

**LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS DE LOS PACIENTES
MENORES DE EDAD: ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BALEAR**

***ADVANCE DIRECTIVES OF UNDERAGE PATIENTS: ANALYSIS OF
THE BALEARIC LEGISLATION***

Rev. Boliv. de Derecho N° 29, enero 2020, ISSN: 2070-8157, pp. 344-367



Paula
CASADESUS
RIPOLL

ARTÍCULO RECIBIDO: 12 de noviembre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 10 de diciembre de 2019

RESUMEN: El aumento de la esperanza de vida puede en ocasiones conllevar el sometimiento de determinados pacientes a tratamientos agresivos. En este contexto, se genera un fuerte debate en relación con el derecho de los pacientes a rechazar el tratamiento en determinadas ocasiones, un debate que se acentúa cuando hablamos de pacientes menores de edad. Este artículo analiza la legislación balear sobre las voluntades anticipadas de estos pacientes menores.

PALABRAS CLAVE: Voluntades anticipadas; testamento vital; menores de edad; capacidad.

ABSTRACT: *The increase in life expectancy may imply that some patients have to undergo aggressive medical treatments. In this context, the right to refuse any treatment of this kind under certain circumstances has become a key issue, most specially when the patients are underage. This article analyzes the legislation of the Balearic Islands in relation to the advance directives of patients who are minors.*

KEY WORDS: *Advance directives; living will; minors; civil capacity.*

SUMARIO.- I. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.- I. Consideraciones generales.- II. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BALEAR SOBRE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS DE LOS PACIENTES MENORES DE EDAD.- 1. Contenido, requisitos y límites de las voluntades anticipadas.- 2. Edad y capacidad necesaria para otorgar el documento de voluntades anticipadas.- 3. Garantías de protección al paciente menor de edad en el ámbito de las voluntades anticipadas.- 4. Relación de la norma autonómica con la ley básica estatal.- 5. Conclusiones.

I. LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS.

I. Consideraciones generales.

El origen de los documentos de instrucciones previas lo encontramos en 1914 en Estados Unidos cuando un juez del Tribunal Supremo declaró que “cada ser humano de edad adulta y mente sana tiene el derecho de determinar qué se va a hacer con su propio cuerpo” de tal manera que realizar una determinada intervención sin el previo consentimiento del paciente “vulnera no solo la integridad física del paciente, sino también su derecho a la libre determinación”¹. Estos documentos son también el resultado de los muchos avances y descubrimientos científico-técnicos que se han ido produciendo durante los últimos años y que han permitido al ser humano superar determinadas enfermedades hasta ahora incurables, alargando así la esperanza de vida de las sociedades más desarrolladas. Sin embargo, en ocasiones dicho proceso puede llevar aparejado el sometimiento por parte del paciente a tratamiento agresivos, cuyo éxito no está siempre garantizado, e incluso el mantenimiento artificial de la vida de pacientes en situaciones terminales, cuestión que ha generado un fuerte debate ético-jurídico sobre la autonomía del paciente para decidir si aceptar o rechazar determinados tratamientos. Es en este contexto en el que se desarrollan los documentos de instrucciones previas, que permiten al paciente expresar su voluntad de manera anticipada y en previsión de que pueda darse una situación en la que no contará con las condiciones necesarias para expresar su opinión.

1 JIMÉNEZ MUÑOZ, F.J.: “Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o “testamento vital””, *Diario La Ley*, núm. 7334, 2010, pp. 1-22.

En España, ya contábamos con una regulación del denominado consentimiento informado en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad en la que se reconocía el derecho del paciente a rechazar un tratamiento si éste pudiera resultar inhumano o degradante. En la actualidad, es 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 la norma que contiene tanto la regulación básica sobre el consentimiento informado como la normativa estatal relativa a las instrucciones previas, también denominadas “voluntades anticipadas” o “testamento vital”. Tal y como se afirma en la exposición de motivos, dicha ley encuentra su antecedente legislativo en el Convenio de Oviedo, que entró en vigor en España el 1 de enero del año 2000 y trata sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado y la intimidad de la información.

No obstante, el marco constitucional del estado español, y más concretamente el art. 148.1.21 de la Constitución establece que las Comunidades Autónomas podrán asumir la competencia en sanidad e higiene, lo que resulta en una vasta y heterogénea normativa sobre esta materia que a su vez puede generar ciertas desigualdades dentro del territorio del estado español. Uno de los puntos más conflictivos en relación con esta temática es la autonomía de los pacientes menores de edad en el ejercicio de sus derechos, su capacidad para otorgar el documento de voluntades anticipadas, no reconocida en la ley 41/2002 pero sí en algunas legislaciones autonómicas, y el respeto a las decisiones por éstos adoptadas.

Este artículo pretende, a partir del análisis de las últimas modificaciones de la ley balear 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas, arrojar cierta luz en torno a esta problemática.

II. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN BALEAR SOBRE LAS VOLUNTADES ANTICIPADAS DE LOS PACIENTES MENORES DE EDAD.

I. Contenido, requisitos y límites de las voluntades anticipadas.

En el art. 2 de la ley balear 1/2006 de 3 de marzo, de Voluntades Anticipadas, se enumera el posible contenido de dicho documento. Así, establece el art. 2 que las voluntades anticipadas podrán contener: a) la manifestación de los objetivos vitales del otorgante así como sus valores personales; b) las indicaciones sobre cómo tener cuidado de su salud dando instrucciones sobre tratamientos terapéuticos que se quieran recibir o evitar, incluidos los de carácter experimental; c) las instrucciones para que, en un supuesto de situación crítica e irreversible respecto de la vida, se evite el padecimiento con medidas terapéuticas adecuadas, aunque éstas lleven implícitas el acortamiento del proceso vital, y que no se alargue la vida artificialmente ni se atrase el proceso natural de la muerte mediante tratamientos

desproporcionados; d) la decisión sobre el destino de sus órganos después de la defunción para fines terapéuticos y de investigación, sin requerir autorización de ninguna clase para la extracción y la utilización de los órganos dados; e) la designación de la persona o de las personas que representen al otorgante en los términos establecidos en la propia ley; f) la decisión sobre la incineración, la inhumación u otro destino del cuerpo después de la defunción.

En cuanto al contenido de las voluntades anticipadas que se regula en la ley balear, éste no difiere en exceso del establecido en otras leyes autonómicas ya que todas ellas permiten al otorgante expresar los criterios que deben guiar la actuación médica así como manifestar qué medidas terapéuticas desean o no que les sean aplicadas. Así mismo, la totalidad de las leyes autonómicas establecen la posibilidad de designar un representante para que garantice el cumplimiento de lo dispuesto por el otorgante del documento, si bien las facultades del representante varían en función de la norma autonómica de que se trate².

