

# Comentarios a 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. (II)

Lamas Meilán, M.M.

Doctor en Derecho.

CAD. ATEN. PRIMARIA 2005; 12: 237-244

## INTRODUCCIÓN

En el anterior artículo analizamos algunos aspectos de la presente Ley, cuya finalidad es la adaptación de nuestra Ley autonómica 3/2001, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica, a la Ley estatal 41/2002, básica, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Señalamos que al *ser la norma estatal básica en la totalidad de su articulado*, suponía que de surgir conflictos con las leyes autonómicas que regulan sobre la misma materia prevalecerá la norma estatal, por eso ya habíamos advertido (1) que las Comunidades Autónomas que con anterioridad a la norma estatal habían legislado sobre estas materias, se verían obligadas a modificar algunos aspectos de su legislación para acomodarse a la normativa estatal.

Reflejamos la polémica surgida por el hecho de haberle atribuido el carácter de básico a la totalidad del articulado. Así, en el debate del Congreso de los Diputados, el Grupo Parlamentario Vasco y el Grupo Parlamentario Catalán se opusieron a extender el carácter de básico de la Ley a la totalidad de su contenido, argumentando que lo anterior corría el riesgo de vaciar las competencias en esta materia de las Comunidades Autónomas, proponiendo que tan sólo fuesen considerados como básicos determinados artículos.

Comentamos el nuevo apartado 2, añadido al artículo 1: (...) **os pacientes terán os dereitos e obrigas previstos nesta lei, na Lei 14/1985, do 25 de abril, xeral de sanidade, na Lei 41/2002, do 14 de novembro, básica reguladora da autonomía do paciente e de dereitos e obrigas en materia de información e documentación clínica, e nas demais disposicións que sexan aplicables.**

En numerosas ocasiones recogimos la opinión de reconocidos autores que se manifestaban en contra de la dispersión legislativa que, a su juicio, se estaba produciendo en este tipo de materias. En la exposición de motivos de la Ley Básica 41/2002 se dice que se trata de ofrecer en el terreno de la información y la documentación clínica las mismas garantías a todos los ciudadanos del Estado, fortaleciendo

con ello el derecho a la protección de la salud que reconoce la Constitución. Por eso entendemos que de la anterior dispersión legislativa no fue ajeno nuestro legislador; de ahí que tratase de dejar constancia en el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 3/2005, de las diferentes leyes que serán aplicables a la hora de abordar los derechos y obligaciones de los pacientes.

Analizamos las modificaciones llevadas a cabo en el artículo 3, la primera con la nueva redacción dada en el apartado primero a la definición del consentimiento informado; ya que, aún siendo nuestra Ley la única ley autonómica que contenía una definición del consentimiento informado, sólo se precisaba en determinados supuestos (...) **realización dun procedemento diagnóstico ou terapéutico que afecte á súa persoa e que comporte riscos importantes, notorios ou considerables (...)** y no (...) **para toda actuación no ámbito da súa saúde (...)** como se nos dice en la nueva redacción dada, con independencia de que (...) **será verbal por regra xeral (...) y escrito (...) na aplicación de procedementos que supoñan riscos ou inconvenientes de notoria e previsible repercusión negativa sobre a saúde do paciente.**

La segunda novedad la constituye el nuevo apartado tercero, que se introduce en el artículo 3, en donde se mencionan expresamente los derechos del paciente a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles y a negarse al tratamiento. Lo anterior no aparecía recogido en la redacción dada al antiguo texto de nuestra Ley autonómica, si bien ya había sido recogido con los mismos términos en la Ley Básica estatal.

Finalizamos comentando la modificación efectuada en el artículo 5, en los apartados segundo y cuarto, en donde se cambia la expresión "voluntades anticipadas" por la de "instrucciones previas". Las Comunidades Autónomas que ya habían legislado con anterioridad a la aprobación de la Ley Básica, sobre esta materia, regularon este supuesto bajo la denominación de voluntades anticipadas; tan sólo la Comunidad Autónoma de Madrid las denominó instrucciones previas tal y como con posterioridad lo haría la Ley estatal. La nueva denominación procede del Grupo

Parlamentario Popular, concretamente de la Enmienda número 90 (2) en la cual manifestaron la necesidad de evitar expresiones anglo norteamericanas.

