

LA EUTANASIA Y SU INCIDENCIA EN LOS DERECHOS DEL PACIENTE

Juan Alejandro Martínez Navarro*

Resumen

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia ha supuesto un nuevo paso en la ampliación y desarrollo de los derechos del paciente. A través de este texto normativo se origina el derecho a la prestación de ayuda para morir y se da un nuevo impulso a derechos como: recibir información clínica, prestar el consentimiento informado o elaborar unas instrucciones previas. A tal efecto, la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia rediseña un nuevo modelo de relación asistencial entre médico y paciente, que pivota sobre un régimen especial y más estricto de aplicación y cumplimiento de aquellos derechos del paciente que quedan afectados por el derecho a la prestación de ayuda para morir.

Palabras clave: eutanasia; derechos del paciente; instrucciones previas; consentimiento informado; información clínica.

EUTHANASIA AND ITS IMPACT ON PATIENT RIGHTS

Abstract

Organic Law 3/2021, of 24 March, regulating euthanasia, has taken another step in the expansion and development of patient rights. Through this regulatory text, the right to the provision of assisted death has been created, and a new impulse has been given to rights such as receiving clinical information, giving informed consent, and the preparation of living wills. To this end, Organic Law 3/2021, of 24 March, regulating euthanasia redesigns the model of care relationship between doctor and patient, which revolves around a special stricter regime of application and compliance with those rights of patients who are affected by the right to the provision of assisted death.

Key words: euthanasia; patient rights; living will; informed consent; clinical information.

* Juan Alejandro Martínez Navarro, profesor sustituto interino en el área de derecho administrativo, doctor en derecho por la Universidad de Almería. Facultad de Derecho, Edificio Departamental de Ciencias Jurídicas (Edif. D), ctra. Sacramento, s/n, 04120 La Cañada de San Urbano (Almería). jmn055@ual.es.

Artículo recibido el 12.06.2021. Evaluación ciega: 15.07.2021 y 02.08.2021. Fecha de aceptación de la versión final: 08.08.2021.

Citación recomendada: Martínez Navarro, Juan Alejandro. (2021). La eutanasia y su incidencia en los derechos del paciente. *Revista Catalana de Dret Públic*, 63, 198-215. <https://doi.org/10.2436/rcdp.i63.2021.3676>.

Sumario

- 1 Introducción. La eutanasia y los derechos del paciente
- 2 Alternativas y posibilidades de actuación en la Ley de Eutanasia. El derecho a la información clínica
 - 2.1 El deber de informar y la titularidad del derecho a la información clínica
 - 2.2 Metodología y contenido de la información
- 3 La solicitud de prestación. El ejercicio del consentimiento informado en la Ley de Eutanasia
 - 3.1 Los requisitos del consentimiento informado
 - 3.2 El procedimiento para la prestación del consentimiento informado
- 4 La incapacidad de hecho. El valor de las instrucciones previas en la Ley de Eutanasia
 - 4.1 Una breve aproximación a las instrucciones previas
 - 4.2 Requisitos formales y de capacidad
 - 4.3 Contenido y eficacia de las instrucciones previas
- 5 A modo de conclusión
- 6 Bibliografía

1 Introducción. La eutanasia y los derechos del paciente

La Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia (en adelante, Ley de Eutanasia) es el resultado de un amplio y complejo proceso de regulación. La dificultad de desarrollar una norma reguladora que reconozca y garantice el derecho a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir radica en alcanzar el equilibrio entre los distintos bienes jurídicos afectados por su contenido: el derecho a la vida, la integridad física y moral, el libre desarrollo de la personalidad o la autonomía de la voluntad. Por esta razón, es un derecho que deberá modularse en función de otros valores, como la dignidad de la persona.

Con independencia del contenido adaptado en la norma, parece evidente que el legislador es consciente de la relevancia de los elementos jurídicos conexos a la misma:

“La legalización y regulación de la eutanasia se asientan sobre la compatibilidad de unos principios esenciales que son basamento de los derechos de las personas, y que son así recogidos en la Constitución española. Son, de un lado, los derechos fundamentales a la vida y a la integridad física y moral, y de otro, bienes constitucionalmente protegidos como son la dignidad, la libertad o la autonomía de la voluntad.

Hacer compatibles estos derechos y principios constitucionales es necesario y posible, para lo que se requiere una legislación respetuosa con todos ellos. No basta simplemente con despenalizar las conductas que impliquen alguna forma de ayuda a la muerte de otra persona, aun cuando se produzca por expreso deseo de esta” (Ley de Eutanasia, Preámbulo).

A este respecto, la principal consecuencia jurídica derivada de la Ley de Eutanasia es la despenalización de la eutanasia activa y directa (con la correspondiente incorporación del art. 143.5 del Código Penal español) y el reconocimiento del derecho de toda persona que cumpla los requisitos previstos a solicitar y recibir la prestación de ayuda para morir.¹ Dicha prestación ha sido conformada en torno a un riguroso procedimiento y a partir de estrictos requisitos.²

Hasta la década de los años ochenta, la actividad médica se encontraba sumergida en un manifiesto ambiente de corte paternalista.³ En tal medida, la relación médico-paciente se constituye sobre la confianza en la actuación del profesional, de manera tal que el enfermo confiaba su salud e incluso su propia vida al facultativo. Una vez admitida cultural y jurídicamente la autonomía del paciente, el debate se plantea en el potencial conflicto existente entre la autonomía de este y la toma de decisiones médicas. El modelo paternalista se asentaba en la idea de que el profesional médico era el llamado a decidir qué medios serían los empleados para la mejora de la salud y bienestar del paciente. Por el contrario, en el modelo de relaciones asistenciales que diseña la normativa sanitaria actual, el paciente ya no es mero sujeto pasivo de las decisiones médicas, sino actor principal dotado de autonomía informativa y decisoria.

En esencia, lo que desarrolla la reciente Ley de Eutanasia es un nuevo enfoque a la relación médico-paciente. Todo ello, a través de la formación de un nuevo derecho del paciente, el derecho a solicitar la prestación de ayuda para morir, y la amplificación de otros derechos, regulados por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (en adelante, LGS) y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante, LAP).

En particular, la LAP fue diseñada para actuar como el núcleo esencial sobre el cual deberá pivotar el marco normativo regulador de los derechos del paciente. Así pues, lo que se refleja de su contenido es el régimen general aplicable a derechos tan elementales como: la información clínica, el consentimiento informado, las instrucciones previas o la constancia del proceso médico en la historia clínica. A su vez, la Ley de Eutanasia, en su aplicación, conforma un régimen especial, reforzado y más restrictivo de estos derechos.

1 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, art. 4.

2 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, art. 3.g): la prestación de ayuda para morir es la “acción derivada de proporcionar los medios necesarios a una persona que cumple los requisitos previstos en esta Ley y que ha manifestado su deseo de morir. Dicha prestación se puede producir en dos modalidades: 1.ª) La administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente. 2.ª) La prescripción o suministro al paciente por parte del profesional sanitario de una sustancia, de manera que esta se la pueda auto administrar, para causar su propia muerte”.

3 Ogando y García, 2006, p. 168.

En este sentido, lo que analizaré durante las siguientes líneas son los efectos sobre determinados derechos del paciente, consecuencia de la regulación establecida en la Ley de Eutanasia, así como su nueva concepción y desarrollo en aplicación con la prestación de ayuda para morir.

