

## COMENTARIOS á Lei 3/2005, do 7 de marzo, de modificación da Lei 3/2001, do 28 de maio, reguladora do consentimento informado e da historia clínica dos pacientes. (III)

Lamas Meilán, M.M.  
Doctor en Derecho

Cad. Aten. Primaria  
Año 2006  
Volumen 13  
Pág. 50-54

### INTRODUCCIÓN

En el anterior artículo comenzamos analizando el artículo 5 de nuestra Ley en donde se regulan las instrucciones previas, siendo la primera pregunta en plantearse si la mayoría de edad a que se refiere la Ley es la llamada mayoría de edad sanitaria (capacidad de decisión entre las 16 y los 18 años) o bien debemos entender que se refiere a la mayoría de edad civil es decir 18 años. Así para algunos autores, toda vez que la norma básica estatal reconoce al mayor de 16 el derecho a prestar su consentimiento informado por sí solo, en el supuesto de no ser así a la hora de otorgar el documento de instrucciones previas no se estaría en consonancia con el resto de la Ley, y sin olvidarnos del tratamiento que los emancipados y los que han obtenido el beneficio de mayor de edad tienen en otros preceptos de la citada norma. Reflejamos que aunque en tres normativas autonómicas se admitía legitimación al menor emancipado (Comunidades Autónomas de Valencia, Navarra y Andalucía), lo anterior deberá ser reformando en opinión entre otros de Gargallo (1), por ir en contra del principio de igualdad de trato entre todos los españoles que ha tratado de preservar la legislación básica estatal. En opinión de otros autores, el legislador en esta materia ha optado por restringir la capacidad para otorgar las instrucciones previas a los mayores de edad y consideran lógica esta forma de proceder ante la proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida, lo que podría explicar que se exija un plus de capacidad para expresar una voluntad.

La segunda pregunta que nos planteamos se refería a la capacidad exigible en el momento de otorgar el documento de instrucciones previas, ya que no bastaba que la persona que otorgue el documento no haya sido incapacitada sino que es necesario a su vez que en el momento de emitir su voluntad se encuentre en condiciones de hacerlo libremente. En este apartado lamentamos que el legislador cuando reguló la fórmula de otorgamiento y estableció que el Notario o los testigos valoren dicha capacidad, se hubiese olvidado del médico ya que quien mejor que él para valorar la capacidad del otorgante y quien mejor que el médico para informarle sobre los presentes

y los previsibles futuros cuidados médicos teniendo en cuenta el estado actual de la ciencia.

Constatamos que la Ley establece como presupuesto subjetivo para la validez de este tipo de documentos que sea otorgado por una persona libre, que el sujeto no actúe por mediación o coacción de un tercero sino por su propia voluntad. Recogimos la especial llamada de atención de Sánchez Gargallo con relación a los pacientes con enfermedades crónicas y degenerativas, o de avanzada edad, que tienen una gran dependencia de las personas de su entorno lo que les puede convertir en sujetos excesivamente dúctiles a la voluntad ajena, llegando incluso a situaciones de voluntad cautiva. Lo anterior nos llevó por analogía y tratando de evitar que se pueda llegar a negar por sistema la capacidad de otorgar instrucciones previas, a las personas descritas por Gargallo, a reflejar una Sentencia del Tribunal Supremo de 27/01/1998 en la que con relación a la capacidad de obrar nos dice *...son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad del testador ...la edad senil del mismo ...el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso ...que se encuentre aquejado de graves padecimientos ...una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias ...cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonio del Notario y los testigos.*

Por último nos alegramos de la posibilidad de poder incluir una declaración sobre el destino de su cuerpo o de sus órganos, lo que servirá para manifestar la voluntad contraria a la extracción y también servirá en la práctica para simplificar el proceso de verificación de la voluntad del fallecido.

Continuaremos analizando el artículo 5.

### Artigo 5. Instruccións previas

1. ...O outorgante do documento pode designar, ademais, un representante para que chegado o caso, sirva como interlocutor

### seu co médico ou co equipo sanitario para procurar o cumprimento das instrucións previas.

En un artigo publicado en esta revista hace cuatro años (2), pusimos de manifesto como a diferencia del la Ley Catalana y, en aquel tiempo, de la Proposición de la Ley Básica estatal, en donde sí se regulaba la posibilidad de que se designe un representante quien, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas, nuestra Ley no lo hacía, lo que nos resultaba un tanto sorprendente ya que para todos era conocido que se limitaba a copiar el modelo catalán. De ahí que hubiésemos recomendado que si la situación que se presentase no correspondiese exactamente con la expresada en el documento, en nuestra Comunidad habría que consensuarla con la familia debiendo dejar constancia del acuerdo en la historia clínica y en el supuesto de no poder llegar a un acuerdo deberían ponerse los hechos en conocimiento de la autoridad judicial la existencia de tal discrepancia, lo que en definitiva liberaría al médico de poder incurrir en algún tipo de responsabilidad en esta materia.