Respecto de los requisitos formales, la ley balear, siguiendo el precepto de la ley estatal, exige en su art. 3 que las voluntades anticipadas consten por escrito. Además, en el documento deberán figurar el nombre y los apellidos, el número del documento de identidad (DNI o equivalente) y la firma del otorgante, así como el lugar y la fecha del otorgamiento. En cuanto al proceso de formalización del documento de las voluntades anticipadas, la norma balear establece cuatro posibilidades: a) ante notario, b) ante personal funcionario habilitado al efecto por la consejería competente en materia de salud, c) ante la persona encargada del Registro de voluntades anticipadas o bien d) ante tres testigos que deberán ser mayores de edad con capacidad de obrar plena y deben conocer al otorgante. Cabe mencionar que el proceso de formalización que se regula en las distintas legislaciones autonómicas es similar, estableciéndose como norma generalizada la posibilidad de realizarlo ante notario, ante dos o tres testigos o funcionario o personal habilitado al respecto, exceptuándose Cataluña y Extremadura que no contemplan esta última opción³.

En cuanto al procedimiento de inscripción, el art. 3.4 de la Ley 1/2006, de 3 de marzo, de voluntades anticipadas establece que los documentos de voluntades anticipadas se inscribirán en el Registro de Voluntades Anticipadas y, en su caso, en el Registro de Donantes de Órganos, y se incorporarán a la historia clínica del interesado. En esta misma línea se expresa el art. 9.2 de la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de derechos y garantías de la persona en el proceso de morir, aprobada por el Parlamento de las Islas Baleares, que establece que una vez inscrita en el

2 NORIEGA RODRIGUEZ, L.: "Análisis de la legislación estatal y autonómica en materia de instrucciones previas o voluntades anticipadas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20, 2016, pp. 29-71.

3 NORIEGA RODRIGUEZ, L.: "Análisis de la legislación estatal...", cit., pp. 29-71.

Registro de Voluntades Anticipadas de las Islas Baleares, la declaración de voluntad anticipada se incorporará a la historia clínica y al Registro nacional de instrucciones previas. Siguiendo lo establecido en el art. 3.4 de la Ley 1/2006, la inscripción en el Registro se efectuará a petición del otorgante, de uno de los testigos, con su consentimiento, que se presume excepto en caso de indicación contraria, o del notario, en caso de haberse otorgado el documento notarialmente. En esta misma línea, el Decreto 58/2007 de 27 de abril, por el que se desarrolla la Ley de voluntades anticipadas y del registro de voluntades anticipadas de las Illes Balears establece en su art. 7 que están legitimados para solicitar la inscripción ante el Registro de Voluntades Anticipadas, la persona que ha de otorgar las voluntades anticipadas, cualquiera de los testigos ante los cuales se haya emitido la declaración y el notario que la autoriza, especificando además en el punto 3 de dicho artículo que en aquellos casos en los que la declaración de voluntades anticipadas se haya emitido ante notario, éste debe solicitar la inscripción y debe remitir copia compulsada al Registro de Voluntades Anticipadas.

Llegados a este punto, cabe preguntar qué sucede con aquellas declaraciones que no han sido inscritas en el Registro, ya que según se desprende del texto de los artículos apenas analizados, solo el notario tiene la obligación clara de solicitar la inscripción del documento en el Registro. No parece igual de clara la posición del otorgante ni de los testigos en relación con el deber de solicitar su inscripción, ya que el otorgante puede manifestar su oposición a la inscripción de dicho documento por parte de uno de los testigos, quedando por lo tanto la inscripción en manos del otorgante, quien ya ha manifestado su rechazo a inscribirla.

Una de las funciones del Registro, de acuerdo con el art. 6 del Decreto 58/2007, es la de posibilitar el acceso y la consulta de los documentos de voluntades anticipadas inscritos, de manera ágil y rápida, por parte de los profesionales sanitarios encargados de la atención al paciente. Es más, el propio Decreto 58/2007 establece en su art. 10 y para los casos en que concurren circunstancias que no permitan al paciente expresar su voluntad que el médico o el equipo sanitario responsable de la asistencia al paciente tiene la obligación de dirigirse al Registro para tener conocimiento de la existencia o no de documento de voluntades anticipadas y su contenido, una obligación que carece de sentido si los documentos no han sido previamente inscritos, un paso además indispensable para su posterior incorporación a la historia clínica del paciente.

Surge aquí un interrogante en relación con la posibilidad de manifestar las voluntades anticipadas ante el médico, sea este nuestro médico de cabecera o el médico que nos está atendiendo en el hospital. Numerosos son los posibles motivos que pueden llevar a una persona a querer dialogar sobre este tema con un profesional de la medicina: bien por la relación de confianza que se genera

a lo largo del tiempo entre el médico de cabecera y el paciente, bien por la incomodidad que puede generarse al tratar este tema con familiares u otros seres queridos, o bien por tratarse de una persona que no cuenta con allegados u otras personas cercanas a las que hacer partícipe de su decisión. Además, parecería que los médicos, precisamente por su relación profesional con pacientes en centros hospitalarios, se encuentran en una posición más que adecuada para dar a conocer la posibilidad de otorgar un testamento vital así como de asesorar al paciente que desea expresar sus voluntades anticipadas⁴. Estas inquietudes se han visto reflejadas en algunos estudios⁵ en los que la mayoría de los pacientes encuestados ha manifestado que en el caso de cumplimentar el documento les gustaría hablarlo además de con familiares, con el médico de cabecera y con el médico del hospital. En cambio, otro estudio⁶ pone de manifiesto que la mayoría de los médicos de familia encuestados considera que sus conocimientos sobre el testamento vital son escasos o nulos y afirman no tener suficiente información para asesorar a sus pacientes en la elaboración del documento, a la vez que reconocen que la existencia de un testamento vital puede agilizar la toma de decisiones y que este debería incluirse en la historia clínica aunque consideran que la iniciativa de hablar sobre el tema debe partir del paciente. No parece sin embargo que la posibilidad de emitir la declaración de voluntades anticipadas ante el médico esté prevista legalmente, debiendo las personas interesadas acudir al Registro, Notario o realizarlo ante tres testigos, sin la certeza en este último caso de que cuente con todos los requisitos legales de validez.

Para el caso en el que el otorgante designe a uno o a más representantes, la ley balear establece que éstos deberán ser mayores de edad y contar con plena capacidad de obrar y se hará constar en el documento el nombre, los apellidos, el número del documento de identidad (DNI o equivalente) y la firma de la persona o personas designadas, con la aceptación expresa de serlo.

