

La declaración de voluntades anticipadas en el ámbito de las adicciones

Josefina Alventosa del Río

*Profesora Titular de Derecho civil. Departamento de Derecho civil
Universidad de Valencia*

Resumen

Esta exposición trata sobre la legislación estatal y autonómica de los documentos de voluntades anticipadas, denominadas comúnmente testamentos vitales, y su posible utilización por las personas que padecen adicciones, especialmente a la droga y al alcohol.

Palabras Clave

Voluntades anticipadas, testamento vital, instrucciones previas, Registro de últimas voluntades, adicciones.

Summary

This exhibition deals with on the state and autonomic legislation documents of wills commonly anticipated in Spain, denominated vital testaments, and their possible use by the people who suffer addictions, specially to the drug and the alcohol.

Key Words

Anticipated wills, living wills, right to die, previous instructions, Registry of last wills, addictions.

Résumé

Le sujet de cette exposition est la législation de l'État et des autonomies espagnoles sur les documents de volontés anticipées, appelées communément testaments au fin de vie, et son possible utilisation par les personnes qui souffrent des dépendances, spécialement à la drogue et à l'alcool.

— Correspondencia a: _____
josefina.alventosa@uv.es



Mots Clés

Volontés anticipées, testament au fin de vie, instructions préalables, Registre de dernières volontés, dépendances.

I. INTRODUCCIÓN

Habitualmente se piensa que la declaración de voluntades anticipadas o instrucciones previas, comúnmente conocida como testamento vital, se refiere casi exclusivamente a las declaraciones que una persona realiza respecto de su salud o vida cuando se encuentra al final de su existencia. Sin embargo, esto no es así. Tales declaraciones consisten en un documento en el cual se recoge la voluntad de una persona con el fin de que en el momento en que no pueda manifestar tal voluntad se tome en consideración aquélla respecto a lo que se debe hacer en relación a su salud o a su vida, aunque no se encuentre en una situación terminal.

Dicha declaración de voluntades anticipadas la pueden realizar aquellos sujetos que, reuniendo los requisitos exigidos por la legislación correspondiente, quieran dejar constancia de cuáles son sus deseos para un futuro cuando no puedan expresarlos sobre su vida o su salud. Como después se verá, la legislación exige unos requisitos de capacidad, pero no excluye ningún tipo de pacientes.

En el ámbito de las adicciones, dicha declaración podría resultar un instrumento útil, especialmente para las personas adictas a las drogas o al alcohol, dado los tratamientos que se aplican a dichas adicciones.

Para muchas personas adictas, el tratamiento es un proceso a largo plazo que involucra intervenciones múltiples (terapia de comportamiento, medicamentos o la combinación de ambos), que varía según las características del

paciente, del tipo de adicción y de los problemas asociados (mentales, laborales, físicos o sociales). Además, hay que tener en cuenta que los pacientes toxicómanos suelen padecer la infección VIH/SIDA u otras enfermedades infecciosas asociadas a dicha adicción. Por último, hay que recordar que en dicho proceso suelen producirse muchas recaídas durante las cuales la persona no tiene facultades cognitivas para tomar decisiones.

Si a ello añadimos que para muchos pacientes poder intervenir en su proceso de curación constituye un componente esencial de su tratamiento, se puede comprender que la declaración de voluntades anticipadas puede ser un instrumento efectivo al servicio de estos pacientes y de los profesionales que los tratan (sobre todo si aquéllos nombran un representante).

Por ello conviene analizar algunos aspectos de la regulación sobre estas declaraciones.

2. REGULACIÓN DE LA DECLARACIÓN DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

En el desarrollo posterior de la legislación derivada del Derecho a la protección de la salud consagrado en el artículo 43 de la Constitución Española, se ha prestado especial atención recientemente a la autonomía de la voluntad de las personas usuarias de los servicios sanitarios y de sus derechos en la publicación de diferentes leyes de carácter estatal y autonómico en la que se regulan



dichas cuestiones¹. En España, en principio, la regulación de las declaraciones de voluntades anticipadas se incluyó en la legislación específica que regulaba la autonomía personal del paciente o en otras legislaciones de carácter general, como las leyes de salud o de ordenación sanitaria de determinadas Comunidades Autónomas, que en su texto legal incluyen concretas referencias a los derechos de los pacientes, y entre los mismos, a dichas declaraciones de voluntad².