2 Alternativas y posibilidades de actuación en la Ley de Eutanasia. El derecho a la información clínica

El derecho a la asistencia sanitaria no se agota en la prestación de atenciones médicas y farmacéuticas, sino que incluye el derecho esencial a la información de forma clara y comprensible para el enfermo, durante todo el proceso y con advertencia de riesgos y posibles tratamientos alternativos.⁴

La doctrina y la jurisprudencia han entendido que el deber de información clínica presenta una doble vertiente según su función. De un lado, surge el deber de informar teniendo como presupuesto el consentimiento informado, y por otro, el deber de informar teniendo como presupuesto el tratamiento óptimo.⁵

En definitiva, los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma. El derecho a la información se configura como aquel derecho a conocer los datos disponibles sobre la salud del paciente y su estado físico de forma comprensible y suficiente, lo que lo convierte, a mi juicio, en la parte más relevante del proceso de participación activa de los pacientes en la toma de decisiones clínicas.⁶

En lo que respecta al derecho a la información clínica, “los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley”.⁷ Como se analizará a continuación, en su vinculación con la prestación de ayuda a morir, el derecho a la información clínica juega un papel elemental como requisito indispensable a lo largo de todo el proceso de tramitación.⁸

2.1 El deber de informar y la titularidad del derecho a la información clínica

La LAP, en el artículo 4.3, establece que “el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”. La figura de “médico responsable”, como aquel profesional encargado de facilitar toda la información necesaria, es frecuente en aquellos procedimientos en los que intervienen varios especialistas.⁹

La jurisprudencia no ha tratado directamente esta figura, sino que se ha centrado en la carga de la prueba. En este sentido, la jurisprudencia no ha individualizado en un médico en concreto la obligación de informar, generalmente dirige esta responsabilidad al Centro hospitalario¹⁰ o al propio Servicio Nacional de Salud,¹¹ y en ocasiones a ambos: al Centro y al profesional.¹² Existen algunas excepciones como las SSTS de 28 de

4 Gallardo Castillo, 2009, p. 96.

5 De Lorenzo y Montero, 2003, p. 26.

6 Blanco Cordero, 1997, p. 575 y ss. Tras la derogación del artículo 10.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, por el artículo 4 y 5 Ley 41/2002 (LAP), esta última pasa a constituirse como marco normativo general y principal norma en relación con la información clínica.

7 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 4.1.

8 Pérez Miras, 2014, p. 144. La Ley 41/2002 (LAP) contiene el derecho a la información clínica y epidemiológica. Será la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, la que regulará el derecho a la “información jurídica” (art. 4).

9 Galán Cortés, 2005, p. 278. “No cabe duda que la figura del médico responsable ayuda a transmitir más eficazmente toda la información necesaria al paciente. Sin embargo, en los tratamientos complejos y de larga duración solo cada especialista puede garantizar una plena información al paciente, siendo ésta más personalizada”.

10 Sentencia del TS (Sala de lo Civil), núm. 956/1998 de 16 octubre (RJ 1998\7565).

11 Sentencia del TS (Sala de lo Civil), núm. 239/2000 de 7 marzo (RJ 2000\1508).

12 Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 667/2007 de 19 junio (RJ 2007\5572).

diciembre de 1998 y de 19 de abril de 1999 donde responsabiliza al “profesional de la medicina por ser quien se halla en situación para conseguir su prueba”.

La Ley de Eutanasia refuerza en gran medida la figura del “médico responsable” como el “facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”. Consecuentemente, sobre el médico responsable recae la labor de gestionar todo el complejo proceso informativo y deliberativo requerido.

En cuanto al sujeto receptor de la información, será toda aquella “persona que requiere asistencia sanitaria y está sometida a cuidados profesionales para el mantenimiento o recuperación de su salud”.¹³

En esta línea, la Ley de Eutanasia fija casi exclusivamente al paciente como único receptor de la información. El médico responsable únicamente podrá comunicar o transmitir información a los familiares cuando el paciente lo solicite.¹⁴ Así, el legislador recoge nuevamente el mandato legal establecido en el art. 5.1. LAP, donde se identifica a los familiares como titulares de este derecho, siempre y cuando el paciente lo permita.¹⁵

En la Ley de la Eutanasia se evidencia el carácter residual de la figura del familiar durante todo el proceso de prestación de ayuda a morir.¹⁶ Valga como ejemplo este fragmento del preámbulo:

“Así mismo, han de establecerse garantías para que la decisión de poner fin a la vida se produzca con absoluta libertad, autonomía y conocimiento, protegida por tanto de presiones de toda índole que pudieran provenir de entornos sociales, económicos o familiares desfavorables, o incluso de decisiones apresuradas. Este contexto eutanásico, así delimitado, requiere de una valoración cualificada y externa a las personas solicitante y ejecutora, previa y posterior al acto eutanásico”.

Desde una perspectiva jurídica, el derecho a la información clínica recibe, sin duda, un trato preferencial dentro del texto normativo, garantizando al paciente el acceso a la información médica durante todo el proceso, así como su derecho a decidir qué familiar recibe la información y en qué términos. En definitiva, la propia norma asegura la voluntad del paciente garantizando resguardo frente a cualquier injerencia o presión externa.

2.2 Metodología y contenido de la información

Como indica la LAP y ratifica la Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 357/2008 de 15 mayo, será suficiente con un único informador, sin necesidad de que proceda cada uno de los especialistas involucrados en el tratamiento.¹⁷

En cuanto a los requisitos, “será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades”.¹⁸ La Ley de Eutanasia refuerza lo establecido en la normativa base exigiendo como

13 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 2.

14 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, art. 8.2.

15 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 5.1.

16 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso Gard contra Reino Unido (2017), inadmite un recurso presentado por los progenitores en contra de la desconexión del soporte vital de su hijo. El Tribunal tuvo presente en su decisión que “los argumentos de las decisiones judiciales inglesas respecto a la negativa de acceso al tratamiento experimental y la retirada del soporte vital son compatibles con el Convenio Europeo”. Además, se afirma “que las decisiones de los tribunales ingleses han sido meticulosas, incluso que han sido revisadas a través de tres instancias judiciales, aportando claros y extensos razonamientos jurídicos que proporcionan un fuerte soporte a sus conclusiones”.

17 Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 22 de diciembre de 2003 (JUR 2004\164543). Esto es aplicable, igualmente, cuando se trate mediante intervenciones quirúrgicas, donde no será necesario que informe el profesional que proceda a practicarla. Por otro lado, según la misma sentencia, esta obligación no puede delegarse en un enfermero. La SAP de Valencia, de 27 de febrero de 2006, rechazó la posibilidad de que la información fuera aportada a partir de un impreso “sin referencia alguna del médico responsable, del Centro al que pertenece o en el que realiza su labor médica, y simplemente con una firma en su parte posterior”.

18 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 4.2.

requisito previo la obligación de “disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación”.

En cualquier caso, la doctrina coincide en que la información debe estar sometida a:

a) *Objetividad, veracidad, claridad y suficiencia.* La información debe ser aportada de forma clara, objetiva y adecuada al procedimiento y las circunstancias concretas.¹⁹ En este sentido, la jurisprudencia rechaza el uso de “formularios genéricos” que suelen ser vagos y no aluden al tipo de intervención y se exponen los riesgos, naturaleza, garantías, etc. que se han adoptado como elementos básicos que debe contener la información.²⁰

En este punto, los expertos coinciden en la necesidad de que la información sea inteligible. La calidad del consentimiento vinculante no se mide, únicamente, por el volumen de información sino porque esta haya sido comprendida por el destinatario.²¹

b) *Personalización de la información.* La información debe ser personalizada a cada paciente a partir de un documento desarrollado al caso, y no “formularios tipo” excesivamente amplios e incomprensibles para los pacientes.²²

Respecto a la información personalizada, la doctrina distingue cinco ámbitos bien diferenciados: educación para la salud; información al paciente sobre tratamientos curativos; información a usuarios de servicios sanitarios sobre tratamientos no curativos; información sobre el estado de salud; e información sobre derechos y deberes de los pacientes y usuarios.²³

