOSCOSO TORRES, R.M.: "El documento", cit., pp. 7-8, "la sola exigencia de que las instrucciones previas consten por escrito, puede constituir una limitación insuficiente, pues un escrito que contenga una declaración de voluntad vital anticipada no garantiza por sí solo la autenticidad de la declaración si no está revestido de garantías adicionales. Con ese único requisito de que la declaración conste por escrito se plantearían múltiples problemas en la práctica, pues los profesionales sanitarios deberían averiguar si los escritos que se le presentan han sido realmente suscritos por los pacientes que van a tratar, por lo que es patente la necesidad de establecer otras garantías formales, encaminadas a asegurar esa autenticidad o certeza de la declaración".

Por este motivo, las comunidades, lejos de limitarse a regular procedimientos "de garantía de cumplimiento, han regulado procedimientos de emisión de estas declaraciones, dando lugar a diecisiete regulaciones distintas que, aunque muy parecidas, también presentan sus diferencias, lo que en una sociedad con una movilidad personal cada vez más creciente no resulta aconsejable en aras a la seguridad jurídica".

documento en el que no participó e, incluso, siendo posible que no se encuentren presentes los testigos en dicho momento.

Para parte de la doctrina<sup>47</sup>, este inconveniente se solventaría con la garantía adicional de la inscripción en el Registro para su eficacia, pues el funcionario encargado del Registro verificaría la autenticidad de las firmas y el cumplimiento de los requisitos formales. Sin embargo, siendo ello cierto con respecto a las exigencias de carácter formal, no parece que pueda concluirse igual en relación con los requisitos “de fondo” de la emisión de la voluntad, esto es, la inexistencia de presiones externas o la acreditación de capacidad suficiente para entender las consecuencias.

Sea como fuere, salvando las distancias, podemos realizar una suerte de analogía con lo dispuesto para los testamentos abiertos en los que permite, con carácter excepcional, el otorgamiento únicamente ante testigos en casos de peligro inminente de muerte o de epidemia (*vid.* arts. 700 y 701 CC), pero, eso sí, con el control judicial *a posteriori*. En todo caso, como apunta MOSCOSO TORRES<sup>48</sup> se podrían generar situaciones conflictivas de no fácil solución si alguna de las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho no lo aprueban.

Otro de los procedimientos recogidos en algunas normativas autonómicas es el realizado ante los funcionarios de los servicios de salud (generalmente, el encargado del Registro, como ocurre en Navarra) de dichas regiones. En este supuesto, es imprescindible que las regulaciones establezcan de forma detallada las funciones que se atribuyen a la hora de revisar que se trata de una voluntad adecuada. Como hemos destacado, entendemos que el control que pueden efectuar se encuentra limitado, toda vez que no se requiere que tengan una formación específica (por ejemplo, en el ámbito sanitario). Máxime si tenemos en cuenta que, en muchos casos, el paciente se limita a cumplimentar un formulario redactado previamente.

Así las cosas, a nuestro entender la opción más adecuada es la intervención del notario, toda vez que, dado el carácter íntimo de estos documentos, es imprescindible que se incorpore un sistema que garantice la identidad, capacidad y conocimiento del paciente<sup>49</sup>. Con respecto al juicio (o calificación) de capacidad, como pone de relieve TORRES ESCÁMEZ<sup>50</sup>, es una declaración que realiza el notario (en todas las escrituras y en algunas actas, generalmente al finalizar la comparecencia y

47 MOSCOSO TORRES, R.M.: “El documento”, *cit.*, p. 12.

48 “El documento”, *cit.*, pp. 12-13.

49 En este sentido, *vid.* LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, *cit.*, p. 111. Igualmente, *vid.* RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad”, *RJNot.*, núm. 26, pp. 375-376; SAPENA DAVÓ, F.: “Documento de voluntades...”, *cit.*, p. 66.

50 “Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad”, *RJNot.*, núm. 34, 2000, pp. 211-212. En palabras de GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Derecho notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976, p. 530, estamos

con anterioridad a la calificación del acto) cuya finalidad es expresar la creencia de que los otorgantes disponen de las condiciones de aptitud e idoneidad para que el acto o negocio produzca sus efectos normales<sup>51</sup>.