Como es sabido, han sido ciertas Comunidades Autónomas quienes emprendieron la tarea de regular de manera concreta la autonomía del paciente.

La primera fue la Comunidad Autónoma de Cataluña que publicó la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica, la cual dedica su artículo 8 a **Las voluntades anticipadas**, y cuya regulación se complementa con el Decreto 175/2002, de 25 de junio, por el que se regula el Registro de Voluntades Anticipadas; por su parte, la Comunidad Autónoma de Galicia, publicó la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, que dedica su artículo 5 a **Las voluntades anticipadas**; y la Comunidad de Navarra, la Ley 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a

las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, complementada posteriormente por la Ley Foral 29/2003, de 4 de abril, de modificación de la anterior y por el Decreto Foral 140/2003, de 16 de junio, por el que se regula el Registro de voluntades anticipadas.

Como consecuencia de estas iniciativas, las Cortes Generales aprobaron la **Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica** (BOE de 15 de noviembre de 2002), y que dedica su **artículo 11** a **Las Instrucciones previas**.

Con posterioridad, la Comunidad del País Vasco aprobó una ley específica para regular la declaración de voluntades anticipadas, la Ley 7/2002, de 12 de diciembre, **de las voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad**; la Comunidad Valenciana ha aprobado la Ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat Valenciana, de Derechos e Información al Paciente de la Comunidad Valenciana, cuyo artículo 17 dedica a **La declaración de voluntades anticipadas**, complementada por el Decreto 168/2004, de 10 de septiembre, del Consell de la Generalitat, por el que se regula el **Documento de Voluntades Anticipadas y se crea el Registro Centralizado de Voluntades Anticipadas en la Comunidad Valenciana**; la Comunidad de Castilla y León, la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud, que dedica su artículo 30 a **las Instrucciones previas**; la Comunidad de Andalucía ha aprobado también una legislación específica sobre la materia que tratamos, la Ley 5/2003, de 9 de octubre, de **declaración de voluntad vital anticipada**; la Comunidad de Castilla-La Mancha, la Ley 6/2005 de 7 de julio de 2005, sobre la **Declaración de Voluntades**

¹ También en esta sede se ha contemplado esta materia. Véase "Revista Española de Drogodependencias", vol. 28, núms. 3 y 4, 2003, págs. 270-284, 384-401 respectivamente.

² Estas voluntades anticipadas, sin embargo, no estaban contempladas en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Sin embargo, sí que se mencionan en el Convenio de Oviedo de 1997 (art. 9) y en el Código de Ética y Deontología Médica, de la Organización Médica Colegial de España, de 25 de septiembre de 1999 (art. 27,2).



Anticipadas en materia de la propia salud, complementada por el Decreto 15/2006, de 21 de febrero de 2006, del **Registro de Voluntades Anticipadas**; la Comunidad de las Islas Canarias, el Decreto 13/2006, de 8 de febrero, por el que se regulan **las manifestaciones anticipadas de voluntad en el ámbito sanitario y la creación de su correspondiente Registro**, y la Comunidad de las Islas Baleares, la Ley 1/2006 de 3 de marzo, **de voluntades anticipadas**.

De otro lado, la declaración de voluntades anticipadas está mencionada también en las Leyes de Salud 10/2001, de 28 de junio, de Extremadura; 6/2002, de 15 de abril, de Aragón; 2/2002, de 17 de abril, de La Rioja, y 5/2003, de 4 de abril, de las Islas Baleares. Y en las Leyes de Ordenación Sanitaria 12/2001, de 21 de diciembre, de Madrid y 7/2002, de 10 de diciembre, de Cantabria.

La regulación de las voluntades anticipadas o instrucciones previas resulta muy desigual en las distintas normas mencionadas. Así, la regulación contenida en la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, es muy parca; pero esto se debe quizás a dos razones fundamentalmente: por un lado, a que, cuando se publicó esta ley ya se habían publicado, como se ha visto, varía leyes autonómicas relativas a la autonomía del paciente, en donde se incluían normas expresas mencionando las voluntades anticipadas, que la propia Ley 41/2002 respeta (como así se desprende de la referencia a las mismas que realiza en el art. 11, núm. 5); y, por otro lado, a que esta Ley tiene un carácter básico, permitiendo que las Comunidades Autónomas puedan adoptar en el ámbito de sus respectivas competencias, las medidas necesarias para hacerla efectiva (Disposición Adicional Primera de la Ley 41/2002). En otras legislaciones autonómicas, la regulación es un poco más completa regulando aspectos que

no contempla la ley estatal (tal es el caso, de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana y Castilla-León, La Rioja y Extremadura, quienes regulan esta materia en las leyes sobre autonomía del paciente o en las leyes de salud de la respectiva Comunidad). Y, por último, en otras Comunidades Autónomas se ha desarrollado una legislación específica en torno al tema (como en las Comunidades Autónomas de Navarra, País Vasco, Andalucía, Comunidad Valenciana, Castilla-La Mancha, Islas Canarias e Islas Baleares).

