

# Algunas precisiones sobre el documento de voluntades anticipadas

**Autor:** Dr. Rafael Bernad Mainar

Profesor Titular de Derecho civil

Universidad Católica Andrés Bello y Universidad Central de Venezuela

## Resumen

La nueva tecnología médica y los recientes avances científicos propenden al alargamiento de la vida humana, lo que implica una extensión y ampliación de las expectativas de vida en la persona y la facultad de anticipar y prever las medidas y los tratamientos terapéuticos susceptibles de ser suministrados llegado el caso o, bien por el contrario, la negativa o rechazo reflexivos a aplicar y a hacer efectivo tratamiento médico alguno cuando el paciente afectado no se halle en la capacidad suficiente de decidir por sí mismo al respecto. Surge así la posible redacción de un documento que pueda adelantarse y prever tales circunstancias futuras.

*Palabras clave:* Muerte, incapacidad, previsión, voluntad, dignidad.

## Abstract

The new medical technology and the recent scientific advances prohang to the extension of the human life, which implies an extension and extension of the life

expectancies in the person and the faculty to anticipate and to anticipate the measures and the therapeutic treatments susceptible to be provided arrived the case or, or on the contrary, the reflective refusal or rejection to apply and to make cash medical treatment some when the affected patient is not in the capacity sufficient to decide by itself on the matter. The possible writing arises therefore from a document that can go ahead and anticipate such future circumstances.

*Key words:* Death, incapacity, forecast, will, dignity.

Recibido: 04.04.2008

Aceptado: 25.04.2008

---

## I. Introducción

El ser humano es la única especie animal que cuenta con la certeza segura e irrefutable de que, más pronto que tarde, va a morir irremediamente. Como diría el poeta, la muerte lo acaba todo ("*mors omnia solvit*"), aserto que constituye una de las grandes paradojas y, a la vez, uno de los grandes misterios y enigmas de la vida con los que el hombre se enfrenta, su coexistencia diaria con la muerte sin apenas inmutarse, toda vez que, haciéndonos eco de las palabras del filósofo Henry Adams, "*el único Maestro auténtico es la muerte*".

Y ello a pesar de que tanto la nueva tecnología médica como los recientes avances científicos propenden al perfeccionamiento de los medios que tienden al alargamiento de la vida, lo que implica una extensión y ampliación de las expectativas de vida en la persona, con el consiguiente retraso que ello acarrea para la llegada del momento de la muerte. Esta constatación irrefutable, fruto de los adelantos imparables de una técnica voraz e insaciable, pone de manifiesto sobre la mesa la facultad de anticipar y prever las medidas y los tratamientos terapéuticos susceptibles de ser suministrados llegado el caso o, bien por el contrario, la negativa o rechazo reflexivos a aplicar y a hacer efectivo tratamiento médico alguno cuando el paciente afectado no se halle en la capacidad suficiente de decidir por sí mismo al respecto.

Surge así ante el escenario aquí planteado una potencial respuesta con el consiguiente entramado jurídico que la sustenta: la redacción de un documento que pueda adelantarse a unas circunstancias futuras que, con bastante probabilidad, podrían llegar a suceder dado que, de no existir tal previsión, recaería ineludiblemente en las manos del facultativo la siempre difícil y complicada decisión entre mantener al paciente con vida artificialmente, o bien renunciar a ello cuando aquél se encuentre en un estado terminal o vegetativo<sup>1</sup>. Es decir, el problema que aquí vislumbramos

---

<sup>1</sup> Y es que los médicos suelen aplicar estos tratamientos por un verdadero temor a ser demandados, de ahí que opten por no retirarlos, a no ser que cuenten con el apoyo de los parientes del enfermo o del correspondiente comité de ética. Al respecto, MARTIN BERNAL, J. M. *Responsabilidad médica y derechos de los pacientes*. Madrid. 1998, página 282.

emerge ante el supuesto de hecho en el que una persona pueda quedar privada de su capacidad de entender y querer y, por ende, no pueda decidir por sí sola qué se deba hacer en un momento tan álgido como el que se plantea, ya respecto de los tratamientos que se le hayan de suministrar, o bien, por el contrario, de los que se le hayan de privar cuando se halle frente a la fase terminal de una enfermedad que reúna, además, los requisitos de incurable, irreversible e indetenible.

Las medidas con las que cuenta el ordenamiento jurídico para afrontar la hipótesis referida, fruto de la pérdida de capacidad progresiva de la persona, cuando los linderos entre la plena capacidad y la incapacidad no están muy claros sino que más bien son vidriosos y sinuosos, son variadas: algunas tradicionales, enmarcadas ya en sede de contratos –actos jurídicos *inter vivos*–, como puede ser la constitución de un contrato de renta vitalicia a título gratuito u oneroso a favor del afectado, o la donación con cargas, o bien en el ámbito sucesorio –actos jurídicos *mortis causa*–, como es el recurso a la figura del legado, por ejemplo.

Sin embargo, al margen de estos instrumentos jurídicos clásicos para afrontar el problema en ciernes, también podemos reseñar otros instrumentos jurídicos más novedosos articulados y configurados al objeto de afrontar realidades tan habituales en nuestros días como las descritas, resultado y consecuencia de la mayor longevidad de la que disfruta el ser humano, así como también, correlativamente a ello, de la aparición de algunas enfermedades degenerativas paulatinas y progresivas propias de la sociedad y el ritmo que presenta la vida de nuestros días. Así, por ejemplo, podemos aludir a la denominada autotutela o autodelación de la tutela, figura consistente en la constitución de la guarda de la persona y de los bienes deferida por mandato o comisión por aquel que está sujeto a ella, antes de haber incidido o recaído en una situación de incapacidad, es decir, una previsión del eventual suceso de la incapacidad con anterioridad a que en la realidad acontezca. Hablamos, así pues, de una nueva modalidad de tutela<sup>2</sup> que se añadiría a la clasificación clásica que conocemos, según el origen de la misma, que distinguía entre tutela testamentaria, legítima y dativa.

El fundamento de la institución aquí señalada radicaría en el pleno ejercicio de la autonomía de la voluntad privada pues, sin lugar a dudas, el afectado por dicha situación es el más interesado tanto en lo que respecta a la asistencia como al cuidado de su persona; su formalización podría llevarse a cabo por medio de una declaración de voluntad instrumentada en documento notarial con carácter revocable. Sin

<sup>2</sup> Al respecto, MARTINEZ GARCIA, M. A. *Reflexiones sobre la autotutela y los llamados apoderamientos preventivos*. La Notaría. 2000-2, página 42; CREUET DEL AMO, D. M. *La tutela fiduciaria*. R. G. L. J., XXXVIII, 1921, página 9; DE COUTO GALVEZ, R. M. *Algunas reflexiones sobre la legitimación para autodesignar el cargo tutelar. La autotutela en Cataluña*. R. G. L. J., enero-febrero, 2000, página 17; PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. *La autotutela como medio de protección de los mayores*, Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores. Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000. Córdoba, 2001, páginas 235 y 237.

embargo, estaríamos aquí en presencia de una declaración de voluntad sujeta a condición suspensiva, pues sólo resultaría efectiva si el sujeto en cuestión fuera declarado incapaz posteriormente a través de una sentencia judicial firme<sup>3</sup>.

Otra posible solución como respuesta jurídica a la situación anteriormente descrita sería el apoderamiento preventivo, una suerte de previsión ante una futura incapacidad, más o menos acusada, por la cual alguien ordena a través de una declaración de voluntad unilateral y recepticia la delegación de facultades en otra persona para que ésta pueda actuar válidamente en su nombre<sup>4</sup>. Su fundamento radicaría en los posibles vacíos que pudiera presentar la denominada y ya expuesta figura de la autotutela en algunos supuestos concretos, entre los que podríamos reseñar el hecho más que habitual de la pérdida progresiva que se produce en la capacidad de las personas, puesto que desde que se detecta la disminución de las facultades intelectivas hasta que adquiere un nivel significativo que pueda resultar merecedor de la incapacitación jurídica existe una fase o período de tiempo borroso, no controlado ni monitoreado que, por no haber sido objeto de previsión, pudiera llevar aparejada una preocupante indefensión jurídica para el afectado.

