

# SESIÓN II

## PONENCIAS

**Voluntades anticipadas (autonomía personal:  
Voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos).**

*María Ángeles Parra*

PAG. 77

**Autotutela y poderes preventivos**

*Tomás García*

PAG. 117

**Límites a las voluntades anticipadas**

*Javier Olioán*

PAG. 131

***Coloquio (II Sesión)***

PAG. 145



**VOLUNTADES ANTICIPADAS  
(AUTONOMÍA PERSONAL: VOLUNTADES ANTICIPADAS.  
AUTOTUTELA Y PODERES PREVENTIVOS).**

M<sup>a</sup> ANGELES PARRA  
Catedrática de Derecho Civil

Excelentísimos e Ilustrísimos Señores, queridos compañeros, debo comenzar agradeciendo a los Organizadores de estos Encuentros y, en especial, al Excelentísimo Señor Justicia, el honor de participar en este Foro con la Ponencia sobre “Voluntades anticipadas”.

## **1. DELIMITACIÓN DEL TEMA DE LA PONENCIA**

Es objeto de la sesión de hoy la protección de la voluntad anticipada de la persona para el caso de que en un futuro no pueda tomar decisiones por sí ni gestionar sus asuntos, personales o patrimoniales.

La expresión de “voluntades anticipadas” que da título a la Ponencia que se nos encargó no nace en el ámbito del Derecho civil, sino en el de la legislación sanitaria. Es utilizada, en particular, en el art. 15 Ley 6/2002, aragonesa de salud. Con esta expresión se hace referencia, en concreto, “al documento dirigido al médico responsable en el que una persona mayor de edad, con capacidad legal suficiente y libremente, manifiesta las instrucciones a tener en cuenta cuando se encuentre en una situación en que las circunstancias que concurran no le permitan expresar personalmente su voluntad”. También en otras leyes autonómicas (como las de Cataluña, Baleares, Castilla-La Mancha, Galicia, Navarra, País Vasco, Valencia).

Para denominar a este documento en otras leyes se utiliza otra terminología, como la de “instrucciones previas” (en el art. 11 de la Ley estatal 41/2002, y Leyes de Castilla León, de La Rioja, de Madrid, Decreto de Murcia), “expresión de la voluntad con carácter previo” (Ley de Cantabria), “declaración de voluntad vital anticipada” (Ley Andalucía), “expresión anticipada de voluntades” (Ley Extremadura).

Se está haciendo referencia a lo que en el lenguaje de la calle, de los medios de comunicación, pero también en la literatura jurídica y en los Congresos de Bioética se ha venido denominando “testamento vital”. Con esta expresión, influencia de la experiencia norteamericana (es traducción literal de *living will*), se quiere destacar que el documento recoge la voluntad del paciente acerca de cómo quiere afrontar el fin de la enfermedad y, por tanto, la decisión sobre la propia vida. Pero, ciertamente, su contenido poco tiene que ver con nuestro concepto de testamento y la expresión no ha sido acogida por el legislador español.

Fue decisión de los Ponentes, desde el primer momento, extender el contenido de nuestra exposición fuera del ámbito sanitario, donde se plantean problemas semejantes y donde la tendencia legislativa responde a la misma filosofía de respeto a la voluntad expresada cuando la persona es plenamente capaz. Así, en la esfera de actuación personal (en particular, todo lo relativo al cuidado de la persona, o el ingreso en centros geriátricos, decidido por los familiares contra la voluntad del sujeto expresada previamente, cuando hay alternativas posibles) y también en la esfera patrimonial, todo lo que se refiere a la administración de su patrimonio.

El aumento de la esperanza de vida y los avances médicos, están dando lugar cada vez más a casos en las que una persona adulta, en principio plenamente capaz, se encuentra en una situación en la que no puede tomar decisiones ni regir sus intereses.

Hay que pensar en situaciones de enfermos terminales o personas moribundas, cuya vida puede prolongarse por el avance de la técnica: de lo que se trata, entonces, es de garantizar que ninguna persona sea tratada contra su voluntad.

También hay que tener en cuenta, fuera del ámbito de los tratamientos sanitarios, la manifestación de enfermedades degenerativas, Alzheimer o demencia senil y, en general, cualquier patología que suponga una pérdida gradual de la capacidad de autogobierno de quien las padece: de lo que se trata, entonces, es de proteger la voluntad de quien, anticipándose a esa situación, haya previsto quién y cómo podrá tomar decisiones que afecten a su esfera personal, a su cuidado, y a la gestión de sus intereses patrimoniales.

Para abarcar este tipo de “voluntades anticipadas”, a las que me acabo de referir, fuera del estricto ámbito sanitario, es preciso hacer referencia a dos instituciones que han tenido reciente acogida en el Derecho español. Me refiero a la “autotutela” y a los “poderes preventivos”. Autotutela y poderes preventivos son la respuesta común a la insatisfacción práctica que deriva de los modelos de protección de incapaces instaurados por la reforma del Código Civil en 1984.

Además de la evidente de que dos de los ponentes - tanto Tomás García Cano como yo- tenemos una formación básicamente de Derecho privado, la razón por la que hemos decidido abordar conjuntamente en la Ponencia los dos sectores (sanitario y no sanitario) es la de que, de esta forma, se obtiene una visión conjunta y complementaria de un problema más amplio que el que se plantea en el ámbito de la salud. En la práctica, además, pueden suscitarse dudas derivadas de la visión parcial y separada de una y otra esfera: así, por ejemplo, no cabe duda de que el “representante” que puede designarse en el documento de voluntades anticipadas puede encajar también, según pone de relieve la doctrina, en el “mandato de protección” o en las previsiones personales hechas en la autotutela para el caso de incapacitación (Ignacio Serrano, Seuba Torreblanca); también que es discutida la subsistencia de la designación de ese representante para el ámbito sanitario cuando la persona es incapacitada después de su otorgamiento.

Me parece importante destacar que la tendencia en Derecho comparado en el ámbito sanitario y fuera del ámbito sanitario, en la esfera personal y patrimonial, responden desde hace algunos años al mismo principio: la toma en consideración de la voluntad manifestada con anterioridad por el propio interesado, cuando era plenamente capaz.

Esta filosofía se considera expresión del respeto a la dignidad y a la libertad de la persona y está inspirando, no sólo en España, la protección de los adultos, ancianos o no:

- En el ámbito internacional, y para el sector sanitario, destaca el Convenio del Consejo de Europa sobre los derechos del hombre y de la biomedicina, de 4 de abril de 1997 (en vigor para España desde el 1 de enero de 2000) (en especial, art. 9, conforme al cual, "Serán tomados en consideración los deseos expresados anteriormente con respecto a una intervención médica por un paciente que, en el momento de la intervención, no se encuentre en situación de expresar su voluntad"). Fuera del ámbito sanitario, el Convenio de la Conferencia de La Haya sobre protección internacional de adultos de 13 de enero de 2000 (firmado por España el 1 de abril de 2003, pero no ratificado, por lo que no es Derecho vigente) que "se aplicará, en situaciones internacionales, a la protección de los adultos que, por una disminución o insuficiencia de sus facultades personales, no estén en condiciones de velar por sus intereses".

- En el ámbito estatal, para el sector de la salud, la Ley 41/2002, básica reguladora de la autonomía del paciente (que regula, por lo que aquí interesa las "instrucciones previas") y, fuera de la esfera sanitaria, la modificación del Código civil operada por la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad (que modifica el Código para introducir la autotutela y los poderes preventivos).

- En el Derecho autonómico, las leyes de salud (ordenación sanitaria, o voluntades anticipadas, o voluntad vital anticipada o de autonomía del paciente...): entre diciembre de 2000 y septiembre de 2005 se han publicado leyes sobre la materia en quince Comunidades Autónomas. Sólo Asturias carece de regulación propia, y Murcia y Canarias se han limitado a dictar normas reglamentarias en las que dan por supuesta la aplicación de la ley estatal (la primera a través de un Decreto de 2005 que aprueba el Reglamento de instrucciones previas y su registro; la segunda mediante una Orden de 2005 que aprueba la carta de los derechos de los pacientes y usuarios sanitarios). Aquí nos interesa, en particular, la Ley 6/2002, de salud de Aragón.

- Fuera del ámbito de los derechos del paciente, en las leyes autonómicas destaca la introducción de la autotutela en 1996 en el Derecho catalán (ahora en el Código de familia) y los trabajos de la Comisión Aragonesa de Derecho Civil (en adelante: CADC) en la elaboración de un anteproyecto de ley sobre el "Derecho de la persona", que prevé la regulación de la autotutela y de los llamados mandatos de previsión o mandatos de protección.

Ha sido objetivo de los tres ponentes estudiar el juego de la voluntad anticipada en estos ámbitos, la forma de expresión de la voluntad anticipada, los posibles modos de conocimiento por los terceros y su eficacia. En particular, plantear las posibles contradicciones y/o solapamientos que se producen entre los diferentes ámbitos normativos (sanitario/autotutela y poderes preventivos) y su compatibilidad, cuando se produzca, con la incapacitación y la organización de un sistema "estable" de protección del incapaz.

La normativa que regula las voluntades anticipadas, la autotutela y los poderes preventivos ofrece nuevas y sugerentes posibilidades, pero su concreción en la realidad

dependerá de cómo sean aplicadas y vividas por los profesionales del Derecho. Dada la finalidad de estos Encuentros, hemos optado por un enfoque problemático, que permita a los asistentes, si lo desean, aportar su punto de vista y enriquecer, con los datos de su experiencia profesional, el debate sobre algunos de los puntos que, desde luego, la nueva normativa no hace sino suscitar.

## 2. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

### Introducción:

El contenido más evidente del documento de voluntades anticipadas es la expresión anticipada de los cuidados y tratamiento que se desea recibir llegado el caso de encontrarse la persona que lo otorga en situación de no poder expresar personalmente su voluntad.

Javier Oliván se ocupa con detalle de los problemas del contenido y de los límites de su otorgamiento y aplicación. Yo me limitaré a advertir que la regulación de este documento no afecta a la regulación penal de la eutanasia.

El punto de partida de las leyes españolas (tanto la estatal como las quince autonómicas) es el de que el consentimiento informado y libre legitima las intervenciones sobre una persona en materia de salud.

Al regular expresamente el documento de voluntades anticipadas la normativa lo único que hace es aclarar una posibilidad sobre la que venían discutiendo los especialistas: la de otorgar un consentimiento previo y anticipado para una situación hipotética. En particular, el consentimiento libre e informado, como manifestación de un derecho fundamental, es el único que exime de pena en el delito de lesiones (Muñoz Conde). La información y el consentimiento son obligaciones legales como medio de respeto a la autonomía y autodeterminación de los pacientes. Es decir, el consentimiento no es tan sólo el componente del negocio jurídico en el sentido del Derecho civil, sino que como explica C. Romeo, el consentimiento libre e informado es manifestación de un derecho fundamental, y en cuanto tal confiere legitimidad al acto médico en todas las proyecciones jurídicas, civiles o penales de dicho acto. Así lo ha reconocido la Sala 1ª del TS en S. de 12 de enero de 2001 (que considera que el consentimiento informado “constituye un derecho humano fundamental, precisamente una de las últimas aportaciones realizada en la teoría de los derechos humanos, consecuencia necesaria o explicación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia; derecho a la libertad personal, a decidir por sí mismo en lo atinente a la propia persona y a la propia vida y consecuencia de la autodisposición sobre el propio cuerpo”: sentencia de 12 de enero de 2001 [ RJ 2001\3] y, en el mismo sentido, posteriormente, la de 11 de mayo de 2001 [ RJ 2001\6197]). Para los médicos y profesionales sanitarios el consentimiento del interesado otorga legitimidad a todas sus actuaciones, y basta para ello con repasar los repertorios de jurisprudencia sobre responsabilidad médico sanitaria.

La regla general es la de que, cuando el paciente no está en situación de emitir el consentimiento (y fuera de los casos de urgencia, o de riesgo para la salud pública), el consentimiento se da “por representación” (art. 9.3 de la Ley 41/2002) o “por sustitución” (art. 14 de la Ley aragonesa de salud) por otras personas (“familiares o allegados”). El otorgamiento de un documento de voluntades anticipadas lo que permitirá, en su caso, es prescindir de la necesidad de acudir a ese consentimiento por sustitución.

### **Forma. Conocimiento y eficacia frente a terceros.**

La regla general es que el consentimiento informado puede otorgarse verbalmente, si bien se exige el consentimiento por escrito para determinadas intervenciones (quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente: art. 8 de la Ley 41/2002, art. 12 de la Ley 6/2002, de salud de Aragón y otras leyes autonómicas). Desde este punto de vista, se ha criticado el mayor rigor formal exigido para el otorgamiento de voluntades anticipadas (Barral Viñals) por entender que, a semejanza con el testamento patrimonial, debería bastar con la forma ológrafa. Esta posibilidad, en mi opinión, sin embargo, sólo generaría incertidumbres para los médicos que, desde luego, no podrían esperar, en muchas ocasiones, a una especie de “protocolización” del documento.

El art. 11.2 de la Ley 41/2002 se limita a exigir que las instrucciones previas consten por escrito y a remitirse a lo que regule cada servicio de salud.

Conviene recordar que no pasó a convertirse en ley el contenido del art. 8.2 de la proposición de ley, en el que se regulaba el modo de formalizar las voluntades anticipadas, por entender que sólo era básica la exigencia de que el consentimiento constase “fehacientemente” (¿?), pero que correspondía a las Comunidades Autónomas la regulación de los aspectos concretos de forma. No se aprobaron las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Socialista ni por Convergencia y Unió en las que se proponía incorporar una disposición conforme a la cual, los documentos formalizados con arreglo a lo previsto en la legislación de una Comunidad Autónoma surtirían efecto en todo el territorio nacional. Se incorporó, en cambio, entendiendo que de esta forma se garantiza ese resultado, el contenido del actual art. 11.5 de la Ley 41/2002, que prevé la creación en el Ministerio de Sanidad y Consumo de un Registro nacional de instrucciones previas.

Puede señalarse que las leyes autonómicas exigen unos requisitos formales en el otorgamiento de las voluntades anticipadas que permiten garantizar la autenticidad de la voluntad que contienen y, también su conocimiento. Pero, sin entrar ahora en el farragoso detalle comparativo, puede advertirse que existen discrepancias respecto de la forma requerida en las diversas legislaciones. Suele admitirse el otorgamiento notarial y también el otorgamiento en documento privado ante testigos (pero nuevamente existen algunas diferencias en cuanto a los requisitos de los testigos, así en el País Vasco o La Rioja). Algunas Comunidades admiten también el otorgamiento ante funcionarios de la Comunidad (Andalucía, Castilla-La Mancha, Castilla León, La Rioja, País Vasco) o incluso ante el personal sanitario (así en Andalucía, que no prevé otra forma de otorgamiento y atribuye a los funcionarios la competencia para apreciar la capacidad y aptitud de la persona que pretende otorgarlo). Casi todas ellas han creado un Registro Autonómico de voluntades anticipadas o instrucciones previas (algunos municipios, incluso, crearon su propio Registro -Vitoria, Logroño, San Andreu de la Barca...-). Estos Registros suelen iniciar el proceso de inscripción a instancias del otorgante (cuando no son los propios funcionarios los que reciben la declaración y otorgan el documento), e incluso algunas leyes dicen que los familiares o allegados “deberán” comunicar al Registro el otorgamiento del documento. En algunas leyes autonómicas parece darse por supuesto que es precisa la inscripción en tal Registro para la efectividad de las voluntades anticipadas (serán vinculantes, dice por ejemplo la ley de Cantabria, una vez inscritas en el Registro).

La doctrina, sin embargo, entiende que en ningún caso debe considerarse constitutiva la inscripción en ningún Registro y parece razonable la tesis de que la constancia en el Registro permitirá, en su caso, y de ahí el interés en promoverla, exigir el cumplimiento de la voluntad otorgada, en la medida en que favorece su conocimiento.

También se muestra unánime la doctrina a la hora de precisar que, siempre que conste por escrito, que es la única exigencia básica fijada por la ley estatal, los servicios de salud deben respetar las declaraciones de voluntad otorgadas conforme a los requisitos de otras Comunidades Autónomas. Para el conocimiento de los documentos, sería preciso que las Comunidades comuniquen al Registro Nacional los documentos de cuyo otorgamiento tengan constancia.

Se prevé asimismo en algunas Comunidades la incorporación del documento a la historia clínica del paciente, lo que sin duda sólo garantiza su conocimiento en el caso de ingresos en el centro en el que se presente el documento, pero no en los demás. Esto sólo podría lograrse si existiera una historia clínica única (cfr. art. 14 de la Ley 41/2002), o si fuera un hecho ya la coordinación de las historias clínicas que prevé la disposición adicional 3ª de la Ley 41/2002.

Sin embargo, como explica Javier Oliván con detalle, son importantes las deficiencias en materia de publicidad. En definitiva: que serán las personas cercanas al paciente, o el propio paciente, el que deberá preocuparse de que su voluntad expresada anticipadamente pueda ser conocida por los médicos que en cada caso puedan atenderle, porque los instrumentos previstos en la ley estatal y en las autonómicas carecen de la eficacia necesaria para garantizar el conocimiento del otorgamiento del documento por el personal sanitario, en particular en los supuestos de movilidad de la población.

### **Modificación y revocación.**

a) ¿Debe ser formal la modificación o la revocación de las voluntades anticipadas?

La legislación estatal (art. 11.4) y la mayoría de las autonómicas (por ejemplo, art. 12.4 de la Ley aragonesa) establecen la libre revocabilidad de las voluntades anticipadas. Se establece en ocasiones, de forma expresa, que lo previsto en el documento deja de surtir efecto desde el momento en que el sujeto está en condiciones de expresar su voluntad, y así lo hace, emitiendo una voluntad que contradice las voluntades anticipadas: la voluntad emitida por una persona que está en condiciones de emitir su consentimiento debe prevalecer sobre las voluntades anticipadas (expresamente, art. 5 de la Ley del País Vasco; también, art. 31 de la Ley de Extremadura, que exige que el consentimiento se exprese por escrito). Si el paciente está en condiciones de decidir por sí, no se exige una forma especial (fuera de la escrita, para las intervenciones de mayor gravedad) para otorgar el consentimiento escrito, por lo que no se ve la razón para que el haber otorgado previamente unas instrucciones previas la imponga. Alguna legislación autonómica admite la modificación de las voluntades anticipadas "por escrito o indubitadamente" (valenciana), pero la mayoría de las legislaciones no establecen nada. Algunos autores, sin embargo, han entendido que debe exigirse para la modificación de las instrucciones previas los mismos requisitos exigidos para su otorgamiento (Requero, Barral Viñals). En mi opinión, esto sólo significa que será el médico quien, en su caso, y para evitar responsabilidades derivadas del posible incumplimiento de las instrucciones previas, quiera exigir que se otorgue el consentimiento con especiales garantías, de tal manera que quede cubierto frente a la eventualidad de una reclamación en la que se discuta su opinión acerca de la capacidad del paciente para consentir en contra de lo mani-



festado con mayor solemnidad en un documento de voluntades anticipadas. No como una exigencia de validez de la modificación producida. De la misma manera que, para el consentimiento informado, la ley estatal establece que “el paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento” (art. 8.3) y se admite que es válida la revocación verbal, si bien puede exigirse la forma escrita como garantía para el comportamiento de los profesionales que atiendan a esta revocación en contra del consentimiento previamente otorgado.

El art. 8 de la Ley de Andalucía regula la revocación de la declaración de voluntad vital anticipada, exigiendo el cumplimiento de los requisitos exigidos para su otorgamiento. Pero, a continuación, la ley contempla que la persona que ha otorgado una declaración de voluntad anticipada emita un consentimiento informado que contraría tal declaración. No valdrá como voluntades anticipadas, pero debe prevalecer lo manifestado para esa ocasión.

b) ¿Pueden otorgarse las instrucciones previas como irrevocables? Se ha defendido que el paciente puede autolimitarse, atribuyendo a la voluntad expresada en el momento de otorgamiento de las voluntades anticipadas el carácter de irrevocables (C. López Sánchez). Se trataría de evitar, de esta forma, se dice, que el paciente se viera presionado por algún pariente para revocar u otorgar de otra forma unas instrucciones previas. Pero, fuera de los casos en que la constatación de tal presión permita entender que ha faltado una voluntad libre en la modificación o en la revocación (presupuesto de la validez y eficacia de los documentos de voluntades anticipadas, art. 11.1 de la Ley 41/2002, y la generalidad de las legislaciones autonómicas), parece contrario al derecho a la libertad personal y a la propia dignidad de la persona el impedir un cambio en las decisiones que le afectan. Debe entenderse que existe un derecho a rectificar.

### **Nombramiento de un representante.**

El art. 11 de la Ley estatal y varias leyes autonómicas (nuevamente con matices de regulación que pueden dar problemas a la hora de su aplicación) prevén como contenido del documento de instrucciones previas el nombramiento de un “representante” para que llegado el caso, sirva como interlocutor con el médico o el equipo sanitario para el cumplimiento de las instrucciones previas. Alguna normativa autonómica fija limitaciones, excluyendo que determinadas personas puedan ser nombradas representantes (los testigos, el personal sanitario, en la Ley del País Vasco).

La doctrina discute, además, si puede ser nombrado un menor emancipado (C. López Sánchez, argumentando por analogía con el mandato) o si debe exigirse la mayoría de edad (Domínguez Luelmo). Las regulaciones estatal y autonómica dan por supuesto que el nombramiento de este representante es contenido del documento de voluntades anticipadas. En consecuencia, debe reunir las exigencias de forma requeridas para otorgar este documento, y no parece que exista inconveniente en que sea ese el único contenido.

Alguna normativa autonómica (La Rioja) requiere la aceptación del representante que, me parece, se puede entender producida con la simple comparecencia en el centro hospitalario ejerciendo el contenido del nombramiento. Otras prevén que la revocación de la aceptación por parte del representante sea comunicada por la Administración al interesado para que, si lo desea, designe a un nuevo representante (Andalucía).

En mi opinión, los dos problemas fundamentales que deben analizarse aquí son, en primer lugar, el posible contenido de la función de este representante y, en segundo

lugar, el solapamiento que puede producirse con la autotutela en el caso de que el sujeto otorgante de las voluntades anticipadas sea después incapacitado.

a) La doctrina que ha estudiado esta posibilidad parece mostrar acuerdo a la hora de excluir que este “representante” pueda sustituir una voluntad no expresada por el paciente (Requero, Domínguez Luemo, Barral Viñals). Creen que ello deriva del respeto a la voluntad del paciente, que exige que la actuación del representante se limite a aclarar situaciones o a cubrir lagunas o deficiencias del documento.

Por el contrario, yo entiendo que debe respetarse la voluntad de quien designa a otra persona en quien confía para que, precisamente, llegado el caso de que él no pueda expresar su voluntad, decida lo que le parezca más conveniente y le sustituya, tomando decisiones en lugar del otorgante (expresamente, art. 5 de la Ley de La Rioja).

Esta amplitud de la posible función que puede otorgarse al representante aparece precisamente en el art. 15.1 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Aragón, al prever que “en este documento la persona puede designar también un representante, que es el interlocutor válido y necesario con el médico o el equipo sanitario, para que le sustituya en el caso de no poder expresar su voluntad” (parecidamente el art. 9.1 de la Ley Navarra, el art. 18.2 de la Ley de las Islas Baleares y el art. 17.1 de la Ley valenciana).

b) Se discute si la posterior incapacitación de quien otorga las voluntades anticipadas extingue el nombramiento (a favor, argumentando por analogía con el mandato, C. López Sánchez, art. 1716 Cc.; contra, Domínguez Luemo).

Si al constituir la tutela el Juez, por desconocimiento, ha prescindido de toda referencia al papel del representante nombrado en un documento de voluntades anticipadas, puede plantearse un conflicto de competencias entre este representante y el tutor. Los problemas son semejantes a los que se plantean en general acerca de la subsistencia del mandato tras la incapacitación. Puesto que nos encontramos ante un poder especial para un ámbito muy concreto no hay inconveniente en que coexistan el representante, que decidirá en el ámbito de su encargo, y el tutor.

### **Sujeto activo: capacidad del otorgante.**

#### *Mayoría de edad*

Por lo que se refiere a la capacidad exigida para otorgar las «instrucciones previas», el artículo 11.1 de la Ley 41/2002 se refiere a «una persona mayor de edad, capaz y libre».

Tampoco permitiría el legislador estatal otorgar el documento de voluntades anticipadas al menor emancipado. Esta restricción contrastaría con la afirmación habitual en la doctrina de que las limitaciones que el art. 323 Cc. se limitan a la esfera patrimonial, mientras que en lo personal, su capacidad es plena. La verdad es que no es fácil determinar si el art. 11 debe interpretarse de tal manera que el menor emancipado deba quedar excluido o no, habida cuenta de la finalidad de la norma, que taxativamente exige la mayoría de edad.

Exigen también la mayoría de edad para la declaración de la voluntad anticipada algunas leyes autonómicas (art. 8.1 de la Ley 21/2000, de 29 de diciembre de Cataluña; art. 11.5 a) de la Ley 10/2001, de 28 de junio de Extremadura; art. 28 de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de ordenación sanitaria de la Comunidad de Madrid; art. 15.1 de la Ley 6/2002, de 15 de abril de Aragón -y, recuérdese que, conforme al Derecho civil ara-

gonés, los menores que se casan alcanzan la mayoría de edad-; art. 5 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, de Galicia; art. 4 de la Ley 9/2005, de 30 de septiembre de La Rioja, exige tener cumplidos dieciocho años).

Algunos autores han criticado la exigencia de mayoría de edad para el otorgamiento de voluntades anticipadas. Entienden que es incoherente permitir al menor maduro dar su consentimiento informado en general y, en todo caso, a partir de los dieciséis años y, en cambio, exigir que para las voluntades anticipadas ser mayor de edad. Desde este punto de vista, sostienen algunos que debiera modificarse la ley y permitirse el otorgamiento de voluntades anticipadas al mayor de dieciséis años (Domínguez Luelmo, Barral Viñals).

