

Noticias de Tesis

La naturaleza jurídico-constitucional de las instrucciones previas

Autor: Federico de Montalvo Jääskeläinen

Directora: Dra. María Isabel Álvarez Vélez

Fecha de defensa: 2 de julio de 2008

I. Justificación, relevancia y objetivo de la investigación

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, ha supuesto la incorporación a nuestro ordenamiento de una nueva figura sin precedente alguno en nuestra tradición jurídica: las instrucciones previas. La figura originariamente procede del Derecho norteamericano, donde recibe una denominación distinta de la que se utiliza por el legislador en nuestro país: testamento vital. Sin embargo, no es la primera figura a aplicar en el ámbito sanitario que pro-

cede del Derecho norteamericano y que incorporamos. La misma se inserta dentro de un proceso general de recepción de la cultura jurídica norteamericana en lo que afecta, principalmente, a los derechos y libertades de los pacientes. A este respecto, el precedente de mayor impacto viene constituido por la figura del consentimiento informado como expresión en el ámbito sanitario del principio de autonomía que preside ahora la relación médico-paciente.

El artículo 11 de la Ley define las instrucciones previas como el “*documento por el que una persona, mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud*”. Se trata, a la vista de dicho tenor literal, de una manifestación de voluntad, recogida en forma necesariamente escrita, que viene referida, principalmente, a los tratamientos o cuidados médicos que un sujeto quiere o no reci-

bir cuando se encuentre en una situación de incapacidad. Por lo tanto, el mencionado artículo 11 recoge, aunque no define, un derecho subjetivo que cobra verdadera virtualidad en el ámbito sanitario y en relación con el proceso de morir.

Además, dado el carácter básico de la Ley, la figura ha sido también objeto de regulación y desarrollo por parte de las Comunidades Autónomas.

La incorporación de las instrucciones previas al ordenamiento tanto estatal como autonómico ha determinado que la figura reciba atención por parte de la doctrina. Además, el debate acerca de la despenalización de la eutanasia ha incrementado el interés por las instrucciones previas, en la medida que las mismas puedan ser cauce de expresión de la voluntad eutanásica del sujeto cuando no pueda manifestarla ya contemporáneamente.

Sin embargo, la mayoría de los trabajos doctrinales sobre las instrucciones no han entrado a valorar cuál es la naturaleza jurídica del derecho que se ejerce cuando se emiten las instrucciones previas y, un problema directamente relacionado con dicha cuestión, cuál es el grado de eficacia de las mismas. Incluso, los escasos trabajos que sí abordan dicha cuestión lo hacen, a nuestro modo de ver, de manera no acertada, atendiendo a una comprensión sistemática de nuestro orden constitucional, ya que conectan las instrucciones previas con el derecho a autorizar o rechazar el tratamiento, convirtiendo a las mismas en una especie de consentimiento prospectivo. El paciente no sólo puede decidir

acerca del tratamiento y cuidados cuando es capaz, sino también cuando haya perdido la capacidad, pero deje expresada con anterioridad su voluntad.

Esta posición es, según nuestro parecer, errónea, ya que: a) ni se ajusta a la interpretación que del derecho a la vida se recoge por la doctrina constitucional; b) ni responde al tratamiento que ha merecido en nuestro Derecho, fundamentalmente civil, la autonomía de voluntad prospectiva y los límites legales a la misma.

En definitiva, pese a que existen ya trabajos científicos que estudian las instrucciones previas, creemos que el presente trabajo se encontraba plenamente justificado en la medida que no se ha abordado la naturaleza jurídica del derecho que fundamenta a las mismas desde el plano constitucional. La Ley de autonomía del paciente establece una garantía, pero no el derecho subjetivo del que nace la misma.

Además, la Ley de autonomía del paciente incurre en un segundo elemento de confusión al hacer una mención literal a los cuidados y tratamientos de forma general. No se especifica si dichos cuidados y tratamientos a los que el paciente puede negarse con el documento de instrucciones previas son únicamente los cuidados y tratamientos al final de la vida, cuando se ha traspasado la frontera entre el curar y cuidar (enfermedad terminal, irreversible, etc.) o, por el contrario, es cualquier cuidado o tratamiento, con independencia de que existan o no posibilidades de curación o de reversibilidad de la situación clínica.