Y es que hay casos en los que la tramitación de un proceso de incapacitación se ve frenada, cuando no impedida: así sucede, por ejemplo, ante la pérdida progresiva de las facultades físico-cognitivas que sufre una persona, sea con carácter temporal o cuando no estriba la suficiente gravedad y entidad como para incapacitar a alguien; o incluso, en el supuesto de que la gravedad para incapacitar sea más que suficiente, pero se ve obstaculizada por las connotaciones peyorativas y farragosas que tanto social como burocráticamente un proceso judicial de esta naturaleza comporta. Es en el seno de estas situaciones planteadas, ante una situación de emergencia, cuando la falta de capacidad del interesado, añadida a la imprevisión para atender la urgencia sobrevenida, propiciarían una situación jurídica de indefensión, toda vez que, como sabemos, una de las causas de extinción del contrato de mandato consiste en la incapacidad sobrevenida del mandante o del mandatario, causal que produciría la extinción del poder otorgado. A tal efecto, se aboga por conceder validez a los poderes otorgados y atribuidos en contemplación de una posible incapacitación, con independencia y al margen de la capacidad con la que cuente el representado hasta tanto en cuanto se constituya el entramado jurídico de la tutela<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Solución que ya encuentra reflejo legislativo en algunos ordenamientos jurídicos, tal como sucede en el Derecho alemán, suizo, así como en nuestro Derecho español (la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, en su artículo 9 modifica, entre otros, los artículos 223, 2 y 234 del Código civil, en los que se da acogida a esta nueva modalidad de delación tutelar –autotutela) y en el Código de Familia catalán (artículo 172).

<sup>4</sup> MARTINEZ GARCIA, M. A. *Op. cit.*, páginas 56-58.

<sup>5</sup> En algunos ordenamientos jurídicos la incapacidad del poderdante no extingue el poder otorgado (Irlanda, Grecia, Escocia, Québec), o bien la existencia del poder es compatible con la tutela (como sucede en España, donde el artículo 11 de la ya referida Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad modifica el artículo 1732 *in fine* del Código civil en sede de mandato y declara que

## II. Problemas terminológicos en torno al documento de voluntades anticipadas

Junto a las figuras tradicionales apuntadas como respuestas jurídicas ante el problema planteado –autotutela y apoderamientos preventivos– también podríamos referirnos al denominado documento de instrucciones previas (DIP) o documento de voluntades anticipadas (DVA) –más conocido impropiaemente como testamento vital– con una operatividad exclusiva en el ámbito personal. Por su través, una persona física con suficiente capacidad dispone los cuidados que hayan de serle suministrados, o bien que no se le suministre medida o tratamiento médico extraordinario para mantenerle con vida, llegado el caso, con la posibilidad añadida de designar a una persona que decida en su lugar en el supuesto dado que él mismo llegara a perder la capacidad de obrar.

La variedad de expresiones utilizadas para el bautismo del citado documento es un indicio claro e inequívoco de que la denominación de la figura constituye un problema inicial digno de ser considerado. Así es, se le atribuyen entre otras denominaciones las de testamento de vida o biológico, testamento viviente, voluntades anticipadas, instrucciones previas, declaraciones vitales anticipadas, guías adelantadas de preferencias o, en el ámbito anglosajón, directrices anticipadas.

Las conocidas como directrices anticipadas datan del año 1967 en Estados Unidos cuando un abogado de Chicago, Luis Kutner, elaboró un documento por el que una persona podía indicar su deseo de no ser tratado en caso de padecer una enfermedad terminal. En 1976, el Estado de California aprueba la Ley sobre la Muerte Natural que faculta a una persona adulta con suficiente capacidad para impartir instrucciones médicas a su médico en torno a la aplicación, interrupción o rechazo de ciertos procedimientos de mantenimiento vital ante la existencia de una enfermedad terminal o situaciones de inconsciencia permanente; tomando el ejemplo anterior muchos Estados norteamericanos regularon en esa misma línea<sup>6</sup>.

Una directriz anticipada es una expresión general que contiene instrucciones sobre los futuros cuidados médicos que debe recibir una persona si llega a ser incapaz de expresarse por sí solo. Esta expresión genérica comprende en realidad dos modalidades de documentos: por un lado, el conocido como testamento vital, biológico o vitalicio (*living will*); y, por otro, el poder médico otorgado a un representante para el

no se extingue el mandato por incapacidad sobrevenida si se hubiera dispuesto su continuación para el caso que se produzca la incapacidad del mandante conforme a lo dispuesto por éste, en cuyo caso podría terminarse por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor); otras legislaciones, ante la falta de previsión legislativa, entienden que la incapacitación del otorgante extingue el poder (Francia, Italia, Bélgica); por fin, en otros países se ha admitido la existencia de unos poderes casualizados otorgados en previsión de la futura incapacidad con expresión de tal circunstancia en el mismo poder (Alemania y Gran Bretaña), aun cuando el sistema británico, amén de la declaración de subsistencia por el poderdante y el apoderado y el cumplimiento de fórmulas preestablecidas en su redacción, exige la inscripción del poder en el Tribunal de protección al tiempo en que el poderdante haya devenido incapaz. Al respecto, MARTINEZ GARCIA, M. A. *Op. cit.*, páginas 58-59.

<sup>6</sup> LOPEZ SANCHEZ, C. *Testamento vital y voluntad del paciente*. Dykinson. S. L. Madrid. 2003, página 27.

cuidado de su salud<sup>7</sup>. Tradicionalmente, el primero de estos documentos se conoce como testamento vital, expresión de una persona con capacidad suficiente acerca del cuidado médico que quiere recibir en un futuro e, incluso, el posible destino de su cuerpo u órganos en el caso de llegar a no poder expresar personalmente su voluntad.

A pesar de ser este el término consagrado por la ciudadanía –testamento vital-, sin embargo, no resulta el elegido por la mayoría de las legislaciones, según tendremos oportunidad de ver. Y es que en modo alguno este documento puede ser reputado en puridad como testamento desde un punto de vista jurídico riguroso pues, aunque participa de algunas de sus notas características (acto jurídico *sui generis*, unilateral, personalísimo, solemne, revocable y complejo), no obstante se apartaría de él en algunas de sus nociones esenciales, lo que nos llevaría categóricamente a negar su consideración como tal, así por ejemplo, el carácter de acto jurídico *mortis causa*, puesto que su eficacia no estaría condicionada a la muerte del otorgante, sino al estado sobrevenido de incapacidad física para poder tomar decisiones en torno a los tratamientos que haya de recibir en caso de enfermedad terminal, por lo que estamos en presencia más bien de un acto jurídico *inter vivos* que, excepcionalmente, sería revocable<sup>8</sup>; o bien lo atinente a su carácter extrapatrimonial, cuando el testamento, aun cuando puede contener disposiciones varias por ser un acto jurídico complejo, lo cierto es que siempre ha de incluir disposiciones de corte patrimonial. Así pues, por estas razones señaladas no resulta apropiado denominar testamento a este tipo de manifestación ya que, no obstante sus similitudes referidas, las diferencias que median entre ambos son de tal calibre que impedirían, a nuestro juicio, dicha asimilación y caracterización.

Las legislaciones que han abordado su regulación han optado por superar tal escollo esencial y conceptual y se pronuncian más bien por la expresión “*voluntades anticipadas*” e “*instrucciones previas*”, aun cuando la profusión de vocablos utilizados en torno a la figura abonaría el campo para que todavía siga como vigente la expresión coloquial “*testamento vital*”, más conocida por la mayoría y muy fácilmente comprensible. El Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina parece admitir la figura y su denominación es reveladora al emplear la expresión de “*deseos expresados anteriormente*” en su artículo 9; la legislación portorriqueña opta por la de “*guías adelantadas de preferencias*”, mientras que en España su legislación nacional prefiere introducir el vocablo de “*instrucciones previas*”, en tanto que la mayoría de las legislaciones autonómicas incorporan la noción de “*voluntades anticipadas*”<sup>9</sup>, al

<sup>7</sup> Al representante se le suele conocer en los Estados Unidos como apoderado o agente de cuidados médicos (*health care Proxy* o *health care Agent*).

<sup>8</sup> Y es que en el mal llamado testamento vital los efectos se producen con anterioridad al fallecimiento, esto es, cuando aún está viva la persona aun cuando carezca de la capacidad para expresar su voluntad. En este sentido, SAPENA DAVO, F. *Documento de voluntades anticipadas (el llamado testamento vital)*. Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, 2002, nº 3, página 64.

<sup>9</sup> La legislación canaria utiliza como variante la expresión manifestaciones anticipadas de voluntad (8 de febrero de 2006).

margen de alguna que otra excepción –como por ejemplo sucede en el caso de las Comunidades Autónomas de Madrid, Murcia y Andalucía, que optan por las expresiones de instrucciones previas, las dos primeras, y declaración de voluntad vital, en el caso andaluz. Ya hemos señalado con anterioridad que el Derecho anglosajón se decanta mejor por utilizar el término “*directrices anticipadas*” (*advanced directives*). Nosotros nos pronunciamos más bien por la expresión de *documento de voluntades anticipadas* (DVA en lo sucesivo), por representar muy bien su contenido y salvar el escollo apuntado de no poder atribuirle el carácter de testamento.