Con posterioridad a la entrega del anterior artículo en la imprenta, se celebró en Madrid el XII Congreso Nacional de Derecho Sanitario, los días 20 y 21 de octubre de 2005, en una de cuyas ponencias en concreto la titulada voluntades anticipadas o instrucciones previas (3), Serrano Jiménez, Fernández Campos y Viguera Paredes formularon las siguientes conclusiones: 1.- Es conveniente una única denominación para designar esta figura en las diferentes legislaciones. 2.- Esa denominación única debería ser la señalada en la ley estatal básica, en nuestro caso, la de instrucciones previas. 3.- Al tiempo de promulgarse dicha Ley estatal básica la denominación más frecuente era la de voluntades anticipadas. Esa era además, la denominación que aparecía en la propia Ley 41/2002 en su gestación como Proposición de Ley y es la denominación aún mayoritaria en el legislación. 4.- A la vista del contenido que cabe incluir en los documentos de Instrucciones Previas, según el art. 11.1 de la Ley 41/2002 la denominación de voluntades anticipadas nos parece más adecuada (destino post mortem del propio cuerpo, nombramiento de representantes, son declaraciones de voluntad). Además, el término "voluntades" es preferible al de "instrucciones". 5.- En definitiva, las voluntades anticipadas es una modalidad de consentimiento informado (por eso el art. 11 se contiene en el mismo capítulo dedicado en la Ley 41/2002 al consentimiento informado).

Continuaremos analizando el artículo 5, concretamente las modificaciones introducidas en los apartados 1 y 3 así como los dos nuevos apartados añadidos el 5 y el 6.

### ARTIGO 5. INSTRUCCIÓN PREVIAS

1. Polo documento de instrucción previas, unha persoa maior de idade, capaz e libre, manifesta anticipadamente a súa vontade, co fin que esta sexa quen de expresala persoalmente, sobre os cuidados e o tratamento da súa saúde ou, unha vez cegado o falecemento, sobre o destino do seu corpo ou dos seus órganos. 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 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.

5. As instruccións previas poderán revogarse libremente en calquera momento deixando constancia por escrito.
6. Co fin de garantir a eficacia, no ámbito da Comunidade Autónoma, das instruccións previas manifestadas polos pacientes e formalizadas documentalmente, de acordo co disposto neste artigo, crearase un Rexistro Autonómico de Instruccións Previas, adscrito a Consellería de Sanidade, que se rexerá polas normas que regulamentariamente se determinen.

En el presente artículo se copia literalmente el apartado primero del artículo 11 de la Ley Básica estatal, en donde se define el documento de instrucciones previas. Al igual que en el texto reformado se exige que sean otorgadas por una persona mayor de edad con capacidad suficiente y libremente.

La primera pregunta que se nos plantea como bien apunta Terribas i Sala (4), será determinar si la mayoría de edad a que se refiere la Ley es la llamada mayoría de edad sanitaria (capacidad de decisión entre los 16 y los 18 años) o bien debemos entender que se refiere a la mayoría de edad civil es decir 18 años, ya que no debemos olvidar que la norma básica estatal en su art.9.3.c) reconoce al mayor de 16 años el derecho a prestar su consentimiento informado por sí solo, excluyendo en tal caso el consentimiento por representación y en el supuesto de no ser así a la hora de poder otorgar el documento de instrucciones previa no se estaría en consonancia con el resto de la Ley.

Nos dice Domínguez Luelmo (5) que el tenor literal del precepto es lo suficientemente claro como para entender que debe tratarse de personas mayores de dieciocho años, sin que pueda interpretarse que los menores emancipados puedan otorgar el documento de instrucciones previas lo cual le parece poco coherente con el tratamiento que los emancipados y los que han obtenido el beneficio de mayor de edad, tienen en otros preceptos de la Ley Básica.

En opinión de Sancho Gargallo (6), aquí el legislador ha optado por restringir la capacidad para otorgar las instrucciones previas a los mayores de edad. La mayoría de edad es la misma para todo el Estado español, 18 años (art. 12 CE) y el cumplimiento de este requisito se constata fácilmente comprobando el DNI del otorgante y aunque en tres normativas autonómicas se admitía legitimación al menor emancipado (art. 9 Ley foral Navarra 11/2002, art.1 Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia 1/2003 y art.