Sobre la preferencia de la escritura pública (frente a las actas de manifestaciones), parte de la doctrina<sup>52</sup> considera que, a pesar de ser ambos admisibles, la primera es el documento más apropiado, criterio que consideramos acertado. A este respecto, así se deduce del propio tenor literal del artículo 144 párrafo segundo del Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado que establece, que las “escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases”.

Por su parte, a las actas notariales les incumbe “la constatación de hechos o la percepción que de los mismos tenga el notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones” (art. 144 párrafo cuarto del Decreto de 2 de junio de 1944).

Y es que, la función del notario no es equivalente en ambos instrumentos, pues mientras en las escrituras da fe de hechos que percibe y recoge declaraciones de voluntad a las que conforma, legaliza y da forma pública, sin embargo, en las actas, si excepcionalmente recoge manifestaciones de voluntad, no las conforma, legaliza ni les da forma pública<sup>53</sup>.

---

ante “un acto o juicio personal que no pertenece al *juxta verum dictum* de la fe pública, sino más bien, al principio de legalidad; *juxta legem actum*”.

Por su parte, destaca MOSCOSO TORRES, R.M.: “El documento”, cit., p. 8 que “si lo que se quiere garantizar es que no haya duda de que una declaración ha sido emitida por una persona identificada tal y como se contempla en un determinado documento, nada más lógico que otorgarla ante Notario, que además de dar fe, es un profesional especializado en apreciar bajo su responsabilidad la capacidad del otorgante, en indagar su voluntad y en plasmarla documentalmente, garantizando al mismo tiempo el secreto de las declaraciones que recibe y de los documentos que custodia”.

51 En este sentido, PÉREZ GALLARDO, L.: “Diez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: Un intento de posibles respuestas”, *Revista de Derecho*, núm. 17, 2014, p. 156, considera que cuando un acto o negocio “se instrumenta por notario, la sola intervención de éste para la autorización del documento, le dota de certidumbre y de autenticidad a su contenido. Tal certidumbre, implica, ante todo, que el notario se ha cerciorado del discernimiento de los comparecientes, al menos ha apreciado en ellos capacidad de querer y entender lo que pretenden concertar”.

De hecho, para DE VELASCO, A.: *Derecho notarial. Con algunos formularios*, Reus, Madrid, 1941, p. 517, “entre todos los problemas que plantea al Notario la autorización de un instrumento, ninguno es de tanta importancia y trascendencia como la apreciación de la capacidad de las personas que en ellos han de intervenir, al extremo que, fijada aquélla, el resto no suele ofrecer dificultades o las presenta de escaso valor”.

En esta línea, pone de relieve DE SALAS MURILLO, S.: “Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración”, *ADC*, tomo LXIII, fasc. I, 2010, p. 695, que “la aseveración respecto de la capacidad del otorgante constituye una poderosa presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario”.

52 LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: *Testamento vital*, cit., p. 112.

53 En este sentido, *vid.* ÁVILA ÁLVAREZ, P.: *Derecho notarial*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 34.

Además, destaca MOSCOSO TORRES<sup>54</sup>, de forma acertada a nuestro entender, que el notario podría requerir la presencia de testigos para reforzar el juicio de capacidad, “lo que puede tener base nuevamente en la analogía con el artículo 697.3 del Código Civil cuando regula la intervención de testigos en los testamentos”.

A pesar de ello, destaca TORRES ESCÁMEZ<sup>55</sup>, que el notario no expide certificados de “integridad mental”, sino que se limita a constatar un hecho sobre el que ofrece una opinión. Así las cosas, ya la STS 21 marzo 1952<sup>56</sup> estableció, de forma indubitada, que “la fe pública ampara la creencia del fedatario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que no lo sea, por tratarse de una apreciación psíquica y no de un hecho que se exteriorice por signos perceptibles para el jurista, pues para constatar la veracidad en estos casos, suelen ser precisos los conocimientos propios del psiquiatra”.

Por todo lo anterior, desde nuestra perspectiva, la Ley 41/2002 debería fijar, como criterio uniforme para todo el territorio español, varios aspectos. En primer lugar, el carácter escrito de las instrucciones previas estableciendo, como forma única, la intervención del notario a través de la escritura pública. No obstante, como quiera que el juicio de capacidad tiene sus limitaciones, lo ideal sería que se conjugase este sistema con la asistencia de un profesional sanitario, de tal suerte que la evaluación se realizara, cuando fuera posible, por una suerte de “comisión” (jurídico-médica).