Es verdad que la Ley estatal (y las autonómicas que adoptan el mismo criterio), que excluye la representación en la prestación del consentimiento a partir de los dieciséis años y en los casos de emancipación, exige aquí en cambio la mayoría de edad. No debe verse en ello necesariamente una incoherencia.

La crítica que propone permitir el otorgamiento de voluntades anticipadas a quien puede prestar consentimiento parte, me parece, de un error, como es entender que el consentimiento informado del menor maduro no tiene límites, y que debe atenderse a su sola voluntad aun cuando se trate de decisiones que pueden afectar a la protección de la vida. Y esto, en mi opinión, no es así:

- Un mayor de edad puede negarse a recibir un tratamiento sin el cual morirá. Entonces también puede oponerse de manera eficaz previamente a recibir ese tratamiento en un documento de voluntades anticipadas.

- En cambio la voluntad del menor que se niega a recibir determinado tratamiento puede ser contrariada cuando ponga en peligro su vida.

Es decir, que el menor maduro (y en todo caso, a partir de los dieciséis años) pueda prestar consentimiento no significa que su consentimiento en materia de tratamientos sanitarios tenga la misma eficacia que el consentimiento de un mayor de edad y ello porque siguen subsistiendo: en primer lugar, las funciones propias de los padres (o tutor) y, en segundo lugar, la posibilidad de un control judicial de las decisiones (del propio menor o de sus padres) que puedan perjudicarle (art. 158 Cc.).

Si esto es así, en general, en materia de consentimiento informado, no es incoherente que para otorgar voluntades anticipadas sea preciso ser mayor de edad, porque sólo entonces desaparecen tanto la función de guarda de otras personas como la posibilidad de que se recurra a la autoridad judicial para imponer un tratamiento forzoso, contra la voluntad del sujeto (fuera de los casos de salud pública que lo puedan justificar).

La proximidad de estas instrucciones a la disposición sobre la propia vida puede aconsejar que se exija un plus de capacidad para expresar una voluntad que necesariamente, hay que convenir, no tiene por qué formarse de igual manera «a priori», antes de que la persona se encuentre en situación de riesgo vital.

### *Incapacidad*

El art. 11.1 de la Ley 41/2002 establece como un presupuesto para el otorgamiento del documento de instrucciones previas que la persona sea “mayor de edad, capaz y libre”. El art. 15 de la Ley aragonesa de salud exige que el otorgante tenga “capacidad legal suficiente”.

Esta normativa permite una doble interpretación. A partir del tenor literal, la doctrina deduce que la ley excluye para todos los incapacitados la posibilidad de otorgar voluntades anticipadas. Se entiende que el rigor de la ley es criticable y, además, incompatible con las reglas previstas en la propia ley para el consentimiento informado, partiendo del carácter personalísimo del consentimiento informado, y de la trascendencia que en este ámbito debe reconocerse a la capacidad natural (Domínguez Luelmo).

Es posible superar el tenor literal de la ley y, poniendo en conexión estos preceptos con los que rigen el consentimiento informado en los casos de personas incapaces, llegar a la conclusión de que es “capaz” para otorgar voluntades anticipadas quien sea “capaz” (es la expresión del art. 11.1 de la Ley estatal) para entender el alcance de su otorgamiento (capacidad natural, de hecho). Si es así, esta voluntad debería imponerse a la que, en su caso, manifiesten las personas a que se refiere el art. 9.3 (personas vinculadas por razones familiares o de hecho, cuando carezca de representante legal).

Surge la duda de si este razonamiento puede mantenerse en el caso de que la persona sea incapacitada después del otorgamiento del documento de voluntades anticipadas. ¿*Quid* si el representante del incapacitado trata de imponer su voluntad contra la manifestada previamente por el sujeto? Puede producirse un conflicto entre la voluntad manifestada previamente y la del representante.

El representante puede argumentar que, en su función de tal, a él le corresponde emitir el consentimiento informado requerido en la ley. En favor de esta opinión podría argumentarse que a quien ha perdido la capacidad en virtud de una sentencia, y que ya no podría emitir un consentimiento válido, no le es posible variar su opinión.

Sin embargo, es otro el presupuesto del que parte la regulación de las voluntades anticipadas: este no es otro que el máximo respeto a la voluntad emitida, precisamente para cuando esta ya no pueda emitirse. Entiendo que, de esta forma, el otorgamiento de voluntades anticipadas, conforme al art. 11.1, por quien tiene capacidad para hacerlo, exige estar a esa voluntad, e impide acudir a sus representantes o personas allegadas cuando, con posterioridad, ha perdido la capacidad para prestar su consentimiento. Con independencia de que la persona haya sido o no incapacitada.

### **Normativa autonómica.**

Algunas leyes autonómicas permiten otorgar documentos de voluntades anticipadas a partir de los dieciséis años o a partir de la emancipación.

El artículo 9 de la Ley foral 11/2002, de 6 de mayo, reconoce la capacidad para otorgar válidamente la declaración de voluntades anticipadas no sólo a los mayores de edad, sino también al «menor al que se le reconozca capacidad conforme a la presente Ley Foral» (es decir, menores emancipados y menores mayores de dieciséis).

El artículo 17 de la Ley 1/2003, de 28 de enero de la Comunidad Valenciana permite otorgar voluntades anticipadas a la «persona mayor de edad o menor emancipada».

El art. 4 de la Ley 5/2003, de 9 de enero, de Andalucía, reconoce la capacidad para otorgar la declaración de voluntad vital anticipada a los menores emancipados.

Por lo que se refiere a la capacidad del otorgante de las voluntades anticipadas, en los textos autonómicos se utilizan expresiones distintas.

Se exige “capacidad suficiente” (Islas Baleares, Cataluña, Galicia), “plena capacidad de obrar” (Cantabria), simplemente ser “capaces” (Castilla León), “tener capacidad” (Madrid), “capacidad legal suficiente” (Aragón, Extremadura, Valencia).

Algunas leyes autonómicas excluyen expresamente a todo incapacitado judicialmente (La Rioja), otras sólo a los incapacitados judicialmente para emitir tal declaración (Castilla-La Mancha, País Vasco).

El art. 4 de la Ley 5/2003, de 9 de enero, de Andalucía, reconoce la capacidad para otorgar la declaración de voluntad vital anticipada a los incapacitados judicialmente, salvo que otra cosa determine la resolución judicial de incapacitación; se añade, sin embargo, que el facultativo puede poner los hechos en conocimiento del fiscal para que inste un nuevo proceso dirigido a modificar el alcance de la incapacitación ya producido.

No se trata ahora de valorar si la solución de las normas autonómicas nos parecen o no razonables, sino de analizar si las Comunidades Autónomas tienen competencia para establecer reglas propias en este ámbito.

El problema, en definitiva, es el de cuál es el título competencial para legislar sobre voluntades anticipadas.

#### **Problemas de título competencial y ley aplicable.**

I.- Cabría argumentar, en primer lugar, que las normas sobre capacidad para prestar consentimiento y otorgar voluntades anticipadas son de Derecho civil. Ello, en cuanto afectan a la capacidad de las personas y a las instituciones de guarda y protección previstas para quienes no gozan de plena capacidad.

La competencia sería, entonces, la que deriva del art. 149.1.8ª de la Constitución: competencia del Estado y de las Comunidades con competencia sobre un Derecho civil propio.

Las consecuencias serían dos:

1.- Sólo aquellas Comunidades con un Derecho civil propio (Aragón o Navarra, por ejemplo) podrían legislar sobre la materia, pero no otras Comunidades como las de La Rioja, Valencia, las dos Castillas, Extremadura o Andalucía, cuyas disposiciones serían inconstitucionales, por carecer de competencia sobre Derecho civil.

2.- El criterio para determinar la ley aplicable sería el de la vecindad civil, ley personal, que es la que determina la capacidad de las personas, conforme a los arts. 9.1 y 16.1 del Código Civil. Es decir, la norma navarra o la aragonesa, por ejemplo, deberían aplicarse a los navarros o a los aragoneses allá donde se planteara la necesidad de tener en cuenta su voluntad, mientras que la prestación de la asistencia sanitaria en Navarra o en Aragón debería tener en cuenta la vecindad civil de los pacientes.

En tal caso, ni siquiera las Comunidades Autónomas con competencia sobre Derecho civil propio estarían legitimadas para introducir una norma sobre el ámbito de aplicación de la ley autonómica porque, de acuerdo con el artículo 149.1.8ª de la Constitución, la determinación de las normas sobre conflicto de leyes es materia reservada a la competencia exclusiva del Estado.

Esta conclusión contrasta, sin embargo, con el ámbito de aplicación previsto en las leyes autonómicas. Por razones del ámbito de competencia de las normas autonómicas y del objeto de su regulación (la actividad sanitaria prestada en la Comunidad Autónoma) algunas leyes autonómicas, forales y no forales, fijan como ámbito de aplicación de la norma el territorio de la Comunidad Autónoma (a los residentes, a los usuarios de los servicios sanitarios autonómicos, según los casos).

A modo de ejemplo: el artículo 1 de la Ley 3/2001, de 28 de mayo, reguladora del consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes de Galicia, fija su ámbito de aplicación en «todo tipo de asistencia sanitaria que se preste en la Comunidad Autónoma de Galicia»; el artículo 2 de la Ley 10/2001, de 28 de junio, de Salud de Extremadura, establece su aplicación «a todos los extremeños y residentes en cualquiera de los Municipios de Extremadura»; para los no residentes se remite a la legislación estatal; el artículo 1 de la Ley 2/2002, de 17 de abril de La Rioja, de Salud, señala como objeto de la misma la ordenación de las actividades sanitarias en La Rioja, y luego, en su artículo 4, define a los titulares de los derechos reconocidos en la Ley -entre otros, los relacionados con la autonomía de la voluntad- teniendo en cuenta el dato de la vecindad administrativa, que no tiene por qué coincidir con la prestación de la asistencia sanitaria; el artículo 2 de la Ley foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos del paciente a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, reconoce el derecho a la información a los «usuarios del sistema sanitario de la Comunidad foral»; el artículo 2 de la Ley 1/2003, de 28 de enero, de derechos e información al paciente de la Comunidad Valenciana, fija su ámbito de aplicación «a todo tipo de actuación sanitaria que se preste en la Comunidad Valenciana, tanto en los centros públicos como privados»; el artículo 3 de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, reconoce como titulares de los derechos regulados en la Ley a quienes sean residentes en municipios de la Comunidad Autónoma; para los no residentes se remite a la legislación estatal y a los convenios nacionales e internacionales que les sean de aplicación.

II.- En segundo lugar, hay razones para pensar que ninguna Comunidad Autónoma puede introducir reglas propias por tratarse de una materia que es competencia exclusiva del Estado.

En este sentido, la disposición adicional primera de la Ley 41/2002 declara que la misma tiene la condición de básica «de conformidad con lo establecido en el artículo 149.1.1ª y 16ª de la Constitución», que, respectivamente determinan la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales y sobre las bases y coordinación general de la sanidad.

La ley estatal tiene su origen en una proposición de ley 622/000007, “Sobre derechos de la información concernientes a la salud y a la autonomía del paciente y a la documentación clínica (8 de febrero de 2001)”, presentada en el Senado por Entesa Catalana de Progrés y Convergencia i Unió. El 27 de febrero se retira esa iniciativa y el 1 de marzo se vuelve a presentar la misma proposición (622/000010) por los Grupos Popular, Socialista, Catalán de Convergencia i Unió, Entesa Catalana de Progrés, Senadores Nacionalistas Vascos, Coalición Canaria y Mixto. La proposición presentada era una reproducción de la Ley catalana 21/2000, de 29 de diciembre. Durante la tramitación de la ley, puede decirse que uno de los empeños de los miembros de la ponencia fue aclarar que se trata de una norma básica; aunque en Comisión y en Pleno hubo disparidad de criterios, finalmente eso es lo que establece la disposición adicional primera de la Ley.

El Parlamento de Cataluña formuló unas alegaciones para plantear recurso de inconstitucionalidad contra la Ley estatal 41/2002, pero el recurso fue inadmitido por presentarse fuera de plazo. En las alegaciones se afirma expresamente que “la mayor parte del texto de la Ley 41/2002, obtiene cobertura competencial en los títulos competenciales referenciados en la disposición adicional 1ª, sin embargo, no puede decirse lo mismo en relación a los arts. 14.2, 17.4 y 21.1, segundo inciso”. Ninguno de ellos se refie-

re al consentimiento informado, sino a archivo de historias clínicas, gestión de la historia clínica y altas forzosas.

El concepto de bases es material -en función de su contenido- y no meramente formal -por el mero hecho de ser calificadas como bases por una ley-. Por eso, su fijación no está libre de todo control por parte del Tribunal Constitucional.

El problema es que no resulta fácil determinar si en lo que se refiere a la capacidad para otorgar voluntades anticipadas (y, en general, el “consentimiento informado”) concurren las exigencias de unidad e interés general que impongan una regulación uniforme en todo el territorio nacional, tal y como ha venido exigiendo el Tribunal Constitucional a la hora de determinar lo básico.

Les parece evidente que lo es a Alonso Olea y González Salinas, además de a los citados (Dolz Lago, Sancho Gargallo, Corbella i Duch, Domínguez Luelmo): coinciden, lo que no me parece irrelevante, un Fiscal de menores, un Magistrado, un Catedrático de Universidad y un Letrado del Consejo General del Colegio de Médicos.

No puede entenderse que las previsiones autonómicas que difieren de la estatal no se aplican por ser contrarias al principio de igualdad de trato de todos los españoles directamente (así lo entienden, en cambio, Dolz Lago, Sancho Gargallo, Corbella i Duch, Domínguez Luelmo). La respuesta, muy simple, parte de un criterio que no es compatible, pues la generalidad del principio de igualdad no impide la debida aplicación de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas al amparo de la competencia sobre Derecho civil (De Otto). El art. 139.1 CE, conforme al cual “todos los españoles tienen los mismos derechos y obligaciones en cualquier parte del territorio del Estado”, como explica el catedrático de Derecho constitucional De Otto, no es un mandato de homogeneidad. No se infringe el principio de igualdad cuando las Comunidades Autónomas dictan normas en el ámbito de su competencia, de acuerdo con la Constitución. Son otras las razones que, más matizadamente, permiten defender la competencia exclusiva del Estado en esta materia.

El consentimiento informado es manifestación de un derecho fundamental, medio de respeto a la autonomía de los pacientes y medida de la legitimidad de la conducta del profesional médico o sanitario. La competencia del Estado en materia de derechos fundamentales no es sólo la que resulta de la aplicación del art. 81.1 CE (exigencia de Ley Orgánica para las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales, y la Ley Orgánica sólo puede proceder del Estado) sino, también, como explica De Otto, la que resulta de la aplicación del art. 149.1.1 CE, que atribuye la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales. En consecuencia, y puesto que el derecho a la salud que el art. 43 CE reconocen pertenecen a todos los españoles, a todos se les garantiza por el Estado la igualdad en las condiciones básicas para su ejercicio porque, en otro caso, lo que legalmente sería dañino para unos no lo sería para otro (De Otto).

El art. 149.1.1 CE sirve para sustraer a la competencia autonómica aquellos aspectos concretos en los que están en juego condiciones básicas para el ejercicio de un derecho (De Otto). El art. 149.1.1 no sirve para ampliar la competencia del Estado a nuevas materias pero sí para privar a las Comunidades Autónomas de la posibilidad de incidir sobre las condiciones básicas del ejercicio de los derechos cuando estén regulando materias propias de su competencia. Lo básico puede extenderse a materias no incluidas en el derecho pero que coadyuvan a su realización. Siguiendo al mismo autor citado, el art.

149.1.1 debe entenderse referido a todos los derechos del Título I, es decir, no se extiende sólo a los derechos y deberes del Capítulo II del Título I sino también a los que pueden derivarse del Capítulo III (Principios Rectores de la política social y económica).

Hay otros datos que ponen de manifiesto que los problemas de determinación de la ley aplicable en este punto no siempre deben resolverse considerando el problema como de capacidad y ley personal:

Así, en primer lugar, por lo que se refiere a la ley aplicable a los derechos de la personalidad (en cuyo ámbito deben incardinarse, en mi opinión, las declaraciones relativas a las voluntades anticipadas), la doctrina de Derecho internacional privado descarta la aplicación del art. 9.1 Cc. (conforme al cual, la ley personal rige la capacidad de las personas).

Apreciada la existencia de una laguna legal (porque el art. 9.1 no se refiere a estos derechos), la doctrina más moderna, entiende que estos derechos deben regirse por la ley aplicable a la responsabilidad civil no contractual que, conforme al art. 10.9.I Cc., es la ley del lugar donde hubiere ocurrido el hecho de que deriven.

A esta conclusión, que coincide con la doctrina y jurisprudencia francesas, se llega valorando que, en definitiva, la intromisión en los derechos de la personalidad da lugar a una responsabilidad civil (Garau Juaneda, Calvo Caravaca, Carrascosa González, Fernández Rozas, Sánchez Lorenzo).

A la misma conclusión habría que llegar, admitiendo que las Comunidades Autónomas pudieran introducir legislaciones propias sobre estas materias, en los conflictos interterritoriales.

Por otra parte, las normas de protección de menores e incapaces parecen ofrecer una cierta autonomía respecto de las disposiciones que regulan la capacidad de las personas. No se tiene en cuenta la ley personal (la nacionalidad) porque no se considera un problema de capacidad. Tampoco debe serlo cuando se trata de españoles de distinta vecindad.

Para la protección de los menores, recogen el principio de aplicación territorial de las leyes españolas el artículo 1º de la Ley Orgánica 1/1996, de protección del menor que, además, en su artículo 3º, proclama el reconocimiento de los derechos reconocidos en la Constitución y los Tratados Internacionales sin discriminación alguna por razón, entre otras circunstancias, de nacionalidad. Para los menores extranjeros que se encuentren en España, la ley reconoce además el derecho a la asistencia sanitaria en las mismas condiciones que a los españoles (art. 10 de la Ley Orgánica 1/1996, de Protección Jurídica del Menor y artículo 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, de Derechos y Libertades de los Extranjeros en España).

Por lo que se refiere a los incapaces, el primer párrafo del artículo 9.6º del Código Civil establece que las medidas urgentes para su protección (entre las que no hay que excluir las que afectan a su vida, salud e integridad física) se rigen por la ley de su residencia habitual (puede ser la española, al margen de su ley personal). Para adoptar medidas de protección de los menores e incapaces hallados en territorio español también se considera aplicable la ley española (art. 9.6º último párrafo del Código Civil).

Conviene recordar a estos efectos que, con seguridad, conforme al artículo 8 del Código Civil, la ley aplicable es la española cuando la actuación tenga lugar en territorio español si se trata de un ilícito penal.

Además, en materia de capacidad pueden suscitarse problemas de orden público si la legislación extranjera permite justificar la validez de un consentimiento de un menor



o incapaz o de su representante legal contrario a principios fundamentales recogidos en nuestra Constitución: fundamentalmente, principio de igualdad, artículo 14 protección de los niños, artículo 39: protección de los disminuidos físicos, síquicos o sensoriales, artículo 49 (por ejemplo, permitiendo autorizaciones para trasplantes de órganos de niñas en interés exclusivo de un hermano varón, o la práctica de ensayos a cambio de dinero o, en general, cualquier intervención innecesaria que ponga en riesgo la vida del menor). En estos casos, habrá de aplicarse la ley española.

Desde el punto de vista del contenido de las voluntades anticipadas, uno de los límites previsto en la mayoría de las leyes (estatal y autonómicas) es que la voluntad expresada no sea contraria al ordenamiento: en particular, la “eutanasia activa” está penada en Derecho español. No importará entonces que el otorgante de tales voluntades sea nacional de un país en el que tal conducta esté amparada por el ordenamiento. Insisto en que con estos comentarios quiero destacar que, en ocasiones, el punto de vista de la capacidad y de la ley personal puede resultar insuficiente.

La calificación como básicos de los preceptos de la Ley estatal supondría la nulidad de la norma autonómica incompatible con la norma estatal básica, que sería de aplicación uniforme en todo el territorio nacional.

Puesto que la validez del consentimiento puede tener consecuencias en el terreno de la responsabilidad, incluso penal, del tercero, parece razonable que el legislador haya establecido de manera expresa el carácter exclusivo de su regulación como criterio para determinar la validez de un consentimiento informado, de modo que éste no pudiera depender de las condiciones de edad o capacidad más o menos variables del paciente en función de su ley personal.

Las Comunidades Autónomas con un Derecho civil propio podrían sólo adaptar a su Derecho el régimen que resulta de la ley estatal, por ejemplo cuando se dice quién debe otorgar el consentimiento por el interesado que no sea capaz (el titular de la autoridad familiar, por ejemplo, para los menores sin suficiente capacidad, o el tutor para el incapacitado).

### **Donación de órganos y destino del cuerpo.**

La Ley estatal, y la mayoría de las leyes autonómicas, se refieren como contenido posible del documento de voluntades anticipadas a la previsión sobre el destino del cuerpo o de los órganos del mismo. Para Aragón, la posibilidad se introduce en el art. 1 del Decreto 100/2003, de 6 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de organización y funcionamiento del Registro de voluntades anticipadas. La donación de órganos y el destino del cadáver pueden tener otros cauces de expresión, pero lo cierto es que en la práctica es la voluntad de la familia la que se impone. De lo que se trata, entonces, es de otorgar prioridad a la voluntad manifestada en vida por el fallecido y establecer la necesaria subordinación a esa voluntad del modo de actuar de los familiares.

No puede desconocerse que existe un interés de los familiares más próximos, protegible por el Derecho, sobre el cadáver de los allegados. El cadáver, en cuanto resto del fallecido, explica un sentimiento, arraigado en la conciencia social, de que el cadáver es algo más que una cosa. El afecto familiar, convertido tras el fallecimiento en una forma peculiar de pietas fundamenta un derecho al cuidado y custodia del cadáver y, en razón de él, faculta para impedir sobre el mismo cualquier forma de agresión ilegítima y para exigir su incolumidad y respeto (Gordillo).

Al mismo tiempo, es unánime en la doctrina la opinión de que la voluntad dispositiva del sujeto respecto al destino de su cadáver vincula a sus familiares. También la de que los familiares pueden oponerse a cualquier manipulación del cadáver que no fuera permitida por el sujeto en vida pero, en cambio, no podrían suplir la voluntad del difunto cuando se trata de dar al cadáver un destino distinto del de la sepultura.

En España, la legislación de trasplantes otorga prioridad a la voluntad manifestada en vida por el interesado, pero en la práctica, lo que se tiene en cuenta es la voluntad de los familiares. Por lo que se refiere a la libre ordenación de los funerales, aparece en nuestra tradición como una manifestación de la libre determinación del individuo, y es posible contenido del testamento. En la práctica, sin embargo, los usos funerarios y la voluntad de la familia se imponen.

### *Donación de órganos*

La referencia a la expresión de la voluntad en el documento de voluntades anticipadas sobre donación de órganos no supone una modificación del régimen legal vigente en la materia. Este es el que resulta del art. 5 de la Ley 30/1979, de 27 de octubre, de extracción y trasplante de órganos. Conforme a esta disposición, se podrá realizar la extracción de órganos siempre que el fallecido no haya dejado constancia expresa de su oposición a que después de su muerte se realice la extracción de órganos. Las personas presumiblemente sanas que fallecieran en accidente o como consecuencia ulterior de éste se considerarán, asimismo, como donantes, si no consta oposición expresa del fallecido. A tales efectos debe constar la autorización del Juez al que corresponda el conocimiento de la causa, el cual deberá concederla en aquellos casos en que la obtención de los órganos no obstaculizare la instrucción del sumario por aparecer debidamente justificadas las causas de la muerte.

Derogado el art. 8 del Real Decreto 426/1980, de 22 de febrero, desarrolla en la actualidad esta materia el art. 10 del RD 2070/1999, de 30 de diciembre, que regula las actividades de obtención y utilización clínica de órganos humanos y la coordinación territorial en materia de donación y trasplante de órganos y tejidos. Conforme a este precepto, la obtención de órganos de donantes fallecidos para fines terapéuticos podrá realizarse si se cumplen las condiciones y requisitos siguientes: 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. En el caso de que se trate de menores de edad o personas incapacitadas, la oposición podrá hacerse constar por quienes hubieran ostentado en vida de aquéllos su representación legal, conforme a lo establecido en la legislación civil. Siempre que se pretenda proceder a la extracción de órganos de donantes fallecidos en un centro autorizado, la persona a quien corresponda dar la conformidad para la extracción deberá realizar la comprobación pertinente acerca de la "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 (cuya existencia viene exigida por la Resolución de 27 de junio de 1980 de la Secretaría de Estado para la Sanidad) o en la historia clínica". Además, termina diciendo el precepto reglamentario, siempre que las circunstancias no lo impidan, se deberá facilitar a los familiares presentes en el centro sani-

tario información sobre la necesidad, naturaleza y circunstancias de la extracción, restauración, conservación o prácticas de sanidad mortuoria.