La regulación de las voluntades anticipadas tiene su origen más remoto en la polémica suscitada por la eutanasia en nuestro país y su regulación en el Código penal y la consecuente exigencia de la admisibilidad del testamento vital³, y de manera más reciente,

³ Véanse ALVENTOSA DEL RÍO, J., *La eutanasia: aspectos jurídicos*, en "La verdad sobre el enfermo geriátrico", con la colaboración de DURÁN LALAGUNA, E., *Fundación Torremayor y Ayuntamiento de Castellón*, 1998; ROMEO CASABONA, C.M.^a, *Los testamentos biológicos y el rechazo a los testamentos vitales*, en la obra genral "Eutanasia hoy. Un debate abierto", Madrid, 1996, págs. 264-268; BETANCOR, J.T., ARNAU, J., *Eutanasia, testamento vital y el Nuevo Código Deontológico de Cataluña*, en "Quadern Caps", núm. 26, Barcelona, 1997, págs. 25-26. *El testamento vital (también denominado living wills o Natural Death o Right to die) es un documento en el que una persona manifiesta su voluntad expresa sobre el final de su vida y lo que desea que se realice estando en una fase terminal e irreversible, habiendo perdido la consciencia para poder manifestar su voluntad. Estos documentos nacieron en los países anglosajones, admitiéndose en Canadá, Australia y Dinamarca en 1992. En España no existía ninguna regulación al respecto, pero la doctrina estimaba que tampoco existía ninguna prohibición para admitirlo, toda vez que el artículo 143 del C.p. guarda silencio al respecto. Por ello, la Asociación DMD fue la primera en elaborar un modelo en 1986. Y posteriormente fueron presentados diversos Proyectos alternativos a*



en la importancia que se ha concedido a la autonomía de la voluntad en el ámbito consuetudinario y sanitario.

3. CONCEPTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS O INSTRUCCIONES PREVIAS Y TERMINOLOGÍA UTILIZADA

La terminología utilizada para referirse a la materia que tratamos es muy diversa. Se ha designado a tal situación como *deseos expresados anteriormente* (Convenio de Oviedo), *testamento vital* (Iglesia Católica, Asociación Derecho a morir dignamente), *documento de voluntades anticipadas* (Leyes de las Comunidades Autónomas de Cataluña, Galicia, Valencia, País Vasco, Extremadura, Aragón, La Rioja, Islas Baleares, Castilla-La Mancha, Islas Canarias), *documento de voluntad vital anticipada* (Ley de la Comunidad Autónoma de Andalucía), o *instrucciones previas* (Ley estatal 41/2002, Leyes de la Comunidad Autónoma de Castilla-León y de Madrid). En toda esta terminología subyace, sin embargo, una misma idea: la de ser un documento que recoge la voluntad de una persona para que en un momento posterior en el que no pueda manifestar tal voluntad se tome en consideración aquella declaración en punto a lo que se debe hacer en relación a su salud.

No obstante, las definiciones recogidas en las distintas legislaciones no son muy diferentes.

la regulación de la eutanasia, aunque en todos ellos la idea de una muerte digna va unida a la existencia de un testamento vital o documento de voluntad anticipada a través del cual el paciente pueda expresar su voluntad, que, por fin, ha sido recogido en nuestra actual legislación, aunque no con el contenido propuesto en los citados Proyectos.

Así, la Ley estatal 41/2002 establece en el artículo 11 que: "Por el documento de instrucciones previas una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo".

Por su parte, el artículo 8, número 1, de la Ley 21/2000, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (primera de las normas que se publicó y que ya contenía norma concreta en relación a la materia) dispone: "El documento de voluntades anticipadas es el documento dirigido al médico responsable, en el que una persona mayor de edad, con capacidad suficiente y de manera libre, expresa las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias concurrentes no le permitan expresar personalmente su voluntad".

