

TESTAMENTO VITAL Y VOLUNTADES ANTICIPADAS

LIVING WILL AND ADVANCE DIRECTIVES

FERNANDO RUIZ MOROLLÓN

Notario

Fuentes de Ebro (Zaragoza)

RESUMEN

Con esta modesta publicación persigo tres finalidades: (I) Plantear posibles reformas del Derecho Foral de Aragón e incluso de algunas normas administrativas. (II) Mostrar preferencia por el documento de voluntades anticipadas ante notario, destacando sus ventajas en atención a la seguridad jurídica por encima del documento administrativo ante testigos. (III) Criticar aquellos aspectos que, desde el punto de vista práctico, dificultan la elaboración de estos documentos. Intentaré cumplir con las tres finalidades relacionando Derecho Notarial, Derecho Foral de Aragón y Derecho Administrativo.

Palabras clave: Notario. Aragón. Voluntades anticipadas. Derecho Sanitario. Testamento vital. Escritura. Eutanasia.

ABSTRACT

I have three purposes through this small publication: (I) Possible reforms of the Regional Law of Aragón and Administrative Law. (II) Showing preference for notary document, highlighting its advantages in terms of legal security over the administrative document. (III) Criticizing those aspects that, from a practical point of view, make it difficult to prepare these documents. I will try to fulfill the three purposes by relating Notarial Law, Regional Law of Aragón and Administrative Law.

Key words: Notary public. Regional Law of Aragón. Advance directive. Health Law. Living will. Notary document. Notary Law. Euthanasia.

SUMARIO

I. PLANTEAMIENTO. II. PROPUESTAS *DE LEGE FERENDA*. A. ¿DOCUMENTO NOTARIAL O ADMINISTRATIVO? B. NOMENCLATURA. C. CAPACIDAD DE LA PERSONA. D. ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO. E. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS DEL GOBIERNO DE ARAGÓN. III. CONCLUSIÓN. IV. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

La estadística del Registro Nacional de Instrucciones Previas recoge en enero de 2021 un total de 331.732 instrucciones previas. El mismo número en diciembre de 2012 es de tan solo 143.775. De dicha estadística se deduce que el incremento de estos documentos en España es del 127 % en ocho años¹. El envejecimiento de la población y la demografía actual están sin duda detrás de este incremento, pues la esperanza de vida y los avances médicos también han ido creciendo en España en las últimas décadas.

Además, como las personas viven más años están más expuestas a padecer enfermedades durante su vejez que les pueden llegar a impedir el tomar decisiones válidamente.

La normativa administrativa aplicable en Aragón está constituida principalmente por la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón (reformada por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 6/2002 en lo relativo a voluntades anticipadas), el Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas y la Ley 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte. En coexistencia con estas disposiciones se encuentra la norma estatal: 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 la práctica notarial se observa una clara falta de regulación en el Derecho Civil y en el Derecho Notarial sobre esta figura, que no puede partir sin más del

¹ https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/rnip/doc/Documentos_2021/2021_Numero_de_Inscripciones_en_el_Registro_Nacional_de_Instrucciones_Previas_desde_la_sincronizacion_completa_de_los_Registros_Autonomicos-Enero_2021.pdf. Fecha de consulta 31 de agosto 2022.

legislador autonómico sino que exige un análisis de la actual distribución de competencias entre el Estado y las diferentes comunidades autónomas (todas han asumido las competencias en materia de sanidad dentro del marco constitucional y estatutario). La falta de homogeneidad entre los documentos autorizados por los diferentes notarios pone de relieve estas carencias, que deberán solucionarse atendiendo a la realidad social y a la futura aplicación de nuevas normas como la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. El Derecho comparado cuenta con leyes de naturaleza similar aprobadas en otros países como Bélgica, Holanda, Luxemburgo, Nueva Zelanda, Canadá o Colombia². La regulación deberá tener en cuenta además que el testamento vital y voluntades anticipadas participan directamente de la naturaleza jurídica del mandato.

Parto de la premisa de si deben o no regularse los aspectos civiles de esta clase de documentos sobre voluntades anticipadas, dejando aparte las normas de naturaleza administrativa que todas las comunidades autónomas tienen ya aprobadas desde hace años. En relación con las seis comunidades autónomas con Derecho Civil foral o especial, ninguna de ellas ha optado por regular estas materias más allá de preceptos aislados en el Código Civil de Cataluña como el artículo 421.21, que permite adoptar previsiones sobre la donación de los propios órganos o del cuerpo en memoria testamentaria válida, o el artículo 429.12, que impone al albacea particular el deber de encargarse del entierro o de la incineración. Sin embargo, opino que en esta materia el CDFA podría adelantarse a las restantes comunidades autónomas y ser el primero en regular los aspectos civiles de los documentos sobre voluntades anticipadas.

No soy desconocedor de que actualmente existe un debate doctrinal³ sobre competencias y legislación en la relación entre el Estado y las comunidades autónomas, con dos posibilidades: argumentar que las normas sobre capacidad para prestar consentimiento y otorgar voluntades anticipadas son de Derecho Civil (artículo 149.1.8.^a CE) y, por otro lado, pensar que ninguna comunidad autónoma puede introducir reglas propias por tratarse de una materia que es competencia exclusiva del Estado (bases y coordinación general de la sanidad, artículos 149.1.1.^a y 149.1.16.^a). Por todos cito a Parra Lucán, que sistematiza que las comunidades autónomas con un Derecho Civil propio (Aragón) podrían solo adaptar a su

² Datos de Flourish team - Data Visualisation & Storytelling. URL https://public.flourish.studio/visualisation/1374887/?utm_source=showcase&utm_campaign=visualisation/1374887. Fecha de consulta 1 de junio 2022.

³ Bayod López, Carmen, ponencia «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón: referencia al aborto de las menores de edad aragonesas y algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos», en los *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Sesión II, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008. Pág. 168. La autora sostiene que la capacidad para consentir actos médicos es competencia de la legislación civil, al menos en el sistema vigente en España. Aragón tiene competencia para regularla al tener un Derecho Civil propio, que desplaza a la competencia ejercida por el Estado a través del de lo previsto en el Derecho Sanitario Estatal.

Derecho el régimen que resulte de la Ley estatal, por ejemplo cuando se dice quién debe otorgar el consentimiento por el interesado que no tenga capacidad⁴.

No es éste el lugar de abordar la cuestión competencial en el ámbito del documento sobre voluntades anticipadas sino solo cuál debe ser el proceder del notario en determinados casos cuando una persona solicita esta clase de documentos en Aragón, sin perjuicio de que sea inevitable tratar de soslayo la cuestión en determinados casos como el otorgamiento del documento por el menor aragonés maduro (que sí voy a defender, con la asistencia de los padres).

II. PROPUESTAS DE *LEGE FERENDA*

Las propuestas que van a apuntarse a continuación giran en torno a la naturaleza jurídica del documento (notarial o administrativo), su nomenclatura, la capacidad para otorgarlo, la estructura (apartado donde se analizará también el contenido) y la inscripción en el Registro de Voluntades Anticipadas del Gobierno de Aragón.