En cuanto al cumplimiento de las instrucciones, la ley balear regula en el art. 6 los límites legales para la aplicación y cumplimiento de las voluntades anticipadas manifestadas en el documento. Así y de conformidad con el resto de normativas autonómicas fija que las voluntades anticipadas no serán de aplicación en tres supuestos: a) cuando sean contrarias al ordenamiento jurídico, b) cuando sean contrarias a la buena práctica clínica o c) cuando no se correspondan exactamente con el supuesto de hecho que la persona ha previsto en el momento de emitir las.

4 LEAL HERNÁNDEZ, M; RIVAS BÁEZ, J. A.; MARTÍNEZ MONJE, F; LOZANO ESPINOSA, M.: "Papel del médico de familia en la cumplimentación y registro del documento de Instrucciones Previas", *Medicina de Familia. SEMERGEN*, vol. 41, núm. 3, 2015, pp. 164-167.

5 SANTOS DE UNAMUNO, C.: "Documento de Voluntades Anticipadas: actitud de los pacientes de atención primaria", *Atención Primaria*, vol. 32, núm. 1, 2003, pp. 30-35.

6 DE DIOS, R.: "Monográfico sobre Instrucciones Previas", Dirección General de Salud Pública, Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, 2016.

2. Edad y capacidad necesaria para otorgar el documento de voluntades anticipadas.

La ley 1/2006 de 3 de marzo, de voluntades anticipadas, aprobada por el parlamento de las Islas Baleares, introduce en su última modificación en fecha de 28 de marzo de 2015, la posibilidad de que los menores emancipados o con 16 años cumplidos otorguen el documento de voluntades anticipadas, equiparando así la edad a la establecida por el legislador nacional para el consentimiento informado. Dicha modificación obedece a la creciente necesidad de reconocer a los menores de edad no solo la plena titularidad de derechos sino también una capacidad progresiva para ejercerlos, promoviendo así su autonomía y haciéndolos partícipes de su propio desarrollo, sin olvidar que se trata de sujetos altamente vulnerables necesitados todavía de cierta protección. Es precisamente en este contexto y con esta concreta finalidad que el legislador balear amplía a menores emancipados o con 16 años cumplidos la capacidad para expresar su voluntad en previsión de que en un futuro puedan concurrir circunstancias que no lo permitan.

Así, reza el art. 1 de la Ley 1/2006 que “las voluntades anticipadas consisten en una declaración de voluntad unilateral emitida libremente por una persona mayor de edad y plena capacidad de obrar, por menores emancipados o con 16 años cumplidos, mediante la cual se indica el alcance de las actuaciones médicas u otras que sean procedentes, previstas por esta ley, sólo en los casos en que concurren circunstancias que no le permitan expresar su voluntad”. Llama la atención en la redacción de dicho artículo que el legislador opte por enfatizar la necesidad de contar con plena capacidad de obrar en el caso de los mayores de edad, cuya plena capacidad de obrar se presume (Real Decreto-ley 33/1978, de 16 de noviembre, sobre mayoría de edad) y no haga mención alguna a la capacidad de menores emancipados ni de los menores con 16 años cumplidos. Si bien es verdad que estos menores tienen reconocido un amplio abanico de posibilidades de actuación en nuestro ordenamiento jurídico, este depende a menudo de su grado de desarrollo o madurez y en determinadas ocasiones de un complemento de capacidad que deberá prestar el representante legal.

Pueden, entre otras actuaciones, contraer matrimonio (art. 48 del Código Civil), otorgar testamento (art. 663.1 del Código Civil), ser testigo en un procedimiento civil (art. 361 Ley Enjuiciamiento Civil), usar determinadas armas de fuego (RD 137/1993, de 29 de enero, por el que se aprueba el reglamento de armas), conducir ciclomotor (RD 772/1997, de 30 de mayo, por el que se aprueba el reglamento general de conductores), ser contratados y trabajar (RD Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, que aprueba el Estatuto de los trabajadores), aceptar o repudiar herencias o legados a su favor (art. 166.2 y 3 conforme LO 1/1996 de 15 de enero de protección jurídica del menor), realizar actos de administración ordinaria sobre los bienes que hubiera adquirido con su trabajo o industria (art. 164.3

Código Civil). Para otras actuaciones, sin embargo, es necesario un complemento de capacidad: para otorgar y modificar capitulaciones matrimoniales es necesario el concurso y consentimiento de sus representantes legales (art. 1329 Código Civil), para otorgar donaciones es necesario el concurso y consentimiento de sus representantes legales (art. 1388 Código Civil), para constituir y formar parte de una Asociación es necesario el previo consentimiento de los representantes legales (LO 1/2002, de 22 de marzo, del Derecho de Asociación), para participar en ensayos clínicos es necesaria la intervención de padres o tutores.

Con la redacción del nuevo artículo y siguiendo el ejemplo de otras autonomías el legislador balear establece por tanto la presunción legal de que el menor emancipado y el menor mayor de 16 años tienen capacidad natural, es decir, cuentan con el suficiente grado de madurez para ejercer sus derechos en el ámbito de las voluntades anticipadas e incluso expresar sus deseos en relación a la aplicación o rechazo de tratamientos terapéuticos de carácter experimental, obviando el legislador balear que el Real Decreto 223/2004, de 6 de febrero, por el que se regulan los ensayos clínicos dispone en su art. 7.3 a) que si el sujeto del ensayo es menor de edad se obtendrá el consentimiento informado previo de los padres o del representante legal del menor y en aquellos casos en los que el menor tenga 12 años cumplidos, deberá éste prestar también su consentimiento para participar en el ensayo. Aunque el real decreto regula la figura del consentimiento informado en relación a tratamientos terapéuticos de carácter experimental en un momento presente, es de difícil aceptación que no se requiera la autorización de los padres cuando se trata de las voluntades expresadas anticipadamente por un menor en relación a los mismos tratamientos experimentales.

Otras Comunidades Autónomas han optado también por permitir que determinados menores puedan otorgar el documento de instrucciones previas. Así, Andalucía permite que los menores emancipados y los incapacitados judicialmente (siempre que la sentencia de incapacitación no disponga lo contrario) otorguen las últimas voluntades; Aragón permite que los menores emancipados, los menores mayores de 14 años y los incapacitados judicialmente (siempre que la sentencia de incapacitación no disponga lo contrario) otorguen las últimas voluntades; Navarra permite que los menores a los que se les reconoce capacidad suficiente otorguen dicho documento; Valencia permite que lo hagan los menores emancipados. Asturias, Canarias, Cantabria, Castilla La Mancha, Castilla y León, Catalunya, Extremadura, Galicia, La Rioja, Madrid, Murcia y País Vasco exigen la mayoría de edad⁷.