4.1 Ley del Parlamento de Andalucía 5/2003), nos dice Gargallo que en la medida en que la Ley estatal que exige la mayoría de edad es básica, ésta se impone a la especialidad autonómica que no resultará de aplicación respecto de este extremo, pues ello iría en contra del principio de igualdad de trato entre todos los españoles que ha tratado de preservar la legislación básica estatal.

Para Ana Berrocal (7) lo procedente hubiese sido reconocer tanto al menor emancipado, como a los mayores de dieciséis años y a los que han obtenido el beneficio de la mayor edad la posibilidad de manifestar, por sí mismo y validamente, sus instrucciones previas como forma de expresión anticipada del consentimiento a cualquier tratamiento o intervención, o de rechazo, si fuera el caso, a los mismos, pues, éste representa el anverso del derecho del menor a consentir un tratamiento vital. Añadiendo otro argumento de peso, como es la capacidad que en general poseen los menores emancipados conforme al artículo 323 del Código Civil. En opinión de esta autora, criterio que puede resultar especialmente difícil de asumir, no hay duda de ello; y de ahí quizá la actitud observada por el legislador ante el hecho que, una persona joven de forma anticipada pueda decidir ante situaciones límite o no necesariamente, pero que suponga tomar decisiones sobre que tratamiento se le ha de aplicar cuando no tenga voluntad para prestarla, o que es lo que sería más adecuado para ante el supuesto de una enfermedad terminal e irreversible, que es lo que sería más adecuado para sobrellevarla de la manera que menos sufrimiento generase para su persona. Estos recelos, sin embargo, no se plantean cuando el consentimiento se presta por un menor con suficiente capacidad de juicio, para decidir sobre un determinado acto médico del mismo o similar alcance, si bien, no residenciable en tales momentos, sino en un tiempo presente que puede poner en peligro su vida (v. gr. la opinión de los padres será tenida en cuenta en los supuestos de actuación de grave riesgo).

La opinión de Parra Lucán (8), considera lógica esta forma de proceder del legislador, pues "la proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida puede explicar que se exija un plus de capacidad para expresar una voluntad".

La segunda pregunta que se nos plantea es la referente a la capacidad. Así, para Gargallo (9) no basta que la persona que la otorgue no haya sido incapacitada, sino que es necesario, a su vez, que en momento de emitir su voluntad se encuentre en condiciones de hacerlo libremente.

Para ello es necesario que tenga lucidez de juicio suficiente para comprender y querer lo que dispone.

Si tomásemos como referencia la capacidad exigible para otorgar testamento, deberíamos acudir a la a la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 13 de octubre de 1990, en la que se resume la doctrina básica sobre la testamentación y los aspectos relativos a la capacidad para testar en donde se nos dice: (...) *Toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y por consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívocamente y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía alteradas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera libertad de elección, postulando y presunción iuris tantum (es decir, salvo prueba en contrario) y que se mantienen en tanto no se acrediten con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental.*

Al analizar lo que debe entenderse por capacidad suficiente, nos dice Terribas i Sala (10) ¿como debe medirse dicha capacidad y a quién corresponde hacerlo? Si bien parece claro que el ciudadano en general y los pacientes en plenas facultades tienen esa capacidad, ya es más discutible en pacientes que sufren por ejemplo un principio de demencia, o bien los enfermos mentales con patologías que alteran períodos de lucidez. En función de la fórmula de otorgamiento que hayan escogido el paciente, ¿serán exigibles del Notario o de los testigos que valoren dicha capacidad para determinar si es o no suficiente?. En el caso del Notario quizás cuente ya con una experiencia importante reportada por la autorización de muchos testamentos patrimoniales, donde dicho requisito de capacidad también es exigible, y por tanto la valoración de la competencia del otorgante le resulte más fácil; pero, respecto de los testigos escogidos por el otorgante, ¿cómo puede exigírseles tal responsabilidad?.

En opinión de Sánchez González (11), la simple anotación de las instrucciones previas del paciente, acordadas con el médico, en la historia clínica del primero debería ser prueba más que suficiente para acreditar su existencia (sin necesidad de tener que recogerse en documentos con todos los requisitos formales de testigos, notarios y registros) y que dicha posibilidad debiera gozar también de algún amparo legal en el futuro, pues responde a una relación médico paciente más humana y menos burocratizada.