### III. Régimen jurídico de la figura

#### III.1. Fundamento y naturaleza jurídica

Por lo que se refiere al **fundamento** de la institución aquí analizada, si bien se alega que por su través se trata de evitar el ensañamiento terapéutico, hay que decir que los médicos no suelen ser proclives a alargar la vida de un paciente hasta el extremo, con lo cual ese pretendido fin de dulcificar el final de la enfermedad terminal no sería, en nuestra opinión, lo suficientemente sólido y consistente como para traerlo a colación cuando es una práctica generalizada entre los facultativos rehuir de la aplicación de medidas tan extraordinarias.

De ahí 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.

Durante mucho tiempo la medicina ha observado una tendencia paternalista y ha reputado al enfermo como un ser incapaz de decidir por sí mismo, de manera que era el médico quien asumía esta función<sup>10</sup>. La evolución social experimentada ha desembocado en una mejora de la asistencia sanitaria y de la relación entre el médico y el paciente, lo que ha convertido a éste en un sujeto activo, autónomo, con capacidad para decidir sobre los asuntos que le conciernen de modo directo, razón por la que deberá conocer cuál es su situación, ser informado adecuadamente y prestar su consentimiento ante cualquier intervención<sup>11</sup>. Esta nueva situación que abandona la actitud paternalista o de beneficencia de la medicina tradicional es suplida por el principio de autonomía que incide fundamentalmente sobre cuatro puntos de

<sup>10</sup> Al respecto, ALONSO PEREZ, M. *La relación médico-enfermo. Presupuesto de responsabilidad civil (En torno a la lex artis)*. Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Dykinson. Madrid. 2000, páginas 23-32.

<sup>11</sup> En torno a la evolución del consentimiento informado, BERNAD MAINAR, R. *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Publicaciones Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. 2001, páginas 48-52.

la relación entre el médico y el paciente: veracidad (la información suministrada ha de ser comprensible); intimidad (el trato dispensado al paciente responderá a la idiosincrasia personal del mismo); confidencialidad (su conocimiento debe reservarse a los protagonistas evitando su divulgación); y fidelidad (los pactos han de ser respetados en el tiempo)<sup>12</sup>.

En 1973 surge en los Estados Unidos la Primera Carta de Derechos del Paciente, una relación de derechos que hoy se entienden reconocidos sin discusión alguna como concreción y expresión de los derechos humanos, de modo que cualquier persona, incluida la que se halla enferma, tiene derecho a mantener su autonomía personal, así como su capacidad de autorrealización y, en consecuencia, ha de ser respetado por ello.

Las modernas legislaciones tienden a codificar los derechos de los enfermos o usuarios de la sanidad. El derecho a la información es una manifestación concreta del derecho a la salud, que constituye a su vez uno de los derechos de la personalidad: estaríamos en presencia del derecho de autodisposición sobre el propio cuerpo de las personas que afecta a su propio ámbito de libertad, puesto que en verdad sólo se puede tomar una decisión consciente si se conocen los aspectos esenciales que conforman la enfermedad.

Así pues, el consentimiento informado ha de entenderse como un proceso de diálogo dentro de la relación sanitaria, en cuya virtud una persona capaz de decidir por sí misma recibe una información comprensible y suficiente que le permite participar activa y voluntariamente a la hora de decidir en torno a los cuidados que ha de recibir. Firmado el consentimiento, la consecuencia inmediata es la aceptación del tratamiento. El hecho de que el paciente cuente con el derecho a decidir sobre si acepta o rechaza un tratamiento no resuelve aquellas situaciones en las que, por diversos motivos, no se pueda llegar a descifrar sus deseos, razón por la cual destaca la importancia del documento de voluntades anticipadas para cubrir el posible vacío.

En esa misma línea argumental, el paradigma de los registros médicos se expresa en la historia clínica, pues contiene los datos objetivos en torno al diagnóstico y tratamiento que sigue el enfermo durante su vida, por lo que nos va a suministrar una gran fuente de información<sup>13</sup>.

Relacionado con lo anterior, el derecho a la autonomía se refiere al gobierno deliberado de uno mismo y, más concretamente en el ámbito médico, supone la autodeterminación acerca del final de la propia vida sin intromisión alguna de terceros, de modo que amparado en tal derecho se puede decidir libremente sobre los tratamientos médicos que se quieren recibir, siempre que con ello se respete la ley y se cuente con suficiente capacidad para decidir. Es aquí donde el documento de voluntades

<sup>12</sup> Al respecto, GARCIA AZNAR, A. "Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes". Estudios de Bioética y Derecho. Comp. M. Casado. Valencia. 2000, páginas 197 y ss.

<sup>13</sup> Al respecto, LOPEZ DOMINGUEZ, O. "La información clínica: situación actual, conflictos y tendencias". Cuadernos de Derecho Judicial. 1997, XXV, página 340.

anticipadas entraría en juego como un documento privado y voluntario en el que una persona en plenitud de facultades mentales prevé y se anticipa a la situación de hallarse gravemente enfermo al carecer de la capacidad suficiente para poder decidir. Su relación con el consentimiento informado es más bien estrecha, si bien este documento que analizamos es de contenido más amplio, dado que, en la medida que expresa una determinada voluntad, no se limita sólo a aceptar o rechazar una mera propuesta médica.

Otro de los argumentos esgrimidos como posible fundamento de la figura en ciernes es el conocido como derecho a una muerte digna, aspecto muy relacionado con el de la dignidad humana, expresión máxima del hombre como persona que constituiría el compendio de todos sus derechos y que ha sido elevado a la categoría de derecho constitucional<sup>14</sup>. Estamos en presencia de una característica propia e inseparable de toda persona en virtud de su racionalidad, materializada en la realización, desarrollo y perfección de la propia personalidad a través del ejercicio de unos derechos inviolables e irrenunciables que le son inherentes<sup>15</sup>.

La dignidad humana se desglosa, por un lado, en un aspecto positivo a la vez que subjetivo, cual es el derecho a vivir en condiciones tales que sirvan para la autoestima propia de cada persona; y, además, en otra arista negativa amén que objetiva, esto es, el derecho que la persona tiene a no ser tratada como si de un mero objeto se tratase.

Pero, a su vez, la dignidad humana se erigiría en un verdadero límite de nuestros propios derechos, tales como el de disposición sobre la propia vida, entre otros, lo que impondría el deber genérico de conservarla. Ahora bien, esto no ha de llevarnos al extremo de tener que prolongarla artificialmente cuando no existan esperanzas mínimamente fundadas de recuperación de la salud. En este caso, el derecho a la vida consistiría en que el propio proceso de morir evolucionara por su cauce, es decir, emerge aquí un derecho a morir con dignidad, que constituye una derivación del derecho a vivir dignamente el final de la existencia. De ahí que una muerte digna sea una muerte sin dolor, derecho incluido dentro de otros más genéricos, como son el derecho a la vida; el derecho a la integridad física y moral (no recibir tratos inhumanos o degradantes); el derecho a la salud y asistencia sanitaria, aun cuando no exista un reconocimiento expreso de las Declaraciones internacionales de Derechos Humanos en tal sentido (no obstante, la Convención de Oviedo eleva la salvaguarda de la dignidad de la especie humana a uno de sus puntos clave)<sup>16</sup>.

En suma, pues, el documento de voluntades anticipadas concede al paciente un respaldo seguro con garantías máximas para que sus deseos se cumplan cuando se acerque el momento final de su vida como resultado de una enfermedad incurable e

<sup>14</sup> Así sucede, por ejemplo, en el artículo 10, 1 de la Constitución española de 1978.

<sup>15</sup> ALEGRE MARTINEZ, M. A. *La dignidad de la persona*. León. 1996, página 17.

<sup>16</sup> FRAISSEIX, P. *La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaine dans le domaine de la biomédecine: l'exemple de la Convention d'Oviedo*. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2000-2, páginas 371-413.

irreversible; y además, por su través se pretende mejorar la intercomunicación con el equipo médico, al que se le suministra protección legal, a la vez que nos presenta un interlocutor válido –representante- para que decida ante situaciones controvertidas y difíciles sobre la vida del paciente.