Es una idea plenamente aceptada en el panorama doctrinal actual que en el ejercicio de los derechos de la personalidad es la capacidad natural del individuo, es

7 NORIEGA RODRIGUEZ, L.: "Análisis de la legislación estatal...", cit., pp. 29-71.

decir el grado efectivo de madurez, el criterio que debe seguirse para determinar que se es suficientemente maduro para adoptar decisiones en este ámbito. A diferencia de la capacidad de obrar, cuya plenitud se obtiene al cumplir la mayoría de edad, la capacidad natural o grado de madurez real constituye uno de los aspectos de la capacidad y se trata de una cuestión de hecho que puede definirse como “la capacidad de entendimiento y juicio necesarias para comprender el alcance y consecuencias del acto de que se trate y adoptar una decisión responsable”⁸.

Así lo ha entendido también el legislador estatal quien en el art. 162.1 del Código Civil, tras la reforma del año 1981, excluye de la representación legal por parte de los padres “los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo”. Este precepto casa también con el espíritu de la Ley 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en cuya exposición de motivos se reconoce la plena titularidad de derechos por parte de los menores de edad y una progresiva capacidad para ejercerlos como el mejor enfoque para la protección de la infancia y la adolescencia.

La capacidad natural real es por tanto una cualidad personal de cada individuo por lo que deberá ser valorada y tenida en cuenta en cada caso concreto y para cada distinta actuación, elevando o reduciendo el grado de capacidad exigible dependiendo del acto de que se trate y de las consecuencias que de dicho acto puedan derivarse. En este sentido, DE LAMA AYMÁ desaconseja fijar una edad a partir de la cual se presume la capacidad natural o madurez de personas menores de edad, ya que las amplias posibilidades de ejercicio de los derechos de la personalidad en situaciones tan diversas podría vulnerar la dignidad y personalidad del menor que a pesar de no haber alcanzado la edad fijada es suficientemente maduro y a su vez dejar desprotegido aquél menor que habiendo cumplido la edad establecida, carece de la capacidad natural necesaria⁹. Es por todo lo expuesto que en el ámbito de los derechos de la personalidad, a diferencia de lo que ocurre en el ámbito patrimonial, creemos que debe prevalecer el criterio casuístico frente al cronológico ya que no puede ni debe primar la seguridad sobre el respeto a la personalidad y dignidad del individuo¹⁰.

Parece que el legislador balear ha optado por equiparar la edad necesaria para otorgar las voluntades anticipadas a la establecida en el art. 11.1 de la ley 41/2002 por el legislador nacional para el consentimiento informado en un intento por ofrecer cierta coherencia legislativa, al entender probablemente que la forma tan

8 SANTOS MORÓN, M. J.: “Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 15, 2011, pp. 63-93.

9 DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

10 SANTOS MORÓN, M. J.: “Menores y derechos de la personalidad...”, cit., pp. 63-93; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I.: “La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas”, X Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario, 2003.

diferente en la que el legislador estatal ha decidido regular las dos instituciones jurídicas carecía de sentido. En esta línea, la técnica legislativa utilizada en la Ley 41/2002 ha sido fuertemente criticada por parte de la doctrina que la ha calificado de incoherente si se tiene en consideración que en el art. 9.4 el legislador afirma que en el caso de menores emancipados o con 16 años cumplidos no cabe prestar el consentimiento por representación, es decir, deberán prestar el consentimiento informado ellos mismos. BERROCAL LANZAROT afirma que “lo procedente para seguir en la línea marcada por el legislador cuando regula el consentimiento, debe ser, a nuestro juicio, el reconocer, tanto al menor emancipado, como a los mayores de dieciséis años y a los que han obtenido el beneficio de la mayor edad la posibilidad de manifestar por sí mismo y válidamente sus instrucciones previas como forma de expresión anticipada del consentimiento a cualquier tratamiento o intervención, o de rechazo, si fuera el caso, a los mismos”¹¹; PLAZA PENADÉS no entiende por qué la Ley estatal no ha reconocido a menores emancipados o con 16 años cumplidos capacidad para expresar sus instrucciones previas o voluntades anticipadas cuando, en cambio, tienen derecho a expresar su consentimiento informado¹²; OLIVA BLÁZQUEZ afirma que la restricción de uso del documento de Voluntades Anticipadas a los mayores de dieciocho años “carece de cualquier explicación en términos jurídicos, más allá del posible temor del legislador a que el menor pueda adoptar decisiones que impliquen una disposición sobre su propia vida. Sin embargo, no puede olvidarse que el documento de Voluntades Anticipadas es un instrumento a través del cual se ejercita el derecho a la autodeterminación libre y voluntaria del paciente, derecho que como hemos visto se reconoce al paciente menor de edad siempre y cuando tenga la madurez necesaria”¹³.

No sólo establece el legislador nacional una presunción de madurez para dichos menores sino que en el art. 9.3c de la misma ley establece el consentimiento por representación de aquellos menores que no sean capaz intelectualmente ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. A sensu contrario se desprende que el legislador, siguiendo la idea de que es la madurez real del individuo y no el dato cronológico aquello relevante en este ámbito no fija límite de edad alguno sino que establece que por debajo de los 16 años hay que estar al caso concreto, de tal manera que si se considera que el menor es suficientemente maduro para decidir y actuar en la concreta situación, es el menor el quien debe decidir. Siguiendo lo establecido en el art. 9 de la ley 1/1996, de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, en el que se regula el derecho a ser oído y escuchado, cuando un menor haya cumplido los 12 años, con independencia del grado de

11 BERROCAL LANZAROT, A. I.: “Análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación”, Comunicación libre al XII Congreso Nacional de la Sociedad Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2005.

12 PLAZA PENADÉS, J.: “La ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, 2002.

13 OLIVA BLÁZQUEZ, F.: “El menor maduro ante el derecho”, *Eidon*, núm. 41, 2014, pp. 28-52.

capacidad que haya desarrollado, es considerado suficientemente maduro para ejercitar por sí mismo este derecho. Por debajo de la barrera de los 12 años, la madurez habrá de valorarse por personal especializado, teniendo en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto, ex art. 9.2 de dicha ley. Esta idea la encontramos también en el Informe Explicativo al Convenio de Oviedo, en cuyo punto número 60, relativo a los deseos expresados anteriormente o voluntades anticipadas, se afirma que la previsión del Convenio sobre esta materia está prevista “para los casos en que las personas con capacidad de entender hayan expresado con anterioridad su consentimiento (ya sea asentimiento o rechazo) en relación a situaciones previsibles en las que ya no se encontrarían en condiciones de expresar su opinión sobre la intervención”. De esta manera, también el Convenio de Oviedo prioriza la “capacidad de entender” de las personas y no su capacidad jurídica cuando se trata de expresar las instrucciones previas¹⁴.