Tal ausencia de definición y, por ende, de claridad en la norma reviste especial interés porque, y así ha ocurrido en algún caso reciente, se puede incurrir en el error de aplicar las instrucciones previas fuera del ámbito de los tratamientos y cuidados médicos al final de la vida, como extensión de los efectos del consentimiento informado a momentos en los que el paciente no tenga capacidad. Incluso, resulta ciertamente revelador el hecho de que la mayoría de los documentos de instrucciones previas que se han emitido y registrado en nuestro país vengán referidos, no a los tratamientos y cuidados que se desean recibir al final de la vida, sino como mera expresión del rechazo de determinados tratamientos cuando el paciente carezca de la capacidad para expresar su rechazo. La mayoría de los documentos de instrucciones previas han sido elaborados por miembros de los Testigos de Jehová, siendo la finalidad del documento el rechazo a recibir una transfusión de sangre cuando el sujeto se encuentre privado de capacidad para emitir su parecer. Los documentos inscritos conectan más con una fórmula de consentimiento prospectivo que con una garantía frente al encarnizamiento terapéutico.

Por lo tanto, la Ley de autonomía del paciente incurre en indeterminación semántica (normativa), al no hacer explícito de manera exhaustiva el conjunto de sus significados y por ende plantea el problema de determinar si las instrucciones previas guardan relación con los cuidados o tratamientos al final de la vida o constituyen una expresión más del derecho a rechazar el trata-

miento del que son titulares los pacientes. La definición del derecho subjetivo que les sirve de sustento jurídico-constitucional nos permitirá situar a las instrucciones previas en su verdadero contexto. ¿Cuál es este derecho subjetivo? A nuestro modo de ver, el derecho que fundamenta las instrucciones previas no es el derecho a rechazar el tratamiento como expresión del consentimiento informado, sino el derecho a una muerte digna, entendida ésta como derecho a decidir una muerte sin dolor y sin extralimitación del esfuerzo terapéutico. Se trata de derechos autónomos y con efectos y consecuencias bien distintas, sobre todo, en lo que viene referido a la fuerza vinculante de ambos.

En definitiva, el análisis de las instrucciones previas en nuestro ordenamiento jurídico reviste sustancial importancia y creemos que justifica una investigación acerca de las mismas por los siguientes motivos que acabamos de exponer y que ahora resumimos:

- 1.º No existe un análisis de la naturaleza jurídica de las instrucciones previas ni del derecho que las fundamenta desde la perspectiva del Derecho constitucional, lo que resulta esencial en la medida que la Constitución constituye el marco en el que ha desarrollarse nuestra convivencia.
- 2.º La regulación jurídica de las instrucciones previas se muestra confusa, tanto en lo que se refiere al derecho que las fundamenta como a su contenido y eficacia.
- 3.º La regulación jurídica de las instrucciones previas y la interpretación que

la mayoría de la doctrina ha hecho de las mismas se contradice no sólo con el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico ha otorgado en general a la voluntad prospectiva, sino también con la doctrina constitucional acerca del derecho a la vida y, en concreto, sobre el derecho a disponer de la propia vida.

- 4.º La incorrecta interpretación del fundamento de las instrucciones previas puede suponer una despenalización indirecta de la eutanasia activa directa fuera del procedimiento normativo que exige nuestro Estado democrático de Derecho.
- 5.º Las instrucciones previas están teniendo muy escasa repercusión social, como ya ocurriera con el testamento vital en los Estados Unidos, por lo que la figura es posible que genere conflictos en la relación médico-paciente, sin aportar verdaderas soluciones al problema de los cuidados y tratamientos al final de la vida. Además, el riesgo que presenta tal fracaso proviene de la actitud que adopten los poderes públicos con el fin de soslayarlo, sobre todo, si la superación del fracaso se haga a costa de ampliar los efectos y el ámbito de aplicación de las instrucciones previas, por meras razones de conveniencia política, ajenas a la interpretación sistemática y coherente de nuestro ordenamiento jurídico.

Nuestro objetivo de investigación principal ha sido determinar cuál es el derecho en el que se fundamenta el documento de instrucciones previas y,

en concreto, si puede afirmarse que su fundamento no reside en el derecho a rechazar el tratamiento o cuidados, sino en el derecho a morir con dignidad, lo que determina que las instrucciones previas vienen referidas única y exclusivamente a las fases finales de la vida.