A. ¿DOCUMENTO NOTARIAL O ADMINISTRATIVO?

El primer lugar analizo la conveniencia de otorgar este documento ante el notario o de hacerlo o simplemente a través de un formulario administrativo debidamente registrado en el registro autonómico. Ambos caminos llevarán a la misma solución, si bien es cierto que optar por el documento notarial evitará otros formalismos, como tener que acreditar la identidad ante el funcionario, presentar los documentos identificativos en vigor o fotocopias compulsadas, hacer un nuevo juicio de capacidad, que el interesado tenga que desplazarse a las dependencias del organismo administrativo, o la necesidad de testigos, ya que la intervención del notario suple todo esto y da fe de que el documento se adecúa a la legalidad vigente. No pretendo dar razones de la exclusión del documento administrativo sino simplemente argumentar la preferencia por el documento notarial.

Parto del propio instrumento formal que debe contener estas voluntades anticipadas, el cual es la escritura pública. Según el artículo 17 LN, las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad mientras que las actas tienen como contenido propio la percepción de hechos por parte del notario. Parece claro que la manifestación de unas instrucciones previas íntimamente ligadas al proyecto vital, valores, objetivos de vida o incluso la moral de

⁴ Parra Lucán, María-Ángeles, Ponencia «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en la Sesión II de los XV *Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005, Pág. 91.

una persona, como son las instrucciones relativas a la toma de una decisión u otra en relación con tratamientos médicos y cuidados de salud, debe tener la consideración desde el punto de vista del Derecho de una verdadera declaración de voluntad.

Cabe aquí plantearse cuál debe ser el valor de aquellos documentos autorizados por notarios que consignan estas voluntades en una mera acta de manifestaciones, que en opinión de Cámara es la constancia del «hecho del dicho» de una persona, que será testimonio si se refiere a cosas ajenas y confesión si se trata de cosas propias⁵. En consecuencia, esta clase de documentos, al ser unilaterales, sí servirán como prueba de que la persona realizó dichas manifestaciones, pero entiendo que la regla general debería ser la de consignar las voluntades anticipadas en una escritura pública. Considero relevante esta diferencia puesto que la actividad del notario es diferente si lo que está autorizando es una escritura o bien un acta, como también son diferentes los efectos de una u otra.

Rodríguez Adrados, y con él la mejor doctrina, entiende incluso que las declaraciones de voluntad no pueden ser contenido de las actas notariales por ser «manifestación del principio de respeto a las formas documentales superiores, como es la de la escritura pública, y para evitar confusionismos por la concurrencia de dos documentos que, pese a ser aparentemente muy semejantes, tienen un fondo y efectos muy distintos»⁶. Esta distinción es básica a lo largo del articulado del RN⁷.

Barral Viñals compara el consentimiento informado con el otorgamiento de voluntades anticipadas y critica el «mayor rigor formal» exigido para el segundo, entendiendo que debería bastar con la forma ológrafa⁸. En contra puede citarse a Parra Lucán, que alega la «incertidumbre en que se encontrarían los facultativos» y descarta también una posterior protocolización del documento ológrafa precisamente por las razones de urgencia médica⁹.

En aplicación de la doctrina que antecede, planteo la reforma del Derecho aragonés vigente en el sentido de que el artículo 3 del Decreto 100/2003¹⁰ haga

⁵ Cámara Álvarez, Manuel de la, «El notario latino y su función», en *Revista del Notariado*, abril-junio 1972, p. 128.

⁶ Rodríguez Adrados, Antonio, «Cuestiones de técnica notarial en materia de actas», en *Estudios jurídicos*, IV, Colegios Notariales de España, Madrid, 1988. P. 187.

⁷ Véanse arts. 1, 144, 145, 176, 198 *et al.* del Reglamento Notarial.

⁸ Barral Viñals, Inmaculada, «Testamento vital, disposiciones sobre el propio cuerpo e historia clínica», en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014.

⁹ Parra Lucán, op. cit., 2005. Pág. 81.

¹⁰ Artículo 3. Formalización. «El Documento de Voluntades Anticipadas se formalizará por escrito mediante uno de los siguientes procedimientos: a) Ante notario, mediante acta notarial. b) En documento privado, ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar, de los cuales, dos, como mínimo, no pueden tener relación de parentesco hasta segundo grado ni estar vinculados por relación patrimonial con el otorgante.»

referencia a la escritura pública o, al menos, elimine la referencia al acta notarial. Como argumentos para ello, cabe enumerar que esta norma se contradice con el RN y con la LN, que es una norma administrativa que impone requisitos civiles, que excede el rango reglamentario y que además desnaturaliza tanto la diferencia escritura-acta como la propia declaración de voluntad sobre instrucciones previas realizada por una persona. Entiendo que una redacción coherente con todo lo expuesto sería: «ante notario, mediante escritura pública».

B. NOMENCLATURA

A la hora de plantear una futura regulación sobre el documento de voluntades anticipadas en el Derecho Foral de Aragón, entiendo que deberá abordarse también la propia nomenclatura de dicho documento. A nivel estatal, el artículo 11 de la Ley 41/2002 se refiere a «documento de instrucciones previas». De modo similar, la normativa administrativa aragonesa y la de otras comunidades autónomas hacen referencia al documento de voluntades anticipadas. En consecuencia con lo expuesto *ut supra*, considero que en esta nomenclatura deberá hacerse constar el hecho de que es una escritura y no un acta, de manera que en este sentido debería rechazarse el concepto genérico de «documento» para una legislación civil, que debe ser mucho más concreta y cercana a la labor del notario (profesional específico de esa rama del Derecho).

La inclusión o no de la palabra testamento es controvertida para la doctrina. Serrano Secilla entiende que la razón que justifica esta denominación es el «acto dispositivo *mortis causa* realizado por el interesado que otorga esta clase de documentos sobre los órganos de su cuerpo y el destino que éstos tendrán después de su fallecimiento»¹¹. En contra se ha manifestado Nogales Sánchez, que entiende que «el testamento vital solo tiene de testamento el nombre»¹². Por su parte, la Real Academia Española se centra en los siguientes elementos para definir la palabra: una declaración en forma legal, referida a la última voluntad y relacionada con un momento posterior a la muerte de la persona. La Ley Orgánica 3/2021 habla de documento de instrucciones previas, testamento vital, voluntades anticipadas o documentos equivalentes legalmente reconocidos. Por su parte, Parra Lucán defiende que «su contenido poco tiene que ver con nuestro concepto de testamento y la expresión no ha sido acogida por el legislador español»¹³.

¹¹ Serrano Secilla, Margarita M.ª, *Diferencia entre testamento y testamento vital*, Blog Mayores Abogacía. 18 de noviembre de 2019. URL <https://mayoresabogacia.com/tag/testamento-vital/>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

¹² Nogales Sánchez, María, *Quiero hacer testamento y testamento vital*, Blog Notarios en Red. 28 de abril de 2014. URL <https://www.notariosenred.com/2014/04/testamento-vital/>. Fecha de consulta 30 de agosto 2022.

¹³ Parra Lucán, María-Ángeles, 2005, op. cit. Pág. 78.

Utilizando un criterio integrador de lo anterior, y teniendo en cuenta que desde el punto de vista de la legislación notarial un testamento es siempre una escritura pública, considero que la denominación correcta del acto jurídico en Aragón podría ser la de «testamento vital y voluntades anticipadas», si bien es lógico que el notario como redactor de la escritura tenga en cuenta la normativa administrativa de la comunidad autónoma donde radique el domicilio del testador a la hora de calificar el acto, pues el artículo 156.9 RN le exige calificar el acto o contrato con el «nombre conocido que en Derecho tenga». Otro posible punto de conexión a la hora de aplicar una normativa u otra podría ser el criterio competencial dado por el RN, de manera que la residencia del notario sea la que determine qué Derecho corresponde aplicar en cada caso (*autor regit actum*).