Sin embargo, a pesar de lo que dice la Ley de trasplantes, en la práctica no se realiza ninguna extracción de órganos de personas fallecidas sin el consentimiento de sus familiares: la inefectividad de la ley resulta, como destacó Gordillo, del divorcio entre el criterio legal y la apreciación social. Hasta el punto de que la propia Organización Nacional de Trasplantes acabó aconsejando la necesidad de que los equipos de extracción de órganos contaran con la previa autorización de la familia del finado o, cuando menos, con su falta de oposición. El intento de conciliar el respeto a la voluntad del fallecido con la necesidad de órganos se ha proyectado, en teoría, en la averiguación de su voluntad a través del testimonio de quienes mejor lo conocían. En la práctica, se ha transformado en la voluntad de los familiares. El deseo de evitar conflictos jurídicos y una reacción social frente a los trasplantes ha podido permitir a los familiares que son titulares de verdaderos derechos subjetivos sobre el cadáver y que tienen un auténtico derecho a decidir (Romeo Casabona). El planteamiento de la ley es otro: los familiares del fallecido nada deciden por sí mismos en orden a la extracción, que se supone es autorizada por el donante si no consta su oposición. Puesto que no se exige ninguna formalidad para la oposición a la extracción, pero se permite a los familiares la expresión de los familiares del fallecido, no sólo no hay medio de comprobar su auténtica voluntad, sino que directamente, los que deciden, son los familiares.

Ante esta situación, la expresión de la voluntad del paciente acerca del destino de los órganos en caso de fallecimiento en el documento de voluntades anticipadas excluirá toda consulta a los familiares. Las previsiones acerca de las donaciones de órganos contenidas en el documento de voluntades anticipadas permitirán que en ningún caso la voluntad de la familia se imponga a la del fallecido. Es la voluntad del fallecido, manifestada de forma positiva, la que será tenida en cuenta.

Se ha puesto de relieve que las donaciones de órganos tienen otros cauces de expresión y que, al no tratarse del contenido propio del testamento vital, la exigencia de forma resulta excesiva (Barral Viñals: recuerda, por ejemplo, que el art. 123 del Código de sucesiones contempla la posibilidad de que en la memoria testamentaria, que carece de las formalidades del testamento -es suficiente que se pueda demostrar su autenticidad-, se disponga la donación de los propios órganos o de los restos mortales, incineración o forma de entierro). Ciertamente, para expresar la voluntad de donar los órganos, o de no donarlos, no se exige forma alguna en la legislación específica. Pero frente a la realidad práctica, el de las voluntades anticipadas no es sino un cauce para evitar que decidan los familiares contra la voluntad del fallecido. El riesgo, me parece, es el de que con la nueva regulación se llegue a entender, con total olvido de la ley de trasplantes, que, en ausencia de consentimiento positivizado de manera auténtica en un documento de voluntades anticipadas, no es posible realizar un trasplante.

#### *Destino del cadáver.*

La Ley 41/2002 sobre derechos del paciente (y también el art. 1 del Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón) mencionan como un posible contenido del testamento vital el destino del cuerpo.

Por otra parte, el Código civil (parecidamente, la ley 296 de la Compilación Navarra y art. 318 del Código de familia de Cataluña), en su art. 902.1<sup>a</sup> establece que: "No habiendo el testador determinado especialmente las facultades de los albaceas, tendrán las

siguientes: Disponer y pagar los sufragios y el funeral del testador con arreglo a lo dispuesto por él en el testamento; y en su defecto, según la costumbre del pueblo". Conviene poner de relieve que, a pesar de que, tradicionalmente, y sobre todo para expresar sentimientos religiosos, este ha podido ser un contenido no patrimonial históricamente frecuente en algunos testamentos, no puede dejar de destacarse su inutilidad. En particular, resulta evidente la posibilidad de que la voluntad del fallecido expresada en testamento sea conocida cuando ya está enterrado.

Expresada en vida una voluntad acerca del destino del cadáver, de su incineración o entierro en determinado lugar, pueden plantearse algunos problemas que aquí me limito a apuntar. Por un lado, los gastos de funeral, entierro o incineración son cargas hereditarias (art. 41 de la Ley de sucesiones; cfr. art. 1894. 2 CC; para los gastos de funerales del deudor y la preferencia de crédito, 1924.21 CC). Cabe pensar, si puede asumirse el gasto, según cuál sea la voluntad expresada por el difunto. También es discutible la naturaleza que debe atribuirse a esa voluntad y cuál es su eficacia vinculante. En particular, ¿qué consecuencias tiene su incumplimiento? Si la voluntad va dirigida al heredero, ¿debe jugar como modo testamentario? Parece difícil si no se expresa así. ¿Debe jugar como una simple obligación moral? ¿Cómo se protege entonces la pretérita voluntad de la persona? ¿Estamos ante un nuevo daño moral exigible sólo por quien precisamente lo ha incumplido? ¿Exigible por un heredero frente a quien ha hecho imposible el cumplimiento del fallecido?

En la práctica, suele ser la familia quien toma la decisión sobre el funeral y lugar de enterramiento, cabe pensar que, habitualmente, respetando la voluntad expresada por el difunto. Resulta simpática, pero quizás no alejada de la realidad de algunas familias, la propuesta publicada en la Revista General de Legislación y Jurisprudencia de 1893 por Rojas acerca de una norma que regulara la preferencia de los familiares a la hora de decidir sobre el enterramiento para el caso de que nada hubiera dispuesto el fallecido. Es posible que un conflicto familiar acerca de una decisión semejante esté detrás del pleito que resuelve la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 11 de febrero de 2005 (JUR 2005/91967), en la que sale a relucir que la viuda e hija del fallecido siempre tuvieron constancia de que la voluntad del fallecido era ser enterrado en San Ginés de la Jara, lo que al parecer es discutido por otros parientes. Con claridad, en la sentencia de la AP Madrid de 29 de junio de 2002 (JUR 2003/48646), que resuelve el pleito entablado por la viuda contra el padre del esposo fallecido que, sin su consentimiento, ordenó el traslado del cadáver de su esposa (madre del esposo de la demandante) junto a su hijo.

En otros pleitos se discute la convivencia de derechos privados a enterrar a los familiares en un panteón y su compatibilidad con las disposiciones de Derecho público (problemas de propiedad o de concesiones de los nichos, por ejemplo, en sentencia de la AP Valencia, de 2 de diciembre de 1995, AC 1996/2327).

Desde hace tiempo (explica muy bien la evolución legislativa Tolívar Alas) deberían haber desaparecido los problemas de discriminación derivados de la falta de cementerios municipales o, simplemente, de la negativa a enterrar en cementerios municipales sin autorización de la autoridad eclesiástica católica (vid., sin embargo, la STS de 5 de diciembre de 1979, que aún resuelve un problema de denegación de enterramiento a un testigo de Jehová en un cementerio municipal, RJ 1979/4178).

Ahora son otros los problemas que se plantean derivados, a veces, de la incompatibilidad de la voluntad expresada (o del deseo de los familiares) con la normativa públi-

ca en materia de sanidad mortuoria (que impide cumplir cualquier voluntad: por ejemplo, esparcir cenizas en lugares públicos). En efecto, está regulado el destino final del cadáver (enterramiento en lugar autorizado, cremación o utilización para fines científicos o de enseñanza; algunas Comunidades, como Asturias, expresamente señalan como posible destino del cadáver la inmersión en alta mar. La imaginación carece de límites, y hay empresas que ofrecen un “Jardín de las Cenizas” (<http://www.emucesa.es/servicios.asp>), o esparcir las cenizas mediante cohetes pirotécnicos a doscientos metros (parece ser que una empresa pirotécnica valenciana ofrece este servicio en dos puntos de Guipúzcoa: <http://www.emsf.es/rev8/ad8pl4.htm>), o convertir al ser amado en un diamante que nos acompañe toda la vida (<http://www.lavozdelinterior.net/2005/0517/sociedad>). No es raro, sin embargo, que algunos Ayuntamientos acaben dictando Ordenanzas que prohíben esparcir las cenizas, como ha hecho Almonte con la aldea de El Rocío (<http://www.diariosur.es/interactivo/imprimir2.php>).

El afecto familiar fundamenta el derecho a la custodia y cuidado del cadáver y facultada para exigir su respeto pero, al mismo tiempo, la específica naturaleza de los derechos que recaen sobre el cadáver permite hablar de una protección de la personalidad y de la prioridad de la voluntad del interesado. Para Angostia, los límites que derivan de la necesidad de preservar la salud pública en el marco de la policía sanitaria mortuoria no debieran confundirse con la imposición de actuaciones contrarias a las convicciones de quien fallece, en tanto que aquéllos se fundamenten, efectivamente, en la prevención de los riesgos que para la salud de los vivos pudieran generarse por un caprichoso o negligente tratamiento de los cadáveres.

Cada vez más, como consecuencia de la inmigración, los problemas derivan de la incompatibilidad entre los ritos religiosos islámicos y la normativa en vigor. La normativa estatal está contenida en un Decreto de 1974 y la mayoría de las Comunidades Autónomas han dictado una normativa que tiene en cuenta la disminución de los riesgos sanitarios o que algunos controles administrativos que se realizaban no tienen ya justificación. En algunas Comunidades y Ayuntamientos se reservan parcelas de los cementerios para los musulmanes (así, en Barcelona y Vitoria: <http://www.emsf.es/rev8/ad8p13.htm>), o se firman convenios con Comunidades islámicas para la práctica de enterramientos (el del Ayuntamiento de Valencia aparece recogido en <http://www.islamhispania.com/informes/cementerio.htm>).

El artículo 2.1.b de la LOLR establece que “la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a: [...] b) recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos [...]”. Por su parte, el Acuerdo de cooperación con la CIE reconoce a las Comunidades Islámicas pertenecientes a dicha Comisión “El derecho a la concesión de parcelas reservadas para los enterramientos islámicos en los cementerios municipales, así como el derecho a poseer cementerios islámicos propios” (art. 2.5, párrafo 2). En esas parcelas, “se adoptarán las medidas oportunas para la observancia de las reglas tradicionales islámicas, relativas a inhumaciones, sepulturas y ritos funerarios que se realizarán con intervención de la Comunidad Islámica local”. A continuación, en referencia a los cementerios pertenecientes a estas comunidades, se reconoce el derecho a trasladar a estos recintos “los cuerpos de los difuntos musulmanes, tanto los actualmente inhumados en cementerios municipales como los de aquéllos cuyo fallecimiento se produzca en localidad en la que no exista cementerio islámico, con sujeción a lo dispuesto en la legislación de régimen local y de sanidad”.

El problema es que el Decreto 106/1996, de 11 de junio, de normas reguladoras de la policía sanitaria mortuoria de Aragón se remite al Reglamento de Policía Sanitaria Mortuoria -aprobado por Decreto 2263/1974, de 20 de julio-, cuyo art. 9 establece taxativamente que “se prohíbe la conducción, traslado y enterramiento de cadáveres sin el correspondiente féretro de las características que para cada caso se indican en este Reglamento”. Así, según informa Jiménez, aunque el Cementerio Municipal de Torrero de Zaragoza dispone de un recinto propio acondicionado para tal fin, con las sepulturas mirando hacia la Meca, con una sala para la realización de los ritos previos al enterramiento, la aplicación del Reglamento de 1974 no exime la utilización del féretro.

### 3. AUTOTUTELA Y PODERES PREVENTIVOS

La necesidad de adoptar un sistema de protección eficaz y adecuado a las personas que sufren una disminución de sus capacidades ha propiciado reformas legislativas en los países de nuestro entorno dirigidas a crear nuevas modalidades de protección.

La tendencia en Derecho comparado es doble: por un lado, potenciar la autonomía de la voluntad en la determinación de las personas y de la forma en que se van a gestionar los asuntos cuando el interesado no pueda decidir por sí y, por otro, la posibilidad de adoptar medidas de protección al margen de la incapacidad, que sigue contemplándose, socialmente, como una ofensa a la persona.

El modelo de tutela judicial, que se introdujo en 1984 se ha revelado insuficiente y, por el contrario, al amparo de la autonomía de la voluntad se considera conveniente la posibilidad de la recuperación de una tutela de familia, en la que las personas próximas al sujeto incapaz, precisamente por la cercanía, están en condiciones de conocer las necesidades del incapaz y atender mejor los problemas que se planteen.

El legislador de 1984, tratando precisamente de dotar de las máximas garantías a las personas que requieren protección, hace depender todos los mecanismos de protección de la existencia de un proceso judicial y de una sentencia. Pero en la práctica estas incapacitaciones no se producen y, en consecuencia, ante esta situación de la realidad, el sistema perfecto de protección diseñado en la ley resulta ineficaz. Según la Encuesta de Discapacidades, Deficiencias y Estados de Salud elaborada por el INE en 1986, tan sólo un quince por ciento de las personas que, según los baremos de la OMS, estarían necesitadas de tutela, están incapacitadas. Por otra parte, dos tercios de la población española afectada por situaciones de discapacidad la componen mayores de sesenta y cinco años, según los datos de la Encuesta de 1999 recogida en el Informe del Consejo Económico y Social sobre “La situación de las personas con discapacidad en España”.

La rigidez de los sistemas de protección previstos en el Código civil y la insuficiencia del esquema institucional, ha llevado a demandar la introducción de una mayor flexibilidad a través autonomía de la voluntad. De esta forma se trata de permitir al interesado plenamente capaz establecer previsiones que se ajusten a las personas y a las circunstancias de su entorno, que él mejor que nadie puede conocer.

En Derecho español estos principios se han concretado en la regulación de la autotutela y de los poderes preventivos que responden, de manera diferente, a la necesidad de flexibilizar el sistema de protección de personas incapaces. Ambas figuras constituyen, además, expresión del respeto a la voluntad del interesado cuando es plenamente capaz para el caso de que deje de serlo. Pero puesto que obedecen a una filosofía diferente, no encajan perfectamente en el diseño de la protección de incapaces que está

vigente en la actualidad, y al que vienen a sumarse. Es preciso ver de qué manera inciden tanto en el esquema institucional de protección de incapaces como en el modelo de tutela judicial. Pero también es preciso analizar las relaciones entre autotutela y poder preventivo.

En una primera aproximación, el ámbito de una y otro es diferente y, parece, complementario: la autotutela es una previsión de futuro para el caso de incapacitación (art. 223 Cc.); los poderes preventivos, por el contrario, desempeñan su eficacia al margen de la incapacitación. Lo que sucede es que, como veremos con más detalle a continuación, el art. 1732 Cc. admite un apoderamiento que subsista en el caso de incapacitación y que, en consecuencia, puede subsistir con la tutela. En tal caso, puede entenderse, con los matices que diremos, que el poder preventivo queda equiparado a una autotutela: no en el sentido de que deban aplicársele las normas previstas en la ley para la tutela, sino en el sentido de que la voluntad del interesado manifestada cuando es capaz deben tenerse en cuenta después de la incapacitación. La cuestión tiene su importancia porque el art. 223 requiere “documento público notarial” (y accede al Registro Civil) mientras que el mandato -en principio- no lo precisa (art. 1710.II Cc.).

Ambas figuras han sido introducidas en el Cc. en la reforma por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código civil, que introduce la autotutela en el art. 223 Cc. y el mandato de protección (que no se extingue con la incapacitación o para el caso de incapacidad en el art. 1732 Cc.). Desde 1996 se admite en el Derecho catalán (primero, en la reforma de la ley de tutela e instituciones tutelares de 1991; ahora, en el art. 172 del Código de familia). El Derecho catalán no regula los poderes preventivos. El art. 94 del anteproyecto de ley de Derecho de la persona elaborado por la CADIC propone una regulación conjunta de autotutela y poderes preventivos, en un artículo que lleva como rúbrica “delación hecha por uno mismo”. Con la consecuencia de que debe otorgarse en escritura pública, y se le deben aplicar entonces otras previsiones de esta sección relativas a la delación voluntaria y, señaladamente, las de publicidad (art. 96), lo que posibilita el conocimiento de su otorgamiento por el Juez en el caso de incapacitación. Se establece también la posibilidad de que el Juez lo extinga al constituir la tutela.

Me parece importante destacar que el origen de esta regulación procede de un texto redactado por la Comisión General de Codificación en 2002.

En el Borrador de 18 de febrero de 2002, que serviría para elaborar el proyecto de la Ley 41/2003, publicado por la Fundación Aequitas (<http://www.aequitas.org/?do=banco&group=bancodatos&option=regimen>) se preveía lo siguiente en la disp. adicional 6ª, bajo la rúbrica de “Autotutela y Poderes preventivos”:

“1. Cualquier persona, mayor de edad o emancipada, en previsión de ser declarada incapacitada en el futuro, puede designar en escritura pública la persona o personas físicas o jurídicas que desea ejerzan el cargo de tutor, sus sustitutos en caso de imposibilidad del ejercicio, así como las personas que quiera excluir del cargo. También podrá fijar el contenido y funcionamiento de la tutela, establecer órganos de Fiscalización o medidas de vigilancia y control, y arbitrar reglas de administración y de disposición de sus bienes. En caso de pluralidad de designaciones para los cargos tutelares, prevalecerá la última. El declarante podrá asimismo delegar en otra persona la elección del futuro tutor entre una pluralidad de personas físicas o jurídicas previamente identificadas en la escritura pública. Si por cualquier causa el designado no puede efectuar la elección, la realizará el Juez en su lugar.

2. Igualmente, toda persona mayor de edad o emancipada, podrá otorgar en escritura pública un poder preventivo a favor de uno o varios apoderados para el caso de que el poderdante, por el deterioro progresivo de sus facultades físicas o psíquicas, llegue a encontrarse en una situación que le impida valerse por sí mismo o, incluso, determine su incapacitación judicial.

En la escritura pública se especificarán las facultades del apoderado así como, si fueran varios, su régimen de actuación, mancomunado o solidario.

Salvo manifestación en contra del poderdante, si éste fuera incapacitado judicialmente se entenderá que el apoderado ha sido designado como tutor y se aplicará lo dispuesto para el caso de autotutela, completado, en su caso, por las determinaciones que establezca el Juez en la declaración de incapacitación.

El Juez que conozca de la incapacitación podrá dejar sin efecto el nombramiento de tutor o de apoderado atendidas las circunstancias del caso y proceder al nombramiento de un nuevo tutor.

3. Se crea el Archivo de voluntades anticipadas de Autotutelas y Poderes Preventivos, al que el Notario autorizante de la correspondiente escritura pública deberá enviar de oficio una comunicación en el plazo de siete días.

4. El Juez, antes de constituir la tutela en caso de incapacitación, deberá solicitar una certificación del Archivo indicado en el apartado anterior que acredite si el incapacitado previó un tutor o una determinada ordenación tutelar cuando tenía plena capacidad de obrar u otorgó un poder preventivo.

5. El Archivo de escrituras de Autotutelas y de Poderes Preventivos estará a cargo del Consejo General del Notariado. Su funcionamiento y organización se regularán reglamentariamente. Este Archivo no es público. Únicamente facilitará los datos inscritos mediante certificado expedido por el responsable a los jueces que, en el curso de un procedimiento de incapacitación, lo soliciten”.

Pero en el proyecto de ley presentado el 29 de mayo de 2003, los arts. 9 y 11, que modifican respectivamente los arts. 223 y 1732 Cc., coinciden con el texto legal aprobado, de tal manera que: se desdobra la regulación de ambas figuras, se prescinde de la creación de un Registro de Autotutelas y Poderes Preventivos y se prescinde de la posibilidad de que el Juez nombre como tutor al apoderado, en caso de incapacitación. El resultado es que se plantean importantes problemas prácticos en la coordinación de las dos figuras. También en su relación con la regulación de la incapacitación prevista en la Lec., de lo que me voy a ocupar a continuación.

### **Autotutela.**

Con la expresión de “autotutela” se hace referencia a la facultad que se reconoce a una persona para que, en previsión de su futura incapacitación, designe al tutor que ha de guardar su persona y bienes o, de una manera más amplia, la facultad de configurar un régimen tutelar como considere oportuno para el caso de ser incapacitado.

En los debates parlamentarios de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma en materia de tutela se debatió, y se rechazó, su admisión en el Cc. (en Badosa puede verse una exposición de la difusión de la figura en la doctrina española y de la legitimación del interesado para designarse tutor en la discusión parlamentaria en la primera y en la segunda legislatura).



En 1983 prevaleció un sentimiento de oposición a la autonomía de la voluntad en materia de tutela, lo que se manifestó tanto en la exclusión de la incapacitación voluntaria como de la autotutela (Badosa). Diez años más tarde, el legislador estatal expresamente atribuye al presunto incapaz legitimación para instar la propia incapacitación judicial (art. 757.1 Lec., redactado por el art. 14 de la Ley 41/2003) e introduce la autotutela (arts. 223 y 234.1.1º Cc., redactados por el art. 9 de la Ley 41/2003). En la discusión sobre el proyecto de ley para la modificación del Código civil en materia de tutela en 1983 los parlamentarios confundían la solicitud de autoincapacitación y la autotutela y, en la actualidad, se han admitido ambas posibilidades, pero se trata de dos aspectos diferentes que no necesariamente tienen por qué ir unidos.

Aunque algunos autores se esforzaban en argumentar la posibilidad de la autotutela, el silencio de la ley dificultaba su admisión. Regulada ahora expresamente en el art. 223 carece de interés, a efectos del debate de estos Encuentros, entretenerse ahora en los argumentos utilizados con anterioridad a favor y en contra de la autotutela (pueden verse en Badosa, Romero Candau, Rivas Martínez, Martínez Díe, Martínez García, Pérez de Vargas, Bello Janeiro). Resulta preferible centrarse en los problemas que suscita la norma vigente.

La eficacia de la designación de tutor requiere la incapacitación de la persona. En todo caso (CF, Cc., anteproyecto CADC) será el Juez el que constituya la tutela. En principio, con matices, el Juez, al constituir la institución tutelar queda vinculado por la voluntad del interesado, salvo que de forma motivada se aparte de ella, atendiendo a las circunstancias del caso (art. 224 Cc., en Cataluña, art. 172.2 CF, art. 99. 1 CADC). El CF catalán sólo contempla expresamente que el interesado pueda atribuir a un consejo de familia algunas de las competencias que, según la ley, incumben al Juez. ¿Puede encomendar esas competencias a un organismo o persona diferente del consejo de familia? ¿Puede establecerse que no es precisa ninguna autorización? ¿Puede exonerársele de confeccionar inventario, de dar fianza o de rendir cuentas finales?

Hay que tener en cuenta que el objeto de este proceso es indisponible, conforme al art. 751 Lec. La limitación de la capacidad será, necesariamente, la que determine el Juez en la sentencia, que en este punto no queda vinculado a la previsión del interesado. Lo que sí parece que deberá hacer es tratar de ajustar, en la medida de lo posible, las designaciones de las personas a la situación de incapacidad declarada.

Tomás García Cano analiza a continuación en profundidad los problemas que se refieren a la capacidad para ordenar la autotutela, forma de otorgamiento y, en particular, el contenido posible de la autotutela. Yo ahora me limitaré a decir que, como regla general, y en principio, siempre que no haya motivo para apartarse de lo establecido por el interesado, deberán respetarse pero, el Juez, sin embargo, podrá apartarse de estas previsiones de forma motivada siempre que lo aconseje el interés del incapacitado (de forma parecida, art. 224 Cc., art. 99 anteproyecto CADC).

El interesado puede configurar un sistema de protección en el que el tutor no esté sometido a los controles previstos en la ley, que serán subsidiarios, pero sólo para el caso de que el Juez no considere preciso apartarse de la voluntad del interesado. Lo que no puede hacer éste eficazmente es excluir la función de vigilancia y supervisión atribuidas al Juez y al Ministerio Fiscal.

El simple hecho de que el Juez constituya la tutela ya le permite controlar y supervisar las decisiones recogidas en el documento de voluntades anticipadas y mantenerlas en su integridad o no, y será raro que no encuentre motivos para excluir la previsión que

exonera de todo control al tutor. Pero además, el estímulo de la actividad de supervisión y vigilancia encomendada en la ley al Juez y al Fiscal puede venir propiciado por la denuncia de cualquier interesado (art. 216, art. 89 CADC). Así, por ejemplo, puede eximirse de la autorización judicial para muchos o para todos los actos para los que la ley la exige (el art. 5.1 de la Ley 41/2003 no lo exige tampoco para la administración del patrimonio protegido cuando el constituyente sea el propio beneficiario; en tal caso, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes y derechos que lo integren, se sujetará a las reglas establecidas en el documento público de constitución; pero en los demás casos, conforme al art. 5.2, las reglas de administración, establecidas en el documento público de constitución, deberán prever la obligatoriedad de autorización judicial en los mismos supuestos que el tutor la requiere respecto de los bienes del tutelado, conforme a los artículos 271 y 272 del Código Civil o, en su caso, conforme a lo dispuesto en las normas de derecho civil, foral o especial, que fueran aplicables; pero, finalmente, la ley permite que los constituyentes o el administrador, puedan instar al Ministerio Fiscal que solicite del Juez competente la excepción de la autorización judicial en determinados supuestos, en atención a la composición del patrimonio, las circunstancias personales de su beneficiario, las necesidades derivadas de su minusvalía, la solvencia del administrador o cualquier otra circunstancia de análoga naturaleza). No se ve en cambio el interés del incapaz que pueda justificar que se exonere de realizar inventario o rendir cuentas de su gestión, y parece que estas obligaciones legales no deben ser dispensables ni siquiera por voluntad del interesado.

### **Poderes preventivos o mandato de autoprotección.**

Por Ley 6/1984, de 31 de marzo, se suprimió en el art. 1732 Cc. (1889) la “interdicción” como causa de extinción del mandato. La razón era que esa ley suprimía la interdicción como causa de incapacitación, y se pretendió eliminar su rastro de todo el Código, pasando por alto que, en ocasiones, como sucedía en el art. 1732, la palabra interdicción hacía referencia, no a la “pena” sino, en un sentido más amplio, a la incapacitación. La reforma por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, subsanó el error e introdujo la incapacitación en el art. 1732.

La mayoría de la doctrina, aun antes de la reforma de 1996, entendía que la incapacitación del mandante extinguía el mandato: tanto porque la incapacitación priva del poder de revocar el mandato como porque parecía preferible que quedara en manos del tutor, representante del incapacitado, la posibilidad de que existiera un apoderado, porque en otro caso, podría interferir en su gestión (Rivero).