La nueva redacción faculta al otorgante del documento la posibilidad de poder designar un representante, la cual es una copia literal de lo dispuesto en el artículo 11.1 de la Ley básica estatal, 41/2002, en donde se nos dice *...El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas.*

La Ley 9/2005, de la Comunidad de la Rioja, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad, nos dice en su Exposición de Motivos que con el nombramiento de representante, el interesado ejercita su derecho a designar la persona o personas que sepan traducir su voluntad en caso de que ésta sea requerida. Con esto se impide, por una parte, que personas ajenas puedan decidir por uno mismo; y por otra; que las personas designadas decidan en contra de la voluntad designada como propia. Ya que se puede anticipar, sin temor de equivocación, que el documento que otorgue el interesado difícilmente contendrá un catálogo tasado de equivalencias entre circunstancias personales y prácticas médicas; por ello, su interpretación deberá hacerse en el contexto clínico real del caso.

Terribas i Sala (3) nos dice que la figura del representante, que puede o no ser incluida en el documento de voluntades anticipadas, puede tener una importancia básica y en ese sentido recomienda su inclusión. Ya que en esencia, el cometido del representante es no sólo servir de interlocutor válido en el equipo responsable del paciente en el momento en que deban aplicarse las voluntades anticipadas, sino también actuar como un auténtico fiduciario de éste, en el sentido que su mediación sea decisiva en la toma de decisiones igual

que si se tratase del propio paciente, siempre que no se vaya en contra de su voluntad. Por ello, la elección del representante debe hacerse con seriedad, reflexionando bien qué persona, con la que exista una relación de plena confianza, conocedora de los valores y principios del otorgante, garantizando que llegado el momento decisivo no se encontrará mediatizado por conflictos de intereses o circunstancias de emotividad o sentimientos contradictorios, que será capaz de defender la voluntad del paciente incluso contra el criterio médico que pretenda evadirla.

La Ley 3/2005, de la Comunidad de Madrid, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente, tiene por objeto el anterior enunciado si bien circunscrito al ámbito de Madrid y haciendo uso del reconocimiento expreso que la Ley Básica recoge en su artículo 11 en donde se regula en su apartado 2 *...que cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado para que, llegado el caso, se garantice el cumplimiento de las instrucciones previas de cada persona...*

En el artículo 10, de la anterior Ley Autonómica, que lleva por título Designación de representantes nos dice:

1. *...podrá designar uno o varios representantes por el orden y la forma que estime convenientes ...sirvan como interlocutores suyos con el médico ...procurar cumplimiento de instrucciones previas.*
2. *...podrán nombrarse ...en el mismo documento de instrucciones previas o en otro documento independiente. En este último caso deberá cumplir ...los mismos requisitos exigidos ...para la formalización del documento de instrucciones previas.*
3. *Para ser designado representante se requerirá que se trate de personas mayores de edad, con plena capacidad de obrar.*
4. *No podrán actuar como representantes el notario autorizante del documento, el funcionario encargado del Registro de Instrucciones Previas, los testigos ante los cuales se formalice el documento y los profesionales que presten servicio en la institución sanitaria donde hayan de aplicarse las instrucciones previas.*

En opinión de Domínguez Luelmo (4), la figura del denominado representante, como interlocutor válido, entiende que no puede sin más expresar una voluntad no manifestada en el documento por el paciente, sino simplemente aclarar esa voluntad dependiendo de las diversas circunstancias en las que puede encontrarse aquél cuando ya no puede expresarla personalmente. Es decir, deben existir siempre instrucciones previas que, en su caso, podrán acomodar a esas circunstancias el representante dentro de los márgenes establecidos por el propio paciente. Lo que no cabe es designar representante para que decida en lugar de aquel.