En el caso de enfermedades crónicas o evolutivas, se exige que la información alcance a la necesidad de someterse a análisis y cuidados preventivos.²⁴ La información será deficiente o defectuosa cuando exista falta de información sobre tratamientos alternativos.²⁵ La Ley de Eutanasia exige “disponer por escrito de la información que exista sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia”.

c) *Requisito temporal.* La jurisprudencia se ha pronunciado indicando que la información debe ser transmitida con la antelación y dedicación suficiente²⁶ y proporcional al tipo de intervención. En la Sentencia TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 743/2008 de 29 julio, se considera inválido el consentimiento dado por el paciente estando en quirófano para ser intervenido.²⁷

La Ley de Eutanasia adopta un proceso deliberativo continuado durante todo el procedimiento. Por tanto, una vez recibida la primera solicitud de prestación de ayuda para morir, el médico responsable “en el plazo máximo de dos días naturales [...] realizará con el paciente solicitante un proceso deliberativo sobre su diagnóstico, posibilidades terapéuticas y resultados esperables, así como sobre posibles cuidados paliativos, asegurándose

19 Sentencia del TS, núm. 1124/97 de 2 de diciembre.

20 Sancho Gargallo, 2004, p. 11-12.

21 Hernández García, 2003, p. 42.

22 Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección Única), núm. 511/1997 de 29 mayo (RJ 2003\3916). Destaca la Sentencia de la AP Vizcaya (Sección 3ª), núm. 511/2008 de 8 octubre (AC 2008\1966), donde el tribunal se pronuncia indicando: “no puede entender la Sala que el documento firmado por la actora obrante al folio 211 de los autos pueda considerarse como expresión válida de un consentimiento informado, y ello porque se trata de un mero impreso que se le somete a la firma, en el que no se especifica ni la intervención de que va a ser objeto la demandante, ni otra cuestión que los riesgos y complicaciones inherentes a un procedimiento quirúrgico y postquirúrgico así como la autorización para la realización de transfusiones de sangre y el consentimiento para cualquier tipo de anestesia general local o lo corregional que fuere preciso y las posibles complicaciones que de ello pudieran derivarse”.

23 Beltrán Aguirre, 1995, p. 174.

24 Sentencia del TS (Sala de lo Civil), núm. 349/1994 de 25 abril (RJ 1994\3073).

25 Sentencia del TS (Sala de lo Civil), de 23 abril 1992 (RJ 1992\3323).

26 Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1132/2006 de 15 noviembre (RJ 2006\8059).

27 Gallardo Castillo, 2009, p. 124.

de que comprende la información que se le facilita”.²⁸ Con independencia de que dicha información sea expuesta por el médico responsable directamente al paciente, “la misma deberá facilitarse igualmente por escrito, en el plazo máximo de cinco días naturales”.

Después de la primera fase deliberativa, tras la recepción de la segunda solicitud, “el médico responsable, en el plazo de dos días naturales, retomaré con el paciente solicitante el proceso deliberativo al objeto de atender, en el plazo máximo de cinco días naturales, cualquier duda o necesidad de ampliación de información que se le haya planteado al paciente tras la información proporcionada después de la presentación de la primera solicitud, conforme al párrafo anterior”.

En cuanto al contenido de la información, el facultativo debe exponer “las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y las contraindicaciones”.²⁹ En definitiva, el contenido del derecho a la información debe permitir cumplir su principal objetivo: proporcionar al paciente la información necesaria para tomar la decisión que crea conveniente.³⁰

No obstante, en lo referente a la prestación de ayuda para morir las “consecuencias” o “contraindicaciones” son elementos secundarios. El legislador cede un mayor espacio de protagonismo a “las diferentes alternativas y posibilidades de actuación” y, con carácter especial, a la posibilidad de acceder a “cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios”.³¹

Más aún, la Ley de Eutanasia establece como requisito previo indispensable que el médico responsable ponga en conocimiento del paciente todos los mecanismos y servicios asistenciales alternativos a la prestación de ayuda para morir. En todo caso, la información debe ayudar al paciente a conocer lo esencial, en los términos más comprensibles posibles, para que le permitan hacerse una idea de su situación y de las distintas alternativas por las que puede optar, así como los riesgos asociados a cada una de ellas.³²

3 La solicitud de prestación. El ejercicio del consentimiento informado en la Ley de Eutanasia

Actualmente se concibe al consentimiento informado como un procedimiento de gran valor en la mejora de la calidad asistencial, por ampliar la información y sostener el principio de autonomía de los pacientes.³³ Debe ser considerado como el exponente máximo del derecho a la autonomía, un derecho subjetivo y uno de los cuatro principios en los que se fundamenta la ética de la asistencia sanitaria.³⁴ El fundamento del consentimiento informado como requisito de una actuación médica es la protección de la autonomía de los

28 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, art. 8.1.

29 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 10.1. La jurisprudencia establece que es obligatorio informar sobre los riesgos típicos que en condiciones normales surgen tras la intervención, no así sobre los riesgos atípicos, imprevisibles o infrecuentes. Sentencia del TS (Sala de lo Civil), núm. 1207/1998 de 28 diciembre (RJ 1998\10164); Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 1132/2006 de 15 noviembre (RJ 2006\8059); Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 421/2007 de 17 abril (RJ 2007\3541); Sentencia del TS (Sala de lo Civil, Sección 1ª), núm. 943/2008 de 23 octubre (RJ 2008\5789).

30 Gallardo Castillo, 2009, p. 114.

31 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, art. 5.1.b).

32 Sancho Gargallo, 2004, p. 10.

33 Reynal Reillo, 2017, p. 1 y ss. La jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo ha catalogado el consentimiento informado como “un derecho humano fundamental, un 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 auto disposición sobre el propio cuerpo”. Y entiende, además, que es “consecuencia necesaria o explicitación de los clásicos derechos a la vida, a la integridad física y a la libertad de conciencia” [Sentencia TS (Sala de lo Civil), núm. 3/2001 de 12 enero (RJ 2001\3); Sentencia TS (Sala de lo Civil), núm. 447/2001 de 11 mayo (RJ 2001\6197)]. “Esta declaración, con la sana intención de resaltar la importancia de este derecho, necesita ser matizada a la hora de llevar a cabo interpretaciones [...], al no quedar claro si con ello se pretende otorgarle la misma categoría que los llamados derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución Española, que estarían sujetos a la regulación por Ley Orgánica y garantizados con una tutela específica por los tribunales ordinarios y, en última instancia, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”. (Martínez León et al., 2011, p. 7).

34 Suárez Guerra et al., 2012, p. 52.

pacientes.³⁵ Más aún, el Tribunal Constitucional [STC (2ª), núm. 37/2011 de 28 marzo], argumenta que el consentimiento trasciende su mera consideración de acto clínico, y debe ser considerado como un mecanismo que garantiza el derecho fundamental a la integridad física y moral.³⁶

El consentimiento informado, como elemento esencial del derecho de la autonomía del paciente,³⁷ tiene una doble función:³⁸ por un lado, es un derecho básico del paciente, considerado este como un agente moral autónomo que tiene la facultad de decidir sobre la incidencia que en su propia salud pueda tener la actividad curativa que la medicina ejerce sobre él, lo que incluye el poder de decisión acerca de recibir o no el tratamiento médico y, por lo tanto, tolerar los riesgos o no. Por otro lado, el consentimiento informado es uno de los deberes de los facultativos, podría decirse que un acto médico más.³⁹

El consentimiento informado ha sido definido como “la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud” [LAP, art. 3; y Ley de Eutanasia, art. 3.a)].⁴⁰ En referencia a este precepto, López Donaire entiende que concede un nuevo *status* al paciente que “por el hecho de serlo y acudir a la asistencia médica no pierde su dignidad de persona humana ni los derechos que le son inherentes, entre los que se encuentra la libertad y, más en concreto, el derecho de autodeterminación, con relación a su salud.⁴¹ De este modo tiene derecho a conocer el diagnóstico de su enfermedad, las consecuencias de la misma, los posibles tratamientos y sus efectos, para luego decidir lo que quiera y crea conveniente”.⁴²

3.1 Los requisitos del consentimiento informado

Con independencia de lo establecido en la Ley de Eutanasia, la jurisprudencia ha establecido otros requisitos necesarios para prestar el consentimiento.