Asimismo, en última instancia, se produciría un control *ex post* por parte del funcionario encargado del Registro correspondiente (nacional o autonómico) como último filtro antes de su inscripción. Igualmente, la relevancia de estos registros estriba en que es preciso que, una vez otorgadas las instrucciones previas, llegue a conocimiento de los profesionales sanitarios que han de aplicarlo, pues de lo contrario no tendría eficacia. El problema radica, como se señaló, en el ámbito competencial autonómico, pues, en principio, no cabe atribuir efectos jurídicos.

Con carácter complementario y excepcional, cabe admitir que, en casos de riesgo de fallecimiento inminente, se otorgue por escrito ante la presencia de testigos (entre los que podría ser adecuada la participación del profesional, tal y como prevé la Comunidad de Madrid para las situaciones de riesgo vital) e, incluso, de forma verbal.

---

54 “El documento”, cit., p. 17.

55 “Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad”, *RJNot.*, núm. 34, 2000, pp. 218-220.

56 STS 21 marzo 1952 (RJ 1952, 504).

## BIBLIOGRAFÍA

ALGARRA PRATS, E.: BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Custodia compartida y mediación familiar en el derecho civil valenciano: criterios para la determinación del interés del menor", *Actualidad jurídica iberoamericana*, núm. 2, 2015, pp. 789-796.

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "La declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas", en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, vol. I, 2004, pp. 169-194.

ARNAU MOYA, F.: "Aspectos polémicos de La ley 8/2021 de medidas de apoyo a las personas con discapacidad", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, 2022, p. 537 y pp. 554-555.

ÁVILA ÁLVAREZ, P.: *Derecho notarial*, Bosch, Barcelona, 1990.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Minoría de edad y donación de órganos de personas vivas: estado de la cuestión en Derecho español", *Revista da ESMAL*, Maceió, AL, núm. 1, 2016, pp. 7-23.

BARCELÓ DOMÉNECH, J.: "Vacunación de las personas mayores con discapacidad en el contexto de la pademia de la Covid-19: comentario a la STC 38/2023, de 20 de abril", en AA.VV.: *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (dir. por C. LÓPEZ SÁNCHEZ y M. ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 193-220.

BERNAD MAINAR, R.: "Algunas precisiones sobre el documento de voluntades anticipadas", *icade. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 75, 2008, pp. 337-360.

BERROCAL LANZAROT, A.I.: *Autonomía, libertad y testamentos vitales*, Dykinson, Madrid, 2009.

CARRASCO PERERA, Á.: "Diógenes en el basurero (de la reforma civil de la discapacidad)", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 978, 2021.

CEBALLOS HERNANDEZ, M.A.: "Instrucciones previas en la Comunidad de Madrid: un documento dinámico", *Revista de Derecho UNED (RDUNED)*, núm. 28, 2021, pp. 197-227.

CHAPARRO MATAMOROS, P.: "El aborto a petición de las menores de edad tras la entrada en vigor de la LO 1/2023, de 28 de febrero, que modifica la LO 2/2021, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo", en AA.VV.: *La minoría de edad como factor de vulnerabilidad: desafíos*

presentes y futuros en el ámbito del Derecho privado (dir. por J. MARTÍNEZ CALVO), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 145-171.

CUENCA GÓMEZ, P.: "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*, núm. 10, 2012, pp. 61-94.

DE DIOS DE LOS VALLES, R.: "Los profesionales sanitarios y las instrucciones previas", *RqR Enfermería Comunitaria*, n.º 3, vol. 3, 2016, pp. 44-51.

DE SALAS MURILLO, S.: "Hacia un estatuto de la persona con discapacidad intelectual: criterios de valoración", *ADC*, tomo LXIII, fasc. I, 2010, pp. 677-717.

DE VELASCO, A.: *Derecho notarial. Con algunos formularios*, Reus, Madrid, 1941.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "El consentimiento de los menores e incapacitados a las intromisiones de los derechos de la personalidad", *AJL*, núm. 1, 2014, pp. 35-43.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad a la luz de la reciente jurisprudencia sobre la materia", *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022.