C. CAPACIDAD DE LA PERSONA

Otro de los objetivos jurídicos debe ser el análisis del juicio de capacidad que debe realizar el notario en esta clase de documentos. Si se tratase de una simple acta bastaría con la capacidad de manifestar las palabras reflejadas en el documento pero, dado que en mi opinión debe formalizarse siempre en escritura pública, el notario deberá asegurarse una vez más de la capacidad legal o civil¹⁴ y así afirmarlo bajo su responsabilidad (artículo 156.8 RN). En cuanto al concreto juicio de capacidad, me remito al juicio sobre la capacidad para testar en general¹⁵ agregando que, dada la trascendencia de las manifestaciones que realice una persona en esta clase de documentos, el juicio de capacidad deberá estar aún más reforzado. Si del documento objeto de estudio puede derivarse la consecuencia más trascendente que puede haber para una persona como es el acortar su vida, parece indudable que debe exigirse la máxima capacidad. En España el 53,06 % de personas que otorgaron esta clase de documento en el año 2019 eran mayores de 65 años¹⁶. Considero que si la enfermedad padecida por la persona ha llegado hasta el punto de llevarle a no poder expresar claramente su voluntad, el notario debe negar la autorización del documento a esta persona.

De manera acertada, notarios como Cánovas Sánchez defienden que el juicio de capacidad en esta clase de documentos debe venir acompañado también de manifestaciones del compareciente relativas a que otorga el documento hallándose con «plena y absoluta capacidad intelectual, en un estado anímico

¹⁴ Terminología del RN.

¹⁵ Parra Lucán, María-Ángeles, 2005, op. cit. Pág. 86. La autora concluye que, como el testamento está dirigido únicamente a ordenar las relaciones patrimoniales y algunas extrapatrimoniales, la capacidad para expresar las instrucciones previas es la capacidad para otorgar válido consentimiento informado. De este modo, es capaz para otorgar voluntades anticipadas quien sea capaz para entender el alcance del otorgamiento del consentimiento informado (capacidad natural o de hecho).

¹⁶ Estadística del Registro Nacional de Instrucciones Previas. Ministerio de Sanidad. Gobierno de España. URL <https://www.msbs.gob.es/ciudadanos/rnip/home.html>. Fecha de consulta 31 de agosto 2022.

de tranquilidad, no alterado ni afectado por circunstancias ni hechos que impidan una reflexión serena sobre su alcance y consecuencias; así como que las decisiones consignadas en el documento han sido adoptadas de manera completamente autónoma, libre y espontánea, de acuerdo con sus principios morales y su concepción de la vida, decisiones adoptadas tras un proceso de reflexión para el cual ha contado con información suficiente sobre los derechos y facultades que le corresponden en el ámbito de su autonomía personal, y sobre las consecuencias de su ejercicio»¹⁷.

2.3.1. La primera posibilidad que voy a estudiar es la de la otorgar estos documentos referidos a menores de catorce años, que debe partir de los límites del consentimiento informado y, en concreto, del consentimiento otorgado por representación. El artículo 9.3.c) de la Ley estatal 41/2002 se refiere al «menor de edad que no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor, después de haber escuchado su opinión». En una línea similar, el artículo 14.1.c) de la Ley aragonesa 6/2002 habla de «menores que no se encuentran preparados, ni intelectual ni emocionalmente, para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud». La norma aragonesa sí cita expresamente la edad de los doce años para dar su opinión «en todo caso»¹⁸.

González Carrasco considera que el consentimiento para un acto médico «no puede ser un acto de representación en sentido técnico y que la expresión del consentimiento informado es expresión del deber de cuidado y no es propiamente una sustitución de la voluntad del paciente». Se trata del apoyo y «sustitución en la expresión» de lo que hubiera sido la voluntad del paciente para el caso de haber estado en condiciones de poder declarar dicha voluntad¹⁹. La autora diferencia el caso de la ausencia de medidas formales de apoyo del caso de la existencia de medidas de apoyo formal.

A diferencia del consentimiento informado, el documento de voluntades anticipadas para menores de catorce años no está contemplado por el Derecho Sanitario ni estatal ni aragonés.²⁰ Entiendo que se enmarca dentro de la intromisión de

¹⁷ Cánovas Sánchez, Manuel-Fernando, notario de San Sebastián. Formulario notarial de testamento vital, San Sebastián, 2021.

¹⁸ El precepto sigue el criterio dispuesto por el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil; que garantiza el derecho del menor a ser oído y escuchado en el ámbito familiar y en cualquier procedimiento, teniendo debidamente en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez. La LO considera, en todo caso, que el menor tiene suficiente madurez cuando tenga doce años cumplidos.

¹⁹ González Carrasco, María del Carmen, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», en *Derecho Privado y Constitución*, n.º 39. Editan Consejo General del Notariado y Colegio de Registradores, Madrid, 2021. PP. 213-247. doi:<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.39.01>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

²⁰ Artículo 11.1 de la Ley estatal 41/2002 ni artículo 15.1 de la Ley aragonesa 6/2002.

terceros en los derechos de la personalidad (artículo 20 CDFA en relación con el artículo 10 de la Constitución Española). El artículo 20 CDFA establece como criterios el hecho de que el menor tenga o no suficiente juicio por un lado y el hecho de que la intromisión²¹ se haga según su voluntad o contra su voluntad. De ello se coligen dos opciones: aplicación analógica del DFA o bien aplicación supletoria del Derecho Estatal.

a) Aplicación analógica del DFA. Esta opción entiende que en estos casos falta una regulación más específica en Derecho Civil, de modo que lo que procede es aplicar por analogía el artículo 20.2 CDFA (internar al menor en un establecimiento de salud mental), que exige siempre autorización judicial, la cual no puede ser suplida ni por la junta de parientes ni de común acuerdo por ambos titulares de la autoridad familiar. Siguiendo esta pauta, el documento se otorgaría por los representantes legales del menor en su nombre e interés y además con la autorización judicial previa (que habrá contado con el informe favorable del ministerio fiscal).

Sin embargo, esta posibilidad se encuentra con algunos obstáculos de índole competencial y de índole legislativa, ya que solo el Estado puede dictar leyes orgánicas y son éstas necesariamente las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, donde se enmarcan las decisiones que afectan a una persona en el ámbito de la salud. La STC 132/2010²² estableció la reserva de ley orgánica para el caso del internamiento forzoso en establecimiento de salud mental de quienes padezcan trastornos psíquicos, por afectar a al derecho a la libertad personal. Del mismo modo, la STC 141/2012²³ declaró que el internamiento involuntario por trastorno psiquiátrico supone vulneración del derecho a

²¹ Sancho Casajús, Carlos, explica que en Aragón los menores a partir de los catorce años están perfectamente capacitados para ejercitar los derechos de la personalidad, por sí mismos y por sí solos. Solo cuando los derechos de la personalidad de los menores son agredidos es necesaria la asistencia. En los *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, Ponencia «Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón», Sesión II.

²² Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 132/2010, de 2 de diciembre de 2010; en cuestión de inconstitucionalidad 4542-2001 planteada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de La Coruña en relación con los párrafos primero y segundo del artículo 763.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de enjuiciamiento civil. Dice la STC que: «El internamiento del menor en un establecimiento de salud mental contemplado en el artículo 763 Lec no es sino una concreción del mandato constitucional establecido en el artículo 49 CE en orden al tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.»