- a) *Capacidad*. El paciente debe estar en pleno uso de sus facultades para prestar consentimiento. Así queda establecido en la Ley de Eutanasia, art. 5.1.a): “Para poder recibir la prestación de ayuda para morir será necesario que la persona cumpla todos los siguientes requisitos [...] tener mayoría de edad y ser capaz y consciente en el momento de la solicitud”.

Por el contrario, queda excluida cualquier modalidad de prestación de consentimiento que no sea emitida directamente por el paciente. Como excepción a la prestación siendo “capaz y consciente en el momento de la solicitud”, la Ley de Eutanasia prevé la utilización del “testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos” (art. 5.2).

- b) *Momento*. El consentimiento debe hacerse efectivo en un momento previo a la intervención (LGS, art. 10.6).⁴³ No obstante, como se expone en el apartado 3.2, la Ley de Eutanasia requiere que la prestación del consentimiento informado se haga efectiva en múltiples ocasiones a lo largo de todo el proceso.
- c) *El consentimiento ha de ser libre*. Es decir, el consentimiento debe estar libre de error, violencia o intimidación. La Ley de Eutanasia en su exposición de motivos hace un llamamiento a reforzar cualquier tipo de “garantías para que la decisión de poner fin a la vida se produzca con absoluta libertad, autonomía y conocimiento, protegida por tanto de presiones de toda índole que pudieran

35 De la Maza Gazmuri, 2010, p. 94.

36 En esta misma línea: caso Guerra y otros contra Italia. Sentencia de 19 febrero. TEDH 1998/2.

37 Ortiz-Martínez, 2009, p. 3-4.

38 Gallardo Castillo, 2009, p. 96-97.

39 Requero Ibáñez, 2002, p. 324.

40 Domínguez Martín, 2004, p. 26.

41 Murga Fernández, 2013, p. 93.

42 López Donaire, 2016, p. 29.

43 También queda regulado en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 2.2.

provenir de entornos sociales, económicos o familiares desfavorables, o incluso de decisiones apresuradas”.⁴⁴

- d) *El consentimiento ha de ser informado*. Como ha sido expuesto, con carácter previo al consentimiento, el paciente debe haber sido informado suficientemente. De tal modo que si el consentimiento se presta sin la información previa no es válido.⁴⁵

Respecto a este último requisito, si la falta de información no vició el consentimiento, el incumplimiento del deber de información no conlleva responsabilidad de indemnizar por cuanto no constituye la causa del daño sufrido. Si no llega a advertirse de riesgos y alternativas, se trataría de un consentimiento desinformado, como lo califica la jurisprudencia.⁴⁶

3.2 El procedimiento para la prestación del consentimiento informado

Conviene aclarar previamente, como indica Hurtado Martínez, que “la manifestación del consentimiento informado por parte del paciente, con anterioridad al ejercicio de ciertas prácticas sanitarias de importancia que ha de recibir, constituye bajo previsión legal, una exigencia raramente derogable e impuesta con carácter general dentro de las relaciones entre el profesional médico y aquel”.⁴⁷ Es decir, la obtención del consentimiento informado por parte del profesional médico es un proceso obligatorio.⁴⁸

El deber de obtener del paciente el consentimiento informado se vio sustancialmente modificado a partir de la LAP. Frente a una regulación en la que primaba la forma escrita (según la LGS) se pasó a una regulación en la que la primacía de la forma verbal es evidente.⁴⁹ Como veremos, la Ley de Eutanasia se ha estructurado como una excepción al procedimiento habitual.

Con carácter general el método empleado es el consentimiento verbal. Sin embargo, la LAP establece una serie de excepciones a esta formalidad: las intervenciones quirúrgicas y los procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores.⁵⁰ En la práctica estas excepciones suelen tratarse a partir de formularios tipo,⁵¹ lo que genera algunos inconvenientes, ya que, con carácter general, suelen ser formularios con una información genérica y por lo tanto insuficiente, cuyo fin sea salvar la obligación de informar; o, por otro lado, se emplean formularios con excesiva información que pueden perturbar al paciente.⁵²

Por el contrario, la Ley de Eutanasia garantiza un consentimiento informado sustancialmente más rígido y reforzado. El cumplimiento verbal queda relegado durante todo el procedimiento.

44 En reciente doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso *Pretty contra Reino Unido* [TEDH (Sección 4ª), sentencia de 29 abril 2002 (TEDH 2002\23)], concluye que “en materia médica, el rechazo a aceptar un tratamiento concreto puede, de forma ineludible, conducir a un desenlace fatal, pero la imposición de un tratamiento médico sin el consentimiento del paciente si es adulto y sano mentalmente se interpretaría como un ataque a la integridad física del interesado que afecta a los derechos protegidos por el artículo 8.1 CEDH. Una persona puede reivindicar su derecho a ejercer su elección de morir rechazando un tratamiento que pudiera prolongar su vida”.

45 Gallardo Castillo, 2009, p. 113: “La información debe contener: a) naturaleza de la intervención; b) objetivos de la intervención; c) beneficios de la intervención; d) riesgos, molestias y efectos secundarios posibles; e) alternativas posibles a la intervención; f) explicación de por qué se escoge esta opción y no otra; g) posibilidad de retirar el consentimiento de forma libre como lo desee”.

46 Sentencia del TS (Sala de lo Civil), núm. 239/2000 de 7 marzo (RJ 2000\1508); Sentencia del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª), de 4 abril 2000 (RJ 2000\3258); Sentencia del TS (Sala de lo Civil), núm. 849/2000 de 26 septiembre (RJ 2000\8126); Sentencia del TS (Sala de lo Civil), núm. 667/2002 de 2 julio (RJ 2002\5514).

47 Hurtado Martínez, 2015, p. 7.

48 Seuba Torreblanca, 2005, p. 4. No obstante, ante tal requisito existen excepciones. Estas excepciones quedan reguladas en los arts. 9.2 y 9.3 de la LAP.

49 De Montalvo Jääskeläinen, 2011, p. 84.

50 Cfr. Fernández Piera et al., 2012, p. 291.

51 Guerrero Zaplana, 2013, p. 29-30.

52 López Donaire, 2016, p. 48: “En el ámbito de la sanidad se pone de manifiesto, cada vez con mayor énfasis, la importancia de los formularios específicos, puesto que solo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad”.

En el caso de que por su situación personal o condición de salud no le fuera posible fechar y firmar el documento, podrá hacer uso de otros medios que le permitan dejar constancia, o bien otra persona mayor de edad y plenamente capaz podrá fechar y firmar en su presencia. Dicha persona ha de mencionar el hecho de que quien demanda la prestación de ayuda para morir no se encuentra en condiciones de firmar el documento e indicar las razones.⁵³ En todo caso, el documento deberá firmarse en presencia de un profesional sanitario que lo rubricará.⁵⁴

4 La incapacidad de hecho. El valor de las instrucciones previas en la Ley de Eutanasia

La Ley de Eutanasia establece en su artículo 5 los requisitos esenciales para recibir la prestación de ayuda para morir: tener nacionalidad española o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite un tiempo de permanencia en territorio español superior a doce meses [art. 5.a)]; disponer por escrito de la información y posibilidades de actuación [art. 5.b)]; haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito [art. 5.c)]; sufrir una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante [art. 5.d)]; y prestar consentimiento informado previamente a recibir la prestación de ayuda para morir [art. 5.e)].