No es de la misma opinión Francino i Batlle (5) para quien el representante no sólo va a aplicar, interpretar y resolver las posibles dudas

que se planteen con relación con determinadas previsiones clínicas hechas por el paciente en el propio documento de voluntades anticipadas, sino que se le encomienda también la solución de cualesquiera otras cuestiones, delegándose en general la prestación del consentimiento informado que según la ley hay que prestar en todo caso. En la misma sintonía se manifiesta López Sánchez (6) para quien en el documento de instrucciones previas se podrá indicar si en caso de contradicción con la voluntad del otorgante éste prefiere que prevalezca la decisión del representante o su propia voluntad, sobre todo porque puede existir un conflicto de intereses.

Nos dice Berrocal (7) que coincide la mayoría de la doctrina en afirmar que su nombramiento tiene como principal finalidad la toma de decisiones en lugar del otorgante, cuando éste no pueda hacerlo por sí mismo. Por tanto, está autorizado para consentir o rechazar un tratamiento médico, dentro de los límites o márgenes establecidos en el propio documento, o que a falta de mención expresa, conozca de la relación de confianza existente con éste. Desde esta perspectiva, aunque la figura del representante puede, tal como hemos indicado, aclarar cuál es la voluntad del paciente, dependiendo de las diversas circunstancias en que se puede encontrar éste, cuando una concreta situación no está prevista en el documento; de lo que no cabe duda es que resulta esencial dar prioridad a la voluntad del paciente, de acuerdo con los criterios generales de interpretación. En todo caso ante un conflicto entre los deseos expresados por el paciente en sus voluntades anticipadas y el representante designado, los expertos en bioética entienden que dicho conflicto debe ser resuelto por el médico, teniendo en cuenta siempre el interés del paciente.

La Ley 9/2005, de la Comunidad Autónoma de la Rioja, en su artículo 5.1.D) párrafo segundo dice *...la actuación del representante estará orientada a hacer valer lo que el otorgante hubiera preferido en el caso de que pudiera decidir. De no conocer la que hubiera sido su voluntad, la actuación del representante estará orientada a hacer valer todo cuanto contribuya a los mejores intereses del otorgante.*

Señala Sancho Gargallo (8) que la Ley básica estatal omite cualquier referencia a los requisitos de capacidad, por lo que habría que exigir los generales, y en concreto que esté en el pleno ejercicio de sus derechos y tenga capacidad natural suficiente. De la misma opinión es Domínguez Luelmo (9) para quien si para otorgar un documento de instrucciones anticipadas el artículo 11.1 de la Ley 41/2002 exige la mayoría de edad, parece que la misma regla debe aplicarse al representante que, en definitiva, es quien debe velar por el cumplimiento de tales instrucciones como interlocutor del médico.

La Ley 7/2002 de voluntades anticipadas del País Vasco, establece en su artículo 3 *...cualquier persona mayor de edad y que no haya sido incapacitada legalmente.* La Ley 9/2005 de la Rioja en su arti-

culo 5.1.D) nos dice *...ser mayores de 18 años, no estar incapacitados y aceptar la designación.*

Lo que sí puede resultar un tanto complejo, a la hora de la práctica, es cuando se nombra más de un representante. No si se nombra para que intervengan sucesivamente, cuando por ejemplo el nombrado en primer lugar ha fallecido o bien alguna otra causa le impide actuar tal como enfermedad, ausencia, etc. Pero nada impide al otorgante del documento de voluntades anticipadas nombrar varios representantes para que actúen de forma simultánea en cuyo caso habrá que determinar si lo harán de forma mancomunada o solidaria. Ahora bien señala Berrocal (10), el no-nombramiento de un representante puede determinar, que en caso que se tengan que suplir posibles lagunas existentes en el propio documento de voluntades anticipadas, o surjan problemas interpretativos que precisen señalar cuál es la posible voluntad del otorgante, se deba recurrir al consentimiento por representación previsto en el artículo 9.3 de la Ley básica estatal.

Ni en la Ley básica estatal ni en la Ley de Galicia 3/2005, de modificación de la Ley 3/2001, reguladora en nuestra Comunidad del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, se establecen limitaciones en cuanto a las personas que pueden ser designados representantes ya que faculta al otorgante a poder designar a persona o personas vinculadas a él por vínculos familiares, si bien ya muchos autores, entre otros Núria Terribas (11), sostienen la conveniencia de que la persona nombrada no sea un familiar, para que llegado el momento decisivo no se encuentre mediatizado por conflictos de intereses o circunstancias de emotividad o sentimientos contradictorios.