²³ Sentencia 141/2012, de 2 de julio de 2012, de la Sala 2.ª del TC, en recurso de amparo 5070-2009 en relación con los autos de la Audiencia Provincial y de un Juzgado de Primera Instancia de Granada, que recuerda que: «hay inconstitucionalidad, por ausencia del debido rango legal orgánico, de los concretos apartados de la norma en vigor que determinan la decisión del internamiento, instando de nuevo al legislador a que a la mayor brevedad posible proceda a regular la medida de internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico mediante ley orgánica, sin que a día de hoy este requerimiento haya sido todavía atendido, por lo que procede reiterarlo.» Finalmente, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, cumplió con este mandato del TC.

la libertad personal si no cumple con los presupuestos legales: resolución judicial, haber informado al interesado de sus derechos, motivación y reserva de ley orgánica. Además, el artículo 149.1.16.^a CE otorga la competencia exclusiva al Estado sobre las bases y coordinación general de la sanidad.

b) Aplicación supletoria del Derecho Estatal. Otra opción es considerar que, aunque no haya normas de Derecho Civil, sí que las hay de Derecho Administrativo/Sanitario, de manera que si los artículos 15 de la Ley 6/2002 y 11 de la Ley 10/2011 dicen que la persona debe tener capacidad legal suficiente y ser mayor de edad, menor emancipado o menor aragonés mayor de catorce años, rigen estas normas y deben aplicarse a la luz del CDFA. El hecho de que el contenido sustantivo de estas normas y su imbricación con el Derecho Civil haya sido criticado por algunos autores²⁴ no evita su aplicación puesto que es Derecho aplicable supletoriamente.

A las razones de esta segunda teoría habría que añadir que el testamento vital es un acto personalísimo (del mismo modo que el menor de 14 años no puede otorgar testamento patrimonial, no podrían otorgar testamento vital), aunque ciertamente el número de supuestos de estos menores que requieren un documento de instrucciones previas es reducido en la práctica (pues muchas de las enfermedades que exigen decidir sobre si alargar la vida o recibir cuidados paliativos se manifiestan, o al menos en su grado más severo, superados los 14 años). En consecuencia, del Derecho vigente actual parece deducirse que no hay cobertura legal para que los menores de 14 años puedan otorgar testamento vital en Aragón, ni por sí ni representados ni asistidos.

La doctrina notarial aragonesa (Gracia de Val²⁵, Merino Hernández) ha justificado el artículo 20 CFDA en el cumplimiento del deber de crianza y educación de los hijos que conlleva la autoridad familiar, pero vedan la actuación como representantes del menor porque no es posible la representación del menor en lo que atañe a sus derechos de la personalidad. El precepto parece desarrollar el ejercicio de tales derechos fijándose en su aspecto defensivo, es decir en los casos en que el ejercicio del derecho supone una defensa frente a ataques de otras personas.

2.3.2. Cuestión distinta es la del aragonés menor de edad mayor de catorce años que pretenda otorgar esta clase de documentos por sí solo, algo que tampoco parece zanjar el Derecho Civil vigente y que se enmarca dentro de la materia más amplia de la capacidad del menor maduro en sus relaciones con terceros.

Dice el artículo 9.4 de la Ley estatal 41/2022 que cuando se trata de emancipados o de menores mayores de dieciséis años no cabe prestar el consentimiento por

²⁴ Bayod López, op. cit., 2008.

²⁵ Gracia de Val, Carmen, ponencia «La capacidad del menor aragonés para el ejercicio de sus derechos de la personalidad», en los *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Sesión II, Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

representación, es decir que es el propio interesado quien debe tomar la decisión. No obstante, cuando se trata de una actuación de grave riesgo para la vida o salud (según el criterio del facultativo), el consentimiento sí puede prestarlo el representante legal del menor, teniendo en cuenta la opinión del mismo. Por su parte, el artículo 14.1.c) de la Ley aragonesa 6/2002 preceptúa que se da el consentimiento por sustitución en el caso de menores si éstos no se encuentran preparados, ni intelectual ni emocionalmente, para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud. En este caso, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. En el caso de menores emancipados y adolescentes mayores de dieciséis años, el menor dará personalmente su consentimiento.

Paradójicamente, el Derecho Sanitario aragonés parece ignorar que el DFA contempla los catorce años como la edad que determina la condición de menor maduro, a diferencia del Derecho Civil Estatal, el cual establece los dieciséis años (consentir actos, emancipación, etc.). Parece que la Ley aragonesa 6/2002 prioriza el mantenimiento de los mismos requisitos que la Ley estatal por encima de la armonización con otras ramas del mismo Derecho Aragonés (DFA, catorce años). Puede realizarse también una interpretación armonizadora y entender que, cuando el Derecho Sanitario Aragonés habla de «representante del menor», se refiere solo a los menores de catorce años, ya que según el artículo 12.1 CDFA solo tienen representante los menores de catorce años.

Dicho DFA parte de la idea de que el menor no necesita asistencia en los casos que la Ley le permita realizar por sí solo (artículo 23.3 CDFA), pero en este supuesto ninguna norma en el Derecho administrativo aragonés ni tampoco en el CDFA le habilitan para poder otorgar el testamento vital y voluntades anticipadas por sí solo. El artículo 24.1 CDFA regula la intromisión de terceros en los derechos de la personalidad si es mayor de 14 años y vuelve a exigir la asistencia si su decisión entraña un grave riesgo para su vida o integridad física o psíquica, que es precisamente donde se enmarcan las voluntades anticipadas. En la misma línea parecen ir los artículos 15.1 de la Ley aragonesa 6/2002 y 11 Ley aragonesa 10/2011²⁶: el menor aragonés mayor de catorce años, con la asistencia prevista en el artículo 24 del CDFA, libremente puede manifestar las opciones e instrucciones, expresas y previas que, ante circunstancias clínicas que le impidan manifestar su voluntad, deberá respetar el personal sanitario responsable de su asistencia

²⁶ Artículo 11.3 de la Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte: «Las personas menores mayores de catorce años podrán prestar por sí mismas consentimiento informado y otorgar documento de voluntades anticipadas, con la asistencia, en los casos previstos en el artículo 21 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona, de uno cualquiera de sus padres que esté en ejercicio de la autoridad familiar o, en su defecto, del tutor. La imposibilidad de prestar la asistencia permitirá al menor solicitarla a la Junta de Parientes o al Juez. Las mismas normas se aplicarán para la revocación del consentimiento informado y para el rechazo de la intervención que les sea propuesta por profesionales sanitarios, en los términos previstos en el artículo 8 de esta Ley».

sanitaria; e incluso designar un representante. En definitiva, no cabe el documento otorgado por sí solo ni a la luz de las normas del Derecho Civil ni del Derecho Sanitario.

Siguiendo esta línea, López Azcona recuerda que en Aragón serán la junta de parientes o el juez quienes deban prestar la asistencia «cuando ninguno de los padres o el tutor quieran o puedan prestarla, resultando el consentimiento del menor mayor de catorce años en este caso insuficiente para legitimar la intromisión de terceros en sus derechos de la personalidad»²⁷.

Así las cosas, el menor mayor de 14 años deberá otorgar el documento con la asistencia de uno cualquiera de sus padres o del tutor, de acuerdo con las reglas generales en esta materia (artículos 23.1 y 24 CDFA). El notario hará constar que comparece el mayor de catorce años en su propio nombre y derecho (que es quien otorga el documento y que debe tener capacidad y juicio suficientes) y también quienes deben prestarle la asistencia debida en ese acto (si los padres se niegan, puede solicitar la asistencia a la junta de parientes o al juez). Esta es la línea que parece seguir también el actual modelo de documento administrativo de voluntades anticipadas del gobierno de Aragón²⁸.