Hemos renunciado a otras cuestiones también importantes y que afectan a la regulación de las instrucciones previas en nuestro ordenamiento estatal y autonómico, como los problemas relacionados con los representantes, los efectos del registro del documento o el interesante tema del menor maduro como titular del derecho. Ello hubiera hecho el trabajo prácticamente inabarcable, dado que las cuestiones a analizar hubieran sido excesivas, teniendo en cuenta, además, que en nuestro debate no sólo hay varios conceptos jurídicos diferentes, muchos de ellos propios de otras ramas del Derecho, sino, además, muchos conceptos y elementos metajurídicos.

En todo caso, creemos que hemos acertado acotando nuestro trabajo a los extremos apuntados porque el principal problema que desde un punto de vista jurídico plantea la figura de las instrucciones previas es la del derecho que sirve de fundamento a las mismas. Este es un problema que debe ser tratado prioritariamente a cualquier otro que pueda incidir en la figura.

II. Fuentes utilizadas y método de trabajo

El desarrollo de este trabajo de investigación ha exigido que queden integrados y armonizados conceptos propios del Derecho y conceptos que trascienden al

mismo. A la hora de determinar cuál es la naturaleza jurídico-constitucional del derecho en el que se fundamentan, hemos acudido a conceptos ajenos al Derecho pero que, necesariamente deben informar al mismo, tales como la muerte, los cuidados paliativos, el dolor, etc. En este mismo sentido, los principios y conceptos desarrollados desde la Bioética han merecido un papel importante en nuestro discurso, y ello, no sólo porque la mayoría de trabajos acerca de la figura objeto de análisis se hayan realizado desde dicho ámbito del conocimiento, sino, porque tales principios y conceptos acaban conformando en muchas ocasiones el mundo jurídico.

En relación con esta última cuestión, nuestro discurso ha tratado de evitar dicha confusión, muy común en algunos autores procedentes, sobre todo, del ámbito de la medicina y de la Bioética. La conexión metodológica y, en ocasiones, conceptual que existe entre Bioética y Derecho no supone, en modo alguno, identificar moral y Derecho. Consideramos que la reflexión moral en ámbitos como la relación médico-paciente resulta ineludible, pero ello no debe llevar al error de confundir norma con moral. Se mezcla, en definitiva, la moralidad, de la que pueden deducirse pretensiones justificadas, con el Derecho que supone la existencia de un ordenamiento coactivo y eficaz.

Además, no debemos olvidar que el Derecho nace para ser aplicado en el marco de una realidad determinada y que dicha realidad debe ser tenida en consideración. La apertura constitucional entraña una apertura cognitiva del

sistema jurídico hacia la realidad que es objeto de su formación, lo cual es especialmente relevante en materia de derechos fundamentales. Hay una relación constante de conocimiento del sistema jurídico con el medio social, porque es esencial para su eficacia saber concretar cuáles son las expectativas sociales que quedan garantizadas en los enunciados iusfundamentales. Por lo tanto, el contexto social forma parte de la teoría de la Constitución que se encierra en el texto constitucional.

El objetivo del trabajo ha sido analizado principalmente desde dos ramas del Derecho, el Derecho constitucional y la Filosofía del Derecho, aunque también hemos acudido al Derecho penal (régimen penal de la eutanasia) y al Derecho civil (régimen contractual de la autonomía de voluntad y autotutela). El Derecho constitucional constituye el núcleo fundamental de nuestro trabajo, ya que el objeto de investigación entronca directamente con lo que constituye el fundamento principal o la esencia de los derechos fundamentales y libertades públicas, la dignidad humana, el derecho a la vida y la libertad ideológica y personal.

III. Estructura

Las principales cuestiones que se abordan en la tesis son las siguientes:

En el capítulo primero hacemos un análisis de la regulación normativa de las instrucciones previas en nuestro país y cuáles han sido las diferentes normas que han ido incorporando previsiones

acerca de la figura, tanto a nivel estatal como autonómico. Analizamos también el concepto de instrucciones previas, con el fin de determinar cuáles son sus diferencias, si existen, con la figura originaria del testamento vital y también se determinará si la regulación estatal y autonómica recogen la misma figura.

En el capítulo segundo abordamos el fundamento de las instrucciones previas y, en concreto, los dos elementos que han provocado la aparición de la figura con carácter general: el paradigma de la autonomía de voluntad, es decir, el cambio en la relación médico-paciente mediante la transferencia de la capacidad de decisión al paciente, y la aparición del encarnizamiento terapéutico.