A propósito de la **naturaleza jurídica** de la figura, como ya hemos reseñado, el documento contentivo de la previsión de los tratamientos terapéuticos que hayan de suministrarse a una persona para el caso de que ésta no pueda expresarse por sí sola participa de la cualidad de un negocio jurídico en tanto que, como declaración de voluntad, está dirigida a producir una serie de efectos jurídicos determinados. Dicha declaración de voluntad reúne los siguientes caracteres que la informan: es unilateral, en la medida que procede de una persona sin que precise ser aceptada por su destinatario –no recepticia; es personalísima, ya que ha de emitirse por el propio interesado sin que sea posible la delegación, por lo que participa del carácter *intuitu personae*; es *inter vivos*, puesto que produce efectos en vida del declarante, sin que haya de postergarse su eficacia hasta la muerte de su autor; es formal, en la medida que para que tenga plena validez, se perfeccione y surta plenos efectos requiere de la observancia de ciertas solemnidades, si bien pueda redactarse tanto en documento público como privado; y, además, es revocable, siempre que su otorgante se halle en plenitud de facultades mentales para ello, razón por la cual, ya hemos descartado anteriormente que su denominación adopte la expresión testamento vital.

### III.2. Elementos

En cuanto a sus **elementos personales o sujetos intervinientes**, en principio, cualquier persona con suficiente capacidad de obrar puede redactar este tipo de documento siempre que actúe libremente. Es cierto que el sector poblacional más propenso a hacerlo será la tercera edad en previsión de padecer algún día una demencia más o menos severa. Aunque las legislaciones tienden a hablar del requisito de la mayor edad para su otorgamiento, tanto los menores emancipados como los menores con suficiente capacidad podrían redactar, en hipótesis, este tipo de documentos.

El mal llamado testamento vital entra en estrecha relación con la noción de consentimiento informado y, como sabemos, para prestar un consentimiento informado no se requiere la mayoría de edad del sujeto que lo elabore, sino que bastaría con que el paciente menor se halle emancipado. El tantas veces mencionado Convenio de Oviedo, en su artículo 6, por argumento en contrario, permite concluir que no todo menor resulta incapaz a la hora de prestar su consentimiento, razón por la cual en determinadas situaciones él mismo podría prestarlo sin requerir ningún tipo de representación<sup>17</sup>.

<sup>17</sup> El artículo 9. 3c) de la Ley nacional de 14 de noviembre de 2002 aboga en tal sentido, lo mismo que otras normas autonómicas (Cataluña, Aragón, Navarra, La Rioja, entre otras).

La Ley de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica de 14 de noviembre de 2002 establece en su artículo 9, 3 que los menores de doce años requieren la decisión de sus padres o representantes sobre cualquier intervención; si el menor cuenta entre doce y dieciséis años, el médico deberá consultar al afectado; si el menor estuviera emancipado o hubiera cumplido los dieciséis años, será él quien decida, de manera que los padres sólo serían informados y la opinión de éstos sólo se recabaría para tenerla en cuenta. Pudiera servir esta legislación como referencia en sede de capacidad por lo que al documento de voluntades anticipadas se refiere.

Así pues, el menor de edad con suficiente capacidad intelectual y volitiva podría redactar un documento como el que reseñamos puesto que, además, sería revocable en cualquier momento, no obstante tratarse de un acto jurídico *inter vivos*. Lo ideal sería la comprobación de la capacidad del menor en cada caso concreto para determinar si cuenta con capacidad suficiente para otorgarlo, si bien la dificultad que tal revisión implica, aconsejaría mejor acudir a un criterio cronológico como el de la Ley mencionada de 14 de noviembre de 2002 –dieciséis años– para sostener que un menor, una vez cumplida dicha edad, cuenta con el discernimiento necesario para redactar este tipo de documento. Sin embargo, también habría de considerarse el grado de madurez del titular del documento, por lo que bastaría con tener capacidad suficiente de entender y querer para mantener la validez del acto jurídico efectuado, de manera que podríamos defender la validez del realizado por un menor con suficiente discernimiento que argumenta razonablemente su decisión, por lo que el facultativo debería respetarlo, incluso a pesar de la opinión en contra de sus padres o representantes legales pues, como ya sabemos, es un acto esencialmente revocable y podría ser modificado con posterioridad a su otorgamiento<sup>18</sup>. En tal sentido, ningún Centro Sanitario o Compañía de Seguros podría obligar a suscribir un documento de instrucciones previas y, menos aún, si ha sido previamente redactado unilateralmente por ellos, puesto que una de sus requisitos básicos de existencia estriba en su otorgamiento libre, sin persuasión, coerción o manipulación alguna, al efecto de evitar que fuera redactado mediando una capacidad viciada o influida por terceros<sup>19</sup>.

Por lo que respecta a los **elementos formales**, la preferencia personal sobre los deseos del paciente puede realizarse verbalmente ante el médico o ante parientes o allegados, aun cuando lo más seguro es su redacción mediante un documento, toda vez que las declaraciones verbales cuentan con la dificultad de la prueba (*“verba volant, scripta manent”*, decían los romanos). La expresión empleada en el documento ha de ser concisa, clara e inequívoca, así como ha de haberse emitido libremente, en un momento de plena capacidad jurídica, consciencia y lucidez mental. La interven-

<sup>18</sup> LOPEZ FRIAS, M. J. *El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos*. R. D. P., 1999, página 300.

<sup>19</sup> WEGENER, R. *Living testaments and medical decisions*. Forensic Science International. 2000, vol. 113, nº 1-3, páginas 487, 488.

ción en su otorgamiento de un fedatario público o de testigos no menoscaba en modo alguno la autonomía personal del otorgante, sino que más bien se erige en una garantía de libertad y responsabilidad para aquél.

El documento puede ser público o privado, si bien es más frecuente que se trate de un documento privado otorgado ante testigos, no obstante que el sistema de formalización notarial asegure la autenticidad respecto a determinadas circunstancias como la identidad, capacidad, conocimiento del otorgante, así como la ausencia de vicios en la formación de su consentimiento. El notario valorará la capacidad del disponente y dará fe de la legalidad del contenido del documento<sup>20</sup>. En caso de optar por un documento privado, se puede recurrir a su redacción particularizada, o bien recurrir a un formulario previamente redactado, que suele ser lo más frecuente. No obstante, para eludir la omisión de algunos puntos concretos sería preferible que el otorgante lo redactara con sus propias palabras pero atendiendo a todas las variantes posibles previstas en los formularios.

Para asegurar la eficacia y respeto del DVA, la conformación de un Registro General único, que recibe la información suministrada por los respectivos Registros autonómicos, permite centralizar todos estos documentos y acceder a su información. Con dicho Registro se puede lograr identificar a los pacientes autores de estos documentos a lo largo de todo el territorio nacional, así como dejar constancia, salvo prueba en contrario, de su contenido, revocación o modificación, tal como establece el artículo 2 del Decreto de su creación<sup>21</sup>.

Ya en esa línea de cooperación necesaria no sólo en un plano interno sino también internacional, la Comisión Internacional del Estado Civil con fecha 14 de septiembre de 2000 adoptó en Viena la validez jurídica de la información y certificaciones registrales entre los encargados de los Registros Civiles de los Estados que ratifiquen el Convenio, por lo que se atribuye a los datos del estado civil transmitidos por vía electrónica con firma digital el mismo valor jurídico y la misma fuerza probatoria que a los datos transmitidos a través de las vías tradicionales a cargo de los encargados de los Registros Civiles.

### III.3. Contenido

El documento de voluntades anticipadas considerado desde una perspectiva amplia puede contener tanto la planificación anticipada de los cuidados médicos que

<sup>20</sup> RIVAS MARTINEZ, J. J. *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*. Revista Jurídica del Notariado. 1998, nº 26, páginas 375-376.

<sup>21</sup> El Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal se crea por Real Decreto de 2 de febrero de 2007, cuyos artículos 3 y 4 regulan tanto el procedimiento registral, como el acceso a su información, respectivamente. También se han ido creando progresivamente los respectivos Registros autonómicos al efecto en las distintas Comunidades Autónomas de Andalucía, Aragón, Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha, Cataluña, Comunidad Valenciana, Extremadura, La Rioja, Madrid, Murcia, Navarra, País Vasco.

se desean recibir, como el elenco de valores esenciales para el paciente, o también la designación de un representante.

La planificación anticipada de los cuidados médicos que se quieren recibir en el caso de que no se cuente con la suficiente capacidad para manifestarlo coincide en términos generales con el documento de instrucciones previas o de voluntades anticipadas.

La declaración personal sobre la historia de valores (*personal values statement o history*) constituiría una sección del historial del paciente donde se incluyen aspectos morales, sociales, religiosos y filosóficos, de tal manera que se pueden asociar las convicciones personales del paciente con los posibles cuidados terminales por recibir, a fin de captar cuáles sean las preferencias de aquél.<sup>22</sup>

Los poderes de representación permitirían que una persona de confianza del paciente decidiera su mejor interés en algún extremo no previsto en el documento siempre que éste no pueda pronunciarse por sí mismo.