Cuando realice este juicio, el notario debe atender a criterios como: la capacidad intelectual y emocional de comprender el alcance de la intervención médica (artículo 9 de la Ley estatal 41/2002), encontrarse preparado intelectual y emocionalmente para poder comprender el alcance de la intervención sobre su salud [artículo 14.1.c) de la Ley aragonesa 6/2002], y entender el alcance del documento y de sus consecuencias *ad futurum*.

Parra Lucán rebate la crítica doctrinal que permite el otorgamiento de voluntades anticipadas a quien simplemente puede prestar consentimiento porque parte de un error como es entender que el consentimiento informado del menor maduro no tiene límites. En opinión de la autora, esto no es así porque «un mayor de edad puede negarse a recibir un tratamiento sin el cual morirá, en cambio la voluntad del menor que se niega a recibir determinado tratamiento puede ser contrariada cuando ponga en peligro su vida»,²⁹ apoyándose en las ya citadas normas de Derecho Sanitario.

El notario que admita esta clase de otorgamientos debe velar, no obstante, por el cumplimiento del mandato contenido en los apartados 6 y 7 del artículo 9 de la Ley estatal 41/2002, ya que la decisión debe adoptarse atendiendo siempre al mayor beneficio para la vida o salud del paciente y las decisiones que sean

²⁷ López Azcona, María-Aurora, «La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2; 2015, pp. 457-458.

²⁸ Publicado por: Gobierno de Aragón. URL <https://www.saludinforma.es/portalsi/web/salud/bioetica-salud/autonomia-paciente/voluntades-anticipadas>. Fecha de consulta 5 de junio 2022.

²⁹ Parra Lucán, María-Ángeles, 2005, op. cit. Pág. 85. Este argumento es citado por la autora a la vista de la Ley estatal, algo que considero acomodado al Derecho Aragonés.

contrarias a estos intereses deben ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, para que adopte la resolución correspondiente. Además, la prestación del consentimiento por representación debe ser adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades que haya que atender, siempre en favor del paciente y con respeto a su dignidad personal.

2.3.3. Debe tenerse en cuenta que la Ley 8/2021 no modificó la regulación existente sobre decisiones en el ámbito de la salud por parte de las personas con discapacidad psíquica, de modo que es necesario llevar a cabo la interpretación de las normas con arreglo al nuevo régimen de la discapacidad.³⁰ Además, abogo por una reforma de la Ley aragonesa 6/2002 a la luz del nuevo sistema.

D. ESTRUCTURA DEL DOCUMENTO

A la hora de redactar la escritura, ésta deberá contar con las partes de todo instrumento público: cabecera, comparecencia, intervención, apartado dispositivo, otorgamiento y autorización.

En la cabecera se incluirán los datos de fecha, lugar de otorgamiento y notario autorizante. A la hora de aplicar las reglas generales, cabe plantear la cuestión de si el notario puede incurrir en alguna de las causas de incompatibilidad del artículo 139 RN (no puede autorizar actos jurídicos que contengan disposiciones a su favor o de su cónyuge o parientes) en lo que se refiere al nombramiento de representante. Podría argumentarse que el mismo artículo exceptúa el caso de testamentos en los que a estas personas se les nombre albacea o contador-partidor o apoderado para pleitos, de modo que si el documento de voluntades anticipadas se incluye dentro de un concepto amplio de testamento, o incluso si el nombramiento de representante se considera una especie de apoderamiento, no habría incompatibilidad si el notario autoriza la escritura. Sin embargo, yo opino que el notario debe abstenerse en estos casos y solicitar la actuación de un sustituto, ya que se trata de documentos sensibles y que en muchas ocasiones se otorgan en momentos de especial dificultad o de enfermedad incipiente, de modo que el notario sí preste el servicio a su pariente (el documento se autoriza para su Protocolo, en su oficina, con sus empleados, bajo sus criterios arancelarios, ...) pero la autorización del documento corresponda al sustituto. Por supuesto, no detecto obstáculo alguno para que el notario autorice su propio testamento vital y voluntades anticipadas.

En cuanto a la comparecencia, además de aplicar las reglas generales, considero especialmente relevante que se haga comparecer también al representante designado (ninguna norma regula esta posibilidad). Esta persona comparece en unidad de acto con el interesado y debe, en mi opinión, aceptar expresamente

³⁰ Parra Lucán, María-Ángeles, «Las personas con discapacidad psíquica», en *Curso de Derecho Civil I (volumen II): Derecho de la Persona*, Madrid, 2021, pág. 158.

en su designación y manifestar no estar incurso en las incompatibilidades previstas por la ley (la Ley 6/2002 establece para Aragón en su artículo 15.2 que el representante debe ser mayor de edad y plenamente capaz). En la mayoría de los casos, en la práctica, el nombramiento del representante recae en un cónyuge por parte del otro, de modo que se plantea el problema de la divergencia de criterio entre ambos cónyuges y de que la persona que va a ser nombrada representante quizá prefiera el alargamiento de la vida de su cónyuge o la utilización de sedaciones y otros tratamientos médicos antes que cumplir su verdadera y declarada voluntad. Es por ello por lo que el artículo 15.2 de la Ley aragonesa 6/2002 dice que el documento de voluntades anticipadas debe «expresar la aceptación para ser el representante». Parra Lucán dice que «se entiende producida la aceptación por parte del representante con su simple comparecencia en el centro hospitalario, ejerciendo el contenido del nombramiento».³¹

Considero que esta norma de índole administrativa no tiene por qué vincular al notario a la hora de redactar el documento, si bien el testamento vital queda indudablemente reforzado desde punto de vista legal cuando cuenta con esta aceptación, que parece necesaria para la inscripción en el registro autonómico aragonés y, además, permite al matrimonio (o conjunto formado por otorgante y representante designado) decidir si se acepta o no el cargo. Desde el punto de vista de dicho otorgante, parece razonable permitirle nombrar a otro representante que sí esté dispuesto a aceptar esta condición y a cumplir las voluntades anticipadas del testador, antes que nombrar a un representante que ni comparece ni ha expresado su aceptación de ninguna manera.

Como regla general no es necesaria la comparecencia e intervención de testigos ni tiene por qué resultar conveniente. Sin embargo, el artículo 180 RN permite al notario autorizante en cualquier momento reclamar la intervención de testigos instrumentales que presencien el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de la escritura pública. Esto puede resultar útil en ciertos casos concretos apreciados por el notario porque los testigos han presenciado el otorgamiento y podrán testimoniar lo que ha ocurrido en él. Se plantea aquí la antinomia existente entre el artículo 182 RN (inhabilidad para intervenir como testigo en una escritura) y el artículo 15.2.b) de la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, que exige la firma del documento administrativo de voluntades anticipadas ante dos testigos mayores de edad y permite que uno de ellos sea pariente del otorgante³². Aunque este apartado no se refiere al documento notarial, en mi opinión hay cierta contradicción que se resuelve en favor del RN,

³¹ Parra Lucán, María-Ángeles, 2005, op. cit. Pág. 83.