Definiciones que han sido seguidas con variantes por las leyes autonómicas⁴.

Por su parte, las Leyes 7/2002 del País Vasco y 5/2003 de Andalucía, que son leyes específicas sobre la materia, al igual que hace la Ley 3/2001 de Galicia, que es una ley más general sobre la autonomía del paciente, reconocen primero el derecho de las personas a la expresión anticipada de sus deseos con respecto a ciertas intervenciones médicas de que pueda ser objeto en el futuro, en el supuesto de que

⁴ Así, Galicia (art. 5,1), Valencia (art. 17,1 de la Ley y 1 del Decreto), Castilla-León (art. 30,1), y Navarra (art. 9,1), en las que no se hace mención sin embargo al último inciso del artículo 11 de la Ley 41/2002, Islas Canarias (art. 2), y Castilla-La Mancha (art. 2); por las leyes de salud de Extremadura (art.11, 5, a), Aragón (art. 15, a), La Rioja (art. 6, 5, a), Islas Baleares (art. 18, 1), y por las leyes de ordenación sanitaria de Madrid (art. 28, 1) y Cantabria (art. 34, 1).



llegado el momento no goce de capacidad para consentir por sí misma (arts. 1 de ambas leyes, y art. 4, 2, de la Ley gallega; también se configura como derecho en la Orden de la Consejería de Sanidad de Castilla-León SBS/135/2003, de 3 de septiembre, por la que se publican las cartas de derechos y deberes de las Guías de información al usuario), a través del documento de voluntades anticipadas, definiendo dicho documento posteriormente. En este sentido, la Ley del País Vasco dispone que “*El documento de voluntades anticipadas en el ámbito de la sanidad es el instrumento por medio del cual se hacen efectivos los derechos reconocidos en el artículo anterior*” (art. 3, núm. 1).

De todo ello se deduce que las voluntades anticipadas se *configuran* en primer lugar como *un derecho de la persona* a que se tenga en cuenta su voluntad, sus deseos, en relación a una intervención médica futura sobre su cuerpo, o en general, a todo lo relacionado con su salud, en el supuesto de que en tal momento no pueda expresar su voluntad por sí misma; y en segundo lugar, como *un documento*, el instrumento, a través del cual se manifiesta dicha voluntad.

Por otra parte, la Ley estatal 41/2002 deja en manos de cada servicio de salud la regulación del procedimiento para garantizar el cumplimiento de dichas instrucciones previas (art. 11, núm. 2). Y así, efectivamente en las distintas leyes autonómicas y en las leyes de salud que se vienen citando se precisan más los requisitos que deben reunir tales documentos.

Esta voluntad, por lo tanto, se debe plasmar en un documento escrito, que no se debe configurar como un testamento propiamente dicho, a pesar de la terminología utilizada en otras épocas

y de alguna referencia al mismo en alguna ley autonómica⁵. Pues, como establece el artículo 667 del Código civil el testamento es “El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos (...)”; aunque la definición legal del mismo resulte inexacta en cuanto el testamento abarca disposiciones tanto de carácter patrimonial como extrapatrimonial, su efectividad se produce *mortis causa*, mientras que el documento de voluntades anticipadas pretende tener efectividad mientras la persona está viva⁶.

4. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS

Diversos son los sujetos que pueden intervenir en el documento de voluntades anticipadas o instrucciones previas. Por un lado, y como figura fundamental, se encuentra la persona que manifiesta su voluntad, y la cuestión de la capacidad requerida para ello y de su posible representación. Por otro lado, se encuentran los sujetos destinatarios de esa declaración.

4.1. Sujeto otorgante del documento de voluntades anticipadas

El artículo 11 de la Ley 41/2002 señala que en el documento de instrucciones previas *una*

⁵ Así, el art. 9, 2, de la Ley 11/2002, de Navarra que dispone: “*El documento de voluntades anticipadas deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan alguna relación con el autor del mismo, como si se tratara de un testamento*”.

⁶ En el mismo sentido, ANDRUET, Armando S., *Breve exégesis del llamado “testamento vital”*, *Revista Derecho y salud*, vol. 10, núm. 2, julio-diciembre de 2002, pág. 190.



persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta su voluntad.

De donde se infiere que el sujeto otorgante del documento requiere mayoría de edad y capacidad de entendimiento y libertad de decisión.

Sin embargo, el requisito de la edad no es el mismo en todas las leyes.