Más discutidos eran los efectos de la incapacidad de hecho, no declarada en virtud de sentencia, sobre el mandato. Era mayoritaria la opinión de quienes defendían que la validez del negocio representativo requiere que el poderdante goce de la capacidad necesaria para realizarlo en el momento en que el apoderado lo concluye en su nombre (en esto se diferenciaría la representación voluntaria de la legal).

Sin embargo, se realizaron importantes esfuerzos argumentativos para defender la subsistencia del poder otorgado para el caso de incapacidad una vez sobrevenida ésta (por todos, Leña). Pero, sobre todo a la vista de la experiencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, desde hace años, eran numerosas las voces de quienes se pronunciaban sobre la conveniencia de una regulación que permitiera un mandato preventivo, otorgado ad cautelam, en previsión de que el poderdante se encuentre en una situación de incapacidad.

La reforma del art. 1732 Cc. por la Ley 41/2003 supone la consagración y el reconocimiento de los llamados poderes preventivos o de autoprotección.

La doctrina discute la naturaleza de estos mandatos de protección o apoderamientos preventivos. La cuestión presenta un interés práctico indudable.

- Quienes los contemplan como “un contrato” (Arroyo) se mantienen dentro de la órbita de la representación voluntaria, cuyo contenido viene fijado por las partes.

- Quienes ven en los apoderamientos preventivos un *tertium genus*, a caballo entre la representación voluntaria y la legal (Martínez García, Garrido Melero), insisten en cambio en el carácter “cuasitutelar” del apoderado. En esta línea, según Maluquer de Motes, el del apoderamiento preventivo es un régimen de protección privado creado por voluntad de la persona, pero de naturaleza tutelar, por lo que deben entenderse aplicables las reglas del estatuto jurídico tutelar (inventario, fianza, rendición de cuentas; también, *lege ferenda*, Martínez García y Arroyo, quien propone la creación de una especie de consejo, de modo semejante al de familia, para desjudicializar el control).

En mi opinión, estas dos teorías son complementarias. El problema es concretar en qué medida las funciones que la ley atribuye al Juez y al Ministerio Fiscal en materia de protección de incapaces suponen un límite a la voluntad del interesado.

Maluquer dice que el mandato de previsión es irrenunciable y que no se extingue por la renuncia del mandante. En realidad, parece oportuno recordar que, propiamente, el apoderamiento es un negocio unilateral, a diferencia del contrato de mandato. La asunción de una obligación por parte del mandatario depende de su voluntad pero, en mi opinión, nunca derivará del poder.

La introducción de los poderes preventivos en el Código civil en la reforma de 2003 se ha realizado en sede de mandato, que es un contrato (bilateral, y que obligaría al mandatario a actuar por cuenta e interés del mandante), y sólo uno de los posibles actos o negocios causales subyacentes a la representación (no el único).

Como es sabido, ante la ausencia de una disciplina autónoma de la representación y del apoderamiento, la doctrina admite unánimemente la aplicación de los preceptos del mandato a la relación representativa y, en particular, considera como causas específicas de la extinción del poder las mismas del mandato. Esto explica que se haya decidido ubicar sistemáticamente la regulación de los poderes preventivos en sede de mandato, pero que se presente por el legislador la reforma del art. 1732 Cc. como “complemento de la regulación de la autotutela”.

El art. 1732.II Cc., redactado por el art. 11 de la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad establece ahora que: “El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

El art. 1732 Cc. contiene una regla general: que el mandato se extingue por incapacitación. Como excepción, el mandato no se extingue, a pesar de la incapacitación sobrevenida del mandante en los dos casos siguientes:

1.- Que en el mandato se haya previsto su continuación a pesar de la incapacitación. Se trata, por tanto, de un apoderamiento que subsista en el caso de incapacitación.

2.- Que el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por éste.

Dice el art. 1732 que, tanto en un caso como en otro, “el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor”.

Podría entenderse, a la vista de la redacción del artículo que se presupone que el mandato es algo provisional a lo que se puede poner fin si hay una incapacitación. Pero hay razones para entender que, en la práctica, esto no será así. Por un lado, la ley no garantiza la publicidad y conocimiento por el Juez del poder (de las consecuencias que se derivan de esta deficiente regulación y de las posibles soluciones se ocupa Tomás García Cano, en particular por lo que se refiere a la forma de actuación del mandatario y su control). Por otra parte, no existe, salvo para el Ministerio Fiscal, un deber de promover la incapacitación: la ley legítima a determinadas personas (art. 757 Lec.: “pueden promoverla”), pero no les obliga, y es sensato que sea así porque en muchos casos puede estar contraindicada. Además, la obligación de promover la tutela a cargo de ciertas personas, sólo existe en el caso de que se promueva la incapacitación; la consecuencia que se deriva, en su caso, de su incumplimiento, se reduce a la responsabilidad por los daños producidos (art. 229 Cc.).

En la práctica, parece razonable precedir que si el ejercicio de los poderes se desenvuelve con normalidad y no surgen discrepancias o recelos entre los familiares de quien otorgó un poder, nadie promoverá la incapacitación ni pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal.

Ahora bien, si esto llegara a suceder, es dudoso que el Fiscal no tuviera en cuenta la situación real de la persona y la necesidad de poner en marcha un procedimiento que el incapaz precisamente ha tratado de evitar. Ciertamente que el proceso de incapacitación es indisponible, conforme al art. 751 Lec. y que, promovido por alguna de las personas legitimadas (art. 757.1 Lec.), si hay causa de incapacitación, esta se producirá. Pero ya hemos visto cómo ello no supondrá necesariamente la extinción del poder. Si las personas legitimadas no promueven la incapacitación y otra persona pone los hechos en conocimiento del Fiscal, cabe esperar que éste valore, antes de promover la incapacitación, las circunstancias del caso y la conveniencia de iniciar el proceso. Esto no lo dice expresamente la ley, que no ha coordinado el sistema formal, institucional, con la posibilidad de autorregulación por el interesado.

En la práctica, no es que el otorgamiento de poderes preventivos excluya la incapacitación, pero sí es cierto que puede indirectamente permitir un sistema de protección paralelo, no judicializado, de personas que no están en condiciones de decidir por sí, pero organizado por ellas mismas en una situación previa de plena capacidad. De esta forma cabe distinguir:

1.- *Si se llega a producir la incapacitación*, la subsistencia del poder dependerá, como he dicho, de la decisión judicial.

El art. 1732 admite que en el mandato se haya previsto su continuación a pesar de la incapacitación. Se trata, por tanto, de un apoderamiento que subsista en el caso de incapacitación (antes de la reforma, Martínez Díe, la admitía para el caso de que los representantes legales lo consintieran o, al menos, no lo revocaran).

El art. 1732 establece que puede terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor. Su subsistencia depen-

derá, por tanto, de la resolución judicial, bien porque inicialmente el Juez así lo establezca al constituirse la tutela bien, posteriormente, a instancia del tutor. En tal caso, la rendición de cuentas deberá hacerse según lo previsto en la propia sentencia, y cabe pensar que será al tutor. Los problemas pueden plantearse si el Juez desconoce ese apoderamiento.

En una primera lectura del art. 1732 Cc., y partiendo de su tenor literal, podría deducirse que ese poder no se extingue por la incapacitación aun cuando el Juez no se pronuncie sobre el mismo. Para evitar una descoordinación y una eventual actuación duplicada y de tutor y apoderado que cree confusión e inseguridad, hubiera sido preferible que el precepto estableciera expresamente la necesidad de que, en caso de incapacitación, el poder fuera ratificado por el Juez. Y ello por las siguientes razones:

- de esa forma se garantizaría que el apoderado acudiera al Juez en el proceso de incapacitación para poner en su conocimiento las funciones que le encomendó el mandatario ahora incapacitado;

- resulta incoherente, si hay incapacitación, el control que de la autotutela se atribuye al Juez (que puede apartarse, motivadamente, de la designación de tutor) con la total falta de control de un apoderamiento que subsiste tras la incapacitación;

- es poco conveniente, por razones de seguridad jurídica, que coexistan dos representantes (tutor y apoderado) cuya legitimación y funciones puedan solaparse sin posibilidad de coordinación.

Pero al mismo tiempo, no parece posible esa función de control que el propio art. 1732 Cc. atribuye al Juez cuando establece la posibilidad de que el mandato termine por resolución judicial si no se pone en conocimiento de la autoridad la existencia del poder. Por eso, no puede descatarse una interpretación del precepto que imponga el deber de poner en conocimiento del Juez el poder, aunque no se formule con claridad en la ley. Si el mandatario no informa al Juez de la existencia del poder y, en consecuencia, no existe ningún pronunciamiento judicial, habrá que entender que el mandato queda extinguido. Los terceros de buena fe que contraten con el poderdante después de la incapacitación quedaran protegidos en su contratación, y más bien será el propio mandante quien deberá soportar las consecuencias de la cesación del mandato si ha actuado deslealmente (de forma semejante a como se entiende ahora, a partir del art. 1738 Cc., para el caso de apoderado desleal que conoce la causa de extinción y lo oculta a los terceros: Lacruz/Delgado; arts. 1725 y 1727 Cc.: Gordillo). En definitiva: que el Juez debe tener la posibilidad de pronunciarse sobre el apoderamiento y ratificarlo y, si no lo hace, el apoderado es responsable frente al tercero. Posiblemente, con una excepción: que el propio tutor, como representante ahora del mandante incapacitado, y responsable de la gestión de sus asuntos, ratifique lo actuado por el apoderado.

2.- *Aunque no haya incapacitación*, y en ausencia de controles previstos en el propio mandato, parece razonable tener en cuenta el art. 299 bis Cc., conforme al cual: "Cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela y en tanto no recaiga solución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el Juez podrá designar un administrador de los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida". Parece razonable admitir que, enterado el Juez, a instancia de cualquier interesado, de la existencia de un poder para el caso de incapacidad, las amplias facultades que se le encomiendan le permiten

declarar extinguido el poder. Para el proyectado Derecho aragonés hay que llegar a la misma conclusión a la vista del art. 117 CADDC, que reproduce el art. 299 bis Cc.

Literalmente, lo que dice el art. 1732 Cc. es que el mandato se extingue por la incapacidad, a no ser que se hubiera dado para el caso de incapacidad. En puridad, no dice nada para el mandato dado para el caso de incapacidad cuando no haya incapacidad. Pero hay que dar por supuesto que este es el mandato que se quiere regular, porque en otro caso carece de sentido la referencia a que la incapacidad del mandante sea apreciada conforme a lo dispuesto por éste. La confusión de la redacción procede, seguramente, de refundir en una sola frase dos reglas diferentes. El art. 1732 Cc. está permitiendo, precisamente, un apoderamiento para el caso de incapacidad apreciada conforme a lo dispuesto por el propio mandante. Esta posibilidad, prevista por el art. 1732 Cc., admite varias alternativas, y para ello es preciso que el poderdante reciba el debido asesoramiento.

Así, es posible que la incapacidad deba acreditarse por el apoderado en virtud de un dictamen médico. Se ha sugerido que sería conveniente la inclusión de una cláusula en la que cuya virtud el mandante requiere al Notario que no entregue el poder al mandatario sino en caso de que éste le entregue un certificado médico en el que conste que, efectivamente, el mandante sufre una alteración de sus facultades mentales (Arroyo, Maluquer). Algo semejante podría afirmarse para el caso de que el poder se otorgara para el caso de internamiento en un centro psiquiátrico, por ejemplo, para las épocas de crisis de una enfermedad.

¿Puede dejarse al apoderado la apreciación de la incapacidad? Creo que el art. 1732 lo permite: dependerá de la confianza del poderdante en el apoderado. Cuando la incapacidad resulte de la constatación oficial a través de la sentencia de incapacidad: entonces, el caso es equiparable al del “apoderamiento que subsista en el caso de incapacidad”.

El art. 94 CADDC prevé que “cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente en previsión de ser incapacitada judicialmente, podrá, en escritura pública, designar a las personas que han de ejercer las funciones tutelares y sus sustitutos, excluir a determinadas personas o dispensar causas de inhabilidad, así como adoptar cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes, incluido el otorgamiento de un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación”. No se menciona expresamente la posibilidad de un poder para el caso de incapacidad, pero dada la amplitud de la redacción, parece que también se podrá otorgar.

Indudablemente, el problema principal es el del control de la actuación del mandatario. De las posibilidades del control se poder se ocupa con detalle Tomás García Cano. Yo me limitaré a hacer alguna consideración general, a la vista de las relaciones entre poder preventivo, autotutela y, en general, incapacidad.

La doctrina considera algo obvio que la actuación del mandatario debe estar bajo control para proteger al mandante contra la imposibilidad de revocar una vez que le sobreviene la incapacidad. Se propone como punto de partida el respeto a la voluntad del poderdante, que podría establecer medidas de supervisión (Arroyo) o, incluso, en base a la confianza que inspira el otorgamiento del poder, prescindir de cualquier medida de control (Martínez García). Esta última propuesta puede parecer excesiva y resultar incoherente con la situación que se produce cuando la persona está incapacitada.

Por otra parte, no parece bastante la simple posibilidad de la exigencia de responsabilidad civil de quien con su actuación como apoderado causa un daño, porque puede

ponerse al incapaz, aunque sea como consecuencia de su propia previsión, al confiar en quien no debía, en una situación de absoluta desprotección. La responsabilidad exigida, en su caso, por los herederos del poderdante, puede llegar demasiado tarde para el incapaz, aunque siempre pueda satisfacer los intereses de herederos o legitimarios.

Se ha denunciado como una laguna la falta de previsión legal acerca de un mecanismo de supervisión subsidiario de lo previsto por el propio interesado (Arroyo) y se han sugerido alternativas que tienen en cuenta el carácter cuasi tutelar del apoderamiento (Arroyo, Maluquer), lo que podría llevar a exigir, por analogía, algunos de los controles previstos en la ley para la tutela (en particular, inventario, rendición de cuentas). Pero lo cierto es que si el apoderado o cualquier interesado no pone los hechos en conocimiento del Juez/Fiscal será difícil imponer esos controles.

En efecto, el legislador establece un fuerte control del ejercicio de la tutela (que, como hemos visto, aunque puede suavizarse, no se elimina en el caso de autotutela), y podría resultar incoherente que la actuación de un apoderado de quien ya no está en condiciones de revocar ni exigir rendición de cuentas se moviera fuera de todo control externo. Por otra parte, no puede suponerse sin más la bondad del poder sin control pensando en la agilidad con que en la práctica puede operar el apoderado porque, si bien esto normalmente será beneficioso para el incapaz, puede provocar que en un corto plazo de tiempo quede desprotegido. Resulta difícil sin embargo deducir del texto vigente del art. 1732 Cc. el control que puede imponerse para garantizar la protección del poderdante frente a una gestión abusiva o inadecuada del apoderado.

Hay que descartar, porque el legislador estatal no lo ha previsto (y porque además entorpece el funcionamiento de la figura), toda suerte de homologación judicial o administrativa semejante a la prevista en otros ordenamientos. El Código civil no impone la obligación de comunicar al Juez la situación de incapacidad cuando se produzca y, precisamente, el otorgamiento de un poder para el caso de incapacidad se basa en la confianza del poderdante en el apoderado y en la idea de excluir la judicialización de la protección.

Conviene insistir en que no existe el deber de promover la incapacitación a cargo de ningún pariente. La ley legítima a determinadas personas (art. 757 Lec.: “pueden promoverla”; a salvo de lo que luego diremos del Ministerio Fiscal), pero no establece un deber de promover la incapacitación (a diferencia, por ejemplo, de lo previsto en el art. 201 del Estudio para la reforma de la tutela de 1977, elaborado por el grupo de profesores bajo la dirección del profesor Díez-Picazo, que literalmente decía “deben pedir”). Es sensato que, habida cuenta de las circunstancias especiales que en cada caso pueden rodear a las personas que se encuentran en el ámbito del art. 200 Cc., no se imponga a determinados parientes la promoción de un proceso de estas características (quizás no indicado en muchos supuestos), sin perjuicio de que, en ocasiones concretas, esa omisión pueda dar lugar a responsabilidad. Pero además, es razonable que ese deber tampoco afecte a las personas “llamadas” a la tutela porque no tienen por qué coincidir con las legitimadas para promover la incapacitación (en particular, y al margen de la “delación voluntaria” puede confrontarse la enumeración contenida en el art. 234 Cc. para la delación legal con la contenida en el art. 757.1 Lec., que legítima para promover la incapacitación a un círculo de personas próximas al presunto incapaz).

Por otra parte, no promover la tutela en el caso de que haya incapacitación sólo puede acarrear una responsabilidad por daños (art. 229 Cc.). A ello hay que añadir que, precisamente, el otorgamiento del poder se ha podido dirigir a anticiparse a la solución

de los problemas que, sin poder, sólo hallarían solución mediante la incapacitación. Existiendo un apoderamiento preventivo, no promover la incapacitación ni la tutela no provocará daños al poderdante, y no es fácil calcular ninguna otra consecuencia para quien no promueve la incapacitación si el apoderado cumple su función y el poderdante está protegido y goza de la debida asistencia.

Finalmente, cabría preguntarse si puede considerarse al apoderado como mero guardador de hecho. El art. 303 Cc. establece que “cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos, pudiendo establecer asimismo las medidas de control y vigilancia que considere oportunas”. Dos dificultades se detectan sin embargo para hacer efectivo este control judicial:

- Por un lado, que la ley no impone expresamente al guardador de hecho la obligación de notificar al Juez el hecho de la guarda (aunque cabría deducir, en una interpretación conjunta de los arts. 202, 203, 204 y 229 Cc., que debe poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos determinantes para que, si lo considera oportuno, promueva el proceso de incapacitación; desde luego que no tiene obligación de promover la incapacitación e, incluso, es posible que no se encuentre entre las personas legitimadas para hacerlo; propone convertir esta interpretación en norma para el Derecho aragonés el art. 142 de la CADC).

- Pero además, y en segundo lugar, parece dudoso que en el caso del apoderado estemos ante un guardador de hecho, puesto que la actuación del apoderado aparece respaldada, precisamente, por el apoderamiento, y no actúa “por iniciativa propia”, sino del propio poderdante.

Ni se dan los presupuestos ni parece razonable tener en cuenta las consecuencias que, para la guarda de hecho, establece el art. 304 Cc. (no podrán ser impugnados los actos realizados por el guardador cuando redunden en su utilidad). En realidad, los efectos de la gestión del apoderado serán los propios de la actuación representativa.

Además de las difíciles relaciones con la normativa que regula la incapacitación, es preciso apuntar la conexión del poder preventivo con las voluntades anticipadas. Si el poder preventivo tiene como causa una posible y futura incapacidad del poderdante, precisamente para cuando el poderdante no pueda decidir por sí, es posible que uno de sus contenidos se refiera a las decisiones relativas a la salud. De alguna manera, incluso, puede admitirse que el primer reconocimiento legal en Derecho español de los poderes preventivos ha tenido lugar, para un ámbito concreto, el de las decisiones sanitarias, en las leyes de salud. ¿Qué consecuencias tiene el otorgamiento de unas “voluntades anticipadas” (referidas al ámbito sanitario) al amparo del art. 1732 Cc., es decir, como si se tratara de un poder preventivo? Las leyes sanitarias admiten su otorgamiento ante Notario, pero también ante testigos. El art. 1732 Cc. no exige forma alguna pero parece que, para su eficacia en el ámbito sanitario, el nombramiento de un representante sin cumplir las formalidades propias previstas en las leyes de salud puede tener dificultades si los médicos se niegan a cumplirlo, ante las dudas que pueden suscitarse acerca de su autenticidad. Algún autor (Seuba) ha admitido que el representante puede nombrarse bien mediante el documento de voluntades anticipadas (art. 11 de la Ley 41/2002), bien mediante un documento notarial en el que se designe tutor (art. 223 Cc.). No hay inconveniente si pensamos que se trata de una escritura pública. El problema, en los términos que apuntábamos más arriba, al hablar de las voluntades anticipadas, es el de dar



a conocer el contenido de ese documento para que pueda ser tenida en cuenta la voluntad.

### **Problemas de Derecho internacional privado e interregional (un apunte).**

Los problemas de alteración o insuficiencia de las facultades personales adquiere una dimensión de carácter mundial: el envejecimiento de la población va acompañado de una movilidad que, en el caso de España, se manifiesta en la presencia de personas jubiladas procedentes de otros países (Borrás). El Convenio de La Haya sobre la protección internacional de adultos, de 13 de enero de 2000, que España todavía no ha ratificado, se ocupa de las cuestiones de la determinación de las autoridades competentes para la adopción de medidas de protección de la persona o de los bienes del adulto, de la determinación de la ley aplicable, del reconocimiento y la ejecución de las medidas en los Estados contratantes así como de un sistema de cooperación entre autoridades para la realización de los objetivos del Convenio. El Convenio se aplica a las situaciones de carácter internacional para la protección de los adultos que, en razón de una alteración o insuficiencia de sus facultades personales, no están en condiciones de velar por sus intereses. Destaca, por lo que aquí interesa, la posibilidad de que la persona organice su protección cuando todavía está en pleno uso de sus facultades. El art. 15 del Convenio dispone que la existencia, extensión, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, sea mediante un acuerdo o por un acto unilateral, para ser ejercidos cuando dicho adulto ya no esté en condiciones de velar por sus intereses, se regirán por la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral, a menos que el adulto haya designado expresamente por escrito una de las siguientes leyes: la ley de un Estado cuya nacionalidad posea el adulto, la ley del Estado de la residencia habitual previa del adulto o la ley de un Estado en que estén situados los bienes del adulto en lo que se refiere a dichos bienes. Las modalidades de ejercicio de estos poderes de representación se regirán por la ley del Estado en que se ejercen.

Al no ser de aplicación, por no estar ratificado el Convenio, siguen siendo aplicables las normas de Derecho internacional privado autónomo. Conviene advertir, además, que la existencia de normas de diferentes Comunidades Autónomas sobre incapacitación y tutela reproduce a nivel interregional los mismos problemas que la doctrina de Derecho internacional privado ha denunciado en el ámbito internacional.

La determinación de la validez y eficacia de la expresión de la voluntad de quien designa un tutor, previendo la futura incapacidad, es materia propia del Derecho civil. También los problemas relacionados con el mandato otorgado para el caso de ineptitud futura, tanto si se considera institución tutelar como si se considera como un contrato. En estos dos ámbitos (autotutela, "mandato de protección"), para determinar la competencia legislativa, hay que atender a lo que resulta del reparto competencial previsto en el art. 149.1.8ª CE (legislación civil). El legislador estatal no ha parecido tener ninguna duda de que esto es así, y se ocupa de ambas cuestiones, desde el año dos mil tres, en el Código civil (arts. 223 y 1732). El reconocer, que también es regulación de Derecho civil, para lo que tiene competencia el Estado, no ha impedido sin embargo al Parlamento catalán plantear recurso de inconstitucionalidad contra la Ley que introduce el patrimonio protegido por entender que la vinculación de las ventajas fiscales a la figura regulada por el legislador estatal impide, de hecho, a las Comunidades con competencia sobre Derecho civil, regular la figura de otra manera.

De la autotutela se ocupaba, desde 1996, el Derecho catalán, en la reforma de su ley de tutela e instituciones tutelares de 1991 (desde 1998, art. 172 Código de familia), y el anteproyecto de ley elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se ocupa conjuntamente de ambas cuestiones en un texto que se presenta como una regulación del Derecho de la persona, Derecho civil.

La doctrina española es unánime en su crítica a la regulación de Derecho internacional privado relativa a la protección de personas mayores y advierte que es necesaria su reforma para conseguir una protección efectiva. En particular, Diago Diago concluye su trabajo "Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado" afirmando que: "Las soluciones que nuestro Derecho Internacional privado articula sobre este tema, puede deducirse que presentan una grave inadecuación a la problemática en su formulación actual".

En primer lugar, conforme a la LOPJ, los Tribunales españoles serán competentes en materia de incapacitación y medidas de protección de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados, cuando estos tuvieran su residencia habitual en España (art. 22.3).

En cambio, los Tribunales españoles son competentes, al margen de la residencia, para el supuesto que se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento, respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban de cumplirse en España (art. 22.5).

En el ámbito interno, y conforme al artículo 756 Lec., es competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite. También es el Tribunal del lugar en que reside la persona afectada por el internamiento el que debe autorizar el mismo, conforme al art. 763 Lec.

Para la determinación de la ley aplicable, la ley personal del sujeto regula las causas de incapacitación (siempre que no sean contrarias al orden público español) y la extensión y límites de la incapacitación (art. 9.1 Cc.). La ley personal regulará la tutela y demás instituciones de protección del incapaz: incluidas las desconocidas en Derecho español (art. 9.6 Cc.). La doctrina critica este punto de conexión por los inconvenientes que suscita cuando el sujeto reside habitualmente en otro país, donde tiene bienes y reside también, normalmente su familia. Se considera más adecuado, y se propone su modificación, someter la cuestión a la ley de la residencia habitual del incapaz. Este es el criterio del Convenio de La Haya.

Sí se tiene en cuenta la ley de la residencia habitual para las medidas provisionales o urgentes de protección (art. 9.6 Cc.). También esta previsión se considera desafortunada, porque esas medidas pueden ser aplicadas por los Jueces españoles cuando la persona o bienes se hallan en España.

Pero, finalmente, en mi opinión, y pensando en el Derecho interno, las últimas reformas en Derecho español y las proyectadas en el Derecho aragonés introducen nuevos problemas de Derecho interregional.