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: "Primeras resoluciones judiciales aplicando la Ley 8/2021, de 2 de junio en materia de discapacidad", *Diario La Ley*, núm. 10168, 2022.

DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: "Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir", en AA.VV.: *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (coord. por C. TOMÁS-VALIENTE LANUZA), Marcial Pons, Madrid, 2021, pp. 119-153.

ELIZARI URTASUN, L.: "Reconsideración de la vacunación de adultos vulnerables: de la vacunación forzosa al consentimiento informado con apoyos", en AA.VV.: *La protección de la salud frente al riesgo de contagio* (dir. por M.L. ARCOS VIEIRA, coord. por L. ELIZARI URTASUN), Bosch, Madrid, 2022, pp. 347-389.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A.: "Naturaleza y eficacia de los documentos de instrucciones previas", *Ius et Scientia*, núm. 1, vol. 3, 2017, pp. 150-160.

GIMÉNEZ ARNAU, E.: *Derecho notarial*, Ediciones Universidad de Navarra, Pamplona, 1976.

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

LÓPEZ SÁNCHEZ, C.: "El documento de instrucciones previas y la prestación de ayuda para morir", en AA.VV.: *Derecho y salud: retos jurídicos actuales* (dir. por C. LÓPEZ SÁNCHEZ Y M. ORTIZ FERNÁNDEZ), Aranzadi, Navarra, 2023, pp. 133-165.

MARCOS DEL CANO, A.: "La toma de decisiones al final de la vida: el Testamento vital y las indicaciones previas", *Moralia*, núm. 92, 2001, pp. 498-518.

MARCOS DEL CANO, A.: "Entre la vida y la muerte: la voz del paciente suscitadora de un diálogo integrador", en AA.VV.: *Cuestiones de vida y muerte: perspectivas éticas y jurídicas en torno a nacer y el morir* (ed. lit por R. TRIVIÑO CABALLERO Y D. RODRÍGUEZ-ARIAS VAILHEN), Plaza y Valdés, Madrid, 2016, pp. 137-155.

MARTÍNEZ GARCÍA, C, DEL MORAL BLASCO, C.: *et al.: Guía para la evaluación y determinación del interés superior del niño*, Save the children, Universidad Pontificia Comillas, Cátedra Santander de Derecho y Menores, 2017.

MARTÍNEZ NAVARRO, J.A.: "La eutanasia y su incidencia en los derechos del paciente", *Revista catalana de dret públic*, núm. 63, 2021, pp. 198-215

MARTÍNEZ-PUJALTE, A. L.: *Derechos fundamentales y discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2015.

MOSCOSO TORRES, R.M.: "El documento de instrucciones previas: límites formales y apreciación de la capacidad", pp. 15-16 [consultado el 01.10.2024]. Disponible en: [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)

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "El menor maduro ante el Derecho", *Eidon: revista de la fundación de ciencias de la salud*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.

PÉREZ GALLARDO, L.: "Díez interrogantes sobre el juicio notarial de capacidad: Un intento de posibles respuestas", *Revista de Derecho*, núm. 17, 2014, pp. 153-183.

RIVAS MARTÍNEZ, J.J.: "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", *RJNot.*: núm. 26, pp. 123-380.

ROSENVALD, N.: "A tomada de decisão apoiada", *Cadernos da Lex Medicinæ (Saúde, novas tecnologias e responsabilidades)*, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, núm. 4, vol. II, 2019, pp. 381-394.

SEOANE RODRÍGUEZ, J.A.: "Derecho e instrucciones previas", *DS: Derecho y Salud*, núm. extra I, vol. 22, 2011, pp. 11-31.

TERRIBAS-SALA, N.: "El final de la vida y las voluntades anticipadas", en AA.VV.: *Bioética*, Universidad Autónoma del Estado de México/Gedisa, México, 2017, pp. 41-58.

TORRELLES TORREA, E.: "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*, núm. 3, 2022, pp. 76-113.

TORRES ESCÁMEZ, S.: "Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad", *RJNot.*, núm. 34, 2000, pp. 205-248.

TUR FAÚNDEZ, M.N.: "El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico", en AA.VV.: *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, (coord. por J.M. GONZÁLEZ PORRAS y F.P. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Tomo II, Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, Murcia, 2004, pp. 4865-4886.