La Ley Vasca 7/2002, en su artículo 2.3 a) especifica quién está inhabilitado para ejercer esta función de representante *...el notario, el funcionario o empleado público encargado del Registro Vasco de Voluntades Anticipadas, los testigos ante los que se formalice el documento, el personal sanitario que debe aplicar las voluntades anticipadas y el personal de las instituciones que financien la atención sanitaria de la persona otorgante.* Dentro del mismo apartado en la letra b) hace referencia cuando el cónyuge o pareja de hecho es el nombrado como representante y nos dice *...se extingue a partir de la interposición de la demanda de nulidad, separación o divorcio, o a partir de la extinción formalizada de la pareja de hecho o unión libre. Para el mantenimiento de la designación, será necesario en caso de nulidad, separación matrimonial o divorcio, que conste expresamente en la resolución judicial dictada al efecto. En el supuesto de extinción formalizada de la pareja de hecho o unión libre, será necesaria la manifestación expresa en un nuevo documento.*

Las anteriores limitaciones aparecen también recogidas en las Leyes, reguladoras de las instrucciones previas, de las Comunidades de la

Rioja y de Madrid a excepción de las recogidas en la letra b), de la Ley Vasca, relativas al cónyuge o pareja de hecho.

### Artigo 5. Instruccións previas

**3. Non serán aplicadas as instruccións previas contrarias ao ordenamento xurídico, á lex artis, nin as que non se correspondan do suposto de feito que o interesado teña previsto no momento de manifestalas. Na historia clínica do paciente quedará constancia razoada das anotacións relacionadas con estas previsións.**

En todas las leyes autonómicas, algunas de ellas anteriores a la Ley básica estatal, se reflejan supuestos en los que no serán aplicadas las instrucciones previas. Así en la Ley Catalana, 21/2000, en su artículo 8.3 nos dice *...no se pueden tener en cuenta voluntades anticipadas que incorporen previsiones contrarias al ordenamiento jurídico o a la buena práctica clínica, o que no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que el sujeto ha previsto en el momento de emitirlos*. En nuestra propia Ley, 3/2001, los cambios introducidos, en este supuesto, con relación a la anterior redacción son mínimos ya que tan sólo consisten en donde antes decía *contrarios a la buena práctica clínica hoy se dice contrarios á lex artis, y donde se decía se hará la correspondiente anotación en la historia hoy se dice quedará constancia razoada na historia*. La Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, de Navarra, regula este supuesto de forma casi idéntica que las otras dos Leyes anteriores tan sólo introduce la expresión *...contrarios a la buena práctica clínica, a la mejor evidencia científica disponible...*

La reciente Ley 3/2005, de la Comunidad de Madrid recoge un nuevo apartado en el artículo destinado a establecer los límites de las instrucciones previas: art.11.2 *...tampoco serán aplicables las instrucciones relativas... intervenciones médicas que la persona otorgante haya manifestado que desee recibir cuando resulten contraindicadas para su patología*. Lo anterior también aparece recogido de forma más escueta, en la Ley 9/2005, de la Comunidad de la Rioja, muy próxima en el tiempo a la anterior si bien posterior ya que la primera data de mayo y la segunda de septiembre, en donde se dice en su artículo 5.2. *...ni las que resulten contraindicadas para su patología*.

Nos dice Domínguez Luelmo (12), que cuando el legislador introduce el concepto "contrarias al ordenamiento jurídico" se refiere a cualquier norma de carácter imperativo, pero de un modo especial el legislador está pensando en el artículo 143 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que castiga la cooperación con actos necesarios al suicidio de una persona, la cooperación que llega hasta el punto de ejecutar la muerte, y se refiere expresamente en su núm. 4 *...el que causare o cooperare activamente en actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la peti-*

*ción seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente su muerte o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado...*

Fue hace cuatro años (13), la última vez que en esta revista, comentamos que el Código Penal de 1995 en su artículo 143.3 castigaba el anterior tipo delictivo, si bien se habían rebajado notablemente las penas hasta el punto de que los meros cómplices no cometen delito y los que cooperan con actos especialmente importantes pueden conseguir no ir a prisión, pero lo cierto es que se siguen previendo penas de cárcel para quienes en situaciones tan extremas presten una ayuda esencial o ejecuten ellos mismos la muerte a quien se la demanda. Volvimos a poner de manifiesto una vez más las encuestas del CIS nº 1996 de marzo de 1992 y otra de 1998, ambas en el ámbito nacional, en las que se constataba que dos de cada tres españoles se manifestaban a favor de la eutanasia activa, los que en palabras del Profesor Landrove(14) enviaron un inequívoco mensaje a nuestro legislador, que fue desoído en éste y en tantos otros ámbitos.