Así, y en primer lugar, es evidente que el art. 9.6 Cc. está pensado exclusivamente para las instituciones tutelares consecuentes a una incapacitación, mientras que ahora están previstos, en el Derecho común y en algunos Derechos autonómicos, instrumentos de protección para quienes todavía no han sido incapacitados (poderes preventivos o de autoprotección). En ausencia de una norma expresa que se refiera a los mismo, el

primer problema que se plantea es de calificación: ¿debe considerarse como una institución de protección del incapaz, lo que determina la aplicación de la ley personal (art. 9.6 Cc.)?; o, mejor, en cuanto “medida provisional” (tendencialmente podría considerarse así, en cuanto puede ser tránsito, en su caso, a una incapacitación futura) ¿queda sometida a la ley de la residencia habitual (art. 9.6 Cc.)?; o, finalmente, en cuanto representación voluntaria, ¿debe quedar sometida a la ley del lugar en el que se ejerciten las facultades conferidas (art. 10.11 Cc.)? Ya he dicho que el Convenio de La Haya prevé, como ley aplicable (y salvo sometimiento expreso) para la existencia, extensión, modificación y extinción de los poderes de representación conferidos por un adulto, sea mediante un acuerdo o por un acto unilateral, para ser ejercidos cuando dicho adulto ya no esté en condiciones de velar por sus intereses, la ley del Estado de la residencia habitual del adulto en el momento del acuerdo o del acto unilateral.

Se plantean también, en segundo lugar, conflictos móviles, en los casos de cambio de vecindad civil (para la autotutela) y de ¿vecindad/lugar de residencia? (para los poderes preventivos, según cómo se resuelva la cuestión anterior? En efecto, ¿debe aplicarse la ley del momento de otorgamiento de la autotutela o el poder de prevención, de forma semejante a lo previsto en el art. 9.8 Cc.? Con arreglo al Derecho vigente no hay solución expresa, y es discutible. Ya he dicho cuál es la solución recogida en el Convenio de La Haya, que no es Derecho vigente en España.

Nada más; por mi parte pongo punto final a mi exposición. Cedo la palabra a mis compañeros copONENTES que, por su experiencia profesional, aportarán más interés práctico a la exposición.

## BIBLIOGRAFÍA

Albaladejo García, M., "Artículo 902", en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz, t. XII, vol. 2, 2ª ed., Madrid, 1990.

Alonso Herreros, D., "El documento de voluntades anticipadas. Análisis de la Ley holandesa sobre la eutanasia", en RJC 103, 2004-2.

Alonso Herreros, D., "Una aproximación al documento de voluntades anticipadas. Análisis de la Ley holandesa sobre la eutanasia", en La Ley 5685.

Alonso Olea, M., Fanego Castillo, F., "Comentario a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica", Madrid, 2003.

Alonso Ortega, A., "Los derechos de los pacientes: las voluntades anticipadas", en J. M. Pemán, "Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la sanidad en Aragón", vol. 1, Zaragoza, 2004.

Alvarez González, S., "Artículo 9.6º", en Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, T. I, vol. 2, M. Albaladejo y S. Díaz, Madrid, 1995.

Alventosa del Río, J., "El derecho a la autonomía de los pacientes", en "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo", Vol. 1, 2002.

Amores Conradi, M. A., "Artículo 9º.1º", en Ministerio de Justicia, "Comentario del Código civil", T. I, Madrid, 1991.

Andruet, A. S., "Breve exégesis del llamado 'testamento vital'", en DS vol. 10, nº 2, julio-diciembre 2002.

Angoitia Gorostiaga, V., "Extracción y trasplante de órganos y tejidos humanos", Madrid, 1996.

Arce Flórez-Valdés, J., "La incapacidad eventual de autogobierno y las declaraciones de voluntades anticipadas", en "Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo", Vol. 1, 2002.

Arroyo i Amayuelas, E., "Del mandato ordinario al mandato de protección", en RJN 2004.

Aznar López, M., "Internamientos civiles y derechos fundamentales de los usuarios de centros sanitarios, sociales y sociosanitarios", Granada, 2000.

Badenas Carpio, J. M., "Apoderamiento y representación voluntaria", Pamplona, 1998.

Badosa Coll, F. (director), "Manual de Dret Civil Català", Madrid-Barcelona, 2003.

Badosa Coll, F., "La autotutela", en "Homenaje a J. L. Lacruz", vol. 2º, Barcelona, 1993.

Bardají, M. D., "Incapacidad parcial: limitación versus protección", en A. Marcial, "Minusválidos psíquicos y derechos del hombre", Barcelona, 2003.

Barral Viñals, I., "El llamado testamento vital", en "La tutela de personas mayores", D. Bello, C. Maluquer de Motes, coordinadores, Santiago de Compostela 2004.

Bello Janeiro, D., "Autotutela e incapacitación voluntaria", en "La tutela de personas mayores", D. Bello, C. Maluquer de Motes, coordinadores, Santiago de Compostela 2004.

- Bolívar Alas, L., "Dogma y realidad del Derecho mortuario español", Madrid, 1983.
- Borrás, A., "Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado: Grupo de trabajo para la preparación de la Comisión especial sobre la protección de adultos (14 a 17 de abril de 1997), en REDI vol XLIX 1997 n° 1.
- Borrás, A., "Una nueva etapa en la protección internacional de adultos", en Revista Electrónica de Geriátrica y Gerontología, 2-2, 2000.
- Calvo Caravaca, A. L., Carrascosa González, J., "Derecho internacional privado", vol. II, 6ª ed., Granada, 2005.
- Campo Güerri, M. A., "La auto protección del discapacitado. Disposiciones en previsión de la propia incapacidad", RJN 2000.
- Campo y Cervera (ed.), "Los derechos de las personas con discapacidad. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas", Madrid, 2004.
- Candau Pérez A., "Responsabilidad del tutor. Extinción de la tutela Rendición de cuentas", en "La protección jurídica del discapacitado. I. Congreso Regional", I. Serrano García, coordinador, Valencia, 2003.
- Cano Tello, "La nueva regulación de la tutela e instituciones afines", Madrid, 1984.
- Castán Vázquez, "Artículos 222 a 233", en "Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela", Madrid, 1986.
- Castillo Tamarit, V. J., "Tutela. Autotutela. Protección de menores", en RJN 2001.
- Chileno Cano, M., "El ingreso forzoso de ancianos en centros especializados", Aranzadi. Sentencias de TSJ, AP y otros Tribunales. Parte Estudio, 1/2000.
- Coca Payeras, "Notas sobre el sistema de tutela judicial", en la Ley 13/1983, de 24 de octubre", en Cuadernos de la Facultad de Derecho, 7, Palma de Mallorca.
- Corbella i Duch, J., "Sobre la constitucionalidad de las leyes autonómicas reguladoras de las voluntades anticipadas", VIII Congreso Nacional de Derecho Sanitario ([http://www.aeds.org/congreso8/comlib/const\\_lavoan.htm](http://www.aeds.org/congreso8/comlib/const_lavoan.htm)).
- Crespo Allué, F., "Las instituciones protectoras de los incapacitados en el Derecho francés", en RDP 1986.
- De la Mata Barranco, I., "Internamientos involuntarios. Intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios", Estudios de Derecho Judicial 26, Madrid, 2000.
- De Otto, I., "Los derechos fundamentales y la potestad normativa de las Comunidades Autónomas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en Revista Vasca de Administración Pública 10-2, 1984.
- De Prada Guaita, C., "Organización de la tutela de hijos incapaces mediante documento público notarial", Academia Sevillana del Notariado, tomo IX, 1995.
- Diago Diago, P., "Protección internacional de personas mayores en el ámbito privado", 3-1, 2001.
- Dolz Lago, M. J., "Inconstitucionalidad de la ley 1/2003, de 28 de enero, de la Generalitat, de derechos de información al paciente de la Comunidad Valenciana en relación con los menores de edad?", en La Ley 5744.
- Domínguez Luelmo, A., "Derecho sanitario y responsabilidad médica", Valladolid, 2003.
- Fábrega Ruiz, C., "Protección jurídica de la tercera edad", Colex, 2000.

Fernández Rozas, J. C., "Artículo 9º.6", en Ministerio de Justicia, "Comentario del Código civil", T. I, Madrid, 1991.

Fernández Rozas, J. C., Sánchez Lorenzo, S., "Derecho internacional privado", 2ª ed., Madrid, 2001.

Fernández-Prida Migota, F., "La autotutela", en "La protección jurídica del discapacitado. I. Congreso Regional", I. Serrano García, coordinador, Valencia, 2003.

Galán Cortés, J. C., "Responsabilidad civil médica", Madrid, 2005.

García Cantero, G., "De las relaciones parentales y tutelares. Capítulos I y II", en "Comentarios a la Compilación del Derecho civil de Aragón", dirigidos por J. L. Lacruz, Zaragoza, 1988.

García Cantero, G., "El nuevo régimen jurídico de la tutela", en RGLJ 1984.

García Cantero, G., "La tutela", en Foro de Derecho Aragonés. Cuartos Encuentros. Actas, Zaragoza, 1994.

García de Enterría, E., Fernández, T. R., "Curso de Derecho administrativo", I, 12 ed., Madrid, 2004.

García Ortega, C., Cózar Murillo, V., Almenara Barrios, J., "La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la ley 41/2002", en Rev. Esp. Salud Pública, 2004, 78.

García-Ripoll Montijano, M., "La nueva legislación alemana sobre la tutela o asistencia (Betreuung) de los enfermos físicos y psíquicos: otro modelo", en Actualidad civil, 2, 1999.

Garrido Melero, M., "Article 172·, "Article 176", "Comentaris al Codi de Família, a la Llei d' unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua", J. Egea, J. Ferrer, directors, Madrid, 2000.

Gete-Alonso, M. C. (directora), "La protección civil de personas sometidas a manipulación mental", Valencia, 2003.

Gómez-Oliveros, "Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre", RDCI 1984.

González Beilfuss c. "La protección de adultos en Derecho Internacional Privado" en VVAA Estatuto personal y multiculturalidad de la familia, Madrid 2000.

González Campos, J. D., Fernández Rozas, J. C., "Derecho internacional privado", II, 2ª ed., Oviedo, 1988.

González Mirasol, P., "Autonomía sanitaria del menor y responsabilidad médica", en La Ley 6326.

González Poveda, P., Picón Martínez, J. M. (directores), "Los discapacitados y su protección jurídica", Estudios de Derecho Judicial 22, Madrid, 1999.

González Salinas, P., Lizagarra Bonelli, E. (coordinadores), "Autonomía del paciente, información e historia clínica. Estudios sobre la Ley 41/2002, de 14 de noviembre", Madrid, 2004.

Gordillo Cañas, A., "Artículos 1727 a 1739", en Ministerio de Justicia, "Comentario del Código civil", T. I, Madrid, 1991.

Gordillo Cañas, A., "Trasplantes de órganos: 'pietas' familiar y solidaridad humana", Madrid, 1987.

Guerrero Zaplana, J., "El consentimiento informado. Su valoración en la jurisprudencia", Valladolid, 2004.

Herbosa Martínez, I., "El patrimonio especial del discapacitado en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre de protección patrimonial de las personas con discapacidad", en *Actualidad civil*, nº 16, septiembre de 2005.

Ibarzabal, X., "Bioética: tomando decisiones para el final de la vida. Pensando en el principio de autonomía", en *Rev. Mult. Gerontol* 2004 14(3).

Jiménez-Aybar, I., "La formación de la comunidad musulmana de Aragón y su estatuto jurídico", en [http://www.webislam.com/tema\\_imp.asp?idn=715](http://www.webislam.com/tema_imp.asp?idn=715).

Lacruz J. L./Delgado, J., "Elementos de Derecho civil", I-3, 3ª ed., Madrid, 2005.

Lagarde, P., "La convention de La Haye du 13 janvier 2000 sur la protection internationale des adultes" en *Revue Critique de droit international Privé* 89 (2) avril-2000.

Leña Fernández, R., "El notario y la protección del discapacitado", Madrid, 1997.

López Pena, I., "El proceso de recepción de los testamentos vitales en el ordenamiento jurídico español", en *Actualidad Administrativa*, 8, abril 2004.

López Sánchez, C., "Testamento vital y voluntad del paciente (Conforme a la Ley 41/2002, de 143 de noviembre", Madrid, 2003.

López-Galiacho Perona, "Aportaciones al estudio del llamado patrimonio protegido del discapacitado", en "Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados", D. Bello, coordinador, Santiago de Compostela, 2005.

Maluquer de Motes, C. J., "La extinción del contrato de mandato tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", en "Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados", D. Bello, coordinador, Santiago de Compostela, 2005.

Martín Pérez, J. A., "Incapacitación e internamiento o ingreso de personas mayores en centros geriátricos", en "La tutela de personas mayores", D. Bello, C. Maluquer de Motes, coordinadores, Santiago de Compostela 2004.

Martínez Díe, R., "La formulación notarial del derecho y la protección de los discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales", en "La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales", R. Martínez Díe, director, Madrid, 2000.

Martínez Díe, R., "La protección del incapaz", en "Instituciones de Derecho Privado", J. F. Delgado de Miguel, coordinador general, T. IV, vol. 2º, Madrid, 2002.

Martínez Díe, R., "La tutela", en *Foro de Derecho Aragonés. Cuartos Encuentros. Actas*, Zaragoza, 1994.

Martínez García, M. A., "Apoderamientos preventivos y autotutela", en "La protección jurídica de discapacitados, incapaces y personas en situaciones especiales", R. Martínez Díe, director, Madrid, 2000.

Martínez García, M. A., "Reflexiones sobre la autotutela y los llamados "Apoderamientos Preventivos", en *La Notaría* 2, febrero 2000.

Martínez Urionabarenetxea, K., "Reflexiones sobre el testamento vital", en [www.atenprimaria.com/51359](http://www.atenprimaria.com/51359) y 51360.

Martín-Retortillo Baquer, L., "Derechos y libertades fundamentales: estándar europeo, estándar nacional y competencia de las Comunidades Autónomas", en *Revista Vasca de Administración Pública* 7, 1983.

Mata Rivas, F., "Artículos 15 a 18 de la Compilación de Aragón", en "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz, t. XXXIII, vol. 1, Madrid, 2000.

Merino Hernández, J. L., "Artículos 15 a 18 de la Compilación de Aragón", en XXXIII, vol. 1, Madrid, "Comentarios al Código civil y Compilaciones forales", dirigidos por M. Albaladejo, Madrid, 1986.

Navarro Mendizábal, I., "La tutela (comentario a los arts. 222 a 256 del Código civil)", en "Comentarios al Código civil", dirigidos por J. Rams, II, vol. 2º, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

Navarro Michel, M., "El documento de voluntades anticipadas (el mal llamado "testamento vital")", en La Notaría, 2, 2003.

Parejo Guzmán, M. J., "La eutanasia, ¿un derecho?", Pamplona, 2005.

Parra Lucán, M. A., "La incapacitación (comentario a los arts. 199 a 214 del Código civil)", en "Comentarios al Código civil", dirigidos por J. Rams, II, vol. 2º, J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2000.

Parra Lucán, M. A., "Dos apuntes en materia de responsabilidad civil médica", en Derecho y Salud, 2003.

Parra Lucán, M. A., "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", en Aranzadi Civil 2003.

Parra Lucán, M. A., "La tutela en el Derecho civil catalán", en Revista de Derecho Privado, 2003.

Parra Lucán, M. A., "Tutela e instituciones tutelares en el Derecho catalán (I y II)", en Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 1994, vol. 20, 1995, vol. 21.

Pemán Gavín, J., "Derecho a la salud y administración sanitaria", Bolonia, 1989.

Pérez de Vargas Muñoz, J., "La autotutela, una institución a regular por nuestro Código civil", en "La tutela de personas mayores", D. Bello, C. Maluquer de Motes, coordinadores, Santiago de Compostela 2004.

Pérez Galvez, J. F., "El sistema funerario en el Derecho español", Pamplona, 1997.

Pérez Vera, E. "Conferencia de La Haya de DIPR: Comisión especial sobre la protección de adultos (3 al 12 de septiembre de 1997)", en REDI vol XLIX 1997 nº 2.

Plaza Penadés, J., "La Ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica", en Actualidad Jurídica Aranzadi, 23 de enero de 2003.

PriceWaterHouseCoopers, "Los servicios funerarios integrales en España. Claves de un sector en transformación. Extracto del informe", Madrid, octubre de 2004.

Requeiro Ibáñez, J. L., "El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español", en La Ley 5570, de 20 de junio de 2002.

Rivas Martínez, J. J., "Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad", en RJN 1998.

Rogel Vide, C., "Artículo 223", en Ministerio de Justicia, "Comentario del Código civil", T. I, Madrid, 1991.

Rojas, H., "Derecho de occisión", en RGLJ 1893.

Romeo Casabona, C. M., "Libertad de conciencia y actividad biomédica", en M. L. Jordán Villacampa, "Multiculturalismo y movimientos migratorios", Valencia, 2003.



Romeo Casabona, C. M., "Los derechos de los pacientes: información clínica y autonomía del paciente", en J. M., Pemán, "Derecho sanitario aragonés. Estudios sobre el marco jurídico de la sanidad en Aragón", vol. 1, Zaragoza, 2004.

Romeo Malanda, S., "El nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre derechos de los pacientes (I)", en La Ley 5703, (y II), en La Ley 5704, 2003.

Romeo Malanda, S., "El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario", en La Ley 5185, 2000.

Romero Candau, P. A., "Posibilidades de autoprevisión de quien conoce su pérdida progresiva de capacidad", en Academia Sevillana del Notariado, T. VIII, 1995.

Rovira Sueiro, M. E., "Relevancia de la voluntad de la persona para afrontar su propia discapacidad", Madrid, 2005.

Rubio Torrano, E., "El patrimonio del discapacitado", en "Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados", D. Bello, coordinador, Santiago de Compostela, 2005.

Saenz de Santamaría Vierna, A., "Donación de órganos y testamentos", en La Ley 1986-3.

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", Cuadernos de Derecho Judicial, X-2004.

Santamaría Pastor, J. A., "Principios de Derecho Administrativo general", I, Madrid, 2004.

Santos Morón, M. J., "El supuesto de hecho del internamiento involuntario en el artículo 763 Lec 1/2000", Valencia, 2002.

Santos Morón, M. J., "Incapacitados y derechos de la personalidad: tratamientos médicos, honor, intimidad e imagen", Madrid, 2000.

Santos Morón, M. J., "Sobre la capacidad del menor para el ejercicio de sus derechos fundamentales. Comentario a la STC 154/2002, de 18 de julio", en La Ley 5675.

Seguro Zurbano, J. M., "El testamento vital o de voluntades anticipadas: panorama actual", en Ilustre Colegio Notarial de Granada nº 257, 2003.

Serrano García, I., "Discapacidad e incapacidad en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", en RJN 52, 2004.

Seuba Torreblanca, J. C., "Consentimiento informado en sedaciones. Breves consideraciones sobre el "caso Leganés", en [www.indret.com](http://www.indret.com), Barcelona, mayo de 2005.

Seuba Torreblanca, J. C., Ramos González, S., "Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre", en [www.indret.com](http://www.indret.com), Working Paper 138, Barcelona, abril de 2003.

Siso Martín, J., "Responsabilidad sanitaria y legalidad en la práctica clínica", Granada, 2003.

Suárez Sánchez-Ventura, J. M., "La institución tutelar", en "Instituciones de Derecho Privado", J. F. Delgado de Miguel, coordinador general, T. IV, vol. 2º, Madrid, 2002.

Tamarit Sumilla, J. M., "Responsabilidad penal de terceros ante la negativa a la transfusión de sangre de testigo de Jehová menor de edad con resultado de muerte", en Actualidad Jurídica Aranzadi de 15 de enero de 1998.

Tur Fernández, N., "El documento de instrucciones previas o testamento vital. Régimen jurídico", en Aranzadi Civil, 10/2004.

Vaquer Aloy, A., "La autotutela en el Código civil tras la Ley 41/2003, de 18 de noviembre", en La Ley 24 febrero 2004.

## **AUTOTUTELA Y PODERES PREVENTIVOS**

TOMAS GARCIA CANO

Notario

Analizado por la ponente el concepto de “voluntades anticipadas” y habiendo encuadrado perfectamente en su ámbito las distintas posibilidades de previsión, nos corresponde a continuación profundizar en dos de ellas: la autotutela y los poderes preventivos.

Antes de entrar en su estudio quisiera hacer ciertas precisiones. En primer lugar, que esta es una materia con escaso desarrollo legislativo, por lo que sus contornos no se encuentran totalmente delimitados; parece, al menos en el ámbito de la legislación común, haber “querido admitir la figura” pero sin existir gran interés en regular todos sus extremos. En segundo lugar, apuntar que el objeto de esta ponencia se va a centrar en aquellas cuestiones prácticas que se nos antojan más problemáticas y en dicho planteamiento, que va a generar más preguntas que respuestas, vamos a ser arriesgados, ya que no nos olvidemos que estamos en un foro de debate. Por último, señalar, que en su análisis vamos a trabajar fundamentalmente con tres cuerpos legales: el Código Civil, con la reforma introducida por la Ley 41/2003 de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad; la legislación catalana, primero en la Ley de Tutelas e Instituciones Tutelares y actualmente en el Código de Familia; y en el anteproyecto elaborado por la Comisión Aragonesa de Derecho Civil.

### **AUTOTUTELA**

A diferencia de algunos autores que califican o definen la autotutela como un modo de delación voluntaria de la tutela, nosotros, en un sentido más amplio, entendemos que es la facultad que se reconoce a una persona capaz para que, en previsión de su futura incapacitación configure el régimen tutelar que considere oportuno, con respeto a los límites legales.

La admisión en nuestro derecho de esta figura no altera el sistema o modelo de tutela de autoridad, prevista en nuestro ordenamiento, pero sí que podemos apuntar que el

mayor campo otorgado a la autonomía de la voluntad puede entrar en colisión con aquella.

**CAPACIDAD.**-El documento de autotutela no puede delegarse en terceras personas, no pudiendo a nuestro juicio otorgarse por medio de apoderado, ya que se trata de una facultad personalísima a ejercitar por persona capaz.

En cuanto a esta capacidad, el art. 223.2 CC permite adoptar previsiones en vista de una posible incapacitación a "cualquier persona con la capacidad de obrar suficiente; el art.171.1 CFC se refiere a "cualquier persona" y el artículo 94 del anteproyecto de la CADC a "cualquier persona mayor de edad y con la capacidad de obrar suficiente".

Ante estas expresiones diversas, debemos realizar las siguientes matizaciones:

-Obviamente quedan excluidas aquellas personas que no esten en condiciones de entender y querer lo que la autotutela significa.

-La doctrina no duda que al mayor de edad se debe asimilar al menor emancipado, los cuales, con carácter general, podrán otorgar el documento de autotutela, ya que la capacidad de estos se asimila a la de aquellos y en la esfera personal se rigen como mayores de edad.

Se podría alegar que la autotutela puede también referirse a la esfera patrimonial y regular los mecanismos de control y vigilancia en la actuación del tutor. En cuyo caso, si la actuación se limita a regular el funcionamiento o a introducir mayores controles que los legales, nada obsta a la afirmación anterior. Sin embargo, mas problemático resulta admitir la posibilidad de reducir o eliminar ciertos controles como aquí se va a defender, como por ejemplo disposición de bienes sin autorización judicial y seguir manteniendo la capacidad del menor emancipado, ¿ puede autorizar dicho acto alguien que no podría realizarlo en ese momento sin el complemento de capacidad del 323 CC?.

Sin perjuicio de que quizá deba de diferenciarse el tipo de actos objeto de autorregulación, entendemos que su capacidad será suficiente ya que puede regir su persona y bienes como si fuera mayor y además será en todo caso el juez el que considere aplicable o no esa pretensión patrimonial.

Respecto al menor de edad, hay quien mantiene la posibilidad, pues supuesta su capacidad natural, es en principio capaz, salvo en aquellos casos en que la Ley la limita y hay quien diferencia al menor, mayor de catorce años, ya que si todas las legislaciones consideran al mayor de catorce años capaz para otorgar un acto tan trascendente como el testamento notarial debería reconocérsele la misma posibilidad de otorgar un documento de autotutela y como dice Antoni Vaquer si en dicho testamento notarial puede nombrar tutores a sus hijos, habra que concluir que gozan de capacidad para ordenar autotutela.

A todo ello, hay que añadir el hecho de ser un acto revocable o modificable y que, como antes apuntabamos, en última instancia será la autoridad judicial la que evalúe y decida las medidas que son aplicables. Tales argumentos llevan a autores como Rivas Martínez, Martín Garrido o al citado Vaquer a defender la capacidad del mayor de 14 años a ordenar su tutela.

No obstante la amplitud con la que nosotros concebimos la autotutela con la posibilidad de modificar y determinar los mecanismos de control, de flexibilizar el regimen de admimistración y disposición de bienes, hace que el regimen pueda adquirir tal complejidad que escape a la capacidad de un menor de edad.

En todo caso el anteproyecto aragones parece imponer esta tesis prudente al exigir la mayoría de edad, algo que, aunque podría parecer acertado, llama la atención en una legislación donde precisamente se le otorga al mayor de 14 años una capacidad superior a la del resto de nuestros ordenamientos y en donde el anteproyecto cuida con un celo quizá excesivo la intromisión de terceros en lo que denomina derechos de la personalidad.

FORMA Y PUBLICIDAD.- Tanto el art. 223 del Código Civil como la legislación catalana (art. 172 CFC) y el anteproyecto aragones (art. 94) estos dos últimos, con mayor precisión, al hablar de escritura pública, establecen como único medio de constatación de la voluntad de autotutela el documento público notarial. Ello permite una adecuada apreciación de la capacidad del ordenante, el correspondiente asesoramiento y es coherente con el sistema de publicidad ideado. Se excluye, por lo tanto el documento privado y el testamento.

Partiendo de la forma pública de otorgamiento, la efectividad de las designaciones requiere que gocen de una adecuada publicidad. En este punto debemos distinguir dos sistemas distintos.

-Uno, el adoptado por el Código Civil (art. 223) y el anteproyecto aragones (arts. 96 y 118.2), que se articula a través del Registro Civil: el Notario autorizante comunica de oficio el hecho del otorgamiento para su indicación en la inscripción de nacimiento del interesado; de tal manera que el Juez, en el procedimiento de incapacitación, recaba Certificación del Registro a fin de comprobar la existencia de disposiciones sobre autotutela.