³² Este precepto fue reformado por la Ley 8/2009, de 22 de diciembre, por la que se modifica la Ley 6/2002, de 15 de abril, de Salud de Aragón, en lo relativo a voluntades anticipadas; si bien queda pendiente la reforma del artículo 3.b) del Decreto 100/2003, de 6 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y el funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas; que todavía habla, *contra legem*, de tres testigos.

teniendo en cuenta la distinta naturaleza jurídica existente entre el documento notarial y el documento administrativo. Además, considero que a las causas de inhabilidad del artículo 182 RN debería añadirse, en una posible regulación aragonesa de los aspectos civiles del testamento vital y voluntades anticipadas, la causa de inhabilidad consistente en no tener interés directo en la sucesión del otorgante, ya que se trata de un documento cuyo contenido puede llegar a determinar un fallecimiento más temprano o más tardío de la persona.

En cuanto a los sujetos y su comparecencia en la escritura, se contempla también la posibilidad de designar sustitutos del representante para el caso de que éste fallezca antes que el otorgante o renuncie al cargo o no vaya a desempeñarlo. No parece que deba limitarse la posibilidad de nombrar tantos sustitutos como quiera el interesado³³, aunque en este caso resultaría poco eficaz su aceptación en los mismos términos que el representante. No obstante, es razonable entender que, aunque no se nombre representante (ni sustitutos), sean las personas mencionadas en el artículo 9.3 de la Ley aragonesa 6/2002 (familiares o personas allegadas que se responsabilicen del paciente) las que ejecuten las instrucciones previas establecidas por el otorgante, ya que el documento sigue siendo igualmente válido y eficaz.

El contenido del apartado dispositivo depende de la declaración de voluntad hecha por el otorgante y se ajustará a la normativa médica y administrativa.³⁴

Tégase en cuenta que todas las comunidades autónomas han aprobado diferentes modelos de documento de instrucciones previas con un contenido predispuesto en los que el interesado debe seleccionar algunas opciones o completarlas o simplemente adherirse a ellas. Así, en el documento de otorgamiento de voluntades previas de Cantabria ante empleado público³⁵ (a título ejemplificativo y como muchos de los otros modelos) empieza enumerando las diferentes situaciones médicas que pueden llevar a una persona a no poder tomar decisiones sobre su cuidado como consecuencia del deterioro físico o mental, para posteriormente fijar un apartado con la finalidad de que el interesado rellene los valores vitales a tener en cuenta y que apoyan sus decisiones. Incluye también manifestaciones ya prefijadas por el modelo y termina preguntando al interesado

³³ Los modelos de documento de voluntades anticipadas ante funcionario de Aragón y de Andalucía contemplan la posibilidad de designar un representante sustituto. Incluso, en el modelo de Castilla y León se incluye la posibilidad de designación de dos sustitutos.

³⁴ Hay algunos aspectos que inciden directamente en este apartado. El primero de ellos es hacer constar que se está produciendo una declaración de voluntad en escritura pública, con todo lo que ello conlleva. A continuación, se harán constar las instrucciones previas las cuales se pueden estructurarse en tres partes: criterios de vida seguidos por el otorgante que le llevan a firmar el documento, supuestos de aplicación de las instrucciones previas (las diferentes enfermedades) y, finalmente, la declaración de voluntad (básicamente, las medidas de soporte vital que quiere que se le apliquen).

³⁵ <https://rvp.cantabria.es/rvp/documentos>

sobre si desea que se adopten determinadas actuaciones sanitarias ante situaciones terminales o irreversibles (respiración artificial, transfusiones de sangre, sedación, donación de órganos, prestación de ayuda para morir, ...).

Otras comunidades como Cataluña³⁶ o La Rioja³⁷ cuentan con un modelo orientativo de documento de voluntades anticipadas en el que el interesado simplemente rellena alguna de las casillas, que pueden completarse siempre con otras instrucciones adicionales o aspectos que deban tenerse en cuenta. Esta estructura es muy diferente a la de comunidades autónomas como País Vasco³⁸, que cuenta con un modelo prefijado titulado. «Piense, reflexione, ...» Éste consiste en un conjunto de preguntas sobre los valores y preferencias de la persona que se contestan en unas pocas líneas. Es similar al de Asturias³⁹, uno de los modelos más cortos y en el que el interesado simplemente debe marcar las casillas en relación con los cuidados y tratamientos por un lado y en relación con sus instrucciones por otro lado.

Todos los modelos están adaptados ya a la nueva normativa sobre la eutanasia y la mayoría de ellos desarrollan de una manera más o menos completa las instrucciones sobre el destino del cuerpo, como es el caso de Galicia⁴⁰, que diferencia las instrucciones sobre donar tejidos para la investigación, donación de órganos para trasplantar a otras personas que los necesiten, aplicación de técnicas de soporte a los órganos dirigidas a mantener el funcionamiento de los mismos únicamente las horas necesarias para proceder a su extracción, ... El modelo de la Comunidad de Madrid⁴¹ utiliza incluso la controvertida terminología «deseos y preferencias», que posteriormente asumiría como propia de la Ley 8/2021 en relación con las personas con discapacidad.

En el caso de la comunidad autónoma de Aragón, el Departamento de Sanidad del Gobierno de Aragón cuenta con un apartado propio en su página web de Salud Informa, un correo electrónico de atención en el Registro de Voluntades Anticipadas de Aragón y también la posibilidad de solicitar cita previa a través de la aplicación para el teléfono móvil para el otorgamiento del documento ante funcionario. El modelo de documento de voluntades anticipadas ante funcionario

³⁶ <https://web.gencat.cat/es/tramits/tramits-temes/Inscripcio-al-Registre-de-voluntats-anticipades>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

³⁷ <https://www.larioja.org/oficina-electronica/es?web=&proc=15047#tab2>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

³⁸ <https://www.euskadi.eus/informacion/voluntades-anticipadas-va/web01-a2inform/es/>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

³⁹ <https://www.astursalud.es/noticias/-/noticias/instrucciones-previas-testamento-vita-1>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

⁴⁰ <https://www.sergas.es/Asistencia-sanitaria/Instruci%C3%B3ns-previas-Informaci%C3%B3n-para-o-cidad%C3%A1n?idioma=es>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

⁴¹ <https://www.comunidad.madrid/servicios/salud/instrucciones-previas>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

en Aragón⁴² empieza con la identificación del interesado, enumera los criterios que responden al esquema de valores de la persona (ya prefijados y que no pueden modificarse aunque sí añadir otros criterios), continúa con la voluntad sobre la atención sanitaria a recibir (enumerando las situaciones clínicas al igual que otros modelos autonómicos y permitiendo añadir unas nuevas) y termina con la declaración de voluntad de la persona que también tiene un contenido prefijado y que no se puede modificar. Las últimas reformas del modelo han añadido la donación de órganos y tejidos, la prestación de ayuda para morir y el aplazamiento de la aplicación del documento para el caso de que la mujer esté embarazada.

El notario no está vinculado por ninguno de estos modelos aprobados por la administración sanitaria. Esto no obsta para considerarlos especialmente útiles a la hora de redactar la escritura pública de testamento vital y voluntades anticipadas, pues son modelos desarrollados por los comités de bioética de las diferentes comunidades y que utilizan una terminología médica adecuada. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el notario es el redactor de la escritura⁴³, entiendo que puede partirse del apartado dispositivo del modelo aprobado por la comunidad autónoma que corresponda a la residencia del notario autorizante del documento, pero siempre con la posibilidad de que el interesado elimine algunas de las cláusulas predisuestas (varios modelos de documentos de voluntades anticipadas de las comunidades autónomas ante funcionario no permiten amputar cláusulas) y que añada cualquier otra consideración que el interesado estime oportuna acerca de sus valores, situaciones clínicas que puedan darse y demás circunstancias en relación con la expresión de sus voluntades anticipadas.