Frente a esta fórmula general, el legislador ha previsto en el artículo 5.2 un régimen especial simplificado. De tal modo que no será necesario disponer por escrito de la información, haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito y prestar consentimiento previamente a recibir la prestación “en aquellos casos en los que el médico responsable certifique que el paciente no se encuentra en el pleno uso de sus facultades ni puede prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente para realizar las solicitudes”. No obstante, este régimen requiere haber suscrito con anterioridad “un documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos [...]. En el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable”.

En cuanto a la solicitud de prestación de ayuda para morir, dada la incapacidad del enfermo, “podrá ser presentada al médico responsable por otra persona mayor de edad y plenamente capaz, acompañándolo del documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos, suscritos previamente por el paciente”.⁵⁵ Asimismo, “en caso de que no exista ninguna persona que pueda presentar la solicitud en nombre del paciente, el médico que lo trata podrá presentar la solicitud de eutanasia”.⁵⁶

4.1 Una breve aproximación a las instrucciones previas

Como en otras tantas materias, en España la regulación de las instrucciones previas se desarrolló en primer lugar en el ámbito autonómico (en concreto en Cataluña y Galicia), hasta que finalmente se determinó en la LAP.⁵⁷

A partir de las “instrucciones previas, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que esta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”.⁵⁸

53 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, art. 6.1.

54 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, art. 6.2.

55 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, art. 6.4.

56 Álvarez Royo-Villanova. 2021, p. 38-43.

57 Parra Lucán, 2006, p. 80. El precedente normativo en España es el Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina, ya tratado. El conocido como Convenio de Oviedo cede un espacio a las instrucciones previas en su artículo 9.

58 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 11. (Saralegui Reta et al., 2004, p. 257-258).

Las instrucciones previas son también conocidas como testamento vital o voluntades anticipadas.⁵⁹ La diferencia con el testamento vital es que en las instrucciones previas se nombra a una persona de confianza, que será la encargada de decidir en lugar del paciente. Pasará a ser el sustituto del paciente, lo que en el lenguaje inglés se conoce como *surrogate decision-maker*.⁶⁰ Sin embargo, parece no existir diferencia desde un punto de vista jurídico entre los conceptos “instrucciones previas” y “voluntades anticipadas”. Ambas terminologías responden adecuadamente a lo que representa esta institución, siendo válido el empleo de una u otra. El marco normativo regulador, normativa básica y autonómica suelen emplear indistintamente ambos conceptos.

Las instrucciones previas suponen un paso más allá de la introducción en la sociedad occidental del principio de autonomía del paciente. La finalidad de este documento es dejar constancia de la expresión de la voluntad y preferencias que emite una persona autónoma para que, en el momento de carecer de competencia suficiente, se tenga en cuenta su decisión.⁶¹ Se trata, por consiguiente, de respetar y promocionar la autonomía del paciente en momentos de vulnerabilidad, a través de una declaración unilateral, personalísima, formal, revocable y con efectos *inter vivos* como *mortis causa*.⁶²

En este punto, conviene hacer referencia a la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña como un precedente pionero en integrar el derecho a expresar la voluntad de forma anticipada para dejar constancia de las instrucciones durante el proceso de muerte del paciente.⁶³ En esta línea, el legislador nacional ha hecho extensible este enunciado en la Ley de Eutanasia (artículo 5.2).

Fuera de la normativa básica y autonómica, merece ser destacado el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, que regula el registro nacional de instrucciones previas y el fichero automatizado de datos de carácter personal, que asegura el conocimiento de estas en el territorio nacional una vez se hayan formalizado por el ciudadano según la legislación de sus Comunidades Autónomas.⁶⁴ Esta norma vino a desarrollar un proceso que hasta entonces se había quedado a medio camino, ya que antes de la aprobación y publicación de este decreto no tenían validez las instrucciones previas de un ciudadano de una comunidad en otra.⁶⁵

4.2 Requisitos formales y de capacidad

Con carácter general, en cuanto a la capacidad del individuo, todas las regulaciones autonómicas establecen una serie de requisitos en común: mayoría de edad, capacidad legal suficiente y la manifestación libre de voluntad.⁶⁶

59 Sánchez Caro, 2008, p. 63-73. Este autor define las instrucciones previas como “el documento por el que una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, para que se cumpla en el momento en que llegue a situaciones cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlas personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo”.

60 Marcos del Cano, 2013, p. 833.

61 Martínez, 2007, p. 94-95. Por su parte, K. Martínez indica que el objetivo global de las voluntades anticipadas es “asegurar que la atención sanitaria sea conforme a las preferencias del paciente cuando este sea incapaz de participar en la toma de decisiones”, y los siguientes objetivos específicos: “1. La mejora del proceso de toma de decisiones, facilitando la toma compartida de decisiones entre pacientes, sustitutos y personal sanitario, basados en el pronóstico y las preferencias del paciente [...]. 2. La mejora de los resultados para los pacientes, optimizando el bienestar del enfermo; disminuyendo la frecuencia y la magnitud de los posibles tratamientos excesivos [...]; y disminuyendo las preocupaciones de las personas sobre la creación de posibles cargas a sus familiares o seres queridos”.

62 Fernández Campos, 2013, p. 62.

63 Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, art. 20.2: “Todas las personas tienen derecho a expresar su voluntad de forma anticipada para dejar constancia de las instrucciones sobre las intervenciones y los tratamientos médicos que puedan recibir, que deben ser respetadas en los términos que establecen las leyes, especialmente por el personal sanitario cuando no estén en condiciones de expresar personalmente su voluntad”.

64 Álvarez, 2012, p. 316-317. En esta norma se recogen “las distintas denominaciones del documento de instrucciones previas, que varía de una comunidad autónoma a otra: Declaración vital anticipada, documento de voluntades anticipadas (Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra, País Vasco, Valencia), expresión de la voluntad con carácter previo (Cantabria), expresión anticipada de voluntades (Extremadura), documento de voluntades vitales anticipadas (Andalucía), documento de instrucciones previas (Asturias, Castilla y León, Galicia, Madrid, Murcia, La Rioja)”.

65 Yagüe Sánchez, 2012, p. 45.

66 Gómez Jara, 2021, p. 20.

Para que la decisión sea libre, el otorgante debe gozar de capacidad, conocimiento y voluntad.⁶⁷ El enfermo debe ser informado por el facultativo responsable y conocer todos los riesgos y el alcance del procedimiento para que su voluntad no quede viciada. En este punto es donde se genera uno de los mayores inconvenientes de las instrucciones previas. Y es que la información recibida y la decisión tomada pueden llevarse a cabo en un momento muy lejano a la ejecución del procedimiento acordado; en consecuencia, son factibles cambios normativos y procedimentales durante este lapso de tiempo. No obstante, las instrucciones previas podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.⁶⁸

En cuanto a la mayoría de edad, es exigida tanto por la regulación básica como por la mayoría de las leyes autonómicas,⁶⁹ con la excepción de la Ley Foral de Navarra 11/2002, que reconoce la capacidad a menores (art. 9), o la Ley 5/2003 de Andalucía y la Ley 1/2003 de la Comunidad Valenciana, que permiten realizar el testamento vital al menor emancipado. Cabe entender que las excepciones previstas en las normas autonómicas citadas no se aplican en lo referente a la prestación de ayuda para morir, por ser contrarias al régimen general previsto en la Ley de Eutanasia. Por tanto, es razonable concluir que lo relativo a la eutanasia quedará al margen en aquellas regulaciones autonómicas donde se permita a los menores de edad formalizar las instrucciones previas.