Aunque el legislador no lo regule, entendemos que la comunicación notarial contendrá los datos personales del interesado, la fecha, lugar y Notario autorizante; y el Juez, al constituir la tutela, si dicha Certificación es positiva, recabará copia del documento al Notario en cuyo protocolo se encuentre.

-Otro, seguido por el Código de Familia Catalán (art. 251), que consiste en la creación de un Registro autonómico propio denominado Registro de Nombramientos Tutelares no Testamentarios. La finalidad y funcionamiento es similar, aunque con una regulación más detallada, que la expuesta anteriormente, pero su existencia no deja de plantear problemas importantes. Además de la dudosa competencia de Cataluña para legislar sobre esta materia, que, conforme al art. 149.1 8º de la Constitución es de competencia exclusiva del Estado, el sistema puede llevar a la inoperatividad de la publicidad perseguida; pensemos en tutelas constituidas fuera de Cataluña de persona que otorgo escritura inscrita en el Registro de Nombramientos Tutelares catalán (deberá el Juez consultar no solo el Registro Civil, sino también el catalán y cualquier otro que pueda crearse) o a la inversa, tutela constituida en Cataluña de persona con documento inscrito en el Registro Civil.

Los mecanismos de publicidad, por su propia esencia, buscan el conocimiento general de un hecho y ello solo puede conseguirse con sistemas de publicidad de ámbito nacional, por lo que solo a través del Registro Civil o de un Registro nacional similar al de Actos de Última Voluntad, puede garantizarse la efectividad de la publicidad perseguida.

CONTENIDO.- Tanto el Código Civil (art. 223) como el Derecho catalán (arts. 174 y ss) y aragones (art. 94), estos dos últimos, sobre todo el catalán, con mucha más minuciosidad, delimitan lo que puede ser objeto de autotutela, comprendiendo, como señala Vaquer, un aspecto positivo y otro negativo o de exclusión.

Dentro de las posibilidades que podemos considerar pacíficas, señalamos las siguientes:

-Designación de tutor o mejor dicho la persona o personas que van a desempeñar cualquier cargo tutelar así como el nombramiento de sustitutos, pudiendo distinguir, obviamente un tutor para su persona y otro para los bienes y pudiendo también prever el nombramiento de defensor judicial, ya que este aun con carácter no permanente no deja de ser un cargo tutelar.

-Exclusión de determinadas personas para ejercer cargos tutelares.

-Aunque no está expresamente previsto, como señala Vaquer, el interesado está legitimado para excluir las causas de inhabilidad del apartado 3º del art. 243 y 4º del art. 244 del Código Civil, ya que si lo pueden hacer los padres con base al art. 246 CC con mayor motivo el propio interesado. Expresamente contempla esta posibilidad el anteproyecto aragonés en su art. 110.2.

-Respecto a la retribución de quien ejerce cargo tutelar, expresamente prevé el art. 172 del CFC que el interesado sea quien la señale, así como el art. 91 del anteproyecto aragonés, este último dentro de ciertos límites. No contempla esta posibilidad el Código Civil y a pesar de la opinión negativa de Vaquer que entiende que el artículo 274 del Código Civil es taxativo al señalar que corresponde al Juez señalar su importe, entendemos que la expresión "cualquier otra disposición relativa a su persona o bienes" debe permitir al interesado fijarla o señalar criterios para su fijación, sin perjuicio de que la autoridad judicial pudiera alterarla si lo estima oportuno y si concurre causa que lo justifique, como, por ejemplo si se diera un cambio sustancial en el patrimonio de la persona desde el otorgamiento de la autotutela hasta el nombramiento de tutor.

-Puede establecer órganos de fiscalización de la tutela, entendiendo como tales aquellas medidas de control de la actuación tutelar.

En este sentido y, a los anteriores efectos, los arts 226 a 236 del Código de Familia catalán introduce como novedad el denominado Consejo de tutela.

Ahora bien, todas las legislaciones, incluyen dentro de su regulación una expresión genérica que permite preguntarnos hasta donde puede llegar el interesado en la autorregulación de su tutela. Así el CFC habla de "establecer el funcionamiento y contenido, en general de su tutela" y el CC y el anteproyecto aragonés hablan de forma similar de "cualquier disposición sobre la persona o bienes".

La materia más problemática es el tema de los órganos de control; parece que el legislador está pensando en que el interesado exija más controles que los legales, pero ¿ puede una persona prescindir de dichos controles o establecer otros, distintos de los legalmente previstos ? ¿ Puede el interesado delimitar con toda precisión el régimen de su tutela al igual que los conyuges pueden delimitar su régimen económico matrimonial? ¿ Puede remitirse en bloque a un sistema tutelar diferente al que le corresponde según su ley aplicable?.

Parte de la doctrina admite esta última posibilidad en diversos campos y no olvidemos que entre legislaciones civiles no opera la materia de orden público

-En Cataluña el interesado puede atribuir al citado Consejo de Familia algunas de las facultades que corresponden al Juez, ¿ puede dicha persona crear un mecanismo de control distinto a dicho Consejo ? ¿ puede regular su funcionamiento de forma distinta a como lo hace el Código? Autores como Martínez García consideran dudosa dicha posibilidad.

-¿ Puede el interesado, autorizar a quien desempeñe el cargo a realizar los actos a que se refieren los artículos 271 y 272 del Código Civil, artículos 212, 215.2 y 219 del CFC o 124 del anteproyecto aragones, sin necesidad de autorización o aprobación judicial o del Consejo de familia o Junta de Parientes, respectivamente o puede conferir dicha autorización a otra u otras personas? Hay quienes opinan que no ya que el legislador habla exclusivamente de Juez en el C.C o de la opción Juez-Consejo de Familia o Junta de parientes en derecho catalán y aragones, pero entendemos que ello es posible, ya que si el que dispone de bienes en beneficio del incapaz puede organizar su administración, prescindiendo de toda autorización (artículo 212.3 CFC y art. 93 anteproyecto aragones) con igual o mayor razón, cuando el que lo dispone es el propio interesado. Se podría alegar, que dichas normas se están refiriendo a bienes obtenidos a título gratuito y por lo tanto debe de primar la voluntad del ordenante. Pero la ley 41/2003 de 18 de Noviembre de protección de personas con discapacidad, considerada como legislación básica, regula en su artículo 5 que cuando el constituyente sea el propio beneficiario, su administración, cualquiera que sea la procedencia de los bienes, se sujetara a las normas dictadas por el propio interesado, con posibilidad, a sensu contrario del apartado 2, de dispensar de la autorización judicial. En igual sentido se pronuncia el artículo 36 del anteproyecto aragones.

Ahora bien entiendo que esta posibilidad debe referirse exclusivamente a la esfera patrimonial, sin que pueda referirse a los supuestos del art 271. 1 del CC, 215.2 y 219 del CFC y 32 del anteproyecto aragones (supuestos de internamiento en establecimientos de salud mental, formación especial...). Expresivos en este sentido son los derechos aragones y catalán que si bien en el resto de los actos establecen la opción Juez-Consejo de Familia o Junta de Parientes, en estos puntos únicamente prevén la autorización judicial, que entiendo no puede ser suplida.

Considero que la finalidad de la nueva legislación es el respeto a la voluntad expresada por el interesado, por lo que es conveniente conceder un amplio margen a la autonomía de la voluntad del disponente, no solo en cuanto a la delación de la tutela sino también a la hora de configurar el funcionamiento de la misma y los mecanismos de control que estime adecuados. Esta consideración se basa no solo en el respecto a la autonomía de la voluntad de una persona plenamente capaz sino también en razones prácticas de una necesaria agilidad en la gestión patrimonial del incapacitado.

Ahora bien esta amplia facultad de autorregulación que defendemos debe de enmarcarse dentro del modelo de tutela de nuestro ordenamiento, por ello no cabe que el interesado prescinda o limite las funciones de superior vigilancia que conforme a la ley incumben al Juez o al Ministerio Fiscal, ya que en todo caso y, ello no ha variado, las funciones tutelares están bajo la salvaguardia de aquel y se ejercerán con la vigilancia de este.

Por ello entiendo que en ningún caso el interesado puede limitar la facultad de la autoridad de recabar informes de la situación de la persona o patrimonio del incapacitado, ni suprimir la autorización judicial para los supuestos antes señalados, ni eliminar la rendición de cuentas ni eximir de responsabilidad al tutor ni, en general todas aquellas obligaciones encaminadas a la ordenación y control de la tutela y que legalmente están establecidas en beneficio del tutelado y de cuya supresión no se deduce mayor agilidad ni ventaja alguna.

En definitiva se trata de mantener la tutela bajo la vigilancia y control de la autoridad, pero con carácter subsidiario en aquello que puede ser objeto de autorregulación.

Llegados a este punto debemos de preguntarnos en que medida vincula esta autoregulación a la autoridad judicial al constituir la tutela. Distinguiremos los siguientes supuestos:

#### **a) Nombramiento de cargo tutelar:**

El Código Civil en su artículo 234 se limita a decir que para el nombramiento de tutor se preferirá 1º.-Al designado por el propio tutelado; permaneciendo inalterable el art. 224 que determina que dicha disposición vincula al Juez, salvo que el beneficio del incapacitado exija otra cosa. Por lo tanto depende de la apreciación judicial sobre el interés de la persona el respetar o no la voluntad manifestada del interesado. Únicamente exige resolución motivada, por lo que la decisión judicial en caso de no nombrar como tutor a la persona indicada difícilmente será impugnada.

Las legislaciones forales sin embargo siguen un criterio distinto:

-Respecto al nombramiento de tutor, el artículo 178 CFC establece que la designación de tutor solo corresponderá al juez si no hay delación voluntaria, o si, habiéndola, el designado es incapaz, se excusa o es removido o se da el supuesto del art. 172.2 (impugnación por persona interesada o por el Ministerio Fiscal pero siempre que se haya producido una modificación sobrevenida de las causas tenidas en cuenta para realizar la designación); en Aragón el art. 100 del anteproyecto establece que solo en defecto, total o parcial, de delación voluntaria válida y eficaz corresponde a la autoridad judicial designar tutor y el art. 99 dispone que las designaciones del propio interesado vincularán al Juez al constituir la institución tutelar salvo que mediante decisión motivada, considere que por alteración sustancial de las circunstancias, el interés del incapacitado exige otra cosa.

Por lo tanto a diferencia del sistema del Código Civil donde la elección corresponde al Juez y simplemente en el orden de preferencia se incluye en primer lugar la delación voluntaria, con posibilidad de prescindir de ella cuando el Juez, en interés del incapacitado, lo estime oportuno, los sistemas catalán y aragonés establecen una vinculación del Juez respecto del nombramiento hecho por el propio interesado, el cual solo puede apartarse de él por una alteración sustancial de las circunstancias (por ejemplo que hubiese nombrado al conyuge y posteriormente se separa o divorcia). Expresivo de tal carácter vinculante es la sentencia del TSJ de Cataluña de 12 de Mayo de 2003.

#### **b) Medidas de vigilancia y control:**

Por lo que se refiere fundamentalmente a los órganos de control o fiscalización que haya podido prever, entiendo que incluso en derecho catalán y aragonés, el Juez si bien no debe alterar o sustituir las establecidas por el autotutelado siempre que los órganos creados por él tengan la suficiente entidad, si que tiene la posibilidad de regular la materia cuando la considere insuficiente. Con claridad lo expresa el art. 176 CFC el cual después de establecer que el interesado puede señalar las medidas de control oportunas, dispone que ello se entiende sin perjuicio de las que puedan establecerse judicialmente; y el art. 89 del proyecto aragonés señala que el Juez, en la Resolución o posteriormente, puede establecer las medidas de vigilancia y control que estime oportunas.

Hemos defendido que en el documento de autotutela el interesado puede exonerar de autorización judicial al tutor para realizar algunos actos, pero también está claro que el Juez sin necesidad de que exista una alteración de circunstancias, puede en esta mate-



ria, establecer las medidas de control que considere necesarias y alterar lo indicado por el propio interesado.

**c) En cuanto a las restantes normas del funcionamiento de la tutela dispuestas por el interesado entiendo que tienen similar fuerza vinculante que las indicadas en primer termino: al menos en derecho catalan y aragones, el Juez no puede prescindir de ellas sino en Resolución motivada y por alteración de las circunstancias.**

Eso sí, esa alteración de circunstancias que implica una modificación de las medidas adoptadas por el autotutelado, puedan ser apreciadas por la autoridad judicial tanto al constituir la tutela como en cualquier momento posterior.

Voy a terminar esta parte de la exposición planteando un problema temporal que puede producirse con el cambio de normativa. El art 9.6 del Código Civil establece que la constitución de la tutela se rige por la ley personal del incapacitado en el momento de la incapacitación, momento que, hasta la introducción de la autotutela era el único relevante; pero no en la actualidad. ¿Qué ocurre si un catalan otorga un documento de autotutela, nombrando tutor, fijándole retribución, designando la composición del Consejo de Familia..., y, cuando se constituye la tutela ha variado su ley personal que es la de derecho común?

Se hecha en falta una disposición similar al 9.8 en materia testamentaria, pero entiendo que el respeto a la autonomía de la voluntad obligaran al Juez a respetar las disposiciones tutelares o al menos a intentar compatibilizarlas con la ley aplicable en el momento de la constitución.

## **APODERAMIENTOS PREVENTIVOS**

Podemos entender que el apoderamiento preventivo, poder de previsión o de auto-protección es aquel en virtud del cual una persona, en previsión de una futura pérdida de capacidad, delega en otra una serie de facultades.

Sin poder detenernos en la distinción entre apoderamiento y relación subyacente o causa del otorgamiento del poder, podemos aseverar, como señala Martínez García, la posibilidad del otorgamiento de poderes que no tengan todavía su fundamento en una relación previa, y, en este marco se incardinan los apoderamientos ad cautelam o preventivos, que se confieren al apoderado en previsión de que el poderdante no pueda actuar por sí, pero sin que exista todavía el encargo de actuar.

La posibilidad de otorgar este tipo de poderes había sido defendida por la práctica notarial con anterioridad a las reformas legislativas.

Actualmente el art- 1732.2 CC, tras la reforma de la Ley 41/2003 establece " El mandato se extinguirá, también, por la incapacitación sobrevenida del mandante a no ser que en el mismo se hubiera dispuesto su continuación o el mandato se hubiera dado para el caso de incapacidad del mandante apreciada conforme a lo dispuesto por este. En estos casos, el mandato podrá terminar por resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor."

Por su parte el artículo 94 del proyecto aragones, es decir en sede de delación voluntaria o autotutela, establece la posibilidad de otorgar un mandato que no se extinga por su incapacidad o incapacitación.

Antes de entrar en materia, simplemente apuntar, que ya antes de la reforma, un sector doctrinal amplio defendía que si bien el poder de extinguirse por la incapacidad no necesariamente por la incapacidad e incluso había un sector minoritario (Badenas Carpio) que defendía su posible subsistencia a pesar de la incapacidad judicial ya que podía continuar vigente respecto a facultades que el poderdante conservase después de la incapacidad, ya que esta es graduable.

Asimismo había quien ya defendía la posibilidad de otorgar un poder condicionado a la pérdida de capacidad, el cual obviamente se extinguiría con la incapacidad.

Hechas estas precisiones, diremos que la actual legislación nos permite distinguir entre dos clases de poderes:

-Un poder que subsiste, no obstante la incapacidad judicial del poderdante. Este no sería, en el sentido al principio indicado, un poder preventivo, sino un poder que sobrevive, un poder al que no se le aplica una de sus causas de extinción.

En este caso el poder, si no se ha dispuesto otra cosa, sustituiría sus efectos desde el mismo instante de su otorgamiento.

-Y un apoderamiento propiamente preventivo, es decir que surtirá sus efectos en el caso de incapacidad apreciada conforme a lo dispuesto por el propio mandante.

A su vez este último puede estar concebido en una doble vertiente: o bien para regular una fase transitoria o provisional que va desde la pérdida de capacidad hasta la incapacidad judicial o bien un poder concebido en términos más generales que surte efectos desde la pérdida de capacidad pero con voluntariedad de que perviva a la incapacidad judicial y coexista con la representación legal que de esta se derivara.

Ante este elenco de posibilidades la nueva figura requiere una perfecta delimitación que precisa de un adecuado asesoramiento.

Este poder preventivo o mandato de previsión comienza a surtir sus efectos en el momento de pérdida de capacidad del poderdante. El CC establece que sea el propio poderdante el que determine la forma de acreditar la falta de capacidad. En este sentido cabría plantearse las siguientes hipótesis:

-Que la voluntad del interesado sea que sus efectos surtan desde la incapacidad judicial; no creo que este supuesto abunde en la práctica ni siquiera que haya sido pensado por el legislador, pues en este caso el incapacitado tendrá un representante legal. No obstante la acreditación aquí sería fácil: la resolución judicial declarando la incapacidad.

-Que, y, será el supuesto normal, que se quiera que sus efectos surtan con la incapacidad; la acreditación podría determinarse o bien permitiendo que fuera el propio apoderado el que lo manifestase (no olvidemos que todos, pero este poder de forma especial, se basan en la confianza) o bien dejando a otras personas su determinación; en este caso parece que lo aconsejable sería un dictamen médico que se acreditaría mediante el correspondiente Certificado. Carlos Maluquer entiende que debe ser el notario que lo autoriza u otro cualquiera el que lo acredite.

Entiendo que es preferible cualquiera de las dos primeras soluciones a esta última, pero, insisto, el asesoramiento que requiere este tipo de poderes hace aconsejable que el notario lo pregunte al otorgante y se constate su voluntad en el documento.

NATURALEZA JURÍDICA.-La disyuntiva radica en concebirlo como un poder que participa de la naturaleza del mismo o intentarlo relacionarlo con las instituciones tutelares.

El Código Civil lo regula en sede de mandato sin relación, en principio alguna, con la tutela, por ello para algún sector doctrinal se trata de un contrato de mandato (Arroyo)

No obstante como señala Martínez García la relación subyacente de la que el poder trae causa es la eventual pérdida de capacidad del poderdante y si bien es cierto que el poder es independiente de la relación que lo origina, también es cierto que no es absolutamente abstracto. Dicho autor lo califica como un *tertium genus*, a caballo entre la pura representación voluntaria y la representación legal.

Efectivamente el apoderado no es un cargo tutelar, pero que duda cabe que va a desempeñar funciones tuitivas o tutelares; en definitiva la voluntad del poderdante esta creando un régimen de protección privado y deberemos plantearnos si en alguna medida debe de aplicársele el estatuto jurídico de la tutela. Martín Garrido lo califica como cargo "cuasitutelar".

Apoya esta tesis el proyecto aragones que regula el poder de previsión en su art. 94 dentro de la autotutela, considerando dicho mandato como una medida dentro de las disposiciones a adoptar por el interesado sobre su persona o bienes.

**CAPACIDAD.**-Regiran las normas generales para el otorgamiento de poderes, será necesario que el poderdante tenga la capacidad propia del acto o contrato que se delega.

**CLASES.**-Entiendo que podrá ser especial para uno o varios actos concretos o para una serie de actos o general. La diferencia es importante; en caso de incapacitación judicial, a la que en principio este mandato sobrevive, será frecuente, que este último tipo de poderes generales, se declaren extinguidos por la autoridad judicial al tiempo de constituir la tutela, pues parece difícil que dos personas tengan ámbitos de representación general con dos fuentes de origen distintas; es decir no parece lógico la existencia de dos personas, una de origen voluntario y otra con el carácter de representante legal, que tengan prácticamente iguales facultades pero sometidas, en principio, a un muy diferente estatuto jurídico.

**FORMA.**-En principio como tal mandato permitiría tanto la forma pública como la privada, pues el artículo 1710.2 no exige la primera y no existe ninguna norma especial.

Sin embargo, en el anteproyecto aragones, su inclusión en sede de delación voluntaria (art. 94) implica la exigencia de escritura pública.

Entiendo que la forma pública es necesaria, ya que es la única forma de asegurarse de la certeza del otorgamiento, de controlar la capacidad del poderdante y el conocimiento por este del alcance de su disposición; asimismo y ello, como veremos, es importante, implica la creación de un vehículo adecuado para que su otorgamiento sea conocido por el Juez

**PUBLICIDAD.**-El anteproyecto aragones con base a lo señalado anteriormente dispone en su artículo 96 que los documentos públicos a los que se refieren los artículos anteriores se comunicaran de oficio por el Notario autorizante al Registro Civil, al objeto de su indicación en la inscripción de nacimiento. Entiendo que este precepto se aplica aunque el documento sea solo de apoderamiento y no contenga delación voluntaria de tutor o reglas de funcionamiento de la tutela.

El Código Civil sin embargo guarda silencio; silencio peligroso ya que es imprescindible que la autoridad judicial tenga al tiempo de constituir la tutela conocimiento de la existencia de estos poderes, a los efectos de decidir si subsisten o no.

Solo forzando el tenor del art. 223, nos permitiría interpretar que dado que la causa del poder es una futura incapacidad le es aplicable el estatuto propio de la delación voluntaria y por lo tanto debe constar en documento público y comunicarse al Registro Civil. Pero sinceramente, el precepto no dice eso, y sin una norma específica es difícil defender la necesidad de comunicación. Esta laguna, como luego analizaremos, puede traer importantes consecuencias prácticas.

**ACTUACIÓN DEL MANDATARIO.**-Es el punto más problemático ante la ausencia de regulación propia tanto en el Código Civil como en el anteproyecto de legislación aragonesa. La dificultad aumenta por la naturaleza híbrida de la figura, a caballo entre el mandato y las instituciones tutelares, como ha quedado apuntado. También ha quedado señalado la diferente colocación sistemática en ambas legislaciones: la común, en sede de contrato de mandato, sin mención alguna en la regulación de la autotutela (lo que parece apartarla de esta figura); el anteproyecto aragones en sede y con unos requisitos similares a los de la autotutela, lo que puede inducir a aplicarle ciertas normas de esta institución de protección.

El planteamiento inicial debe centrarse en la cuestión de si la actuación del mandatario tiene que estar sometida a algún tipo de control. En el mandato ordinario dicho control lo realiza el propio mandante fundamentalmente a través de la posibilidad de revocación del poder; sin embargo el poder preventivo deviene en irrevocable una vez que el que lo puede revocar ha perdido la capacidad para hacerlo.

Para una mayor claridad distinguiremos en esta materia dos fases distintas, según exista o no incapacidad judicial:

**a) Fase en principio provisional o transitoria que concluye con la incapacidad judicial; esta es la fase natural del poder de previsión ante la necesidad de que alguien defienda los intereses de una persona, que por un lado, carece de capacidad y por otro carece de un representante legal.**

Y no nos olvidemos que esta fase que tratamos como provisional en la práctica puede perdurar en el tiempo y mucho más ahora con la nueva regulación. En efecto, si una persona incapaz, que tiene algún familiar que se ocupa de él a modo de guardador de hecho, goza además de un apoderado con facultades en el ámbito patrimonial, rara vez se acudirá a la incapacidad judicial. Esta es mi experiencia cotidiana, la incapacidad en general es una institución no querida, no se si por el significado peyorativo que se le sigue atribuyendo o por lo molesto de la tramitación, pero lo cierto es que el recurso a la incapacidad se limita en general al supuesto en el cual el incapaz necesita realizar algún acto o negocio jurídico. Y si ahora dicho acto lo puede realizar el apoderado, serán muchos menos los procedimientos de incapacidad que se tramiten.

Ante esta situación: ¿debemos de dar por buena la utilidad del apoderamiento sin control alguno como respeto a la autonomía de la voluntad y la agilidad que produce o bien se debe de idear algún mecanismo de control que evite que la ocasional actuación abusiva de un poder irrevocable pueda perjudicar al incapaz o dejarle desprotegido?.

Antes de analizar las posibles soluciones recordar la distinción antes realizada entre poder general y especial. No me preocupa en exceso este último; si el poderdante ha previsto un acto o negocio concreto a realizar en el caso de incapacidad por el poderdante creo que el mismo ha determinado su necesidad y en su propia voluntad están implícitas las medidas de control, que devienen, posiblemente, en innecesarias. Los problemas se plantean ante un poder general.

Ante el vacío legal, planteamos distintas alternativas:

-En primer lugar habría que acudir a la voluntad del poderdante, que ha podido establecer medidas de control; es más creo que en el asesoramiento propio de la actuación notarial deberían de ser sugeridas.

-Cabría plantearse si al apoderado se le debe aplicar el estatuto jurídico del tutor; evidentemente no, o al menos, en su integridad, ya que no es un cargo tutelar y el ordenamiento en ningún momento lo impone. Sin embargo autores como Arroyo y Maluquer entienden que dado el carácter cuasi tutelar del apoderamiento preventivo, se le deberían aplicar por analogía algunos de los controles propios de la tutela -inventario y rendición de cuentas-

-También sería posible que el legislador, hubiese impuesto al apoderado la obligación de comunicar a la autoridad judicial el hecho de la incapacidad, con previsión de la sanción o responsabilidad en que incurriría, en caso de incumplimiento.

-Y también cabría aplicar al apoderado la normativa prevista para el guardador de hecho. Ello implicaría en primer lugar la obligación del apoderado de comunicar al Ministerio Fiscal o a la autoridad judicial su existencia y facultades (expresamente impone esa obligación el art. 142 del anteproyecto aragones y aunque no lo exige el Código Civil, parte de la doctrina lo deduce del sistema); ello permitiría en su caso a la autoridad judicial exigir la información y establecer las medidas de control que estime oportunas.

No obstante subsumir al apoderado en la figura del guardador de hecho no deja de entrañar dificultades; el guardador de hecho es la persona que, por propia iniciativa, se ocupa transitoriamente de la guarda de una persona que podría ser incapacitada, y el apoderado no actúa por iniciativa propia sino a través de una relación que deriva de la voluntad del poderdante.