En opinión de Sancho Gargallo (15), el anterior precepto tipifica penalmente la eutanasia activa directa, aun en el caso de enfermedades crónicas e irreversibles, y de padecimientos permanentes y difíciles de sufrir. No impide la responsabilidad penal que esta actuación responda a una petición "expresa, seria e inequívoca" de la víctima. Estas circunstancias no justifican ni exculpan, aunque si atenúan el alcance de la responsabilidad, al merecer una pena inferior a la de homicidio doloso común. Si bien lo anterior no excluye que exista un abanico de posibilidades, desde la conducta inequívoca de eutanasia activa directa, hasta la eutanasia pasiva indirecta, consecuencia de la enfermedad, pero también de los analgésicos que recibe, cuya procedencia o improcedencia vendrán determinadas por la consideración que merezcan desde la perspectiva de la lex artis del médico.

En el anterior sentido, nos dice Sánchez Caro (16) siguiendo al profesor Morales Prats (17), que la modalidad de eutanasia pasiva, consistente en la no adopción de medidas o tratamientos tendentes a prolongar la vida del enfermo o bien la interrupción o cese de un determinado tratamiento médico, en el entendimiento de que en cualquier caso se producirá la muerte, constituye lo anterior un supuesto atípico penalmente. Lo mismo ocurre en la modalidad de eutanasia activa indirecta, la cual sucede cuando el médico procede al suministro de analgésicos para aliviar los padecimientos o sufrimientos del paciente, asumiendo que los mismos provocarán casi seguro el acortamiento de su vida, encontrándonos aquí igualmente ante un supuesto sin efectos penales, siempre que el suministro de analgésicos se acomode a la lex artis.

Nos detendremos aquí pero seguiremos analizando las diferentes modificaciones realizadas en nuestra Ley autonómica, reguladora del

consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, para adaptarla a la normativa estatal.

## BIBLIOGRAFÍA

1. Sancho Gargallo, I. Las instrucciones previas. Límites a la facultad de disposición. Los modelos de documentos de instrucciones previas. En: El juez civil ante la investigación biomédica. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004:199-244.
2. Lamas Meilán. M.M. Comentarios a la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes en la Comunidad Autónoma de Galicia III. *Cadernos de atención primaria*, 2002;9:171-176.
3. Terribas i Sala, N. Las voluntades anticipadas y su problemática en al aplicación práctica. En: *Salud Pública y Derecho Administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004:267-295.
4. Domínguez Luelmo, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid: Lex Nova, 2003.
5. Francino i Battle. El otorgamiento del documento de voluntades anticipadas. Cuestiones prácticas En: VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, I Reunión Iberoamericana del Derecho Sanitario. Madrid, 2002. Asociación Española de Derecho Sanitario.
6. López Sánchez, C. Testamento vital y voluntades anticipadas (Conforme a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre). Madrid: Dykinson, 2003.
7. [www.aeds.org/Congreso12/](http://www.aeds.org/Congreso12/) análisis de los criterios jurídicos en normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación.
8. Sancho Gargallo, I. Las instrucciones previas. Límites a la facultad de disposición. Los modelos de documentos de instrucciones previas. En: El juez civil ante la investigación biomédica. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004:199-244.
9. Domínguez Luelmo, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid: Lex Nova, 2003.
10. [www.aeds.org/Congreso12/](http://www.aeds.org/Congreso12/) análisis de los criterios jurídicos en normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación
11. Terribas i Sala, N. Las voluntades anticipadas y su problemática en al aplicación práctica. En: *Salud Pública y Derecho Administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004:267-295.
12. Domínguez Luelmo, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid: Lex Nova, 2003.
13. Lamas Meilán. M.M. Comentarios a la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes en la Comunidad Autónoma de Galicia III. *Cadernos de atención primaria*, 2002;9:171-176.
14. Landrove Díaz, G. El Derecho a una muerte digna. *La Ley*, 1998,(4523): 1999-2001.
15. Sancho Gargallo, I. Las instrucciones previas. Límites a la facultad de disposición. Los modelos de documentos de instrucciones previas. En: El juez civil ante la investigación biomédica. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004:199-244.
16. Sánchez Caro, J. Abellán, F. Derechos y deberes de los pacientes. Ley 41/2002 de 14 de noviembre: consentimiento informado, historia clínica, intimidad e instrucciones previas. Granada: Comares, 2003.
17. Morales Prats, F. Eutanasia y Código Penal. En: V Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Madrid, 1999. Asociación Española de Derecho Sanitario.