Desde esta óptica cuesta entender que el legislador nacional no reconozca la posibilidad a menores emancipados o con 16 años cumplidos de manifestar su voluntad anticipadamente como una forma de consentimiento o rechazo al tratamiento, pero expresado con anterioridad a que ocurra el hecho que lo incapacita para tomar decisiones y, por tanto, previo al momento en que se tendrá que aplicar el tratamiento o practicar la intervención. Otra parte de la doctrina no ve incoherencia alguna y afirma que la mayor exigencia por parte del legislador en el caso de las instrucciones previas se debe a la proximidad de éstas a la posible disposición sobre la propia vida¹⁵, unas cautelas que no se adoptan en cambio a la hora de reconocer la capacidad de menores emancipados o con 16 años cumplidos para otorgar el consentimiento a un determinado tratamiento o intervención en el mismo momento en que debe practicarse, independientemente de que el hecho de consentir en el tiempo presente pueda poner igualmente en riesgo la vida del paciente menor de edad.

En este sentido, nos parece acertada la decisión del legislador balear de acercar la edad para otorgar las voluntades anticipadas a la ya establecida por el legislador nacional para el consentimiento informado, al tratarse en nuestra opinión de dos instituciones claves en el ámbito de la autonomía del paciente, una autonomía cuyas limitaciones deberán interpretarse en el caso de los menores de edad de forma restrictiva y siempre en el interés superior del menor, ex art. 2.1 de la ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor.

14 JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: “Una aproximación a la regulación...”, cit., pp. 1-22.

15 PARRA LUCÁN, M. Á.: “La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003; SANTOS MORÓN, M. J.: “Menores y derechos de la personalidad...”, cit., pp. 63-93.

3. Garantías de protección del paciente menor de edad en el ámbito de las voluntades anticipadas.

No compartimos en cambio que el legislador balear no ofrezca en la Ley 1/2006 suficientes garantías en cuanto a la constatación de la capacidad del sujeto ni la inexistente referencia a los representantes legales del menor, ya que si bien es verdad que no ejercen funciones de representación en el ámbito de los derechos de la personalidad siguen siendo los titulares de la obligación de velar por el interés superior del menor. En esta línea y siguiendo el planteamiento del legislador nacional en cuanto al consentimiento informado, al permitir la ley balear que los menores emancipados o con 16 años cumplidos otorguen un documento tan sensible como es el documento de últimas voluntades, ésta debería incluir ciertas garantías de protección de los pacientes menores de edad sobre todo en el caso de actuaciones límite o de grave riesgo para la vida del individuo.

La efectiva capacidad de los menores de edad para tomar decisiones en este ámbito es una cuestión conflictiva. Se ha demostrado que el cerebro de los jóvenes adolescentes no está plenamente desarrollado, existiendo determinadas áreas cuyo desarrollo completo no se produce hasta bien entrada la edad adulta, lo que demostraría que los adolescentes no son aún seres plenamente autónomos¹⁶. En este contexto, creemos necesario incluir alguna previsión legal para aquellos casos límite o de grave riesgo para la vida del menor en los que el individuo ha dejado plasmada su voluntad de manera anticipada, tal y como se incluye en la ley 41/2002, cuyo art. 9.4 dispone que cuando se trate de una actuación de grave riesgo para la vida o salud del menor, siempre según el criterio del facultativo, el consentimiento lo prestará el representante legal del menor, una vez oída y tenida en cuenta su opinión. Así, bastaría con incluir una previsión similar y solo informar a los padres o representantes legales en los casos en los que la voluntad expresada por el menor conllevara un grave riesgo para su salud o incluso vida¹⁷. Esta previsión contenida en la ley estatal no está tampoco exenta de crítica, ya que al exigir no sólo que la opinión del menor sea oída, sino también tenida en cuenta, plantea ciertas dudas acerca del peso y la importancia que debe darse a dicha opinión.

Sin embargo, otra parte de la doctrina considera que limitar la validez de la opinión expresada por el menor a los supuestos en los que la decisión tomada por éste le beneficia y, en cambio, sustituir la voluntad del menor en aquellos casos en los que un tercero (padres, representante legal, médico) cree que dicha decisión no supone un beneficio para el interés del menor no es compatible con el previo

16 OLIVA DELGADO, A.: "Desarrollo cerebral y asunción de riesgos durante la adolescencia", *Apuntes de Psicología*, vol. 25, núm. 3, 2007, pp. 239-254.

17 COMISIÓN ASESORA DE BIOÉTICA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS: "Informe CABéPA 4 – Las Instrucciones Previas: Sujetos y capacidad para otorgarlos", *Portal de salud del Principado de Asturias*, 2013, Oviedo.

reconocimiento de capacidad¹⁸. En esta línea, defienden que si se ha considerado que el menor cuenta con la suficiente capacidad de discernimiento y madurez para tomar una determinada decisión, no se le puede negar dicha autonomía “a posteriori” en aquellos casos en los que la decisión del menor no es compartida por sus representantes legales y proponen como garantía elevar las exigencias de capacidad a medida que aumente la complejidad del tratamiento y los riesgos que éste pueda conllevar.

La ley balear, por su parte, poco dice en relación a la constatación de la capacidad del menor y no contempla en absoluto la posible intervención de los representantes legales del menor en casos concretos en los que la voluntad expresada anticipadamente por el menor pueda suponer un riesgo para su propia vida. Así, en el art. 3 establece que compete al personal funcionario público ante el que se formaliza el documento la constatación de la personalidad y la capacidad de la persona autora del documento. Nada dice la ley acerca de la constatación por parte de los otros individuos ante los que puede formalizarse dicho documento: notario, más habituado a procedimientos de constatación de capacidad; la persona encargada del Registro de voluntades anticipadas, de la que no se especifica si debe proceder a la constatación de la capacidad del individuo o simplemente se limita a realizar la inscripción en el Registro; y finalmente, tres testigos mayores de edad con capacidad de obrar plena y que deben conocer al otorgante, sin especificar cómo pueden los testigos acreditar la capacidad del individuo. Cabe acudir al Decreto 58/2007 para esclarecer estos puntos. Así, en el art. 8.2 se establece que en aquellos casos en los que la declaración de voluntades anticipadas se hubiese otorgado ante el encargado del Registro, este ha de comprobar el cumplimiento de los requisitos de personalidad y capacidad previamente a la recepción de la declaración de voluntades anticipadas. Para los casos de documentos de voluntades anticipadas emitidos ante testigos, establece el art. 8.3 que a la solicitud de inscripción se ha de adjuntar el documento original de voluntades anticipadas, una copia compulsada del DNI o de un documento de identidad equivalente de la persona otorgante y de todos los testigos, así como la declaración de cada uno de los testigos de que se encuentran en pleno uso de su capacidad de obrar, así como que conocen a la persona otorgante del documento de voluntades anticipadas, y que firmó el documento ante estos en pleno uso de sus facultades, libremente y sin coacciones.