En sentido estricto pues, el documento de voluntades anticipadas reconoce el derecho del paciente a decidir antes de necesitarlo sobre los tratamientos y cuidados clínicos a los que una persona está dispuesta a someterse. Incluso, en dicho documento se podría designar una persona de confianza que se encargara de velar por el cumplimiento de la voluntad del paciente o, en ciertas situaciones, decidiera en lugar del poderdante.

Estamos, pues, ante una manifestación clara e inequívoca de la voluntad de una persona para aceptar o rechazar tratamientos médicos que prolonguen su vida artificialmente, incluso instando a que se puedan utilizar todos los medios posibles al alcance para conservar la vida. Ahora bien, ello no faculta al paciente a poder elegir su tratamiento, pues ello es una competencia exclusiva de los médicos. En consecuencia, se podrá aquél pronunciar en torno a si quiere recibir o no respiración mecánica, antibióticos, diálisis, quimioterapia, radioterapia, transfusión de sangre, etc. Al respecto, es recomendable eludir tanto una redacción con expresiones muy generales –por ejemplo, tratamientos extraordinarios<sup>23</sup>–, como excesivamente minuciosas que puedan quedar obsoletas tras el avance científico imparable, ya que un tratamiento extraordinario en la actualidad puede llegar a ser en un futuro próximo una terapia bastante segura y eficaz, lo que la convertiría en terapia ordinaria.

Otro punto relativo al contenido del documento de voluntades anticipadas consiste en lo atinente a la extracción y trasplante de órganos y así, en algunas legislaciones como por ejemplo la española, el silencio al respecto del interesado vale como una declaración de voluntad presunta favorable a la donación, de manera que si el

<sup>22</sup> Ver en este sentido, SCHONWETTER, R. / WALTER, R. *Life values, resuscitation preferences and the applicability of livings wills in an older population*. Journal of the American geriatrics society, 1996, 44, página 954.

<sup>23</sup> Y es que la diferenciación entre tratamientos ordinarios y extraordinarios puede ser muy difusa: así, mientras ciertos tratamientos muy complejos y costosos, de alta tecnología, se encuadran hoy día bajo el calificativo de ordinarios, otros mucho más sencillos –instalación de un simple tubo de alimentación–, tanto técnica como económicamente, pueden ser tenidos como verdaderas medidas extraordinarias en atención a las circunstancias del caso, por ejemplo, si nos hallamos ante un paciente que padece un cáncer en estado terminal.

potencial donante no quiere serlo deberá manifestarlo de algún modo<sup>24</sup>. Aún así, habrá de respetarse la voluntad del donante en vida aunque luego sobrevenga incapaz, puesto que el momento de referencia con relación a la validez de su decisión será aquel en el que formuló su voluntad, si en ese instante contaba con sano juicio, a menos que la decisión adoptada representara un grave y notorio peligro para su salud. En igual sentido, en la medida que se puede decidir por una persona en el citado documento con relación al destino de su propio cuerpo, se podría contener una declaración relativa a su deseo de ser incinerado.

Por lo que se refiere a la **designación de un representante**, ya en el documento de voluntades anticipadas o en otro documento separado, es posible designar un interlocutor válido y necesario con el equipo médico para que supla la voluntad de su otorgante en caso de no poder expresarse por sí mismo. El representante podría intervenir no sólo en situaciones de carácter extremo y terminal sino también cuando el otorgante carezca de la capacidad suficiente para decidir en cuanto a su salud, como puede suceder en el caso de pérdida temporal del conocimiento.

La conveniencia de designar un representante deriva en muchas ocasiones de la generalidad de los términos empleados en los documentos de voluntades anticipadas, lo cual deja mucha discrecionalidad a los que han de interpretarlos<sup>25</sup>. Por ello, el paciente puede nombrar una persona de confianza que entienda su forma de pensar en calidad de representante para decidir en el ámbito de su salud, lo cual no garantizará absolutamente que el representante decida siempre tal cual lo hubiera hecho el principal, ante el riesgo de que el celo escrupuloso en seguir su opinión pudiera conducir a un detrimento o menoscabo del mejor y más conveniente interés del enfermo. De esta manera, el nombramiento debería señalar el candidato y su posible suplente, los cuales deberán contar con la capacidad requerida para ser mandatario, razón por la cual también podrían ocupar el cargo los menores emancipados.

El poder puede ser general y aplicarse a todo tipo de decisiones médicas, o bien contener algunos límites en forma de instrucciones específicas, tal como veremos a continuación. A pesar de que como regla general el poder no podría otorgarse con relación a actos personalísimos, lo cierto es que todas las decisiones aquí referidas sobre cuestiones de salud resultan ser personales e íntimas, por ser práctica más que generalizada y admitida que los facultativos consulten a los familiares más cercanos sobre las decisiones que se hayan de adoptar; además, es tradición arraigada que en el campo de la salud se permita la adopción de decisiones por personas distintas al paciente<sup>26</sup>, lo cual matizaría en este ámbito, a nuestro juicio, la imposibilidad a priori

<sup>24</sup> Al respecto, MARCO MOLINA, J. *El régimen jurídico de la extracción y del trasplante de órganos*. La Ley, 2001, nº 5343, páginas 2 y 3.

<sup>25</sup> En este sentido, MONZON MARIN, J. L. *Decisiones al final de la vida*. Actas de la Jornada conjunta sobre decisiones al final de la vida, Madrid 1 de octubre de 1998. Madrid. 1998, página 200.

<sup>26</sup> WINICK, B. J. *Advance Directive Instrument for those with Mental Illness*. Universidad de Miami. Law Revue. 1996, vol. 51, página 76.

de que el poder otorgado pueda versar sobre circunstancias personalísimas del por-  
dante.

Dependiendo de la exhaustividad del documento de voluntades anticipadas se puede prever y dar respuesta incluso al hipotético supuesto de divergencias de opiniones entre el paciente y el representante cuando mediara entre ellos conflictos de intereses y disensiones.

El Derecho anglosajón contempla, además del poder otorgado con relación a los cuidados médicos, la posibilidad de otorgar otro poder para intervenir en asuntos patrimoniales, muy útil en los casos de ausencia o pérdida temporal de la capacidad, que conservaría su vigencia incluso si el paciente resultara ser incapacitado posteriormente<sup>27</sup>.

Ahora bien, el contenido del documento de voluntades anticipadas no es ilimitado, sino que cuenta con una serie de **limitaciones** bien concretas, cuales son las impuestas por el propio ordenamiento jurídico, la denominada *lex artis* o código de deontología profesional y, sobre todo y más importante para nosotros, la situación específica y concreta que padece el enfermo. Pasemos a analizar cada una de ellas por separado.

Respecto al límite que constituye el ordenamiento jurídico en cuanto al contenido del documento de voluntades anticipadas, ineludiblemente tenemos que traer a colación el problema de la eutanasia, ya que el citado documento puede rechazar un tratamiento que alargue la vida artificialmente, pero no puede encubrir una situación de eutanasia. Como sabemos, la eutanasia puede ser pasiva (si consiste en no aplicar las técnicas de mantenimiento ante el resultado de una muerte próxima); indirecta (cuando la administración de sustancias calmantes del dolor del enfermo terminal se hace a sabiendas de que tal medida puede adelantar el desenlace); y activa (si se causa directamente la muerte del paciente a petición suya cuando se halle ante una muerte próxima, inevitable y dolorosa). Así pues, en un documento de voluntades anticipadas podría incluirse el deseo de su autor de que se le aplique las modalidades de eutanasia pasiva e indirecta, mas en ningún caso la conocida como eutanasia activa, pues entraríamos en una conducta tipificada penalmente y, por ende, constitutiva de un delito.

Por lo que se refiere a la *lex artis*, el código de conducta no escrito de los médicos constituye un freno ante posibles excentricidades o extravagancias expresadas como última voluntad, al objeto de evitar que el médico tuviera que negarse a cumplirlas alegando su derecho incuestionable a la objeción de conciencia<sup>28</sup>.

<sup>27</sup> Entre otros aspectos, la *Enduring Powers of Attorney Act* británica de 1985 (EPA) permite a una persona (donnor) nombrar a otra (attorney) otorgándole un poder para que tome decisiones sobre sus propiedades y negocios.

<sup>28</sup> Entenderíamos por *lex artis* la buena práctica clínica, esto es, la forma de conducta diligente y profesional exigible a un facultativo en atención a los conocimientos y pericia que por su preparación y formación se le presumen.