Así, requieren mayoría de edad, además de la Ley estatal, las leyes de las Comunidades Autónomas de Cataluña (art. 8, 1), Galicia (art. 5, 1), Castilla-León (que precisa que las instrucciones previas sólo las podrán realizar las personas mayores de edad capaces y libres, art. 30,2), País Vasco (art. 2, 1), Islas Canarias (art. 2), y Castilla-La Mancha (art. 3); las leyes de salud de Extremadura (art. 5, 1, a), Aragón (art. 15, 1), La Rioja (art. 6, 5, a), Islas Baleares (art. 18, 1)); y las leyes de ordenación sanitaria de Madrid (art. 28, 1) y Cantabria (art. 34, 1).

Sin embargo, las leyes de las Comunidades de Valencia y Andalucía permiten el otorgamiento de este documento tanto a los mayores de edad como a los menores emancipados (arts. 17 de la Ley y 1 del Decreto, 1, y 4, 1, respectivamente).

Mientras que en la Ley Foral de Navarra se permite el otorgamiento de estos documentos a una persona mayor de edad o un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la presente ley (art. 1).

No parece muy acertada la exclusión de los menores emancipados para otorgar este documento de voluntades anticipadas⁷ en las

⁷ En parecido sentido, REBÉS, J. E., *Información, autonomía e historia clínica en enfermos con cáncer. La Ley del Parlamento de Cataluña 21/2000, de 29 de diciembre, y su impacto sobre la atención oncológica*, Revista "Derecho y Salud", vol. 11, núm. 1, enero-junio 2003, pág. 64.

leyes estatal y autonómicas citadas. Y esto, a mi entender, por dos razones fundamentalmente.

En primer lugar, porque, como es sabido, nuestro Código civil establece en el artículo 323, primer inciso, que "la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (...)", salvo las limitaciones establecidas a continuación, todas ellas de carácter patrimonial; y el artículo 322 dispone que "El mayor de edad es capaz para todos los actos de la vida civil, salvo las excepciones establecidas en casos especiales por este Código". La doctrina mayoritaria entiende que esta regla debe interpretarse extensivamente con carácter general, excepción hecha, claro está, de las limitaciones establecidas en el propio precepto, que estima que son de interpretación restrictiva. Esta idea se refuerza por el hecho de que en el Código civil existen disposiciones concretas que ratifican la general capacidad de obrar del menor emancipado en la esfera personal. En este sentido, por la incidencia que tiene sobre la materia de estudio, se pueden mencionar de un lado, el artículo 1263, en materia de contratos, que señala que "No pueden prestar consentimiento: 1º. Los menores no emancipados (...)", de donde se infiere, a *sensu contrario*, que pueden prestar consentimiento los menores emancipados y los mayores de edad; y de otro lado, en materia de testamentos, el artículo 662, que permite testar a todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente, en relación con el artículo 663, que dispone que "Están incapacitados para testar: 1º. Los menores de catorce años de uno y otro sexo", de donde se deduce, a *sensu contrario*, que pueden testar válidamente, los mayores de catorce años, entre ellos, por tanto, los menores emancipados.



Y en segundo lugar, porque la propia Ley 41/2002 permite que el menor emancipado o con dieciséis años cumplidos no incapaces ni incapacitados presten su consentimiento a las intervenciones médicas sin necesidad de representante legal (art. 9, 3, c)⁸; lo que, en caso de los menores emancipados resulta coherente con el régimen jurídico del Código civil en materia edad, apartándose del mismo en el caso de menores con dieciséis años cumplidos⁹, aunque tiene en cuenta, sin embargo, las previsiones de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, que en su Exposición de Motivos señala que "El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro"¹⁰. Idea que refuerza el artículo 162,

número 1º, del Código civil que exceptúa de la representación legal de la patria potestad "los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las Leyes y con sus condiciones de madurez, puedan realizar por si mismos". Y siendo que estas afirmaciones están referidas a los menores de edad no emancipados, cuanto más hay que entender que los menores emancipados gozan de una mayor capacidad de obrar en su esfera personal, toda vez que el propio artículo 323 del Código civil le atribuye la misma capacidad de obrar en dicha esfera que a los mayores de edad. No se ve, pues, cuál es la razón por la cual el menor emancipado, que puede otorgar su consentimiento informado para todas las actuaciones que se produzcan en el ámbito sanitario sin necesidad de representante alguno, según establece la propia ley, tiene restringida su capacidad para manifestar su voluntad respecto a las mismas intervenciones en el futuro, cuando no pueda manifestarse por si mismo.