-Otra posible medida sería que alguien, que no puede ser otro que el Juez, pudiera revocar el poder; es decir que dicho apoderado pudiera ser removido de su posición, aplicando analógicamente las causas de remoción de la tutela y ello a instancia de las personas que se considerase oportuno (las mismas que están obligadas a promover la constitución de la tutela o incluso a cualquier persona con interés legítimo). Esta posibilidad que creo obvia durante el proceso de incapacitación aun antes de la sentencia, la considero asimismo aplicable sin existencia de proceso de incapacitación, por ser inherente a la superior vigilancia que se le atribuye a la autoridad judicial y a las facultades que el ordenamiento le atribuye en la fase previa a la incapacitación.

En conclusión, creo que estos poderes derivados de la voluntad del interesado para el supuesto de incapacidad no deben estar sujetos a las reglas propias del estatuto tutelar, siendo suficiente crear algún mecanismo que permita al Juez conocerlos y determinar en su caso su extinción si el beneficio del incapaz lo requiere. Es la única posibilidad que entiendo defendible con la actual normativa.

Así por ejemplo el derecho británico admite estos apoderamientos, estableciendo su inscripción en el Tribunal de Protección en el momento en el que el poderdante ha devenido incapaz.

**b) Fase que comienza con la incapacitación judicial del mandante: en esta fase debemos de plantearnos la posible coexistencia de un representante legal del incapacitado con un apoderado voluntario. Expresamente otorga el art. 1732 a**

**La autoridad judicial la facultad de declarar extinguido este mandato al constituir la tutela o posteriormente a instancia del tutor.**

En igual sentido se manifiesta el artículo 99 del proyecto aragones, que en su apartado 2º prevé igual facultad revocatoria, distinguiendola de las demas disposiciones de autotutela, respecto de las cuales, el Juez solo puede apartarse por alteraciones sustanciales de las circunstancias. Tratándose de poderes estas no son necesarias, basta su decisión en resolución motivada.

En otras legislaciones esta facultad revocatoria se le concede al organismo tutelar (Alemania o Grecia); en nuestro ordenamiento unicamente al Juez.

Como ha quedado apuntado con anterioridad, entendemos que será posible la coexistencia del tutor con un apoderado especial, incluso en ocasiones puede resultar conveniente y su actuación ser complementaria con la del tutor y beneficiosa para el tutelado; pensemos en un poder otorgado por un empresario persona física a una persona cualificada y de su total confianza para la continuación de una actividad empresarial específica.

Entiendo, sin embargo, que difícilmente admitira el Juez la existencia de un apoderado general que implicaria la coexistencia de dos personas con facultades idénticas pero sometidas a un doble estatuto jurídico totalmente diferente, ya que el poder preventivo tiene, en principio, un carácter cautelar y no sustitutivo de la representación legal.

Estos poderes deben ser controlados por la autoridad judicial, y por tanto, previamente conocidos por ella para decidir si se mantienen o los da por extinguidos. Se hecha en falta la regulación legal del mecanismo de control del otorgamiento y posible revocación de estos poderes, a traves de un Registro público y eficaz. Ello solo es posible a traves del Registro Civil (posibilidad por la que opta el anteproyecto aragones) o mediante la creación de un registro general de apoderamientos, llevado por medios telemáticos, de riguroso control y facil consulta.

El intento de paliar la ausencia de este sistema de publicidad nos lleva a intentar interpretar el nuevo artículo 1732 C.C. en un sentido distinto al literal.

-La literalidad nos indica que el mandato no se extingue con la incapacitación si asi se ha previsto y que el Juez puede extinguir el mandato; la interpretación que podemos proponer es que el precepto lo que concede al Juez es, no la posibilidad de extinguir, sino de poder extinguir el mandato, y por lo tanto debe de conocer los poderes otorgados por esa persona y los que no conozca y sobre los que no haya podido ejercer su "calificación" quedan sin efecto o al menos sin efectos representativos en la esfera del mandante.

Quizá sea forzar demasiado, pues para llegar a esta solución bastaria que el legislador hubiese dicho que el Juez ratificara o dara por extinguidos los mandatos existentes, pero posiblemente el legislador no lo dice porque da por supuesto que el Juez conoce dichos poderes.

La inseguridad que para el propio poderdante y sobre todo para el trafico jurídico conlleva la existencia de un poder, mas si es general, desconocido tanto para la autoridad judicial como para el representante legal del tutelado, nos lleva a plantear, por lo menos, dicha interpretación.

Para concluir esta exposición, simplemente dejare apuntadas, algunas ideas más:

-Que de subsistir esos moderes, nuevamente nos plantearíamos si deben de ser objeto de algún tipo de control y si deben de existir mecanismos de coordinación con el tutor.

-Asimismo apuntar el tema de la buena o mala fe del apoderado, pudiendo entender como tal, su conocimiento del proceso de incapacitación. Difícilmente puede tener buena fe el que sabedor que existe un procedimiento en curso, nada dice ni en el proceso ni al representante legal.

-Y muchos otros aspectos relativos al juego de estos poderes en la esfera del tráfico jurídico, en los que no entramos por recaer más en el ámbito de la teoría general de la representación

En conclusión, la noble finalidad legislativa de potenciar la autonomía de la voluntad y dejar a las personas decidir por si mismas, se ve empañada por la imprecisión que al menos, en este punto adolece, el Código Civil.





## LIMITES A LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS

JOSÉ JAVIER OLIVÁN DEL CACHO

(Notas elaboradas con motivo de la co Ponencia expuesta en la sesión del Foro de Derecho Aragonés celebrada el día 15 de noviembre de 2005).

I.- INTRODUCCION. II.- LIMITES MATERIALES. 1.- Planteamiento. 2.- La legislación vigente. A.- Previo. B.- El problema de la eutanasia. C.- El riesgo para la salud pública. D.- Problema de las transfusiones de sangre y tratamientos sanitarios adoptados en razón de la protección de la salud de las personas. D.- Prescripciones legales en relación con el destino del cuerpo. 3.- Etica médica y normas deontológicas. 4.- Lex Artis y verificación de la instrucción previa con el supuesto de hecho correspondiente. III.- LIMITES FORMALES. 1.- Las previsiones de la legislación básica. 2.- El procedimiento de formalización de las voluntades anticipadas. A.- Requisitos. B.- Aspectos organizativos. C.- Fiscalización de los Documentos de Voluntades Anticipadas. IV.- VALORACION FINAL.

### I.- INTRODUCCION

Expuesta con anterioridad la virtualidad del “testamento vital” o “instrucciones previas”, interesa reflexionar sobre sus límites, debiendo distinguirse entre los límites materiales y formales.

### II.- LIMITES MATERIALES.

#### 1.- Planteamiento.

Las leyes que han regulado el asunto abordado en esta Ponencia, con alguna excepción<sup>1</sup>, han coincidido expresamente en fijar una serie de límites de orden sustantivo o material a los que deberán atenerse los testamentos vitales o documentos equivalentes.

Interesa notar que tales límites se vinculan a imperativos jurídicos (esto es, pretenden garantizar el respeto al Ordenamiento jurídico) o a requerimientos de tipo profesional conectados con la buena práctica médica.

El precepto clave de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, es el art. 15.3, donde se dice:

“3. No se tendrán en cuenta aquellas 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 se hubiera previsto en el momento de emitirlas. En estos casos debe hacerse la anotación razonada correspondiente en la historia clínica del paciente”.

Por su parte, el Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el Funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas, ha desarrollado los referidos límites legales, añadiendo una sujeción a la ética médica, lo que ha sido criticado justamente<sup>2</sup>. Sin embargo, compartiendo este juicio negativo, resulta razonable considerar que la propia sujeción del contenido del testamento vital al ordenamiento jurídico permite dar cobertura a esta innovación reglamentaria, siempre que se interprete la mención a la ética médica como una referencia a la normativa deontológica que, en puridad, forma parte del Ordenamiento Jurídico.

En cualquier caso, y al margen de lo anterior, procede efectuar un comentario de estos límites.

## 2.- La legislación vigente.

### A.- *Previo*

Dentro de los límites o condicionantes ligados al respeto a la legislación vigente, debe hacerse mención al tratamiento legal de la eutanasia, a los tratamientos sanitarios obligatorios vinculados a la salud pública y a las cuestiones que suscitan ciertas prácticas médicas con quienes profesan determinadas confesiones religiosas. Adicionalmente, una mención específica merece la posible incidencia de las regulaciones sustantivas sobre los contenidos adicionales del testamento vital y que van más allá de los conectados con las instrucciones previas relativas a tratamientos médicos, ya que el Decreto 100/2003, de acuerdo con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, permite también incluir previsiones referentes a la donación de órganos y al destino del cuerpo tras el fallecimiento. En concreto, se hará una referencia específica a la realización obligatoria de autopsias en contra de la voluntad manifestada por el afectado y su familia.

1 Naturalmente, el silencio del legislador autonómico no impedirá que sea de aplicación la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, y en concreto el art. 11.3, donde se dice:

*“No serán aplicadas las instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico, a la ‘lex artis’, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia de las anotaciones relacionadas con estas previsiones”.*

2 Adolfo ALONSO ORTEGA, “Los derechos de los pacientes”, en J.PEMAN GAVIN, Dir., *Derecho Sanitario Aragonés*, Cortes de Aragón, Zaragoza, 2004, p. 228

### B.- El problema de la eutanasia.

No puede ocultarse que una de las connotaciones que despierta el régimen del testamento vital se vincula con la eutanasia<sup>3</sup>. De ahí que deba partirse de lo dispuesto en el art. 143.4 del Código Penal, cuyo tenor dice así:

*“4. El que causare o cooperare activamente con actos necesarios y directos a la muerte de otro, por la petición expresa, seria e inequívoca de éste, en el caso de que la víctima sufriera una enfermedad grave que conduciría necesariamente a su muerte, o que produjera graves padecimientos permanentes y difíciles de soportar, será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a las señaladas en los números 2 y 3 de este artículo”.*

De acuerdo con planteamientos más o menos aceptados convencionalmente, cabe distinguir, en primer lugar, la eutanasia activa, consistente en actos ejecutivos que suponen un acortamiento de la vida del paciente, distinguiéndose entre la eutanasia directa que persigue directamente la muerte de una persona que sufre una enfermedad (que, en todo caso, sería punible) y la eutanasia indirecta que consiste en la aplicación de analgésicos o lenitivos a una persona próxima a la muerte patológica o traumática con la finalidad exclusiva de eliminar o paliar los graves e insoportables sufrimientos físicos que padece, sin perjuicio de que aquéllos puedan producir un acortamiento no significativo de su vida<sup>4</sup>.

Por su parte, la eutanasia pasiva consiste en la no iniciación o en la interrupción de un tratamiento que contribuye a la prolongación artificial e innecesaria de la vida humana deteriorada de forma irreversible por una enfermedad incurable y terminal, de manera que se acelera el desenlace mortal. Es este tipo de eutanasia pasiva la que despierta mayores interrogantes, debido a la dificultad de identificar con toda claridad como un comportamiento omisivo, o no, el hecho de interrumpir tales tratamientos. En este sentido, importa señalar que autores como VALLE MUÑIZ<sup>5</sup> han negado que dicha conducta sea punible.

En definitiva, cabe afirmar que, en todo caso, no podría incluirse en un Documento de Voluntades Anticipadas una instrucción consistente en una práctica de eutanasia activa directa<sup>6</sup>.

3 J.L. REQUERO IBÁÑEZ, “El testamento vital y las voluntades anticipadas: aproximación al ordenamiento español”, Diario *La Ley*, nº 5570, de 20 de junio de 2002.

4 En concreto, J.L. DIEZ RIPOLLES, al comentar el art. 142, en su libro coordinado por él mismo y por Luis GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 231 y siguientes, que se refiere a los casos de eutanasia terminal (situaciones en las que la medicina, a tenor de los actuales conocimientos y técnicas, sólo puede limitarse estrictamente a retrasar el momento de la muerte, sin capacidad para asegurar una vida que mantenga con una mínima autonomía las funciones vitales esenciales), de eutanasia paliativa (situaciones en que la aplicación de analgésicos o lenitivos para eliminar o mitigar los graves sufrimientos padecidos da lugar a una anticipación del momento de la muerte), y eutanasia cualitativa (que integra situaciones en que se eliminan las graves carencias o sufrimientos padecidos por medio de la directa provocación de la muerte). Tras analizar cada uno de estos tipos de eutanasia, este autor concluye (p. 244) que “los comportamientos abarcados por el art. 143.4 han quedado prácticamente reducidos a los comportamientos activos de eutanasia cualitativa, sin distinciones adicionales relativas a la cualidad del sujeto”, expresando, no obstante, que “a ellos cabría añadir comportamientos activos de eutanasia paliativa constitutivos de homicidio consentido en cuanto no realizados por personal sanitario ni por representantes del afectado”.

5 José VALLE MUÑIZ, en Gonzalo QUINTERO OLIVARES (Dir), *Comentarios al nuevo Código Penal*, 3ª edición, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 750 y siguientes, quien defiende la atipicidad de la eutanasia activa indirecta y de la eutanasia pasiva y Adolfo ALONSO ORTEGA, “Derechos...cit”, p. 219.

6 En este sentido, interesa dejar constancia del modelo de Documento de Voluntades Anticipadas del Gobierno de Aragón, al objeto de poder comprobar el tipo de instrucciones propuestas:

“DECLARO

*Que si en un futuro no puedo tomar decisiones sobre mi cuidado médico como consecuencia de mi deterioro físico y/o mental*  
(...)

### C.- Riesgo para la salud pública.

Al margen de implicaciones vinculadas al delicado tema de la eutanasia, es obvio que el Ordenamiento Jurídico también impide aceptar instrucciones previas o voluntades anticipadas que constituyan un riesgo para la salud pública<sup>7</sup>. Recuérdese en este punto que uno de los límites al consentimiento informado se refiere, precisamente, a la existencia de riesgos para la salud pública. Vale la pena recordar en este punto las correspondientes previsiones legales y, en concreto, lo dispuesto en el art. 13 de la Ley aragonesa, al precisar que se produce una excepción a la exigencia del consentimiento “cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública, si así lo exigen razones sanitarias de acuerdo con lo que se establece en la legislación reguladora sobre esta materia”. Con posterioridad, el art. 9.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ha dispuesto, con carácter básico, que “los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento, cuando existe riesgo para la salud pública a causa de razones sanitarias establecidas por la Ley”.

Naturalmente, las prescripciones legales precitadas deben interpretarse sistemáticamente con la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de Medidas Especiales en materia de Salud Pública<sup>8</sup>, debiendo subrayarse, en todo caso, que, por razón de los preceptos reseñados, sólo podrá prescindirse del consentimiento y, por tanto, sólo se podrá obviar una previsión de un testamento vital cuando esté afectada la salud de la colectividad y no la del propio sujeto afectado. No obstante, no puede negarse que, en ocasiones, resulta polémico distinguir entre salud pública y salud individual<sup>9</sup>.

*Y si, a juicio del personal médico que entonces me atienda, no existen expectativas de recuperación sin que se produzcan secuelas que me impidan llevar una vida con un mínimo de comunicación con otras personas y de independencia funcional para las actividades de la vida diaria, así como sin dolor severo y continuado,*

*MI VOLUNTAD es que no sean aplicadas, o que se retiren si ya han comenzado a aplicarse, aquellas medidas de soporte vital cardiorrespiratorio y que no se dilate mi vida por medios artificiales como fluidos intravenosos, fármacos o alimentación artificial que sólo están dirigidos a prolongar mi supervivencia.*

*Pido que, cuando los responsables de mi asistencia tengan que optar por tomar decisiones médicas y/o terapéuticas sobre mi persona dirigidas a alargar la vida cuando se den limitaciones cognitivas o motoras que tengan carácter de irreversibilidad con magnitud suficiente, no se apliquen dichas intervenciones. Deseo además que se instauren las medidas y que se me suministren los fármacos que sean necesarios para controlar con efectividad los síntomas que puedan causarme dolor, padecimiento, angustia o malestar, aunque eso pueda acortar mi expectativa de vida.*

(...)”.

<sup>7</sup> En un momento posterior a la fecha de exposición de esta coaponencia, puedo dar noticia de dos monografías de profesores de la Universidad de Lérida de tema sanitario, donde se abordan aspectos del régimen legal de la intervención administrativa en materia de salud pública. Me refiero al libro recopilatorio de Juan PÉMAN GAVIN, *Asistencia Sanitaria y Sistema Nacional de Salud*, Comares, Granada, 2005; y a la monografía de César CIERCO SEIRA, *Administración Pública y salud colectiva*, Comares, Granada, 2006.

<sup>8</sup> Como es sabido, la génesis de esta Ley Orgánica se debió a la conveniencia de desgajar ciertos preceptos del Proyecto de lo que más tarde sería la Ley General de Sanidad, con el objetivo de obtener una ley orgánica independiente dedicada a esta materia, por lo que finalmente se aprobó con carácter autónomo la Ley Orgánica citada. Explica estas vicisitudes Eduardo COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos sanitarios obligatorios y el derecho a la salud*, HAEE/IVAP, Oñati, 1988, pp. 331-332.

<sup>9</sup> Sobre las dificultades de diferenciar entre tratamientos sanitarios individuales y relativos o referentes a la salud pública, cabe recoger alguna de las opiniones vertidas en una mesa redonda en una actividad formativa del Consejo General del Poder Judicial (*Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 259-260):

*“En cuanto a la Dra. Miralles, le voy a plantear sólo una cuestión. Usted decía la obligación de recibir tratamiento cuando es contagioso. Le voy a exponer un caso. Un enfermo, en un intento de suicidio, ha quedado parapléjico, una paraplejía con bastantes posibilidades de rehabilitación, pero que como buen enfermo mental no aceptó rehabilitarse y se mantuvo en aquella silla de ruedas, creando en su entorno -entiéndase la familia que es donde el 84 % de los enfermos están- un caos dentro de la familia, una sobrecarga y por supuesto una gran agresividad contra la salud de la familia. Eso también perjudicaba a terceros, entiéndase comunidad. Sin*

Vale la pena preguntarse si será necesario que la Administración sanitaria deba obtener autorización o ratificación judicial para superar una negativa del afectado o, en su caso, una instrucción contraria en el correspondiente testamento vital (por ejemplo, una negativa a ser internado o sometido a determinado tratamiento médico necesario para curar una enfermedad con potencial incidencia en la colectividad). En este punto, el art. 9.2 de la Ley 41/2002 parece limitar la necesidad de esta intervención judicial a los casos en que resulte preciso el internamiento del afectado. Sin embargo, el art. 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que encomienda al Juez de lo Contencioso-Administrativo este tipo de responsabilidades, presenta una redacción mucho menos precisa, al encomendarles la autorización o, en su caso, la ratificación de las medidas sanitarias urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental. De ahí que no sea imprevisible que las autoridades sanitarias soliciten del Juez de lo Contencioso-Administrativo la autorización o ratificación en relación con medidas diferentes del internamiento.

*D.- Problema de las transfusiones de sangre y tratamientos sanitarios adoptados en razón de la protección de la salud individual de las personas.*

Con anterioridad a la Legislación reguladora de las voluntades anticipadas o testamentos vitales, ya existía un sector de opinión a favor de considerar que los mayores de edad podrían rechazar transfusiones de sangre, sin que procediera suplantarse su voluntad por la decisión del facultativo o por resolución judicial<sup>10</sup>, si bien tampoco faltaban planteamientos más matizados<sup>11</sup>. Este debate ha tenido también su incidencia en la propia doctrina constitucional, en los casos relativos a la huelga de hambre de presos

*embargo, nadie le obligó a recibir esa rehabilitación. se mantuvo en aquella silla de ruedas, creando en su entorno -entiéndase la familia que es donde el 84 % de los enfermos están- un caos dentro de la familia, una sobrecarga y por supuesto una gran agresividad contra la salud de la familia. Eso también perjudicaba a terceros, entiéndase comunidad. Sin embargo, nadie le obligó a recibir esa rehabilitación. Sí, sin embargo, le están obligando a recibir tratamiento contra la tuberculosis que ha cogido porque se ha negado a alimentarse y de ello se ha derivado, creo -no soy médico no lo puedo jurar-, que al negarse a alimentarse ha cogido una tuberculosis. Y ahora está obligatoriamente ingresado y recibiendo tratamiento. ¿No es eso una paradoja?''.*

10 Por ejemplo, Javier ESPINAL MANZANARES ("La objeción de conciencia a los tratamientos médicos", *Asamblea*, núm. 10, 2004, p. 47) ha dicho que "en el supuesto del adulto capaz, la generalidad de la doctrina coincide en señalar que se debe respetar su decisión de oponerse a la aplicación del tratamiento médico. En este sentido, Navarro-Valls, Martínez Torrón y Jusdado señalan que dicho respeto debe obtenerse, bien considerando el mismo como una exigencia básica del respeto a la libertad de conciencia de cada persona, o bien apelando a la dignidad del ser humano, afirmando igualmente que la objeción constituye una afirmación moral de los propios objetores, con lo que se debe respetar su decisión de objetar la aplicación del tratamiento aunque se tenga la certeza de que su negativa a la medicación le causará la muerte".

En la publicación de tipo práctico, elaborada por Concepción BENEDI ANDRES y Concepción LOPEZ-HONTANAR Y FERNÁNDEZ ROLDAN, *Manual práctico del Juzgado de Guardia*, Comares, Granada, 1998, pp. 328 a 330, se distingue respecto a la procedencia de obtener autorización judicial si el afectado es mayor o menor de edad, llegando a conclusiones diferentes, ya que, en caso de mayoría de edad, dicha voluntad del individuo debería ser respetada, a diferencia de lo que ocurriría con el menor de edad al ser aplicable el art. 158.3 del Código Civil.

Por su parte, E. COBREROS MENDAZONA, *Los tratamientos...*, cit, p. 318, tras un estudio de la doctrina judicial, concluía: "En definitiva, reconocido lo delicado del supuesto -que constituye verdaderamente, uno de estos casos-límite que se presentan en la realidad y que tan difíciles son de abordar con los abstractos instrumentos que constituyen las normas jurídicas- y admitida también la buena voluntad subjetiva de quien pretende hacer 'todo lo posible' por salvar la vida de aquél que se encuentran en algún sentido bajo su responsabilidad, ha de reiterarse, sin embargo, que una actuación contra la voluntad de un testigo de jehová, imponiendo una transfusión sanguínea, no está amparada por nuestro ordenamiento y, en consecuencia, deben ser respetadas su voluntad y su conciencia, siempre que se refieran exclusivamente a su propia persona (no, en cambio, si se trata de un hijo menor, como ya se concluyó páginas atrás)".

También, cabe citar el trabajo del Magistrado ANDRES JAVIER GUTIERREZ GIL, "Los tratamientos médicos forzosos", en *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, p. 242,

del GRAPO y a la condena dictada contra los padres de un menor testigo de jehová que falleció a causa de una tardía transfusión (STC 154/2002, de 18 de julio). En principio, la nueva legislación sanitaria (la autonómica y la estatal) supone un espaldarazo a estos planteamientos fortalecedores de la libertad individual<sup>12</sup>. En este sentido, el jurista de las Cortes de Aragón Adolfo ALONSO ha señalado que “la voluntad expresada en un documento de voluntades anticipadas en el sentido de oponerse a un determinado tratamiento médico -en este caso, a una transfusión de sangre- por motivos religiosos debe ser cumplida por el médico responsable del paciente y el equipo sanitario que le atiende, sin que puedan incurrir en un delito de auxilio omisivo al suicidio, ya que dicha voluntad no sólo no es contraria al ordenamiento jurídico, sino que, en el caso de no cumplirse, se estarían violando los derechos constitucionales a la integridad física y moral y a la libertad religiosa, siempre, como es evidente, que no se encuentren en juego derechos fundamentales de terceras personas ni bienes o valores constitucionales que puedan motivar la oposición a un tratamiento, el paciente, al oponerse a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo, está ejerciendo 'un derecho de autodeterminación que tiene por objeto el propio substrato corporal -como distinto del derecho a la salud o a la vida- y que se traduce en el marco constitucional con un derecho fundamental a la integridad física' (artículo 15 CE)' (STC 154/2002, de 18 de julio, f.j.9)”<sup>13</sup>.