Considero importante destacar también en relación con el apartado dispositivo que se ha generalizado en la práctica notarial⁴⁴ (y no solo en las escrituras de voluntades anticipadas) una cláusula relativa a la exoneración de responsabilidad de los profesionales sanitarios intervinientes o incluso del propio notario. El artículo 11.3 de la Ley estatal 41/2002 impone al médico el deber de no aplicar las instrucciones previas cuando éstas sean contrarias a la *lex artis*. Además, el artículo 6.2 CC dice que la renuncia a los derechos reconocidos en la Ley no es válida cuando es contraria al orden público, del mismo modo que no cabe una renuncia anticipada a exigir responsabilidad civil o penal en caso de dolo⁴⁵. Aunque esta clase de apartados se consignan en el instrumento público, no vinculan

⁴² <https://www.aragon.es/-/documentos-de-voluntades-anticipadas#anchor4>. Fecha de consulta 27 de agosto 2022.

⁴³ Artículos 17 LN y 147 RN.

⁴⁴ Según los formularios que amablemente me han permitido consultar mis compañeros notarios, muchos de ellos inspirados a su vez en los modelos oficiales de Documento de Voluntades Anticipadas circulados por las administraciones sanitarias de las diferentes comunidades autónomas.

⁴⁵ Véase artículo 1.102 CC.

a tribunales ni profesionales, de modo que entiendo que, si la buena *praxis* médica ya supone cumplir con las voluntades anticipadas correctamente expresadas, esta clase de cláusulas nada aportan al documento. No obstante, y como la exoneración de responsabilidad civil si no es dolosa sí es posible, podría plantearse si las cláusulas de exoneración serían válidas cuando, por su especialización en Derecho, no fuese exigible al notario un conocimiento sobre las consecuencias para la vida de la persona, pues el conocimiento de la *lex artis* médica no es igual para un médico que para un notario.

Por otro lado, la declaración de voluntad en estos casos afecta al derecho humano más básico que existe que es la vida y a otros derechos fundamentales como los de integridad física y moral o salud. Ejecutar las medidas previstas en esta clase de documentos acortará necesariamente la expectativa de vida de la persona y ello debe tenerse en cuenta en todo el proceso de elaboración y autorización del documento y de conformidad con la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia, que en su artículo 4 califica la solicitud de prestación de ayuda para morir como una «decisión autónoma, entendiéndose por tal aquella que está fundamentada en el conocimiento sobre el proceso médico, después de haber sido informado adecuadamente por el equipo sanitario responsable». Esta ley orgánica fue promulgada ya teniendo en cuenta la existencia en el ordenamiento jurídico español del documento de voluntades anticipadas reconocido legalmente desde hace años.

Domínguez Luelmo analiza las voluntades anticipadas y la prestación de ayuda para morir a la luz de la Ley Orgánica 3/2021 en relación con cuestiones como la incapacidad de hecho, los requisitos de capacidad para otorgar el documento o el nombramiento de representante⁴⁶, ya estudiados con carácter general *ut supra*. Entre otras ideas, el autor se detiene en el valor e interpretación de los documentos de instrucciones previas otorgados antes de la despenalización de la eutanasia⁴⁷ o qué ocurre cuando la situación prevista en el testamento vital no coincide exactamente con la que se produce en la realidad, puesto que permanecen dudas como qué ocurre cuando la imposibilidad de revocación expresa se debe precisamente a la incapacidad posterior del paciente⁴⁸.

La indudable incidencia de la Ley Orgánica 3/2021 en la redacción del documento notarial se observa en sus artículos 5 y 6. Entre los requisitos para recibir la prestación de ayuda para morir se encuentran el haber dispuesto por escrito de la información que exista sobre el proceso médico, el haber formulado dos solicitudes de manera voluntaria y por escrito y el prestar consentimiento informado

⁴⁶ Domínguez Luelmo, Andrés, «Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir», en C. Tomás-Valiente Lanuza (coord.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

⁴⁷ Domínguez Luelmo, 2021, op. cit. P. 150.

⁴⁸ Domínguez Luelmo, 2021, op. cit. PP. 148-149.

previamente. Sin embargo, estos requisitos no son de aplicación en aquellos casos en los que el paciente haya suscrito con anterioridad un testamento vital, en cuyo caso se podrá facilitar la prestación de ayuda para morir conforme a lo dispuesto en dicho documento. El artículo 6 (requisitos de la solicitud de prestación de ayuda para morir) añade que el documento esté legalmente reconocido, de lo que se deduce que es exigible copia autorizada o certificación original de la inscripción en el Registro, no siendo admisible la copia simple.

Estos preceptos se refieren directamente a «lo dispuesto en el documento», por lo que del contenido y redacción del testamento vital dependerá de si en el mismo está contenida o no la eutanasia. Habrá que interpretar las cláusulas empleadas y analizar si de las mismas se deduce que el paciente autorizó y dispuso expresamente la administración directa al mismo de una sustancia por parte del profesional sanitario competente, o bien la prescripción o suministro al paciente de dicha sustancia, de manera que ésta se la pueda auto-administrar (por sí o por medio del representante designado), en todos los casos con la finalidad de causar su propia muerte.

Hay que tener en cuenta que se ha generado una antinomia entre el artículo 9.3 de la Ley aragonesa 10/2011, de 24 de marzo, de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de morir y de la muerte y el artículo 5.2 de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia; ya que el primero dice que el representante designado «siempre» actúa buscando el respeto a los valores vitales de su representado y «en todo caso» vela para que se cumplan sus instrucciones; mientras que la segunda establece una serie de requisitos adicionales que debe cumplir el representante (nacionalidad española o residencia legal en España del representado, mayoría de edad del representado, capacidad y consciencia del representado en el momento de la solicitud y sufrimiento de una enfermedad grave e incurable o un padecimiento grave, crónico e imposibilitante) y no basta solo con que haya suscrito con anterioridad un documento de voluntades anticipadas. La antinomia se resuelve, con todos los matices expuestos, a favor del Derecho Estatal (ley orgánica).

En otro orden de cosas, la posibilidad de donación total o parcial de los órganos o tejidos es recogida también como contenido por la normativa administrativa, si bien entiendo que no debe ser contenido mínimo. El notario advertirá al otorgante de si pretende incluir una cláusula acerca de su voluntad de realizar o no esta donación, cláusula que en el momento en el que deba ser aplicada evitará dudas o dilemas a quienes tengan que decidir, que lo tendrán más fácil si esta circunstancia estaba ya prevista en el testamento vital. Parra Lucán advierte de que «la voluntad dispositiva del sujeto respecto al destino de su cadáver vincula a sus familiares y éstos pueden oponerse a cualquier manipulación del cadáver que no fuera permitida por el sujeto en vida»⁴⁹.

⁴⁹ Parra Lucán, María-Ángeles, 2005, op. cit. Pág. 92.