Por fin, un punto de referencia ineludible a la hora de aplicar este tipo de medidas previstas por el enfermo en un documento de voluntades anticipadas es la propia situación en la que se halla el paciente. Es decir, habrá que analizar el caso concreto en particular, pues no es lo mismo una instrucción impartida por quien padece una enfermedad irreversible que la declaración genérica expresada en abstracto para el caso de un accidente que no presente conexión con alguna enfermedad. De ahí que resultaría pertinente que tales previsiones quedaran reflejadas en la historia clínica del paciente, sin que ello suponga descartar que pudieran surgir controversias entre los intereses de los sujetos otorgantes del documento y los criterios interpretativos de los facultativos que intervienen.

### III.4. Modificación y revocación

Si el otorgante de un documento de voluntades anticipadas pretende modificar su contenido, puede redactar un nuevo documento que responda al cambio de parecer habido, o bien a la aparición de novedades técnicas que propicien una nueva dimensión de la enfermedad padecida. De ahí la conveniencia de revisarlo temporal y periódicamente, recomendación que en algunos ordenamientos jurídicos se convierte en obligación –tal como sucede en Bélgica y los Estados norteamericanos de Indiana y California.

Al efecto de evitar un anquilosamiento raudo del documento, es oportuno que su redacción sea dinámica, flexible y abierta, si bien ello no tiene que ser a costa de imprecisión, generalidad, vaguedad o ambigüedad en los términos utilizados. Una modificación o alteración esencial de las circunstancias con relación al momento en que fue redactado podría llevarnos a sostener la nulidad del documento por no corresponderse con el caso concreto previsto por el interesado al tiempo de su otorgamiento, situación que, de producirse, habría de ser valorada con grandes dosis de discrecionalidad por el equipo médico encargado del caso.

Dada pues la revocabilidad como nota esencial de un documento de tal naturaleza, nos podríamos preguntar si es posible atribuirle un carácter irrevocable. Resulta una cuestión más que compleja puesto que, aun cuando el otorgante no espere ni desee su modificación en modo alguno, lo cierto es que es posible que el paso del tiempo le haya llevado a replantearse su posición inicial, razón por la cual no es muy aconsejable otorgar el carácter de irrevocable a un instrumento como el que analizamos; no obstante, si aún así se hiciera, podría intentarse su revocación o modificación a través de una decisión judicial o administrativa solicitada por el interesado y basada en una justa causa siempre que aquél conservara su capacidad de obrar<sup>29</sup>.

Admitida la revocación y modificación de las voluntades anticipadas, ésta podría llevarse a cabo en cualquier momento, para lo cual sería conveniente la destrucción

<sup>29</sup> Muy gráfica resulta la expresión al respecto de WINICK, B. J. (*Op. cit.*, página 87) cuando nos dice que "se debe poder cerrar la puerta y esconder la llave, pero no tirarla".

y desaparición de las copias antiguas y su sustitución por las nuevas al objeto de evitar confusiones, así como resultaría oportuno también notificar tal hecho al representante o a cualquier persona que contara con una copia de la versión anterior. El Registro de instrucciones previas permitirá hacer constar, salvo prueba en contrario la modificación o revocación del instrumento otorgado con anterioridad.

#### IV. Análisis del derecho comparado

A continuación realizaremos un recorrido por diversos ordenamientos jurídicos, que nos demostrará no sólo el auge alcanzado por la figura que estamos estudiando, sino también sus posibles variantes y potencialidades.

En el área anglosajona, **Estados Unidos** fue el país que dio origen a este tipo de documentos en los cuales se suele incluir tanto el erróneamente denominado testamento vital como el poder relativo a los cuidados médicos que hayan de suministrarse al poderdante. En general, la mayor parte de los Estados de la Unión han reconocido valor legal a este instrumento, si bien en la práctica no ha sido muy utilizado. La jurisprudencia ha contribuido a sostener su validez y eficacia. Así ha sucedido con algunos casos emblemáticos, como fueron el caso Quinlan en 1975<sup>30</sup>, o el caso Cruzan en 1983<sup>31</sup>.

En **Gran Bretaña** estamos en presencia de una figura escasamente utilizada, si bien sea digno de reseñar que resulta más frecuente el otorgamiento de un poder general a un representante en previsión de una futura incapacidad del poderdante. Como ya hemos señalado en otro lugar, destaca un Acta de 1985 (*Enduring Powers of Attorney Act*) que permite a las personas conceder un poder para decidir sobre la propiedad y negocios del otorgante, con la novedad de su extensión también al ámbito de los cuidados personales y sanitarios que se hubieran de recibir. No obstante, su carácter esencialmente revocable le atribuye en la práctica un valor más indicativo que vinculante.

Destaca la gran presencia de este tipo de documentos en **Canadá**, aun cuando su régimen jurídico es variable a lo largo de las provincias que componen el país, lo cual

<sup>30</sup> Se solicita por los padres de la enferma la desconexión del respirador que la mantuvo con vida durante nueve años, y el Tribunal de New Jersey declara el derecho de la paciente a terminar con su vida por tener una existencia vegetativa, toda vez que el interés estatal disminuye y el derecho a la dignidad individual se robustece a medida que la invasión del cuerpo humano aumenta por causa de la enfermedad y el diagnóstico en torno a una posible vida cognoscitiva se torna confuso o más bien se debilita.

<sup>31</sup> Caso que llegó a ser resuelto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos en 1990 cuando declaró ante una situación de vida vegetativa la existencia de un derecho constitucional a rechazar el tratamiento médico, por lo que se autorizó el retiro de los tubos artificiales sobre la presunción de que si la paciente hubiera tenido capacidad, hubiera decidido en tal sentido.

A raíz de este famoso caso se multiplica la profusión del documento de voluntades anticipadas y, dada la disparidad de las legislaciones estatales, fue necesario regular por medio de una Ley federal sobre el derecho a la libre determinación de los pacientes, el cual facultaría a expresar su voluntad a propósito de la atención médica que desearía recibir o no en el supuesto de que no pudiera expresarse autónomamente, con lo cual se estaba reconociendo en la práctica validez legal al referido documento.

implica la necesidad de respetar su contenido y eficacia en función del lugar concreto donde hubiera sido otorgado (Alberta, Manitoba, Terranova, Ontario, Québec). Es digno de mención el gran seguimiento con que cuentan este tipo de documentos entre el gremio de los facultativos, que los consideran como si fueran una suerte de directrices.

En Europa nos encontramos con una legislación más abundante y completa sobre el particular, si bien hay que señalar que, por lo menos, los países latinos se encuentran todavía en una etapa anterior a la que atraviesan los países anglosajones, dada la especial cultura de la muerte con que aquéllos cuentan. Hay que resaltar y traer a colación al respecto el artículo 9 del Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina de 4 de abril de 1997 que constituye una vía abierta en torno al reconocimiento de la figura que aquí nos ocupa, como hemos tenido oportunidad de ver con antelación<sup>32</sup>.

En **Suiza** ya se aprueba en 1996 para el cantón de Ginebra una Ley que obliga a los médicos a respetar las directrices anticipadas –*testament biologique*. Cantones como Valais, Lucerna, Argovia y Appenzell cuentan con una legislación en la misma línea apuntada por el cantón de Ginebra.

Por lo que atañe a **Italia**, se contemplaba la institución en el Código de Deontología Médica –artículo 34. Tanto el Centro de Bioética de la Universidad Católica del Sagrado Corazón de Roma, como la Consulta de Bioética de Milán reconocen su legitimidad ética y jurídica, lo que desembocará en la Ley vigente de 28 de marzo de 2001.

**Dinamarca** cuenta con una Ley de 1 de enero de 1992 en la que se establece el deber del médico de consultar un archivo informático central sobre testamentos vitales.

En **Francia** ni la Ley de Respeto al Cuerpo Humano de 29 de julio de 1994, ni tampoco la de Donación y Utilización de Elementos y Productos del Cuerpo se pronuncian en torno a la figura<sup>33</sup>. Sin embargo, la Ley de 4 de marzo de 2002 sobre los Derechos de los Enfermos y Calidad del Sistema Sanitario permite a cualquier persona nombrar a alguien para ser consultado en caso de que el interesado no pueda declarar su voluntad ni recibir la información necesaria.

**Alemania** no ha regulado todavía sobre el particular, si bien los Principios de la Asociación Médica de 1998 rechazan la eutanasia y establecen el respeto a los deseos y declaraciones anticipadas de los pacientes.