En el caso de la Ley navarra, la solución de permitir otorgar documento de voluntades anticipadas a una persona mayor de edad o

⁸ Aunque el propio precepto añade en relación a ambos sujetos: "Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tomada en cuenta para la toma de la decisión correspondiente". Norma que estimo debe aplicarse a los menores con dieciséis años cumplidos, pero no a los menores emancipados por las razones apuntadas.

⁹ Esta permisibilidad suscita dudas, por cuanto no hay norma concreta en nuestro Código civil que establezca la capacidad de un menor no emancipado y la indeterminada interpretación del artículo 162, 1º, del Código civil. Véase el comentario al respecto en ALVENTOSA DEL RÍO, J., *El derecho a la autonomía de los pacientes*, en el Libro Homenaje al Profesor Don Luis Díez-Picazo, Madrid, 2003, págs. 194-204.

¹⁰ La misma Exposición de Motivos observa: "El desarrollo legislativo postconstitucional refleja esta tendencia, introduciendo la condición de sujeto

de derechos a las personas menores de edad. Así, el concepto "ser escuchado si tuviere suficiente juicio" se ha ido trasladando a todo el ordenamiento jurídico en todas aquellas cuestiones que le afectan. Este concepto introduce la dimensión del desarrollo evolutivo en el ejercicio directo de sus derechos.- Las limitaciones que pudieran derivarse del hecho evolutivo deben interpretarse de forma restrictiva. Más aún, esas limitaciones deben centrarse más en los procedimientos, de tal manera que se adoptarán aquellos que sean más adecuados a la edad del sujeto.- El ordenamiento jurídico, y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás".



a un menor al que se le reconoce capacidad conforme a la Ley Foral (art. 9, 1) parece coherente con el propio régimen de capacidad establecido en el artículo 8, 2, b), párrafo segundo, de la misma, que dispone que los menores emancipados y los adolescentes de más de dieciséis años deberán dar personalmente su consentimiento. De lo que se infiere que pueden otorgar dicho documento los mayores de edad, los menores emancipados y los menores con dieciséis años cumplidos no emancipados¹¹.

Además del requisito de la edad, hay otro requisito que se menciona en las leyes citadas: que el sujeto otorgante sea capaz y libre. Por tanto, si el mayor de edad o menor emancipado no son capaces, por incapacidad natural o incapacitación judicial, no podrán dar su consentimiento, y lo darán, en su lugar su representante o familiares o allegados por aplicación del artículo 9 de la Ley 41/2002. Este requisito es de suma importancia cuando

se hace aplicable a las **personas dependientes de la droga o el alcohol**, pues, como se sabe, en ciertos momentos se produce una incapacidad natural de entendimiento, en cuyo caso no sería posible el otorgamiento de dicho documento. Así pues, tales sujetos pueden otorgar este documento pero estando en una situación de consciencia plena. De la misma manera, tal consentimiento debe estar exento de cualquier tipo de coacción, de ahí los requisitos formales que posteriormente se examinarán.

4.2. La designación de representante

La Ley 41/2002 dispone que "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" (art.1, inciso segundo). En el mismo sentido prevén dicha designación las leyes autonómicas¹².

Esta persona o personas, según la Comunidad Autónoma de que se trate, es un representante voluntario que debe ser identificado claramente, pero respecto del cual no se señala en la Ley 41/2002 ni en las leyes de otras Comunidades Autónomas los requisitos que se exigen para ser tal. Por aplicación de las normas generales sobre capacidad de obrar

¹¹ Sin embargo, manifiesta ARCOS VIEIRA, M^a L., *Legislación navarra sobre voluntades anticipadas: en particular, el sujeto otorgante y la formalización del documento, Comunicación presentada al XII Congreso de Derecho y Salud "Sistema nacional de salud: cohesión y consolidación"*, organizado por la Asociación Juristas de la Salud, Cuenca, 29-31 de octubre de 2003, págs. 4-5, que esta norma puede comportar algunos problemas relacionados con su efectiva aplicación, en cuanto la Exposición de Motivos de la ley navarra se dicta en el ejercicio de las competencias asumidas en los artículos 48 y 53 del Amejoramiento, que se refieren respectivamente a la competencia exclusiva de Navarra en materia de Derecho civil foral y a la competencia de la misma en materia de sanidad interior e higiene, ya que según el citado artículo 8, 2, b), sea una manifestación de la primera o de la segunda de las competencias referidas, será de aplicación bien a quienes tengan la vecindad civil navarra o bien a todos aquellos que pretendan hacerse valer en el ámbito de la sanidad; aunque de de diversas referencias parece que se debe considerar la segunda de las interpretaciones (vgr. art. 2 y Disposición Adicional Cuarta).