Compartimos la anterior posibilidad y lamentamos que el legislador no le hubiese dado amparo legal, ya que quién mejor que el médico para valorar la capacidad del otor-

gante, salvo que en el Notario o en uno de los testigos se diese la doble condición de Notario y médico o bien testigo y médico. Y quién mejor que el médico para informar al otorgante sobre los futuros cuidados médicos teniendo en cuenta el estado actual de la ciencia. Si bien disintimos en considerar prueba más que suficiente, para acreditar su existencia, la simple anotación de las instrucciones previas del paciente en su historia clínica (sin necesidad de ...registros), ya que los registros tienen como objetivo el de asegurar la eficacia en todo el Estado de esas instrucciones previas manifestadas por los pacientes.

Señala Sancho Gargallo, que la incapacitación que afecta a una persona puede ser total o parcial. La primera afecta a todas las facetas personales y patrimoniales del declarado incapaz, salvo aquellas que requieren de un pronunciamiento expreso, como es el caso de la facultad de sufragio. Por eso, en principio, la incapacitación total afecta también a la capacidad para otorgar las instrucciones previas, como afecta también a la capacidad para prestar el consentimiento informado, ya que al contrario de lo que ocurre con el menor maduro, el art.9.3 b) Ley 41/2002 niega en todo caso al incapacitado legalmente la facultad de prestar por sí el consentimiento informado, imponiendo en este caso un consentimiento por representación. Y respecto de la incapacitación parcial, habrá que estar al contenido de la sentencia de incapacitación para conocer su alcance; y, en concreto, si afecta a la esfera personal y si incluye o excluye esta facultad de decidir sobre la sumisión o no a una intervención o cuidados médicos, actuales o futuros.

Para Domínguez Luelmo (12) parece que en los casos de incapacitación tampoco se reconoce eficacia a este tipo de documentos, pues el precepto habla de una persona capaz. No acertando a entrever los motivos (si es que los hay) que han guiado al legislador a adoptar esta decisión cuando se trata de incapacitados con aptitud para entender el alcance de su declaración (v.gr. en algunas de las situaciones en que el incapacitado es sometido a simple curatela), dado que estamos ante una decisión de carácter personalísimo. Por ello, no encuentra motivos para mantener que estas personas deban quedar excluidas de la posibilidad de otorgar un documento de instrucciones previas, manifestando anticipadamente su voluntad para cuando se encuentre en circunstancias en que no pueda expresarlas personalmente.

La anterior opinión se afianza si observamos lo previsto en el artículo 665 del vigente Código Civil, (...) **siempre que**

**el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad.** Ahora bien, la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción iuris tantum de aptitud, si bien no constituye una prueba irrefutable de la capacidad del testador, y por tanto cabe en el subsiguiente proceso judicial demostrar que el testador no se encontraba en un período de lucidez, pudiendo ser destruida por prueba en contrario por no ser iuris et de iure (SS.T.S de 13 de octubre de 1990 y de 27 de noviembre de 1995).

Si bien lo que parece claro es que la incapacitación posterior al documento de instrucciones previas, otorgado en su momento por una persona plenamente capaz, no puede suponer la ineficacia de aquél. Y ello porque puede afirmarse que lo dispuesto, en el articulado de las instrucciones previas, impide la aplicación del consentimiento por sustitución o representación. Así, por ejemplo, si el paciente no puede tomar decisiones como consecuencia de que su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación, antes de solicitar el consentimiento al representante legal o a las personas vinculadas con aquél por razones familiares o de hecho, el médico responsable tendrá que atenerse a lo expresado por el paciente en el mencionado documento.

La Ley establece, como presupuesto subjetivo para la validez de este tipo de documentos, que sea otorgado por una persona libre. Para Domínguez Luelmo, el término libre parece referido a la declaración de voluntad y no directamente a la persona. En opinión de Terribas i Sala (13) respecto a la libertad en el otorgamiento necesariamente debemos entenderla como ausencia de coacción externa, que provenga de terceros. Sin embargo, no siempre la voluntariedad va unida a la libertad interna del individuo. En este sentido, no parece que el concepto legal pretenda exigir una libertad en sentido estricto, es decir, tanto extrínsecamente como intrínsecamente, puesto que la libertad interna del individuo no puede garantizarse ni valorarse con facilidad desde fuera. Es más, en muchos casos, la propia situación de enfermedad del otorgante, que le lleva a firmar un documento de voluntades anticipadas, puede que le afecte psicológicamente mermando parcialmente su libertad interior. La Ley no parece que haga exigible esta liber-

tad interna del individuo puesto que, si así fuese, pocos documentos de voluntades anticipadas serían válidos realmente. Sí, en cambio, pretende que el sujeto no actúe por mediación o coacción de un tercero, sino por su propia voluntad.