Uno de los inconvenientes que plantea la evaluación de la capacidad del menor de edad es que herramientas que se han demostrado eficaces para valorar el déficit cognitivo en adultos con determinadas patologías no permiten analizar

18 SANTOS MORON, M. J.: “Menores y derechos de la personalidad...”, cit., pp. 63-93; ALVENTOSA DEL RÍO, J.: “Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015, pp. 264-291.

satisfactoriamente cuando un individuo ha adquirido la madurez suficiente para actuar con plena autonomía¹⁹.

Tradicionalmente, para determinar el grado de discernimiento y madurez de un individuo se ha tenido en cuenta su capacidad para comprender la información proporcionada, apreciar la situación en la que se encuentra, manejar racionalmente los datos de que dispone y comunicar su decisión, procedimiento que se ha mostrado ineficaz para el ámbito concreto que nos ocupa. Por este motivo, algunos autores²⁰ proponen un método alternativo y no basado en posturas ideológicas que otorgan un valor absoluto a uno u otro bien aparentemente contrapuestos (vida del menor/poder de decisión o autonomía). Este enfoque se centra en la visión en primera persona que tiene el propio menor de su situación personal y sobre todo en las razones que invoca para tomar una determinada decisión. Según esta propuesta, existen una serie de bienes primarios como la propia vida, la salud, la ausencia de dolor, entre otros, cuyo valor es objetivo o “moralmente neutral” por lo que su pérdida causa un daño objetivo, independientemente de las convicciones ideológicas del individuo. Partiendo de esta concepción, los autores defienden que el rechazo a un tratamiento por parte de un menor de edad no se puede valorar si no se analizan las razones que aporta el menor y proponen un método para evaluar de modo objetivo dichos motivos y según el cual puede afirmarse que determinados juicios son objetivamente correctos, ya que tras analizar con detalle todos y cada uno de los aspectos relevantes, cualquier persona que se encontrara en la situación del menor llegaría a la misma conclusión, tomando en consecuencia la misma decisión. Este método, pensado para determinar si el consentimiento informado de un menor sería válido, no deja de ser complejo y habría que ver cómo podrían analizarse en el momento en que debe realizarse la intervención o tratamiento los motivos que han llevado a un menor a manifestar su voluntad anticipadamente y que no se encuentra en situación de dar más explicaciones al respecto.

Es en este contexto que cobra especial importancia la figura del representante que haya podido ser designado por el otorgante del documento de instrucciones previas: para interpretar las voluntades anticipadas expresadas y asegurar su cumplimiento por parte del equipo médico. Cabe aquí distinguir dos tipos de situaciones en las que puede darse (o no) la necesidad de interpretar el documento. En la primera de ellas, la situación prevista por el otorgante coincide con la situación real en la que éste se encuentra por lo que no es necesario interpretar el contenido de las instrucciones previas. Así, el papel del representante, siempre que haya sido designado, se limitará a asegurar el cumplimiento de los deseos

19 OJEDA RIVERO, R.: “El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo”, *InDret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2015.

20 OJEDA RIVERO, R.: “El rechazo del tratamiento médico...”, cit.

expresados por el individuo. En la segunda de las situaciones que podrían darse, aquello previsto por el otorgante del documento no coincide o coincide solo en parte con su situación real y se hace necesario interpretar aquello expresado con anterioridad por el individuo para entender qué desearía en la situación concreta en la que se encuentra.

Es preciso apuntar que influye también en el contenido de las instrucciones previas el estado de salud del declarante en el momento de otorgar el documento ya que las instrucciones serán mucho más precisas si éste ha iniciado ya algún proceso patológico o padece ya alguna enfermedad y cuenta con un pronóstico más claro sobre el posible desenlace de la situación, mientras que si el declarante goza de buena salud es difícil que sea capaz de prever en sus instrucciones previas los múltiples escenarios que pueden darse en relación a su salud, siendo el contenido del documento será más general y hará énfasis en sus creencias, valores y objetivos vitales²¹.

Como no podría ser de otra manera, tanto la legislación estatal como autonómica exige que el representante conozca al otorgante, aunque algunas autonomías no permiten que los parientes más cercanos (hasta el segundo grado) ejerzan dicha función. Se supone pues que el representante conoce no solo los ideales, valores, creencias y objetivos personales del individuo en cuestión sino también su voluntad de tal manera que puede ser su voz en aquellos casos en los que el contenido de las instrucciones previas no sea suficiente. Existe, sin embargo, un debate en torno a la figura del representante, sus funciones y sus límites. Para algunos autores, el representante no ejerce funciones de representación propiamente dicha sino que es un simple interlocutor entre el declarante y el médico que debe seguir las instrucciones previas, de tal manera que si éstas son suficientemente claras no se requerirá su intervención y en ningún caso puede la voluntad del representante sustituir a la del otorgante²². Para otros autores en cambio, la voluntad del representante puede sustituir a la del declarante, llegando incluso a prevalecer en caso de conflicto y si así se ha manifestado en el documento de instrucciones previas²³.

En relación a la designación de un representante para que llegado el caso intervenga en la interpretación del documento otorgado cabe mencionar que la ley estatal nada dice sobre la necesidad de aceptación del cargo por parte de la persona designada. Así, se entiende que la designación es válida desde el mismo

21 TUR FAUNDEZ, M. N.: "El documento de Instrucciones Previas o Testamento Vital. Régimen Jurídico", en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García* (coord. por GONZÁLEZ PORRAS, J.M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P), Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España / Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pp. 4865-4885.

22 JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: "Una aproximación a la regulación...", cit., pp. 1-22.

23 TUR FAUNDEZ, M. N.: "El documento de Instrucciones Previas...", cit. pp. 4865-4885.

momento en que se realiza pero no vincula al representante hasta que éste acepta o no el encargo²⁴. En cambio, la ley balear establece como requisito de validez de la designación la expresa aceptación por parte de la persona designada.

4. Relación de la norma autonómica con la ley básica estatal 41/2002.

Analizado el contenido de la ley balear, es preciso estudiar el encaje de dicha ley en el marco fijado por la ley estatal 41/2002 básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La ley estatal afirma su carácter de legislación básica en su disposición adicional primera y de conformidad con lo establecido en el art. 149.1.1ª y 16ª de la Constitución española. El art. 149 de la Constitución española regula las competencias exclusivas del estado. En su apartado primero establece que compete al estado 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. Asimismo, en el apartado 16 del mismo artículo, establece que compete al estado la regulación sobre las bases y coordinación general de la sanidad.