En el capítulo tercero se analiza el origen normativo de las instrucciones previas, con el fin de valorar si las mismas constituyen una garantía de los derechos de los pacientes o, por el contrario, como ocurre con otras figuras procedentes del denominado Derecho sanitario, un mero instrumento de medicina defensiva. Tal determinación posee importancia, porque la experiencia nos informa de que las figuras que constituyen a la postre instrumentos de medicina defensiva provocan más conflictos que soluciones.

En el capítulo cuarto se trata la relación de las instrucciones previas con la despenalización de la eutanasia activa directa, conexión que vemos ineludible, y que, además, cobra especial relevancia en nuestro país, dados los términos confusos con los que nuestro ordenamiento jurídico define el documento de instrucciones previas.

En el capítulo quinto se aborda el evidente fracaso de la figura tanto en nuestro país como en su país de origen, valorando cuáles han sido las razones de dicho fracaso y las medidas adoptadas para salvar el mismo.

En el capítulo sexto se inicia el estudio de la naturaleza del derecho del que son garantía las instrucciones previas, comenzando por la determinación del concepto constitucional de derecho a la vida y, en especial, si tal derecho posee o no contenido negativo.

En el capítulo séptimo se aborda el derecho a la muerte digna y cuál es su significado en nuestro ordenamiento constitucional, sobre todo, en el conflicto que desde el ámbito de la dignidad se produce entre vida y libertad.

Finalmente, en el capítulo octavo se analiza la naturaleza jurídica del derecho que se garantiza a través del documento de instrucciones previas y se justifica nuestra postura de considerar que las instrucciones constituyen un instrumento del derecho a la muerte digna como derecho a no sufrir encarnizamiento terapéutico o sobreesfuerzo terapéutico y dolores o padecimientos innecesarios en el final de la vida.

Para terminar, se recogen las conclusiones del trabajo de investigación.

IV. Conclusiones

La posición que hemos mantenido a lo largo del trabajo de investigación se fundamenta en una visión sistemática tanto de la propia regulación jurídica de los derechos de los pacientes como del propio ordenamiento constitucional. Tal

visión sistemática informa a favor de que el fundamento de las instrucciones previas radica, no en el derecho a autorizar o rechazar el tratamiento (consentimiento informado), sino en el derecho a la muerte digna, entendida ésta como derecho a no sufrir extralimitación o sobreesfuerzo terapéutico y derecho a una muerte sin dolor.

A favor de nuestra posición entendemos que informa la propia doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la vida. El Tribunal Constitucional no ha abordado de forma directa ni la figura del testamento vital ni los problemas constitucionales que suscitan los tratamientos y cuidados al final de la vida y, en especial, los que vienen referidos a la despenalización de la eutanasia activa directa. Sin embargo, sí se ha pronunciado acerca del derecho a la vida y, en especial, si dicho derecho contiene o no una esfera negativa que permita al sujeto disponer de la propia vida. Así, puede extraerse de su doctrina que no existe un derecho a morir que forme parte del derecho a la vida. La autodeterminación proyectada sobre la propia vida o la aceptación de la muerte incumbe a la libertad del individuo, siendo manifestación de su *agere licere*, pero no propiamente un derecho a morir que demande la ayuda de los poderes públicos. Este *agere licere* implica una libertad de hacer. No existe un derecho a morir, pero sí existe una libertad de hacer, se reconoce la libertad de vivir o no vivir. Por tanto, el Estado no puede reprochar a nadie que se prive de la vida. No existe un derecho a morir, pero tampoco existe un deber de vivir, lo que

explica la impunidad del suicidio y el reconocimiento del derecho a rechazar el tratamiento médico.

Además, el derecho a rechazar tratamientos médicos que forma parte del *agere licere* al que se refiere el Tribunal Constitucional no queda fundamentado en la autonomía sin más, sino que se considera parte de un derecho más amplio a vetar cualquier intromisión no deseada sobre el propio cuerpo. De este modo, el derecho a la integridad física o corporal sí estaría siendo lesionado siempre que a un sujeto se le impusiera un tratamiento médico no deseado. Así, si bien el paciente tiene la facultad de rechazar el tratamiento, poniendo, incluso, en riesgo su vida, tal facultad decae cuando la misma no se manifiesta contemporáneamente, sino que aparece consignada en un documento redactado tiempo atrás.