Haciendo especial hincapié en lo anterior, nos dice Sancho Gargallo (14) que, aunque el juicio sobre la libertad de la persona en la toma de una decisión puede parecer sencillo, no lo es, sobre todo cuando se trata de personas de avanzada edad o en situación de dependencia. Dependiendo de la información que se le suministre al paciente, y la situación anímica provocada por la enfermedad o la limitación, su decisión puede variar en un sentido u otro. Si además, se le fomenta un sentimiento de inutilidad y de ser carga para los demás, es más fácil que asuma determinadas instrucciones previas. Las situaciones, tratándose de pacientes con enfermedades crónicas y degenerativas, o de avanzada edad, que tienen una gran dependencia de las personas de su entorno, no son sencillas. Estas personas sin estar privadas de su capacidad, se pueden encontrar muy influenciadas por los familiares o el personal que lo cuida, de modo que pueden llegar a darse una gran variedad de situaciones, que vienen marcadas por una pérdida efectiva de autonomía, que les hace a la postre excesivamente dúctiles a la voluntad ajena, llegando incluso a situaciones de voluntad cautiva. Si bien, en opinión del autor citado, lo anterior no debe conducir a negarles por sistema la capacidad de otorgar instrucciones previas, sino a extremar la prudencia a la hora de advertir la supuesta autonomía con la que actúan; y, lo que es más importante, a reflejar la información barajada en la toma de la decisión, así como las circunstancias personales que concurren en ese momento, que puedan ayudar a comprender la decisión tomada.

Tras la anterior opinión, resulta casi obligado recoger lo que dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1998 con relación a la capacidad para testar: (...) *Son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad del testador: a) la edad senil del mismo "pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso (...) ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho b) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos,*

*pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón c) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos.*

La posibilidad de poder incluir una declaración sobre el destino de su cuerpo o de sus órganos, reforzará sin duda la posición de España como primer país de nuestro entorno en donación de órganos.

La reciente 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, regula en su artículo 6 el contenido del documento, y establece en el apartado 3: (...) *en lo que se refiere al destino del cuerpo o de sus órganos o piezas anatómicas, la persona interesada podrá hacer constar la decisión respecto a la donación de los mismos, con finalidad terapéutica, docente o de investigación, no requiriéndose autorización en estos casos para la extracción o la utilización de los órganos o piezas anatómicas donadas.* En su única disposición derogatoria, esta Ley establece que queda derogado el artículo 28 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid, en donde se regulaban las instrucciones previas con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley Básica estatal, no contemplando entre otros supuestos la posibilidad de disponer sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo, de ahí la necesidad de la adecuación legislativa efectuada.

La Comunidad Autónoma de la Rioja también legisló recientemente sobre esta materia, dando lugar a la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad. La Rioja también había legislado sobre esta materia, con anterioridad a la Ley Básica estatal 41/2002. Así, la Ley 2/2002, de 17 de abril, de Salud, dedicaba su artículo 6.5 a la declaración de voluntades anticipadas. Es por ello que la reciente Ley 9/2005 en su exposición de motivos, apartado 6, nos dice: (...) *En efecto, si antes sólo se permitía otorgar el documento ante notario, ahora se contemplan más posibilidades; si antes la inscripción en el registro tenía carácter constitutivo, ahora lo es declarativo. Por último, antes no se preveía la figura del representante ni la posibilidad de disponer sobre el propio cuerpo o los órganos del mismo, extremos éstos que han sido contemplados en la Ley que*

con carácter de básica se ha aprobado en el Parlamento nacional. Por ello, esta Ley incorpora una disposición por la que se da una nueva redacción al artículo 6.5 citado.