Llegados a este punto, debe ser destacada la figura del representante. La LAP contempla la posibilidad de que el otorgante designe un representante para que haga de interlocutor válido con el equipo médico y así velar por el cumplimiento de las instrucciones previas y respetar su autonomía (art. 11.1). El conocimiento de sus deseos y preferencias puede evitar malentendidos o disputas sobre qué decisiones médicas llevar a cabo. Esto queda ratificado en la Ley de Eutanasia, donde el legislador afirma que “en el caso de haber nombrado representante en ese documento será el interlocutor válido para el médico responsable” (art. 6.2), desarrollando la única posibilidad prevista de optar a la prestación de ayuda para morir por representación.

En principio, el representante no tiene facultad para contradecir aquello que la persona hace constar en el documento, de manera que tiene que actuar según el criterio y las instrucciones expresadas. No obstante, cabe la posibilidad de que proceda en situaciones no especificadas como, por ejemplo, en contextos en los que sea preciso un consentimiento informado o en decisiones que no se hayan contemplado en el documento.⁷⁰ En caso de que alguna instrucción no esté lo suficientemente clara el representante actuará como intérprete de la voluntad del paciente terminal⁷¹ y prestará el consentimiento informado.⁷²

En lo que respecta a los requisitos formales, la LAP establece como único trámite que las instrucciones previas se desarrollen por escrito, por lo demás, cada servicio de salud regulará el procedimiento adecuado (artículo 11.2). Son varias las legislaciones autonómicas que consideran la posibilidad de que las instrucciones previas sean formalizadas sobre formularios estándar, dadas las ventajas que podrían ofrecer para su incorporación al registro y su transmisión informática.⁷³

El desarrollo de las Tecnologías de la Información y la Comunicación (TIC) y el incremento de la demanda de instrucciones previas han sometido a una evolución continua su procedimiento de formalización. En la actualidad, el proceso más habitual permite su configuración a través de internet. Una vez realizada la instancia, se debe presentar presencialmente en los registros seleccionados por la Administración autonómica. Por consiguiente, la formulación de las instrucciones previas tiende hacia un proceso cada vez más sencillo, rápido y cómodo, pero también frío, impreciso e impersonal.⁷⁴

67 Marcos del Cano, 2013, p. 837.

68 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 11.4.

69 Marcos del Cano, 2013, p. 837.

70 Ramos Pozón et al., 2014, p. 23.

71 González Morán, 2008, p. 638.

72 Parra Lucán, 2006, p. 84.

73 Herranz Rodríguez, 2004, p. 251.

74 Ramos Pozón et al., 2014, p. 22.

En esencia, este régimen simplificado de formalización parece contrario a la propia esencia de la Ley de Eutanasia, que establece unas pautas sobre la información clínica y el consentimiento informado más exigentes. Asimismo, como se ha expuesto, el uso de las instrucciones previas para la prestación de la ayuda para morir, *per se*, se desarrolla como el procedimiento abreviado y la excepción a determinados requisitos esenciales previstos en el art. 5.1. [apartados b), c) y e)]. Dependerá de la Administración autonómica determinar su procedimiento de formalización, permitiendo las mismas pautas que para cualquier otra instancia o, por el contrario, estableciendo un proceso fortalecido más acorde con el sentido teleológico de la Ley de Eutanasia.

A tal efecto, en armonía con la Ley de Eutanasia, el proceso de formalización de las instrucciones previas en cuanto a la prestación de ayuda para morir se debe consolidar a través de un proceso más cercano con el facultativo y mediante la información suficiente sobre su proceso médico, las diferentes alternativas y posibilidades de actuación, incluida la de acceder a cuidados paliativos integrales comprendidos en la cartera común de servicios y a las prestaciones que tuviera derecho de conformidad a la normativa de atención a la dependencia.

Con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, se crea en el Ministerio de Sanidad y Consumo el Registro Nacional de Instrucciones Previas.⁷⁵ La posibilidad de diferentes regulaciones sobre la formalización exige una coordinación adecuada entre todas ellas, de manera que un documento formalizado de acuerdo con la normativa propia de una Comunidad Autónoma no pueda ser desconocido en los centros sanitarios de otra diferente. Conjuntamente, hay que tener en cuenta la posible existencia de registros autonómicos, e incluso de carácter municipal, ya existentes, que deberán coordinarse a estos efectos con el Registro Nacional.

Las legislaciones autonómicas tratan dos aspectos en materia de formalización de las instrucciones previas. Por un lado, los testigos respecto a los cuales las legislaciones autonómicas con carácter general establecen la necesidad de que sean tres (a excepción de Andalucía), algunas sin restricciones de parentesco (Baleares, Andalucía y Murcia); otras, sin embargo, con restricciones de parentesco hasta 2º grado (con la excepción de Castilla La Mancha, que establece una restricción de parentesco hasta 3º grado).

Por otro lado, ante quién deben ser presentadas las instrucciones previas para su formalización, algunas Comunidades Autónomas establecen la necesidad de formalizarlas ante notario (con la excepción de la Comunidad Autónoma de Andalucía); otras la obligación de presentarlo ante el funcionario encargado del Registro; y la mayoría, no obstante, opta por ambas posibilidades.

4.3 Contenido y eficacia de las instrucciones previas

En la regulación de algunas Comunidades Autónomas se incluye expresamente la posibilidad de, en situación irreversible, evitar padecimientos con medidas, aunque lleven al acortamiento de la vida, no alargamiento de la vida artificialmente, ni atraso del proceso natural de muerte con tratamientos desproporcionados (Islas Baleares, Cantabria, Castilla y León, La Rioja, Madrid o Navarra). Por otro lado, algunas otras hacen referencia expresa a indicaciones de naturaleza ética, moral o religiosa que expresen objetivos vitales y valores para orientar las decisiones clínicas (Islas Canarias y La Rioja). En concreto, los formularios actuales abordan materias como: transfusión de sangre; alimentación mediante nutrición parenteral, tubo de gastrostomía o sonda nasogástrica; hidratación con sueros por vía venosa; técnicas de depuración extrarrenal; respiración artificial; reanimación cardiopulmonar o sedación paliativa.

Con carácter general, las instrucciones previas se desarrollan a partir de 4 elementos esenciales que permiten dejar constancia de la verdadera voluntad del enfermo. En primer lugar, los valores vitales que se han de tener en cuenta y que orientan las decisiones y preferencias. Estos valores, que pueden tener una connotación religiosa, moral o ética, guían a las personas que deben tomar las decisiones sanitarias en representación del enfermo. En segundo lugar, se deben determinar las situaciones clínicas en las que aplicar la prestación de ayuda para morir. Lo habitual es identificar un escenario genérico, donde no haya expectativa de recuperación,

⁷⁵ Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 11.5.

de deterioro físico y mental agravado, aunque se permite acotar circunstancias más precisas. En tercer lugar, se deben identificar las indicaciones a seguir, es decir, las actuaciones sanitarias a aplicar. En este punto, el paciente podrá optar, con carácter novedoso, por la prestación de ayuda para morir. Finalmente, en cuarto lugar, el paciente deberá designar un representante que ejerza en su nombre su consentimiento.

Por otro lado, “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 razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones”.⁷⁶ En definitiva, las instrucciones previas hacen presente ante el médico la voz y los deseos del paciente, pero la fuerza imperativa de esos queda, lógicamente, limitada por factores tan fuertes e importantes como la conformidad con el ordenamiento jurídico, con la buena práctica clínica y con la coincidencia con el supuesto de hecho:⁷⁷

1. *Que la voluntad expresada por el paciente implique una acción contra el ordenamiento jurídico vigente.* Debemos tener en cuenta que la Ley no prohíbe que el otorgante incorpore una voluntad contraria al ordenamiento jurídico, sino que, si ocurriera tal cosa, las instrucciones previas no podrían aplicarse. Por ello, es razonable pensar que las instrucciones previas que hubieran incorporado la prestación de ayuda para morir con carácter previo a la aprobación de la Ley de Eutanasia tendrán plena validez.