Nuestra postura es también coherente con la doctrina del propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en aplicación del Convenio Europeo, sí ha abordado de manera directa el contenido negativo del derecho a la vida, proclamando que el derecho a la vida constituye un valor superior del ordenamiento jurídico, un *prius* que sirve de fundamento a los demás derechos y libertades y que, en consecuencia, tal derecho no conlleva disponer de la propia vida, reclamando el auxilio o intervención de terceros.

Además, la posición que mantenemos se corresponde con la adoptada en los países de nuestro entorno en relación al fundamento y efectos de las instrucciones previas. A este respecto, en Italia,

el principal problema que se ha planteado en relación con la regulación del testamento vital y que ha justificado la ausencia de regulación, viene constituido por el hecho de que la doctrina dominante niega toda relevancia a la declaración vital a causa de su falta de actualidad en el momento en que debe aplicarse. Igualmente, en Francia, la regulación del testamento vital dispone que la voluntad expresada en el documento no determina la conducta del médico, sino que éste habrá de tomar en consideración los deseos que el paciente haya plasmado. Además, se establece una diferencia entre el derecho a rechazar el tratamiento y del derecho a emitir testamento vital.

La interpretación sistemática de la propia Ley de autonomía del paciente y de las leyes autonómicas de desarrollo, en relación con el Convenio de Oviedo que les sirve de precedente, informa igualmente a favor de nuestra posición.

En primer lugar, el Convenio de Oviedo utiliza la expresión tomar en consideración, lo que nos permite comprobar cuál es el alcance y eficacia de las instrucciones previas. Éstas no determinan necesariamente la decisión clínica, sino que, constituyen un elemento más a valorar, aunque, lógicamente, en virtud del principio de autonomía de voluntad, un elemento de significada importancia. A medida que el tratamiento sea más fútil o menos curativo, tendrán mayor eficacia, de tal forma que si la decisión es adoptar o no una medida clínica cuyo valor terapéutico sea prácticamente nulo, la voluntad del

sujeto expresada en las instrucciones previas debe constituir el criterio que determine la decisión final.

En segundo lugar, la interpretación sistemática de la Ley de autonomía del paciente nos permite también concluir que los pacientes en situación de incapacidad para ejercer su autonomía de voluntad y en situación de riesgo vital o de lesión de la integridad física o psíquica no tienen reconocido el derecho a rechazar el tratamiento, y, por ello, difícilmente puede mantenerse que las instrucciones previas constituyan ejercicio de tal derecho.

Por último, nuestra posición viene refrendada por la propia exigencia de integración sistemática de las instrucciones previas en el orden constitucional a través del concepto de irreversibilidad y del principio de proporcionalidad.

Así, el principio de irreversibilidad ha sido reconocido por nuestro Tribunal Constitucional, de manera que trasladado el mismo al objeto de nuestra discusión, puede concluirse que los deseos expresados en el documento de instrucciones previas carecerán de virtualidad en aquellos casos en los que el respeto a la voluntad de su autor suponga adoptar una decisión irreversible o irreparable.

Por otro lado, el principio de proporcionalidad que constituye el elemento principal que nos ofrece el Derecho constitucional en la resolución de los conflictos entre derechos o entre valores superiores y principios y derechos, atendiendo a una visión sistemática y unitaria del ordenamiento, informa a favor de primar el valor vida sobre la autonomía prospectiva cuando la apli-

cación de las instrucciones previas se produzca fuera de los supuestos de terminalidad.

En conclusión, nuestra postura no supone recuperar una visión paternalista de la relación médico-paciente, sino fijar con claridad cuál es la situación de hecho en la que son objeto de aplicación las instrucciones previas y cuál son sus efectos. Sostener que el fundamento de las instrucciones previas radica en el derecho del paciente a rechazar el tratamiento provoca distorsiones importantes. En la situación en la que el paciente está incapacitado y su enfermedad es

curable el conflicto no se produce entre el valor superior vida y el derecho a autorizar o rechazar el tratamiento, sino entre el valor vida y una autonomía de voluntad del sujeto limitada, porque sabemos cuál era esa voluntad pasada, pero no su voluntad presente. En tal conflicto prima el valor vida frente a la autonomía de voluntad del sujeto, al no existir certeza acerca de cuál es la verdadera voluntad actual del sujeto inconsciente que ha rechazado, a través de un documento de instrucciones previas, un tratamiento en una situación distinta al final de la vida.