La legislación vigente en materia de donación de órganos es la prevista en el artículo 10 del Real Decreto 2070/1999, de 30 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplantes de órganos y tejidos. Tal y como establece el citado artículo, se requiere que la persona fallecida, de la que se pretende extraer órganos, no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Dicha oposición, así como su conformidad si la desea expresar, podrá referirse a todo tipo de órganos o solamente a alguno de ellos, y será respetada cualquiera que sea la forma en la que se haya expresado. Tratándose de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición puede hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquellos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil. Debiendo también realizarse por parte del responsable al que corresponda dar la conformidad para la extracción las siguientes comprobaciones: 1º) Información sobre si el interesado hizo patente su voluntad a alguno de sus familiares o de los profesionales que le han atendido en el centro sanitario, a través de las anotaciones que los mismos hayan podido realizar en el Libro de Registro de Declaraciones de Voluntad. 2º) Examen de la documentación y pertenencias personales que el difunto llevaba consigo. Siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sanitario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria. Al final se extenderá, por el responsable de dar la conformidad en la extracción, un documento en el que se haga constar que se han realizado las comprobaciones sobre la voluntad del fallecido, o de las personas que hubiesen ostentado en vida su representación legal y haciendo constar que se le ha facilitado la información a los familiares presentes en el centro sanitario, siempre que las circunstancias objetivas no lo hayan impedido, haciendo constar esta última situación si ocurriera.

La legislación vigente presume el consentimiento del fallecido para la extracción de órganos con fines terapéuticos o científicos, de ahí que nos diga Sancho Gargallo que, aunque teóricamente el uso ordinario de las instrucciones previas en torno al destino de los órganos para caso de falle-

cimiento sería para manifestar la voluntad contraria a la extracción, también serviría en la práctica para simplificar el proceso de verificación de la voluntad del fallecido, cuando ésta sea la extracción y donación de sus órganos. En la práctica, los médicos, una vez fallecida la persona, y comprobado que no existe ninguna voluntad contraria a la extracción, no la autoriza directamente sino que recaban de los familiares su consentimiento. Este consentimiento que en teoría no sería necesario, en la práctica tampoco se pedirá cuando conste fehacientemente la voluntad expresa del fallecido favorable a la extracción, sin perjuicio de que se informe a los familiares sobre dicha voluntad. En estos casos, más que recabar el consentimiento de la familia, pues su denegación iría en contra de la voluntad del fallecido, que debe prevalecer por formar parte de las facultades de disposición de la autonomía reconocida por la Ley al paciente, debe cumplirse el trámite de información que en algún caso podría servir para advertir un cambio de voluntad por parte del paciente fallecido.

Nos detendremos aquí, pero seguiremos analizando las 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. Lamas Meilán, M.M. Comentarios á Lei 3/2001, de 28 de maio, reguladora do consentimento informado da historia clínica. *Cadernos de atención primaria*, 2003;10:184-190.
2. Grupo Parlamentario Popular. Enmienda número 90 en el debate Parlamentario de la Ley Básica estatal, 41/2002, *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 2001; 134-14:61.
3. [www.aeds.org/Congreso 12/](http://www.aeds.org/Congreso 12/) voluntades anticipadas.
4. Terribas i Sala, N. Las voluntades anticipadas y su problemática en la aplicación práctica. En: *Salud Pública y Derecho administrativo*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004:267-295.
5. Domínguez Luelmo, A. *Derecho sanitario y responsabilidad médica*. Valladolid: Lex Nova, 2003.
6. 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.
7. [www.aeds.org/Congreso 12/](http://www.aeds.org/Congreso 12/) análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación.
8. Parra Lucán, M.A. La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español. *Aranzadi Civil*, 2003; 2: 44-48.

9. 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.
10. Terribas i Sala, N. Las voluntades anticipadas y su problemática en la aplicación práctica. En: Salud Pública y Derecho administrativo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004:267-295.
11. Sánchez González, A. La Ley básica y las instrucciones previas. En: Ponencia del Master en Derecho Sanitario. Madrid, 26 de octubre. Universidad Complutense.
12. Domínguez Luelmo, A. Derecho sanitario y responsabilidad médica. Valladolid: Lex Nova, 2003.
13. Terribas i Sala, N. Las voluntades anticipadas y su problemática en la aplicación práctica. En: Salud Pública y Derecho administrativo. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2004:267-295.
14. 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.