Siguiendo la jurisprudencia establecida por el Tribunal Constitucional (Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 25/1985 de 7 de abril), “las bases manifiestan los objetivos, fines y orientaciones generales sobre todo el Estado exigidos por la unidad del mismo y por la igualdad sustancial de todos sus miembros”. Son, por tanto, “el límite dentro del cual tienen que moverse los órganos de las Comunidades Autónomas dentro del ejercicio de su competencia”. Las bases normativas consisten, pues, en el contenido normativo material que se considera fundamental y que debe ser común a toda España por su carácter básico para la regulación de la materia²⁵. A su vez, la ley autonómica balear justifica en la exposición de motivos su promulgación amparándose en aquello dispuesto en su estatuto de autonomía, concretamente los art. 27.2, relativo a la promulgación de leyes por parte del Parlamento balear y los arts. 10.14ª y 23ª, según los cuales la Comunidad Autónoma tiene la competencia exclusiva en materia de sanidad y de conservación y desarrollo del derecho civil.

Introducido brevemente el tema de las competencias, es fácil intuir la problemática que plantea la existencia de una ley autonómica que contradice aquello establecido por el legislador estatal en una ley básica en cuanto a la edad necesaria para otorgar el documento de instrucciones previas, un elemento fundamental para garantizar la igualdad de derechos de todos los ciudadanos del

24 JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: “Una aproximación a la regulación...”, cit., pp. 1-22.

25 MOLAS, I.: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.

territorio del Estado español. Dicha problemática se agrava si tenemos en cuenta que la ley básica tiene vocación de aplicación universal y la única mención que hace dicha ley sobre la capacidad normativa de las comunidades autónomas es sobre la libertad a la hora de regular la forma, siempre que sea escrita, motivo por el cual es difícil aceptar la constitucionalidad de una ley autonómica que regula un elemento esencial como es la edad necesaria del otorgante en contra de lo establecido en la ley básica²⁶.

Como se ha expuesto, la ley 41/2002 afirma que las instrucciones previas manifestadas por el paciente deben desplegar su eficacia y ser respetadas en todo el territorio español, motivo por el cual se establece la creación del Registro nacional de instrucciones previas pero, dada las discrepancias no solo entre la ley balear y la ley básica, sino también entre las leyes de las diferentes Comunidades Autónomas, ¿cuál es la ley que debe prevalecer y que deberá ser aplicada por el médico responsable de cumplir con las instrucciones previas de un menor en cuestión? ¿Qué sucede si las instrucciones previas han sido manifestadas por un menor cuya ley autonómica le permite hacerlo pero deben ser aplicadas por el personal sanitario de una comunidad cuya ley exige la mayoría de edad? Éstas y algunas otras cuestiones las plantea también TUR FÁUNDEZ quien defiende que su respuesta dependerá de si nos encontramos ante una cuestión civil o administrativa²⁷. A su entender, la legislación estatal relativa a las instrucciones previas regula un negocio jurídico y se trata por tanto de materia civil por lo que será la vecindad civil del individuo el criterio que determinará la ley aplicable. En cambio, la mayoría de leyes autonómicas se aplican atendiendo al criterio de territorialidad, ya que la mayoría de ellas regulan diferentes cuestiones administrativas que afectan a los centros de salud que se encuentran dentro de su territorio. Tal y como apunta la autora, la aplicación en este caso concreto del criterio territorial podría generar situaciones altamente complicadas ya que, para empezar, deberíamos ser capaces de prever en qué Comunidad Autónoma enfermaremos para otorgar así el documento de instrucciones previas de acuerdo con su legislación, ya que de no ser así podría no tener validez.

Cabe recordar que al amparo del art. 149.1.8 de la Constitución Española corresponde al estado dictar las normas sobre conflicto de leyes, no teniendo las Comunidades Autónomas competencia para ello. En esta línea, es difícil aceptar el criterio territorial para determinar la legislación aplicable al documento de voluntades anticipadas.

Otra de las cuestiones a tener en cuenta son los requisitos formales del documento, ya que si bien es verdad que son similares en la mayoría de Comunidades

26 COMISIÓN ASESORA DE BIOÉTICA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS: "Informe CABéPA 4...", cit.

27 TUR FÁUNDEZ, M. N.: "El documento de Instrucciones Previas...", cit., pp. 4865-4885.

Autónomas, algunas de ellas presentan sus particularidades. No es esta cuestión baladí, al afectar directamente el núcleo de la autonomía de la voluntad, por lo que entendemos que, tal y como se afirma en la ley estatal 41/2002, las voluntades anticipadas que hayan sido formalizadas conforme a lo establecido en la ley de la Comunidad Autónoma tendrán validez en todo el país y deberán ser respetadas por el médico encargado y siguiendo el procedimiento establecido por el servicio de salud de que se trate, tal y como establece la ley básica en su art. 11.2.

Además, tanto en la legislación estatal como en la autonómica se prevé la inscripción del testamento vital en un Registro especial creado a tal efecto. Es de entender que los documentos inscritos en el Registro habrán pasado un control formal previo, facilitando así la tarea de determinar si cumplen o no con las formalidades exigidas. Se discute también cuál es el valor de dicha inscripción: ¿es este constitutivo y, por tanto, carecen de validez aquellos documentos de últimas voluntades no inscritos en ningún registro? A nuestro entender, la finalidad del Registro tiene que ser la de facilitar el conocimiento de las inscripciones a terceros interesados y la de garantizar la autenticidad del documento así como que ha sido otorgado con todas las garantías necesarias²⁸.

Otra cuestión mucho más compleja y que nada tiene que ver con las formalidades del documento, es la desigualdad que se genera en cuanto a la edad y, por tanto, capacidad necesarias para otorgarlo al regular algunas leyes autonómicas este aspecto para el que no tienen competencia. El legislador balear se ampara en la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma relativa a la conservación y desarrollo del derecho civil, sin tener en cuenta la Ley estatal declara su condición de básica y, consecuentemente, es el Estado el único que puede regular las materias que en ella se contienen. Así la competencia legislativa de la Comunidad Autónoma queda vinculada a lo establecido por el legislador estatal y, por lo tanto, no puede invadir el marco preestablecido en la ley básica, según el cual se exige la mayoría de edad para poder otorgar las instrucciones previas, como garantía de igualdad entre los ciudadanos en el ejercicio de sus derechos. Así lo afirma también SANTOS MORÓN, quien defiende que la ley 41/2002 ha sido dictada al amparo de la competencia exclusiva del Estado para determinar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos constitucionales por lo que las comunidades autónomas que habrían asumido competencias en esta materia deben legislar dentro de los límites establecidos por el legislador nacional²⁹.