¹² Así las Comunidades de Cataluña (art. 8, 1), Valencia (art.17, párr. 3^o de la Ley y 2, 1 del Decreto), Navarra (art. 9, 1, parr. 3^o, que añade que esta persona será la única interlocutora válida y necesaria con el médico o el equipo sanitario), País Vasco (art. 2, 3, que permite la designación de uno o varios representantes), Andalucía (art. 3, 2), Extremadura (art. 11, 5, a), Aragón (art. 15, 1), Islas Baleares (art. 18, 2), Madrid (art. 28, 1), Cantabria (art. 34, 3, último inciso), Islas Canarias (art.7), y Castilla-La Mancha (art 4,3). No se refieren a este figura las leyes de Galicia, Castilla-León, y La Rioja..



habrá que entender que se debe tratar de una persona mayor de edad o emancipado, no incapacitado ni incapaz.

Sin embargo las leyes específicas en la materia, como las de la Comunidad del País Vasco, Andalucía, Valencia, Islas Baleares, e Islas Canarias sí que precisan dichos requisitos.

Así, la Ley 7/2002 del País Vasco en su artículo 2, número 3, y el Decreto 168/2004 de la Comunidad Valenciana (art. 2) se refieren a los requisitos del representante, señalando que éste debe ser *mayor de edad y que no haya sido incapacitado legalmente para ello*. Por tanto, en principio, se debe estimar que puede ser representante cualquier persona, con independencia del vínculo familiar o afectivo que tuviera el representante con el sujeto otorgante de dichas voluntades. Sin embargo, ambas normas *excluyen de tal representación* a: a) El Notario (se debe entender que la Ley se refiere a aquel que autoriza el documento de voluntades anticipadas, como así lo precisa el Decreto valenciano); b) El funcionario o empleado público encargado del Registro de Voluntades Anticipadas; c) Los testigos ante los que se formalice el documento; d) El personal sanitario que debe aplicar las voluntades anticipadas (se debe puntualizar que es posible una designación anterior de familiar o amistades que sean profesionales sanitarios y que, en principio, no deben ser excluidos de la representación, salvo que luego efectivamente resulten ser las personas que vayan a aplicar estas voluntades anticipadas, en cuyo caso sí existiría la incompatibilidad señalada por la Ley); e) El personal de las instituciones que financien la atención sanitaria de la persona otorgante (País Vasco), o en el ámbito de la sanidad privada, el personal con relación contractual, de servicio o análoga, con la entidad privada de seguro médico (Comunidad

Valenciana). Por otro lado, cuando el nombramiento recae sobre el cónyuge o pareja de hecho de la persona otorgante, la Ley del País Vasco puntualiza que dicho nombramiento se extingue a partir de la interposición de la demanda de nulidad, separación matrimonial, o divorcio, o bien de la extinción formalizada de la pareja de hecho o unión libre, salvo que el sujeto otorgante hubiere deseado mantener dicha designación, lo que debe hacer constar expresamente en la resolución judicial dictada al efecto o en un nuevo documento en el caso de las parejas de hecho (art. 2, 3, b).

Por su parte, la Ley 5/2003 de Andalucía establece que el representante tiene que estar plenamente identificado y que, además, haya expresado su aceptación a serlo. En todo caso, exige la Ley, esta persona deberá ser mayor de edad y tener plena capacidad (art. 5, núm. 2). También prevé que el representante pueda revocar su aceptación ante el Registro, en cuyo caso este organismo comunicará al interesado que ha quedado sin efecto la designación inicial para que conozca esta circunstancia y pueda designar nuevo representante si lo desea (art. 8, 3).