2. *Que las intervenciones médicas que el paciente desea recibir sean contrarias a la buena práctica clínica, la ética profesional o la mejor evidencia científica disponible.* La Ley de Eutanasia, en el art. 3.g), prevé dos posibilidades: primero, la administración directa al paciente de una sustancia por parte del profesional sanitario competente; segundo, la prescripción o suministro al paciente de una sustancia, de manera que esta se la pueda autoadministrar. Cabe entender que solo el primer supuesto descrito es de aplicación, en esta cuestión, las instrucciones previas no podrán prever la administración de la sustancia por parte de un tercero distinto al profesional sanitario.

3. *Que la situación clínica no sea la prevista y no se corresponda con los supuestos previstos por la persona otorgante al firmar el documento,* es decir, cuando la situación que se anticipa en el documento sea distinta de la que se presenta en la realidad.⁷⁸

Respecto a la inaplicación de las instrucciones previas que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto, resulta claro que si no existe tal correspondencia estaremos ante un supuesto distinto del previsto por el paciente y, por tanto, no existe ninguna instrucción previa al respecto.⁷⁹

Como complemento hay que destacar dos aspectos muy relevantes. En primer lugar, el profesional sanitario podrá alegar objeción de conciencia.⁸⁰ En segundo lugar, en el caso de que el paciente sea competente y capaz en el momento en que haya de tomarse la decisión, lo expresado por la persona prevalecerá sobre las instrucciones previas.

5 A modo de conclusión

El modelo sanitario moderno se basa en un sistema de relaciones asistenciales donde el paciente ya no es mero sujeto pasivo de las decisiones médicas, sino actor principal dotado de autonomía informativa y decisoria. En síntesis, los derechos del paciente surgen como el instrumento que orienta la relación entre médico y paciente. Constituyen un eje básico de las relaciones clínico-asistenciales, lo que se pone de manifiesto al constatar el

76 Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, art. 11.3.

77 Saralegui Reta et al., 2004, p. 30-31.

78 De Lorenzo y Montero, 2001, p. 89. Lo que no resulta tan claro es la nulidad de las instrucciones previas por contener previsiones contrarias a la buena práctica clínica. Es claro que la inaplicación de las instrucciones previas contrarias a la *lex artis* parece tener su fundamento en la posibilidad de que los deseos del paciente se hayan manifestado con mucha anterioridad a la intervención.

79 De Lorenzo y Montero, 2001, p. 89.

80 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, art. 16. (Beltrán Aguirre, 2008, p. 141). Aunque el derecho del profesional sanitario a alegar objeción de conciencia es factible, este nunca puede lesionar el derecho del paciente a recibir la asistencia sanitaria que el SNS le ofrece y la Ley le garantiza. (Navarro-Valls, 2021, p. 8-15).

interés que han demostrado por los mismos casi todas las organizaciones internacionales competentes en la materia.⁸¹

Al respecto, la Ley de Eutanasia nos plantea un nuevo escenario, enormemente complicado, donde médico, enfermo y otros sujetos interactúan en torno a la prestación de ayuda para morir, a través de requisitos y demás elementos formales que desarrollan un proceso extenso y complejo.

Esta conexión se aleja del régimen común que regula la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y rediseña un régimen especial, reforzado y más estricto de aplicación y cumplimiento de aquellos derechos del paciente que quedan alterados por el nuevo derecho a la prestación de ayuda para morir.

En definitiva, la relevancia de los bienes jurídicos que quedan sujetos a la Ley de Eutanasia plantea una aplicación más exigente del derecho a la información clínica y el consentimiento informado, a través de un régimen especial diseñado de modo específico para esta relación asistencial. Así, el legislador ha optado por una aplicación jurídicamente más garantista, basada en la constancia de la información y el consentimiento por escrito, y ejerciendo ambos derechos de forma continuada y constante a lo largo de todo el proceso.

En efecto, nos encontramos ante una norma que garantiza de forma estricta el proceso eutanásico en lo referente a la posición del solicitante. Sin embargo, plantea algunas dudas y deja entrever determinadas lagunas en lo que respecta a la posición del profesional sanitario. *A priori*, no hay una correcta formación de los profesionales en la aplicación de la Ley, en cómo plantear las decisiones al final de la vida. En consecuencia, figuras ampliamente extendidas y asumidas por el personal médico, como el ejercicio del consentimiento informado o cómo se plantean los documentos de voluntades anticipadas, quedan nuevamente relegados a un proceso formativo.

El proceso establecido en la norma traslada una importante carga al médico responsable. El conocimiento adquirido a través de la experiencia de otros países nos debe hacer considerar que el peso que tiene asumir el facultativo puede derivar en una posición defensiva del profesional y contraproducente para la prestación de ayuda para morir.⁸²

Por otro lado, se evidencia que existen circuitos internos por definir. Frente a ello, cabe entender que cualquier conflicto o cuestión que surja del desarrollo normal del proceso debe quedar supeditada a la interpretación de la Comisión de Garantía y Evaluación de cada Comunidad Autónoma.⁸³ Ello puede derivar en disparidad de criterios.

A este respecto, la Ley nace con insuficientes mecanismos de control de los problemas que pueda suponer su aplicación al margen de las previsiones. El único elemento diseñado a tal fin es el “informe anual” previsto en la disposición final tercera de la norma.⁸⁴

81 Pérez Gálvez, 2018, p. 24-25.

82 La compleja labor que supone regular la práctica eutanásica requiere adoptar un procedimiento garantista, claro y determinado, que respete el principio de seguridad jurídica. En este sentido, en el caso Gross contra Suiza [TEDH (Sección Pleno), sentencia de 30 septiembre 2014 (TEDH 2014\79)], el TEDH trata un supuesto donde un paciente no puede acceder al suicidio médicamente asistido ante la negativa de los profesionales. El TEDH resuelve que la regulación suiza carece de la suficiente seguridad jurídica que permita a los profesionales conceder la prestación sin temor a una sanción posterior. Finalmente, el TEDH “concluye que la demandante debe haber sufrido un grado de angustia e incertidumbre con respecto a la medida de su derecho a acabar con su vida que no hubiera ocurrido si hubieran existido directrices claras, aprobadas por el Estado definiendo las circunstancias bajo las cuales los médicos están autorizados a prescribir la receta solicitada en casos donde un individuo ha llegado a una decisión seria, en el ejercicio de su libre albedrío, de poner fin a su vida”.

83 En el supuesto específico de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la Comisión de Garantía y Evaluación ha sido conformada a partir del Decreto-ley 13/2021, de 22 de junio, por el que se regula la Comisión de Garantía y Evaluación de Cataluña y el Registro de profesionales sanitarios objetores de conciencia, en desarrollo de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia.

84 Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, disposición adicional tercera: “Las Comunidades Autónomas remitirán al Ministerio de Sanidad el informe a que se refiere la letra e) del artículo 18. Para las ciudades de Ceuta y Melilla el Ministerio de Sanidad recabará dicho informe a través del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria. Los datos conjuntos de comunidades y ciudades autónomas serán hechos públicos y presentados por el Ministerio de Sanidad”. El ejemplo más reciente de

Finalmente, las instrucciones previas quedan vinculadas a la prestación de ayuda para morir de un modo sucinto y con protagonismo residual, formalizando un proceso subsidiario frente al régimen general previsto en la Ley de Eutanasia. En su aplicación, el legislador deja importantes dudas sin resolver como, por ejemplo, la posibilidad de que el menor de edad pueda incluir la prestación de ayuda para morir en las instrucciones previas.