Como sabemos en **Holanda** se despenaliza la eutanasia en ciertos casos a partir de noviembre de 2000 –enfermedades incurables, irreversibles y dolorosas-, si bien

<sup>32</sup> En efecto, su tenor literal reza así: “Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad”.

<sup>33</sup> Al respecto, CALLU, M. F. *Autour de la mort: variations sur Madame se meurt, madame est morte*. Revue Trimestrielle de Droit Civil. 1999, nº 2, página 313.

siempre que la solicitud por el paciente sea fruto de una reflexión concienzuda y tras haber obtenido la autorización de dos médicos y la revisión favorable de una Comisión de expertos<sup>34</sup>.

**Bélgica** refleja en una Ley de 28 de mayo de 2002 una situación muy similar a la holandesa, así como permite la redacción de un documento en tal sentido que surtirá efectos en caso de que el paciente se halle en estado de coma, y que será revisable cada cinco años.

Muy interesante resulta el ejemplo de **España** donde su configuración autonómica reconocida por la Constitución ha arrojado una gran variedad legislativa sobre el particular, de modo que han sido las diversas Comunidades Autónomas las que han regulado al respecto<sup>35</sup> con anterioridad incluso al Estado que, por fin, cuenta con una Ley nacional de 14 de noviembre de 2002 caracterizada por simplificar las formas a la hora de redactar estos documentos, pues se pueden redactar por escrito sin presencia de testigos ni de notario, y cuyos únicos límites estarían conformados por el ordenamiento jurídico y la *lex artis*.

Por lo que se refiere a Latinoamérica, **Puerto Rico** cuenta con la Carta de Derechos y Responsabilidad del Paciente de 25 de agosto de 2000, que permite al paciente usar directrices adelantadas sobre su tratamiento o bien designar a una persona que actúe como si fuera un tutor para decidir sobre el particular.

A pesar de que **Uruguay** no cuenta con una legislación específica, su Constitución nacional podría servir como plataforma de reconocimiento a la figura en estudio, puesto que en ella se habla del derecho de amparo al goce de la vida (artículo 7), el deber del Estado de legislar sobre cuestiones relacionadas con la salud (artículo 44), así como el principio general según el cual nadie se obliga a hacer lo que la ley no manda ni se puede impedir lo que no está prohibido (artículo 10).

La Constitución de **Venezuela** de 1999 ya nos apunta algunos derechos que podrían amparar la validez de este tipo de documentos, como sucede con el derecho a la libertad personal (artículo 20); el carácter no excluyente de la enunciación de los derechos fundamentales que aparecen en el texto (artículo 22), lo cual nos permitiría invocar junto a los derechos a la vida (artículo 43), integridad física y moral (artículo 46) y la libertad de conciencia (artículo 60) un pretendido derecho a una muerte digna.

<sup>34</sup> Al respecto, CONCY, P; JANSSEN, A. *La nuova disciplina dell' aiuto attivo a morire e del suicidio clinicamente assistito nei paesi bassi*. Il Diritto di famiglia e delle persone. 2001, 4, página 1788.

<sup>35</sup> La Ley de Cataluña de 29 de diciembre de 2000 fue la pionera. Siguieron su ejemplo las Comunidades de Galicia (28 de mayo de 2001; 7 de marzo de 2005); Extremadura (28 de junio de 2001; 8 de julio de 2005); Cantabria (20 de noviembre de 2001); Madrid (23 de mayo de 2005; 18 de diciembre de 2006); Aragón (15 de abril de 2002; 6 de mayo de 2003); La Rioja (30 de septiembre de 2005); Navarra (6 de mayo de 2002; 4 de abril de 2003); País Vasco (12 de diciembre de 2002; 4 de noviembre de 2003); Valencia (28 de enero de 2003); Andalucía (9 de octubre de 2003); Castilla y León (8 de abril de 2003); Castilla La Mancha (7 de julio de 2005; 21 de febrero de 2006); Murcia (8 de julio de 2005); Canarias (8 de febrero de 2006); Baleares (4 de abril de 2003). En Asturias, existe un proyecto de Ley en tramitación.

Al margen del lugar de su otorgamiento, estos documentos tendrían validez y eficacia en todo el territorio nacional.

El artículo 8 del Código Deontológico de la Profesión Médica de 20 de marzo de 1985 establece el deber del facultativo de respetar las convicciones del paciente. Por su parte, los artículos 77-81 del mismo texto legal obligan al médico a intentar la curación o mejoría del paciente siempre que sea posible y, cuando no lo fuera, a proporcionar el bienestar del enfermo aun cuando ello suponga un acortamiento de la vida, sin que tenga que emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas<sup>36</sup>, para lo cual tendrá en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar el tratamiento para prolongar su vida y a morir con dignidad. Cuando su estado no permita decidir, el facultativo tomará en cuenta y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables. Vemos, pues, que se está dando cobijo aquí tanto al documento de voluntades anticipadas como al otorgamiento del poder a un tercero para que decida cuando el poderdante no pueda hacerlo por sí mismo.

## V. Conclusiones

Por fin, a modo de colofón, algunas reflexiones finales que pretenden servir de conclusión con relación al tema que nos ocupa:

- 1.- Resulta lógico pensar que en una sociedad donde se protege a toda costa la libertad se permita tomar previsiones para el caso de padecer una enfermedad que nos impida decidir por nosotros mismos la manera de afrontar tal situación: se defiende su conveniencia para poder así anticipar el futuro y ejercer el derecho con que cada persona cuenta a decidir sobre sí mismo.
- 2.- Es cierto que tomar decisiones de este calado puede ser cuestionable bajo algunos aspectos, como por ejemplo: \* la distancia temporal que media entre el momento de la declaración y la circunstancia de muerte próxima, lo que dificulta tomar en cuenta las posibles variantes y complicaciones que se pueden presentar en la enfermedad, así como los nuevos avances científicos que pueden dar un vuelco a creencias anteriores (no obstante, esta objeción se pueda salvar con la posible revocación del documento); \* el temor médico que sin duda existe ante potenciales demandas judiciales a cargo de familiares sobre la base de la interpretación concedida a las previsiones del paciente, lo cual podría neutralizarse, a nuestro juicio, mediante la inclusión en el documento de una cláusula de conciencia que exonere al facultativo de actuar en contra de sus creencias y convicciones; \* las posibles dudas que se puedan suscitar en torno a algunos puntos, como el carácter terminal o no de la enfermedad, el conocimiento de una presunta voluntad

<sup>36</sup> En esa misma línea el artículo 27 de la Ley de Ejercicio de la Medicina de 28 de julio de 1982 permite al facultativo no continuar asistiendo a un enfermo por justa causa y si se cumplen unas condiciones, en tanto que el artículo 28 de la misma Ley exonera al médico que atiende a los enfermos irrecuperables del empleo de medidas extraordinarias para el mantenimiento artificial de la vida.

anterior del paciente sobre el caso concreto que se presenta, o qué hacer en caso de divergencia entre la familia, el equipo médico y el propio enfermo.

- 3.- No hemos de entender la aparición de estos documentos como una expresión de la tradicional medicina defensiva y paternalista, sino más bien como un intento de humanizar y reconocer el derecho de autonomía del paciente, considerado ya como sujeto activo de su destino y su salud. La regulación de la figura en ciernes constituye un avance en el camino del respeto a la libertad y autonomía del paciente, así como un instrumento en aras de la seguridad jurídica a fin de ajustar las decisiones clínicas con las decisiones personales sobre las cuestiones que se plantean.

En suma, pues, se trata de preservar la dignidad humana en un momento tan crucial como es el fin de la vida. Y es que como nos decía el gran filósofo alemán Martin Heidegger en una reveladora expresión “*corremos hacia la muerte*”, lo que nos presenta al hombre como un ser llamado a ella. Tal circunstancia nos permite, incluso, llegar a preverla y prepararla ante el riesgo de padecer el sufrimiento que representa una vida vegetativa, con arreglo a nuestras propias creencias y convicciones, por medio de un acto personalísimo, cual es el documento de voluntades anticipadas, tal como hemos tratado de explicar en estas líneas.