*E.- Prescripciones legales en relación con el destino del cuerpo: la posible realización de autopsias por razones sanitarias.*

Como ya se ha adelantado, en el testamento vital puede determinarse también el destino del cuerpo, lo que, en principio, también deberá ser respetado. Sin embargo,

---

11 Dentro de la doctrina civilista, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, concluye su trabajo “Intervenciones corporales obligatorias y tratamientos sanitarios obligatorios”, en *Internamientos involuntarios, intervenciones corporales y tratamientos sanitarios obligatorios*, Consejo General del Poder Judicial, 2000, pp. 228-229, manifestando:

*“A los efectos de los derechos constitucionales que, como acaba de verse, se hallan implicados en la adopción de tratamientos sanitarios obligatorios, sin detrimento del deber que tiene la organización sanitaria de cuidar de la salud de las personas, y de los casos en que puede prescindirse del consentimiento del afectado, pienso que únicamente pueden ser impuestos aquellos tratamientos obligatorios a las personas por virtud y al amparo de una norma legal que así lo exija, y siempre con un importante límite: el respeto debido a la propia persona, cuya dignidad debe quedar a salvo, tanto en los fines perseguidos como en los procedimientos empleados (dudosa permisibilidad de la ejecución coactiva).*

*En línea de principio, debe respetarse, en aras de los principios constitucionales de libertad y dignidad de la persona, la negativa del afectado a someterse a estas pruebas. Pero cuando la situación sea extrema y haya riesgo grave e irreversible y el desenlace final pueda ser la muerte, creo que puede someterse, contra la voluntad de esa persona, a pruebas, a tratamientos sanitarios obligatorios, por decisión del propio médico cuando la ley se lo permita directamente, o en otro caso bajo control judicial (autorización previa, si es posible, o dación de cuenta y seguimiento posterior en otro caso).*

*Creo que es muy importante ese control judicial, que hemos encontrado tanto en la ley como en la jurisprudencia (nacional y extranjera) como medio de complementar o de sustituir la voluntad y el consentimiento de los que no pueden darlo (total o parcialmente) o no quieren darlo y no se les puede dejar morir por mor de esa negativa”.*

12 Sin embargo, Juan PEMAN GAVIN, “Reflexiones en torno a la regulación básica de los derechos de los pacientes contenida en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”, *Revista del Poder Judicial*, 74, 2004, pp. 119-120, considera que estos supuestos no se regulan expresamente en la Ley básica:

*“Por lo que se refiere a los internamientos y tratamientos forzosos o coactivos en interés de la salud del propio paciente, se trata de una situación que en realidad la LBDP no aborda, pues dicha Ley alude a los supuestos de riesgo grave para el paciente en los que no resulta posible obtener su consentimiento -hay que entender que la propia situación en la que se encuentra el paciente le impide emitir el consentimiento- autorizando en tales casos al médico a realizar las actuaciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente. Pero no se refiere en cambio a los casos de riesgo grave en los que el paciente se manifiesta abiertamente en contra de un determinado tratamiento o de la propia hospitalización. Se contemplan, por tanto, las intervenciones sanitarias sin el consentimiento del paciente pero no contra su voluntad expresa, de modo que no se ha entrado a regular las situaciones de conflicto que pueden producirse entre la autonomía y libertad de las personas y la protección de la salud y de su vida: nuestro ordenamiento jurídico sigue sin ofrecer criterios legales explícitos que pudieran ayudar a afrontar los delicados problemas que en ocasiones se plantean en la práctica médica y ante los órganos judiciales”.*

diferentes circunstancias podrán llevar a que se obvie la voluntad expresada. Piénsese por ejemplo en la realización de autopsias en el marco de la investigación penal o por razones sanitarias.

En este sentido, merece reseñarse la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 5 de diciembre de 2002, RJCA 2002/392, en la que se revocó el Auto de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, por el que se ratificó la “medida sanitaria” adoptada por el Director General de la Salud Pública de la Comunidad Autónoma de Madrid en resolución 169/2001, de 4 de junio, por la que se ordenaba, una vez se produjera el fallecimiento de D. Francisco Javier M.S. y si se careciese de su autorización expresa, o la de su cónyuge o familiar en primer grado, la realización de autopsia. Frente a tal Auto, se interpuso recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y por el afectado con base en los razonamientos que se recogen en la propia Sentencia:

*“El Ministerio Fiscal fundamenta, básicamente, su recurso de apelación en que: a) No estamos ante uno de los supuestos previstos en el art. 8.5, párrafo segundo, de la LJCA por lo que la solicitud de la CA Madrid debió ser inadmitida y ello porque, a su juicio, ese control judicial de las medidas sanitarias queda circunscrito a las medidas adoptadas en supuestos de enfermedades contagiosas encaminadas a prevenir y evitar el contagio de la población, sin embargo en el caso de autos ‘el enfermo padece una enfermedad mortal incurable pero no contagiosa, de modo que su cuerpo, tanto vivo como tras el fallecimiento, no comporta un riesgo para la salud pública a la que en modo alguno compromete’. No existe urgencia ni necesidad para la salud pública y esa ‘necesidad’ de la autopsia no es otra que la confirmación del previo diagnóstico probable, pero no va dirigida a prevenir un riesgo de contagio o salvaguardar la salud pública; 3) Tampoco la realización de una autopsia clínica incide en la intimidad familiar.*

*El afectado, en su recurso de apelación, combate el Auto recurrido pues aun cuando conviene con el Juzgado en la afectación al derecho fundamental a la intimidad familiar, considera que falta el presupuesto de la necesidad y urgencia sin la cual no cabe adoptar medida sanitaria de clase alguna y, en consecuencia, postula la anulación del Auto recurrido y la consiguiente denegación de la ratificación judicial de la medida”.*

En este punto, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid rechazó por diferentes motivos la procedencia de la autorización, entre los que destaca, a los efectos de estas reflexiones, que “la autopsia clínica en el caso de fallecidos fuera de los hospitales queda garantizada -si existiera interés médico y científico relevante, como parece que aquí acontece- con la ‘orden de la autoridad sanitaria’ si no existiera constancia escrita de la autorización del afectado antes de su fallecimiento o conformidad del cónyuge o familiares en primer grado del difunto (art. quinto tres del ya citado Real Decreto 2230/1982).

Será por tanto posible rechazar una previsión contraria a la realización de una autopsia, contenida en un testamento vital, cuando sea necesaria en los términos previstos en el Real Decreto 2230/1982.

<sup>13</sup> “Los derechos...cit”, p. 224. En esta línea, aunque sin referirse al testamento vital de modo expreso, cabe referir la opinión del Magistrado Angel GIL HERNÁNDEZ, *Intervenciones corporales y derechos fundamentales*, Colex, Madrid, 1995, p. 114, al expresar que “la decisión libremente adoptada por persona capaz de autodeterminarse, de negarse a someterse a tratamiento hematológico, como consecuencia de sus ideas religiosas y de conciencia, ha de ser respetada, en cuanto la libertad es esencial a la naturaleza humana, en el sentido de que el individuo dispone de su propia libertad y concibe su particular modo de desarrollar su propia personalidad, y, en todo caso, el Ordenamiento jurídico debe garantizar, no obstaculizar, la libre decisión del individuo apenas adquirida la capacidad suficiente para adoptarla, ya que el orden jurídico y el orden político tienen por objeto hacer al hombre libre siempre, eso sí, que no ponga en peligro la libertad de los demás, lo que, desde luego, no ocurre en el supuesto del testigo de Jehová que se niega libremente a ser sometido a una transfusión sanguínea”.

### 3.- Ética médica y normas deontológicas

Ya se ha señalado la novedad reglamentaria aragonesa sobre los postulados legales (autonómicos y estatales) al incorporar el límite referente a la ética médica, no obstante lo cual, también se ha expuesto que, en opinión de quien les habla, tal mención debe reconducirse a las correspondientes normas deontológicas, cuya aprobación incumbe a las respectivas corporaciones profesionales como consecuencia de su función ordenadora de la profesión que constituye, según expresión doctrinal, uno de los “núcleos duros” de sus competencias<sup>14</sup>. En este sentido, debe recordarse que el art. 5 i) de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, establece como competencia de estas Corporaciones profesionales la de “ordenar en el ámbito de su competencia la actividad profesional de sus colegiados, velando por la ética y dignidad profesional”. Precisamente, para cumplir esta función se han reconocido distintas potestades a los Colegios Profesionales y, en concreto, una potestad normativa y una potestad disciplinaria. Dentro de la primera potestad, se encuentra la aprobación de las Normas Deontológicas, de cuyo valor normativo no puede dudarse a la vista de la declaraciones jurisprudenciales reiteradas. Es significativa en este punto la STC 219/1989, de 21 de diciembre, donde con toda claridad se ha dicho que “las normas de deontología profesional aprobadas por los Colegios profesionales o sus respectivos Consejos Superiores u órganos equivalentes no constituyen simples tratados de deberes morales sin consecuencias en el orden disciplinario”.

Expuesto el valor normativo de las normas deontológicas, cabe preguntarse, naturalmente, sobre la virtualidad de estas reglamentaciones profesionales en el tema que nos ocupa. Naturalmente, estas disposiciones deberán supeditarse a la Ley (y, por tanto, a las normas legales sobre derechos de los pacientes), pero, a pesar de ello, pueden concretar aspectos oscuros de esa legislación, por lo que su importancia no puede ser minusvalorada<sup>15</sup>. En este sentido, interesa destacar el art. 27 del Código de Ética y Deontología Médica de 1999, en cuyo apartado segundo, se dice que “el médico no deberá emprender o continuar acciones diagnósticas o terapéuticas sin esperanza, inútiles u obstinadas. Ha de tener en cuenta la voluntad explícita del paciente a rechazar el tratamiento para prolongar su vida y a morir con dignidad. Y cuando su estado no le permita tomar decisiones, el médico tendrá en consideración y valorará las indicaciones anteriores hechas por el paciente y la opinión de las personas vinculadas responsables”.

### 4.- Lex Artis y verificación de la instrucción previa con el supuesto de hecho correspondiente.

Fuera de las coordinadas estrictamente jurídicas, la legislación sanitaria incorpora otro límite vinculado a lo que cabe denominar como buena práctica clínica (en expresión de la legislación aragonesa), que, en puridad, también debería englobar lo que, literalmente, constituye un límite autónomo (esto es, la adecuación de la instrucción al caso fáctico). Y es que ciertamente sería contrario a la llamada “lex artis” aplicar un tratamiento erróneo o inadecuado, en cuanto previsto para otro supuesto de hecho, a una determinada patología. En todo caso, expertos en bioética han postulado por una interpretación flexible de este límite, “puesto que se pretende introducir un componente casi

---

14 L. CALVO SÁNCHEZ, Régimen jurídico de los Colegios Profesionales, Civitas, Madrid, 1998, p. 621.

15 Vale la pena dar noticia en este punto del Auto de 4 de octubre de 2005, del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Barcelona nº 12, Magistrado D. Eduardo Paricio Rallo, que ha suspendido dos previsiones del Código de Deontología aprobado por Acuerdo Plenario del Consejo de Colegios de Médicos de Cataluña, en cuanto supone una contravención de diversas normas civiles en materia de capacidad y de la Ley 41/2002.



matemático en las previsiones que el otorgante puede llegar a hacer respecto a su futura situación”, añadiéndose que, en la mayoría de los casos, “pretender que se cumpla este requisito sin posibilidad de flexibilidad o modulación equivaldría casi a anular el propio documento”<sup>16</sup>. De ahí que, con buen criterio, se haya subrayado el importante papel interpretativo que puede realizar la persona designada en el propio testamento vital, al objeto de aclarar el contenido del documento.

Finalmente, importa señalar que merecería la pena, especialmente a la vista del sistema aragonés de formalización de los Documentos de Voluntades Anticipadas, valorar la procedencia de fijar un límite temporal de vigencia de estos documentos para propiciar su actualización a los constantes avances de la ciencia médica.

### III.- LIMITES FORMALES

#### 1.- Las previsiones de la legislación básica.

De acuerdo con la distribución constitucional de competencias en materia sanitaria, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en su art. 11, se remite a la legislación autonómica en cuanto al procedimiento que deba seguirse para garantizar el cumplimiento de las instrucciones previas, si bien exige, en todo caso, la forma escrita<sup>17</sup>.

Mayores problemas suscita la exigencia de mayoría de edad, también impuesta en la normativa básica, lo que constituye una opción que no siempre se ha seguido en la regulación autonómica (es el caso de la Comunidad Foral de Navarra); cuestión de la que ya se ha ocupado la ponente<sup>18</sup>.

#### 2.- El procedimiento de formalización y de revocación de las voluntades anticipadas.

##### A.- Requisitos

Entrando en el análisis del procedimiento, el art. 15.2 de la Ley aragonesa precisa que la declaración de voluntades anticipadas se formalizará ante Notario o “ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales, dos, como mínimo, no pueden tener relación de parentesco hasta el segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante”.

16 Núria TERRIBAS i SALA, “Las voluntades anticipadas y su problemática en la aplicación práctica”, en *Salud Pública y Derecho Administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pp. 282 y ss.

17 Con independencia de cuestiones competenciales, y frente a lo expuesto por algún autor defensor de la posible manifestación verbal por el propio paciente o por otras personas (Sergio ROMEO MALANDA, “Un nuevo marco jurídico-sanitario: la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, sobre Derechos de los Pacientes”, *La Ley*, 5703, 2003), creo que la forma escrita proporciona mayores dosis de seguridad en una cuestión tan delicada como la abordada.

18 Algunos autores, dentro de una posición no unánime, se han manifestado a favor de equiparar la edad necesaria para manifestar el consentimiento informado con la requerida en relación con la documentación de las voluntades anticipadas. Así, por ejemplo, Javier PLAZA PENEDES, “La Ley 41/2002, básica sobre Autonomía del Paciente, información y Documentación Clínica”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, Año XIII, N° 562, de 23 de enero de 2003, p. 6, ha expresado que “si tiene el derecho a expresar su consentimiento informado, no entiendo por qué la ley estatal no les ha reconocido, con carácter general, capacidad para expresar sus instrucciones previas o voluntades anticipadas”. Sin embargo, tampoco resulta irracional exigir una mayor edad para formular válidamente una declaración que va a tener efectos pro futuro.

### *B.- Aspectos organizativos*

Dentro de lo que es la formalización de las voluntades anticipadas, debe destacarse, de entrada, que, entre el Proyecto de Ley y la Ley definitivamente aprobada, existe una notable diferencia, ya que, como consecuencia de una transacción elaborada en la Ponencia con ocasión de dos enmiendas presentadas por un Grupo Parlamentario<sup>19</sup>, han tenido entrada dos elementos organizativos que no estaban contemplados inicialmente mediante la incorporación de dos apartados adicionales al art. 15 (el quinto y el sexto). Me refiero, en concreto, a las llamadas Comisiones de Valoración y al Registro de Voluntades Anticipadas, que no figuraban en el texto remitido por el Gobierno, que seguía el patrón de la Ley catalana<sup>20</sup>. Es decir, de acuerdo con el Proyecto remitido por el Gobierno de Aragón, el documento de voluntades anticipadas constituía un documento dirigido al médico de una persona, que debía ser entregado en el centro sanitario donde fuera atendido el paciente; deber que incumbía al propio paciente, a sus parientes, allegados o representantes. Sin embargo, aunque la Ley definitiva mantiene todavía esta caracterización del Documento de Voluntades Anticipadas, lo cierto es que la introducción de los dos elementos organizativos referidos ha supuesto una innovación de relieve frente a otras normas dictadas en la materia por parte de las Comunidades Autónomas. Interesa, por tanto, analizar la virtualidad de cada una de estas organizaciones.

En primer lugar, debe decirse que, en cada centro hospitalario, deberá crearse una comisión encargada de valorar el contenido de dichas voluntades, de conformidad con el art. 15.5 de la Ley, que tendrá la importante función de examinar tales Documentos de Voluntades Anticipadas y de resolver lo que proceda sobre si deben ser tenidos, o no, en cuenta. Tales Comisiones, de acuerdo con el art. 5 del Decreto 100/2003, estarán formadas por tres miembros, de los cuales al menos uno poseerá formación acreditada en Bioética Clínica y otro será licenciado en derecho o titulado superior con conocimientos acreditados de legislación sanitaria. Su nombramiento se encomienda al Director del Centro Sanitario, que tiene la posibilidad de nombrar a personal ajeno al propio centro.

En todo caso, llama la atención que el Reglamento considere “dependencias administrativas”, no sólo al Registro (como luego se verá), sino también a los centros hospitalarios, por lo que parece excluir que puedan presentarse testamentos vitales en centros sanitarios privados. Esta convicción reglamentaria se plasma también en la aplicabilidad de las normas públicas atinentes a los órganos colegiados en la actuación de las Comisiones de Valoración (art. 5.3 del Decreto 100/2003), lo que sería, cuando menos, insólito si se trata de comisiones integradas en hospitales privados.

En segundo lugar, y de un modo ciertamente indefinido en cuanto a su ámbito funcional y al tipo de relaciones a mantener con las precitadas Comisiones de Valoración,

<sup>19</sup> La enmienda núm. 49 del Grupo Parlamentario Popular, proponía la incorporación del apartado quinto del art. 15 en los siguientes términos:

“5. Cada centro hospitalario deberá contar con un Comité de Ética encargado de valorar el contenido de dichas voluntades. En cualquier caso deberá tenerse en cuenta la objeción de conciencia del facultativo si la hubiese”.

Por su parte, la enmienda núm. 50, del Grupo Parlamentario Popular, iba dirigida a incorporar el apartado sexto del art. 15 con el siguiente tenor:

“6. Se creará en el Servicio Aragonés de Salud el correspondiente Registro de Voluntades Anticipadas”.

<sup>20</sup> Así, el art. 8 de la Ley del Parlamento de Cataluña 21/2000, de 29 de diciembre, sobre Derechos de Información concerniente a la Salud y la autonomía del paciente y a la documentación clínica, comienza diciendo, en su apartado primero, que “el documento de voluntades anticipadas es el documento, dirigido al médico responsable”, añadiendo en el apartado cuarto que “si existen voluntades anticipadas, la persona que las ha otorgado, sus familiares o su representante debe entregar el documento que las contiene al centro sanitario donde la persona sea atendida”.

en la Ley aragonesa se contempla una segunda referencia de tipo organizativo, ya que el art. 15.6 se limita a señalar lo que sigue:

*“6. Se crea el Registro de Voluntades Anticipadas, dependiente del Servicio Aragonés de Salud. Reglamentariamente, se regulará su organización y funcionamiento, así como el acceso a los documentos contenidos en el mismo, al que únicamente tendrán derecho las personas interesadas y el centro sanitario donde el paciente sea atendido”.*

Pues bien, en el Reglamento aragonés las más o menos imprecisas referencias legales han permitido establecer un mínimo sistema de coordinación entre las Comisiones de Valoración y el Registro de Voluntades Anticipadas. En efecto, de entrada, se posibilita la presentación del documento en cuestión en el Registro de Voluntades Anticipadas y no sólo en el centro sanitario. No obstante, cuando la presentación se realice en el correspondiente centro sanitario, sólo se dará traslado al Registro de Voluntades Anticipadas “cuando así lo solicite el otorgante”. Esta última referencia a la expresa solicitud del otorgante, en orden a la remisión del documento al Registro autonómico, trae causa previsiblemente de una observación de la Comisión Jurídica Asesora, ya que, al parecer, el Anteproyecto de la Disposición contenía el traslado automático al Registro autonómico<sup>21</sup>. De cualquier modo, es curioso que se elimine este traslado automático, pero que, sin embargo, se exprese, en el art. 6.3, que “la revocación de un Documento de Voluntades Anticipadas se comunicará al Registro de Voluntades Anticipadas para su anotación”, con lo que podría anotarse la revocación de uno de estos Documentos que, en puridad, no podría estar registrado.

En el artículo 8 del Decreto 100/2003, se especifican las funciones del Registro, a saber:

*“- Inscribir los Documentos de Voluntades Anticipadas, de acuerdo con los requisitos formales y materiales establecidos en el presente Reglamento, así como informar y asesorar a los otorgantes del documento sobre los mencionados requisitos.*

*- Facilitar a los Centros Asistenciales los Documentos de Voluntades Anticipadas que hayan sido inscritos para su estudio por parte de la Comisión de Valoración y su posterior incorporación a la historia clínica, así como facilitar el acceso y consulta a los Documentos de Voluntades Anticipadas por los profesionales sanitarios en los supuestos contemplados en la Ley 6/2002, de Salud de Aragón.*

*- La coordinación del Registro de Voluntades Anticipadas con el Registro Nacional de Instrucciones Previas, regulado por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre”.*

Por tanto, el Registro, además de remitir los Documentos que se presenten en dicho Registro a la correspondiente Comisión de Valoración, va a servir de instrumento de comunicación de la eventual existencia de este Documento a los profesionales sanitarios, estableciéndose el deber de solicitar información a dicho Registro cuando el paciente no pueda prestar su consentimiento, en los términos establecidos en el art. 12.2 del Decreto 100/2003.

En todo caso, resulta claro que la inscripción en el Registro no presenta naturaleza constitutiva, al no estar previsto así en la normativa.

<sup>21</sup> Se trata del Dictamen 59/2003 de este órgano consultivo, donde puede leerse que “no parece que si el interesado, su representante o sus familiares o allegados han decidido no inscribir el documento de voluntades anticipadas en el Registro, sino limitarse a presentarlo en el momento en que resulte necesaria la atención médica el correspondiente centro sanitario, pueda reglamentariamente ordenarse la inscripción de oficio de este documento en aquel Registro, dado que así se privaría a la inscripción del carácter absolutamente voluntario contemplado en la Ley”.

*C.- Fiscalización de los Documentos de Voluntades Anticipadas.*

De acuerdo con el tenor de la Ley, para que el Documento de Voluntades Anticipadas surta efecto, únicamente, es necesario que se presente ante el Centro Sanitario, de manera que corresponde a las Comisiones de Valoración constituidas en los mismos su examen. De este modo, si tales Comisiones considerasen que el Documento presentado a su examen contradice los límites ya vistos resolverá no tener en cuenta dicho Documento. En este caso, deberá hacerse la correspondiente anotación en la historia clínica del paciente.

A lo expuesto, hay que añadir que las competencias de estas Comisiones no se limitan a evaluar los documentos, sino que también realizan una labor de asesoramiento a los profesionales sanitarios sobre las actuaciones a seguir ante un Documento de esta naturaleza, por lo que parece reconocérseles una suerte de función interpretativa de los mismos.

Por su parte, el art. 9 del Decreto 100/2003 se ocupa de la inscripción en el Registro que, se insiste en ello, no tiene carácter constitutivo. En este sentido, el Reglamento incorpora como anexo un modelo. Tales documentos, según el precepto citado, deberán presentarse por el otorgante, por sus familiares o allegados, obviándose la posible remisión por el propio Centro Sanitario conforme al art.4 b) del Decreto 100/2003; posibilidad que, en aras de una interpretación sistemática, debe, sin embargo, aceptarse.

Mención aparte merece la regla especial de presentación en caso de que se trate de un acta notarial, ya que, si ésta incorpora la solicitud de inscripción, podrá presentarse por cualquier persona que acompañe una copia autorizada del mismo. En cambio, "si el documento no contuviera la solicitud de inscripción, deberá ser el propio otorgante quien haga la presentación del mismo para su inscripción mediante una copia autenticada del mismo y la solicitud que figura en el Anexo I del Reglamento". En su caso, el modelo del Anexo I podrá ser sustituido por un escrito de solicitud, en el que consten los requisitos del art. 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y 15 de la Ley 6/2002.

El art. 10, por su parte, encomienda al responsable del Registro el deber de comprobación de los requisitos de legalidad para el otorgamiento e inscripción, habilitándosele para realizar las actuaciones de comprobación que estime oportunas. En caso de que la documentación no cumpla con los requisitos exigidos legalmente, deberá efectuarse el oportuno requerimiento de subsanación.

De lo que acaba de exponerse, y en especial de la referencia a la posible subsanación de determinados defectos en la documentación, se infiere que las funciones de verificación del Registro se limitan a aspectos formales, ya que, en principio, la valoración del contenido de los Documentos de Voluntades Anticipadas se encomienda a las Comisiones de Valoración de cada centro hospitalario.

El Reglamento establece un régimen de silencio positivo y un plazo de resolución de tres meses.

*D.- Procedimiento de revocación.*

El art. 11.4 de la Ley 41/2002 prevé la posible revocación en cualquier momento de estos Documentos, debiendo dejarse constancia por escrito. Por su parte, la ausencia de previsión expresa en la Ley aragonesa, ha sido suplida por el Decreto 100/2003, que ha establecido algunas reglas en esta cuestión. Así, el art. 6 de dicho Reglamento comienza supeditando la modificación al cumplimiento de los mismos requisitos exigidos para su

otorgamiento, “pudiendo ser la revocación pura y simple o bien total por sustitución por otro o parcial”. Por añadidura, se establece que la adopción de un nuevo Documento revoca al realizado con anterioridad, salvo que en el mismo se infiera la voluntad de que el anterior subsista en todo o en parte. Finalmente, se dispone, como ya se ha dicho, que la revocación se comunicará al Registro de Voluntades Anticipadas.

#### **IV.- VALORACION FINAL**

De entrada, debe señalarse que, ya en el plano legislativo, los límites de las voluntades anticipadas despiertan numerosos interrogantes en cuanto a su concreción. En efecto, remisiones tan genéricas, como las que se refieren al respeto al ordenamiento jurídico o a la adecuación con la buena práctica clínica, pueden conllevar importantes problemas interpretativos, aunque ciertamente no son de fácil evitación, ya que no resulta sencillo efectuar mayores precisiones en la legislación.

Sin embargo, donde sí que, con mayor facilidad, se podía haber realizado un esfuerzo de clarificación hubiera sido con el proceso de formalización de los documentos y con su proceso de valoración y, en su caso, aprobación. En este punto, llama la atención que un documento que, en principio, va dirigido al médico pueda ser valorado o fiscalizado por dos organizaciones distintas (las Comisiones de Valoración y el Registro), sin que se haya articulado un claro sistema de relación entre los diferentes sujetos intervinientes.

Ahora bien, en todo caso, no me parece que la intervención de las Comisiones de Valoración (o de otro órgano semejante) sea inadecuada, ya que proporciona mayor seguridad al médico que deba enfrentarse a un documento de esta naturaleza. Asimismo, cabría valorar la procedencia de trasladar todo Documento que sea evaluado por la correspondiente Comisión de Evaluación al Registro de Voluntades Anticipadas, al objeto, precisamente, como dice el art. 15.6 de la Ley de Salud de Aragón, de garantizar el derecho de acceso a los mismos de las personas interesadas y del centro sanitario donde el paciente sea atendido. Ello tiene especial importancia desde el momento que el Reglamento aragonés impone a los médicos la obligación de consultar el mencionado Registro cuando el paciente no pueda prestar su consentimiento.

En segundo término, es destacable -y, ciertamente, llamativo- el olvido implícito que hace el Decreto del Gobierno de Aragón a los Centros Hospitalarios del sector privado, a los que, en principio, debe aplicárseles también la Ley de Salud de Aragón, lo que, a mi juicio, agrava todavía más en este ámbito los ya aludidos problemas de falta de adecuada coordinación entre los diferentes actores de este tipo de procesos.