En toda la legislación citada dos son las finalidades primordiales del representante: una, actuar como interlocutor del otorgante de las voluntades anticipadas con el médico o el equipo sanitario que lo atienda para procurar el cumplimiento de aquellas voluntades (como dice la Ley del País Vasco, "interpretar sus valores e instrucciones" en el art. 2,3), y dos, sustituir el consentimiento del otorgante en los casos en que éste no pueda expresar por sí mismo su voluntad. Sin embargo, se trata de dos finalidades distintas, y, aunque ninguna de las leyes citadas precisa nada al respecto, estimo que ambas finalidades deben ser señaladas por el otorgante expresamente;



y a falta de dicha puntualización por el propio otorgante, se puede presumir que éste quiso que el representante fuese designado para ambas finalidades.

Considero que la figura del representante puede ser muy útil en los casos de **personas con adicciones a las drogas o al alcohol**, sobre todo, cuando se han de aplicar determinados tratamientos en las situaciones de recaída, tanto para el propio paciente como para los profesionales sanitarios, en los cuales no recaerá toda la responsabilidad de asumir una concreta decisión.

4.3. Sujetos destinatarios del documento de voluntades anticipadas

En este tema, como en otros, tampoco existe una regulación muy precisa.

Efectivamente, ni la Ley 41/2002, ni las leyes de Cataluña, Galicia, Castilla-León, Andalucía y Cantabria hacen referencia a los destinatarios de la declaración; tan solo en alguna de ella se menciona que tal declaración será tenida en cuenta en las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto el otorgante en el futuro

Por el contrario, al sujeto destinatario se hace referencia en las leyes de Valencia, Navarra, País Vasco, Islas Baleares, Islas Canarias y Castilla-La Mancha, así como en las leyes de salud de Extremadura, Aragón, La Rioja e Islas Baleares, y en la ley de Madrid.

Así, en la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana se establece en el artículo 17, número 2, que *“El documento de voluntades anticipadas deberá ser respetado por los servicios sanitarios y por cuantas personas tengan relación con el autor del mismo”*, añadiendo que *“Caso que en el cumplimiento del documento de voluntades anticipadas surgiera la objeción de conciencia de algún facultativo, la administración pondrá*

los recursos suficientes para atender la voluntad anticipada de los pacientes en los supuestos recogidos en el actual ordenamiento jurídico” (y 5, 3 del Decreto).

Por su parte, la Ley 11/2002 de la Comunidad Foral de Navarra en el artículo 9, número 1, al definir dicho documento afirma que es *“aquel dirigido al médico responsable”* (como así lo hacen también las leyes de Extremadura, art. 11, 5, a; y Aragón, art. 15, 1), añadiendo en el número dos el mismo texto que en la Comunidad Valenciana, pero agregando el inciso final de *“como si se tratara de un testamento”*. La referencia al médico responsable y su semblanza con el testamento han sido objeto de ciertas críticas por cuanto la mención al médico responsable en el documento de voluntades anticipadas no es propiamente un requisito que deba recogerse en la definición legal de ese documento y la referencia al testamento es impropia de un texto legal¹³.

En la Ley de salud de La Rioja se establece que el destinatario de dicha declaración es el Sistema de Salud de La Rioja (art. 6, 5, a).

En la Ley de la Comunidad de Castilla-La Mancha, se dispone con mucha mayor precisión que *“1.- Las voluntades anticipadas, formalizadas en un documento conforme a lo dispuesto en esta Ley, obligarán al médico, al equipo sanitario o a cuantas personas deban ejecutar lo dispuesto en las mismas. 2.- Las voluntades anticipadas prevalecerán sobre la opinión y las indicaciones que puedan ser realizadas por los familiares, allegados o, en su caso, el representante designado por el autor de la declaración y por los profesionales que participen en su atención sanitaria”*.

En mi opinión, el sujeto destinatario de la declaración de voluntades anticipadas es un

¹³ ARCOS VIEIRA, *ob.ci.*, pág.3.



sujeto indeterminado que abarca a todos los terceros¹⁴ (familiares del sujeto, representantes, médico responsable, equipos sanitario, Servicio de Salud, etc.), y particularmente, a los profesionales sanitarios que deban actuar en un momento dado porque son los que efectivamente van a poner en práctica dicha voluntad.

Pero, como posteriormente se verá, es *la voluntad del sujeto otorgante* de la declaración, incluso la manifestada en el último momento verbalmente, la que *debe prevalecer* sobre cualquier otra opinión.

¹⁴*En el mismo sentido, ARCOS VIEIRA, lug. últm. cit., quien señala que toda persona implicada deberá respetar el documento (entre ellas, el médico responsable), en la medida en que contiene la voluntad del sujeto sobre actuaciones futuras relativas a su propia salud.*