El control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas lo realiza el Tribunal Constitucional en lo relativo a la constitucionalidad de sus disposiciones

28 TUR FAUNDEZ, M. N.: "El documento de Instrucciones Previas...", cit., pp. 4865-4885.

29 SANTOS MORÓN, M. J.: "Menores y derechos de la personalidad...", cit., pp. 63-93.

normativas con fuerza de ley y la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trata de normas reglamentarias, tal y como establece el art. 153 a) y c) de la Constitución Española. Asimismo, la propia constitución prevé en su art. 161.2 un mecanismo mediante el cual el Gobierno puede impugnar ante el Tribunal Constitucional las disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas, quedando éstas suspendidas hasta que el Tribunal ratifique o levante dicha suspensión en un plazo no superior a cinco meses. Ahora bien, con la finalidad de resolver los posibles problemas de vacíos o conflictos de normas, la Constitución contiene en el art. 149.3 la cláusula de prevalencia, destinada a asegurar la unidad del ordenamiento jurídico y según la cual las normas del Estado prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas”, quedando la norma autonómica automáticamente desplazada si ésta existía con anterioridad a la promulgación de la ley básica estatal³⁰.

5. Conclusiones.

La ley estatal 41/2002 no permite que los menores de edad emancipados o con 16 años cumplidos expresen sus voluntades anticipadas cuando, en cambio, sí les permite manifestar su consentimiento o rechazo a un tratamiento en el mismo momento en que éste debe practicarse. Como se ha expuesto, esta decisión del legislador nacional es difícil de entender si tenemos en cuenta que reconoce la autonomía de estos menores para actuar en el ámbito sanitario, por lo que nos parecería más coherente con el espíritu de la propia ley que se les permitiera también expresar sus voluntades de manera anticipada. Sin embargo, la ley balear junto con otras leyes autonómicas permiten a dichos menores otorgar el documento de instrucciones previas. La convivencia de estas leyes genera una multitud de problemas interpretativos y de aplicación ya estudiados, ya que la ley nacional proclama su condición de básica y tiene vocación de universal dentro del territorio del estado español, lo que choca con el criterio de territorialidad invocado por las leyes autonómicas. A modo de conclusión, creemos que al regular un negocio jurídico y por tanto tratarse de materia civil debe utilizarse el criterio de la vecindad civil para determinar la ley aplicable. Otra cuestión es si las comunidades autónomas gozan de competencias para regular dicha materia, al invadir el marco preestablecido en la ley básica estatal. Entendemos que existen multitud de motivos para defender la posible inconstitucionalidad de las mismas, siendo el más claro que la propia ley 41/2002 establece su condición de básica en su disposición adicional primera lo que significa que la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas queda vinculada a lo establecido por el legislador estatal y, por lo tanto, no puede invadir el marco preestablecido en la ley básica. Esta es la confusa situación legislativa en la que se encuentran actualmente los

30 Así lo afirma también PARRA LUCÁN, M. Á.: “La capacidad del paciente...”, cit.

documentos de instrucciones previas, lo que nos lleva a preguntarnos si no sería más sencillo que existiera una única ley estatal de aplicación en todo el territorio del estado y que permitiera a los menores emancipados o con 16 años cumplidos otorgar el testamento vital tal y como se les permite con el consentimiento informado.

BIBLIOGRAFÍA

ALVENTOSA DEL RÍO, J.: "Consentimiento informado del menor en el ámbito de la sanidad y la biomedicina en España", *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 20, 2015.

BARTOLOMÉ TUTOR, A.: *Los derechos de la personalidad del menor de edad. Su ejercicio en el ámbito sanitario y en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación*. Aranzadi, Navarra, 2015.

BERROCAL LANZAROT, A. I.: "Análisis de los criterios jurídicos en la normativa estatal y autonómica sobre cuidados paliativos e instrucciones previas. El papel del médico en su aplicación", Comunicación libre al XII Congreso Nacional de la Sociedad Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2005, Web de la Asociación Española de Derecho Sanitario (www.aeds.org/documentos).

COMISIÓN ASESORA DE BIOÉTICA DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS: "Informe CABéPA 4 – Las Instrucciones Previas: Sujetos y capacidad para otorgarlos", 2013, Oviedo, Portal de salud del Principado de Asturias (<https://www.astursalud.es/noticias/-/noticias/informes-de-la-comision-asesora-de-bioetica>)

DE DIOS, R.: "Monográfico sobre Instrucciones Previas", Dirección General de Salud Pública, 2016, Consejería de Sanidad del Principado de Asturias (https://www.asturias.es/Astursalud/Ficheros/AS_Salud%20Publica/Estrategias/Estrategia%20Cronicidad/Monografia%20Instrucciones%20Previas.pdf).

DE LAMA AYMÁ, A.: *La protección de los derechos de la personalidad del menor de edad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J.: "Una aproximación a la regulación española del documento de voluntades anticipadas o "testamento vital"", *Diario La Ley*, núm. 7334, 2010.

LEAL HERNÁNDEZ, M.; RIVAS BÁEZ, J. A.; MARTÍNEZ MONJE, F.; LOZANO ESPINOSA, M.: "Papel del médico de familia en la cumplimentación y registro del documento de Instrucciones Previas", *Medicina de Familia. SEMERGEN*, vol. 41, núm. 3, 2015.

MOLAS, I.: *Derecho Constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998.

NORIEGA RODRÍGUEZ, L.: "Análisis de la legislación estatal y autonómica en materia de instrucciones previas o voluntades anticipadas", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, vol. 20, 2016.

OJEDA RIVERO, R.: "El rechazo del tratamiento médico por los menores de edad en grave riesgo", *InDret, Revista para el análisis del derecho*, núm. 3, 2015.

OLIVA BLÁZQUEZ, F.: "El menor maduro ante el derecho", *Eidon*, núm. 41, 2014.

OLIVA DELGADO, A.: "Desarrollo cerebral y asunción de riesgos durante la adolescencia", *Apuntes de Psicología*, vol. 25, núm. 3, 2007.

PARRA LUCÁN, M. Á.: "La capacidad del paciente para prestar válido consentimiento informado. El confuso panorama legislativo español", *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 2, 2003 (www.aranzadidigital.es).

PLAZA PENADÉS, J.: "La ley 41/2002, básica sobre autonomía del paciente, información y documentación clínica", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 562, 2002.

SANTOS MORON, M. J.: "Menores y derechos de la personalidad. La autonomía del menor", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, vol. 15, 2011.

SANTOS DE UNAMUNO, C.: "Documento de Voluntades Anticipadas: actitud de los pacientes de atención primaria", *Atención Primaria*, vol. 32, núm. 1, 2003.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, J. I.: "La autonomía del menor: su capacidad para otorgar el documento de instrucciones previas", X Congreso Nacional de Derecho Sanitario. Asociación Española de Derecho Sanitario, Madrid, 2003.

TUR FÁUNDEZ, M. N.: "El documento de Instrucciones Previas o Testamento Vital. Régimen Jurídico", en AA.VV.: *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García* (coord. Por GONZÁLEZ PORRAS, J. M. y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P), Tomo II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España / Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004.