6 Bibliografía

- Agulles, Pau. (2010). Revisando el llamado “Testamento Vital”. *Cuaderno de Bioética*, 21, 169-183.
- Álvarez, Pilar. (2012). Testamento vital, instrucciones previas, voluntades anticipadas. *Panace@: Revista de Medicina, Lenguaje y Traducción*, 13 (36), 316-320.
- Álvarez, Segismundo, y Braquehais, Lucas. (2021). Las instrucciones previas en la proposición de Ley de Eutanasia. *El notario del siglo XXI: revista del Colegio Notarial de Madrid*, 95, 38-43.
- Beltrán, Juan Luis. (1995). La información en la Ley General de Sanidad y en la jurisprudencia. *DS: Derecho y Salud*, 3 (1), 171-192.
- Beltrán, Juan Luis. (2008). Una propuesta de regulación de la objeción de conciencia en el ámbito de la asistencia sanitaria. *DS: Derecho y Salud*, 16 (1), 135-146.
- Blanco, Isidoro. (1997). Relevancia penal de la omisión o del exceso de información médica terapéutica. En Manuel Gómez Tomillo, *Aspectos médicos y jurídicos del dolor, la enfermedad terminal y la eutanasia* (p. 33-57). España: Fundación Lilly.
- De la Maza, Iñigo. (2010). Consentimiento informado, una visión panorámica. *Revista Ius et Praxis*, 16 (2), 89-120.
- De Lorenzo, Ricardo. (2003). *Derechos y obligaciones de los pacientes. Análisis de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de autonomía de los pacientes y de los derechos de información y documentación clínica*. A Coruña: Colex.
- De Montalvo, Federico. (2011). Consentimiento informado y prueba de la *lex artis*. La relevancia de la prueba de presunciones. *DS: Derecho y Salud*, 21 (1), 75-84.
- Domínguez, Almudena. (2004). El consentimiento informado: derecho a saber; derecho a decidir. *Revista Lex Nova*, 37, 26-29.
- Fernández, Juan Antonio. (2013). Leyes para una muerte digna y voluntades anticipadas. *DS: Derecho y Salud*, 23 (1), 53-75.
- Fernández, María, y Ardura, Mónica. (2012). Adaptación del consentimiento informado a la legislación española en los ensayos clínicos internacionales. *Panace@: Revista de Medicina, Lenguaje y Traducción*, XIII (36), 291-293.
- Galán, Julio César. (2005). *Responsabilidad civil médica*. Madrid: Civitas.
- Gallardo, María Jesús. (2009). Consentimiento informado y responsabilidad patrimonial de la Administración. *Revista Andaluza de Administración Pública*, 75, 95-137.
- Gómez, Mariano. (2021). *El derecho a la eutanasia y el testamento vital. Guía para particulares, profesionales sanitarios y abogados*. Barcelona: Atelier.

este mecanismo es la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y Garantías de las Personas en el Proceso de Morir, de la Comunidad de Madrid, disposición adicional primera (Evaluación de la Ley).

- González, Luis. (2008). La figura y función del “representante” en la legislación sobre instrucciones previas (Ley 41/2002 y legislación autonómica). En S. Adroher Biosca y F. De Montalvo Jääskeläinen (dir.), *Los avances del Derecho ante los avances de la Medicina* (p. 635-652). Pamplona: Aranzadi.
- Guerrero, José. (2013). *Guía Práctica de las Reclamaciones Sanitarias*. Valladolid: Lex Nova.
- Hernández, Javier. (2003). Derecho a la información y autonomía del paciente oncológico. *DS: Derecho y Salud*, 11 (1), 39-44.
- Herranz, Gonzalo. (2004). Las instrucciones previas. En Pilar León Sanz (dir.), *La implantación de los derechos del paciente*. Navarra: EUNSA.
- Hurtado, Juan Antonio. (2015). El consentimiento informado en el orden administrativo actual. *Revista Aranzadi Doctrinal*, 3, 231-241.
- López, Belén. (2016). El consentimiento informado. En Vicente Lomas Hernández, David Larios Risco y Belén López Donaire, *Guía práctica de Derechos de los pacientes y de los profesionales sanitarios. Preguntas y respuestas* (p. 25-74). Pamplona: Aranzadi.
- Marcos, Ana M^a. (2013). Las instrucciones previas: su regulación jurídica en España. En Alberto Palomar Olmeda (dir.) y Josefa Cantero Martínez (dir.), *Tratado de Derecho Sanitario, I* (p. 829-854). Pamplona: Aranzadi.
- Martínez, Koldo. (2007). Los documentos de voluntades anticipadas. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, 30 (3), 87-102.
- Martínez, Mercedes, Mingo, M^a Teresa, et al. (2011). El consentimiento informado en Fisioterapia. Estado actual y opinión de los profesionales de Fisioterapia en Castilla y León. *Revista de la Escuela de Medicina Legal*, 18, 4-11.
- Murga, Juan Pablo. (2013). El consentimiento informado del paciente y la responsabilidad civil médica. En Francisco Javier López Frías, Paulina Morales Aguilera, et al., *Bioética, neuroética, libertad y justicia* (p. 90-107). Granada: Comares.
- Navarro-Valls, Rafael. (2021). La objeción de conciencia a la eutanasia. *El Cronista del Estado Social y Democrática de Derecho*, 92, 8-15.
- Ogando, Beatriz, y García, César. (2006). Veinticinco siglos de paternalismo, 25 años de autonomía: una aproximación histórica a los cambios en la relación clínica. *Revista de Calidad Asistencial*, 21 (3), 164-169.
- Ortiz-Martínez, Juan Guillermo. (2009). Consentimiento informado en cirugía ortopédica. *Pers. Bioét.*, 13, 1, 59-84.
- Parra, M^a Ángeles. (2006). Voluntades anticipadas (Autonomía personal: voluntades anticipadas. Autotutela y poderes preventivos). En *Actas de los XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* (p. 77-116). Zaragoza: El Justicia de Aragón.
- Pérez, Antonio. (2014). El derecho de información sanitaria en la interrupción voluntaria del embarazo. *DS: Derecho y Salud*, 24 (Extraordinario 1), 156-166.
- Pérez, Juan Francisco. (2018). Aseguramiento y protección del derecho a la intimidad del paciente cuando es atendido en presencia de alumnos, residentes en formación o profesionales en estancia formativa o prácticas. En Juan Francisco Pérez Gálvez, *La seguridad del paciente* (p. 23-128). Valencia: Tirant lo Blanch.
- Ramos, Sergio, y Román, Begoña. (2014). Las voluntades anticipadas en pacientes con esquizofrenia: un instrumento para potenciar la autonomía. *Revista de la Asociación Española de Neuropsiquiatría*, 34 (121), 21-35.

- Requero, José Luis. (2002). El consentimiento informado y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones. *Actualidad administrativa*, 32, 889-943.
- Reynal, Esperanza. (2017). *Consentimiento informado y responsabilidad en el ámbito sanitario*. Pamplona: Aranzadi.
- Sánchez-Caro, Jesús, y Abellán, Fernando. (2008). *Instrucciones previas en España. Aspectos bioéticos, jurídicos y prácticos*. Granada: Comares.
- Sancho, Ignacio. (2004). Tratamiento legal y jurisprudencial del consentimiento informado. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-24.
- Saralegui, Iñaki, Monzón Marín, José Luis, y Martín, María Cruz. (2004). Instrucciones previas en medicina intensiva. *Revista de Medicina Intensiva*, 28 (5), 28-33.
- Seuba, Joan Carles. (2005). Consentimiento informado en sedaciones. Breves consideraciones sobre el “caso Leganés”. *Indret. Revista para el Análisis del Derecho*, 2, 1-7.
- Suárez, Ana María, Fernández, Pablo Ignacio, y Prada, María Cruz. (2012). El consentimiento informado y su implicación en la labor de enfermería. *Revista de Enfermería*, 6 (1), 52-60.
- Yagüe, Javier Manuel. (2012). Las enfermeras ante las voluntades anticipadas: un reto jurídico, ético y práctico. *ENE Revista de Enfermería*, 6 (1), 44-51.