### **Bibliografía**

- ALEGRE MARTINEZ, M. A. *La dignidad de la persona*. León, 1996.
- ALONSO OLEA, M. *El consentimiento informado en medicina y cirugía*. R. A. P., 2001, nº 155.
- ALONSO PEREZ, M. *La relación médico-enfermo. Presupuesto de responsabilidad civil (En tomo a la lex artis)*. Perfiles de la responsabilidad civil en el nuevo milenio. Dykinson. Madrid. 2000.
- ANGOITIA GOROSTIAGA, V. *Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos. Problemática jurídica*. Madrid, 1996.
- ATAZ LOPEZ, J. *Los médicos y la responsabilidad civil*. Madrid, 1985.
- BERNAD MAINAR, R. *Efectos jurídicos de las nuevas técnicas de reproducción humana*. Caracas. Publicaciones U. C. A. B., 2000.
- BROGGI, M. A. *Influir en las decisiones médicas. El testamento vital*. El noticiero de las ideas, nº 8.
- CALLU, M. F. *Autour de la mort: variations sur Madame se meurt, madame est morte*. R. T. D. C., 1999, 2.
- CARUSI, D. *Le nuove leggi francesi sulle biotecnologie*. R. D. C., 1196, II.
- CASTAN TOBEÑAS, J. *Los derechos de la personalidad*. R. G. L. J., 1952.
- CONCY, P; JANSSEN, A. *La nuova disciplina dell' aiuto attivo a morire e del suicidio clinicamente assistito nei paesi bassi*. Il Diritto di famiglia e delle persone. 2001, 4.

- CORBELLA I DUCH, D. J. *Sobre la constitucionalidad de las leyes autonómicas reguladoras de las voluntades anticipadas*. VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Ilustre Colegio Oficial de Médicos de Madrid. Madrid, 18-20 de octubre de 2001.
- CREUET DEL AMO, D. M. *La tutela fiduciaria*. R. G. L. J., XXXVIII, 1921.
- CRISTOBAL MONTES, A. *Meditaciones filosóficas*. Trotta. Madrid, 2006.
- DE COUTO GALVEZ, R. M. *Algunas reflexiones sobre la legitimación para autodesignar el cargo tutelar. La autotutela en Cataluña*. R. G. L. J., enero-febrero, 2000.
- DE LORENZO, R. *Testamento vital versus instrucciones previas o voluntades anticipadas*. www.rmedica.es, 3 de septiembre de 2002.
- DOGLIOTI, M. *Anziani e società: doveri e diritti*, Dir. fam. e per., 1998, nº 1.
- DWORKIN, R. *El dominio de la vida*. Barcelona, 1994.
- FEMENIA LOPEZ, P. J. *El derecho sobre las partes separadas del propio cuerpo*, en Homenaje a Hernández-Gil, II. Madrid, 2001.
- FERNANDEZ COSTALES, J. *El contrato de servicios médicos*. Madrid, 1989.
- FERNANDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C. *El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano...*, Revista de Derecho y Genoma Humano, número 7, 1997.
- FRAISSEIX, P. *La protection de la dignité de la personne et de l'espèce humaine dans le domaine de la biomédecine: l'exemple de la Convention d'Oviedo*. Rev. Int. Dr.Comp., 2000-2.
- GAFO, J. *Trasplantes de órganos: problemas técnicos, éticos y legales*. Madrid, 1996.
- GARCIA AZNAR, A. *Sobre el respeto a la autonomía de los pacientes*, Estudios de Bioética y Derecho. Valencia, 2000.
- GIL HERNANDEZ, A. *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*. Colex, Madrid, 1995.
- GONZALEZ PEREZ, J. *La dignidad de la persona*. Madrid, 1986.
- HARICHAUX, M. *Le corps objet*, AAVV, Bioéthique en Droit. Paris.
- LENOIR, N. *La Déclaration universelle sur le génome humain et les droits de l'homme de l'Unesco du 11 novembre 1997*. Etique des droits, 1998.
- LOPEZ DOMINGUEZ, O. *La información clínica: situación actual, conflictos y tendencias*. C. D. J., XXV, 1997.
- LOPEZ FRIAS, M. J. *El ejercicio de los derechos personalísimos de los enfermos psíquicos*. R. D. P., 1999.
- LOPEZ ORTEGA, J. J. *Consentimiento informado y límites a la intervención médica. Problemas de la eutanasia*. Madrid, 1999.
- LOPEZ SANCHEZ, C. *Testamento vital y voluntad del paciente*. Dykinson. Madrid, 2003.
- LUNA MALDONADO, A./ OSUNA CARRILLO DE ALBORNOZ, E. *La muerte como fenómeno social. Eutanasia y distanasia. Medicina legal y toxicología*. Barcelona, 1998.

- MARTIN BERNAL, J. M. *Responsabilidad médica y derecho de los pacientes*. Madrid, 1998.
- MARTINEZ GARCIA, M. A. *Reflexiones sobre la autotutela y los llamados "Apoderamientos preventivos"*. Not., 2000-2.
- MASIA, J. *¿Eutanasia o buena muerte? Cuestiones éticas más allá y más acá de la muerte, La eutanasia y el arte de morir*, ed. J. Gafo. Madrid, 1992.
- MONZON MARIN, J. L. *Decisiones al final de la vida*. Actas de la Jornada conjunta sobre decisiones al final de la vida, Madrid 1 de octubre de 1998. Madrid, 1998.
- MUÑIZ ESPADA, E. *La protección jurídica del anciano dependiente*. Rev. Der. Fam., nº 12, 2001.
- NICOLAS JIMENEZ, P. *El Convenio de Oviedo...*, Revista de las Cortes Generales, número 40, 1997.
- PALACIOS, M. *La Convención de Asturias...*, Revista de Derecho y Genoma Humano, número 7, 1997.
- PALOMARES BAYO, M. / LOPEZ Y GARCIA DE LA SERRANA, J. *El consentimiento informado en la práctica médica y el testamento vital*. Granada, 2002.
- PECES-BARBA, G. *Los valores superiores*. Tecnos. Madrid, 1984.
- PEREZ DE VARGAS MUÑOZ, J. *La autotutela como medio de protección de los mayores*, Actas de las Primeras Jornadas de Problemas Legales sobre tutela, asistencia y protección a las personas mayores. Córdoba, 17-18 de noviembre de 2000. Córdoba, 2001.
- PEREZ MELERO, A. *El consentimiento informado. Manual de ética y legislación en enfermería*. Madrid, 1996.
- PORRAS DEL CORRAL, M. *Biotecnología, Derecho y Derechos Humanos*. Córdoba, Publicaciones Obra Social y Cultural Cajasur, 1996.
- RICO-PEREZ, F. *Protección civil de la dignidad personal*. Homenaje al profesor Juan Roca Juan. Murcia, 1989.
- RODRIGUEZ AGUILERA, C. *El derecho a una muerte digna*. La eutanasia y el arte de morir, ed. Gafo, J. Madrid, 1990.
- RODRIGUEZ FOUZ, C. *Testamento vital en Cataluña*. www.Biomedica.net, 12 de enero de 2001.
- ROMEO CASABONA, C. *El Derecho y la Bioética ante los límites de la vida humana*. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994.
- ROMEO CASABONA, D. M. *El médico ante el Derecho*. Madrid, 1990.
- RUBIO LLORENTE, F. y OTROS. *Derechos fundamentales y principios constitucionales*. Ariel. Barcelona, 1995.
- SANCHEZ CARO, J. *El derecho a la información en la relación sanitaria: aspectos civiles*. La Ley, 1993-3.
- SAPENA DAVO, F. *Documento de voluntades anticipadas (el testamento vital)*. Rev. Jur. Com. Valenciana, nº 3, 2002.

- SEUBA TORREBLANCA, J. C. *Breve presentación de la Ley francesa 2002, de 4 de marzo, relativa a los derechos de los enfermos y a la calidad del sistema sanitario*. www.Indret.com 2/2002.
- SILVA-RUIZ, P. F. *El derecho a morir con dignidad y el testamento vital*. R. G. D. enero-febrero 1994.
- SIMON LORDA, P. *La evaluación de la capacidad de los pacientes para tomar decisiones y sus problemas*. Estudios de Bioética. Madrid, 1997.
- SCHONWETTER, R. / WALTER, R. *Life values, resuscitation preferences and the applicability of livings wills in an older population*. Journal of the American geriatrics society, 1996, 44.
- SOULIER, J. P. *Morir con dignidad*. Madrid, 1995.
- TORRES ESCAMEZ, S. *Un estudio sobre el juicio notarial de capacidad*. R. J. Not., nº 34, 2000.
- VARSÍ ROSPLIGOSI, E. *Consejo jurídico y práctica integral*. Universidad de Lima. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 1994.
- WEGENER, R. *Living testaments and medical decisions*. Forensic Science International. 2000, vol. 113, nº 1-3.
- WINICK, B. J. *Advance Directive Instrument for those with Mental Illness*. Universidad de Miami. Law Revue. 1996, vol. 51.
- ZATTI, P. *Verso un diritto per la bioetica: risorse e limite del discorso giuridico*. Riv. Dir. Civ., 1995, I.