Un problema frecuente detectado en la práctica notarial es que el otorgante pretenda incluir la cláusula de donación del cuerpo a la ciencia basándose en creencias erróneas. Esta donación debe ser aceptada por el instituto científico o facultad de medicina correspondiente, de modo que no basta con la mera declaración unilateral del otorgante, sino que deberá producirse la aceptación en el momento del fallecimiento. Muchas personas en esta situación piensan desafortunadamente que la donación del cuerpo a la ciencia contenida en esta clase de documentos evita el pago de gastos funerarios, permite eludir seguros de decesos o similares y puede ahorrar gastos derivados del fallecimiento. Son creencias erróneas que el notario debe advertir para evitar consecuencias no deseadas (como la pérdida de primas ya pagadas u otros problemas). En el caso de personas que sigan interesadas en dicha donación a la ciencia, también se plantea la posibilidad de hacer constar la facultad de medicina concreta a la que se va a donar, debidamente identificada. Habrá que estar en todo caso a la voluntad válidamente expresada por la persona, teniendo en cuenta el papel del notario como asesor durante la referida declaración de voluntad.

Una de las circunstancias de contenido controvertidas y que no regulan todas las comunidades autónomas cuya legislación he podido estudiar (tampoco la aragonesa) es la de las mujeres en situación de un posible y posterior embarazo. La mujer otorgante puede expresar su voluntad de que se demore la eficacia del testamento vital hasta después de producirse el alumbramiento, si llegado el momento de su aplicación estuviera embarazada⁵⁰. Parece posible incluir una cláusula de este tipo en un documento de voluntades anticipadas autorizado en Aragón si bien entiendo que será la *praxis* médica la que se imponga en estos difíciles casos.

Por último, quiero concluir lo que se refiere al apartado dispositivo con la distinción entre verdaderas voluntades anticipadas y simples deseos. Que una persona quiera ser incinerada o inhumada, o que quiera recibir asistencia religiosa, fallecer en casa o en el hospital, ser enterrado en un determinado lugar, ... son simples ruegos que se pueden recoger tanto en un testamento abierto como en un documento de voluntades anticipadas, pero cuyo cumplimiento (forzoso, en su caso) puede llegar a ser muy complicado en la práctica. También parece difícil de clasificar una cláusula que prohíba la administración de ciertas vacunas.⁵¹

⁵⁰ Artículo 7.3 de la Ley 9/2005 de La Rioja, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad.

⁵¹ En relación con la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, dice el *Dictamen de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2021* que: «En tanto que la Ley no establece la obligación de vacunarse, no cabe invocar razones genéricas de salud pública o específicamente basadas en la especial vulnerabilidad de determinados grupos de personas para justificar la administración forzosa de la vacuna. (...) El legislador somete la administración de la vacuna a un régimen de libre consentimiento. (...) En caso de que el consentimiento tenga que otorgarlo un representante legal, habrá que atender siempre al mayor beneficio para la vida o la salud del paciente.» A la luz de estas reflexiones, una cláusula que pida la no administración de esta vacuna sería conforme a Derecho.

En los testamentos existe un plazo de quince días hasta poder solicitar la certificación del Registro General de Actos de Última Voluntad, a lo que hay que añadir la obtención de copia, de modo que siempre se recibirá el testamento en un momento posterior a la incineración de la persona y demás vicisitudes. La solución puede ser la de dar al interesado una copia simple y que éste la ponga en conocimiento de quienes deban cumplir con sus voluntades, pero considero que esta clase de deseos no deben ser tratados como verdaderas voluntades anticipadas (con la consecuencia de que su carácter obligatorio se limitará al de una mera vinculación moral). Incluso se podría plantear la inclusión en este apartado de las cláusulas relativas a donar el cuerpo a la ciencia explicadas *ut supra*.

El apartado dispositivo incluirá también la aceptación del representante y/o de los sustitutos⁵² y la revocación de todo documento anterior relativo a las voluntades anticipadas.

La escritura concluye con el otorgamiento, que deberá incluir las reservas y advertencias legales hechas por el notario. A tenor del artículo 15.2 de la ley 6/2002, la advertencia consistirá en hacer saber al otorgante que es recomendable la inscripción en el Registro de Voluntades Anticipadas a efectos de garantizar el acceso al documento o por parte en del equipo sanitario que preste la atención de salud en cualquier parte del territorio nacional y la posterior incorporación de la información de la existencia del documento de voluntades anticipadas en la historia clínica del paciente. También se advierte al otorgante de la facultad revocatoria del documento.

En las escrituras, la cláusula de protección de datos se incluye normalmente en el apartado relativo a la autorización del documento. En el caso del testamento vital, esta protección de datos deberá además autorizar la cesión de los datos al personal sanitario específicamente, pues se trata de una materia especialmente personal y conformadora del derecho a la intimidad del ciudadano.

E. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS DEL GOBIERNO DE ARAGÓN

El Registro de Voluntades Anticipadas del Gobierno de Aragón es un registro de naturaleza administrativa que depende de la Dirección General de Transformación Digital, Innovación y Derechos de los Usuarios (o Dirección General de Derechos y Garantías de los Usuarios), adscrita al Departamento de Sanidad. Su llevanza corresponde a funcionarios del Gobierno de Aragón, principalmente administradores superiores de la comunidad autónoma y médicos. Se regula por el ya citado Decreto 100/2003, de 6 de mayo.

⁵² El modelo de documento de voluntades anticipadas ante funcionario de Andalucía contempla expresamente la posibilidad de que el representante sustituto acepte de un modo expreso y escrito su designación.

La eficacia frente a terceros que garantiza la toma en razón en este registro se concreta principalmente en el hecho de que pueda accederse al documento por parte del equipo sanitario en el momento concreto en que sea necesario interpretar y aplicar las voluntades anticipadas correcta y expresamente declaradas.

Actualmente no existe en Aragón un sistema adecuado que permita interconectar las notarías con este registro de voluntades anticipadas, si bien considero que su implementación debería ser relativamente sencilla y tomar como modelo otros sistemas ya existentes.

Planteo la posibilidad de que a través del SIGNO se habilite un trámite que permita enviar la copia autorizada del documento telemáticamente de modo directo desde la notaría al registro de que se trate, que emitirá un justificante el cual el notario podrá incorporar por diligencia a la escritura matriz y posteriormente sacar la copia. De este modo se consigue que quede constancia de la toma en razón en el registro tanto en el Protocolo a cargo del notario como en las copias que posteriormente circularán. Además de resultar beneficioso para el interesado, considero que también lo es para la administración, que podría incorporar al registro directamente el archivo electrónico remitido por la notaría y de este modo notificarlo tanto al interesado (como ya se hace actualmente en Aragón⁵³) como al sistema sanitario aragonés y al Registro Nacional de Instrucciones Previas (incluso podría plantearse la comunicación también directamente de la notaría al Registro Nacional de Instrucciones Previas).

El Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro Nacional de Instrucciones Previas, creó dicho Registro, adscrito al Ministerio de Sanidad. Su fichero automatizado fue regulado mediante la Orden Ministerial SCO/2823/2007, de 14 de septiembre. Como consecuencia de la cesión de competencias en materia de Sanidad a las comunidades autónomas, este Registro garantiza que las instrucciones previas (terminología que prefiere, en lugar de voluntades anticipadas) son conocidas por los diecisiete sistemas sanitarios públicos con los que cuenta España. La inscripción en el registro aragonés ya supone por sí misma la inscripción en dicho registro, y no cabe inscribir en el autonómico pero no en el nacional, ni viceversa.

Del mismo modo que definiendo para el caso de las parejas estables no casadas, el testamento vital deberá ser inscribible por sí mismo, sin necesidad de documentos complementarios. Así, no tendría sentido exigir testigos cuando el notario ya ha dado fe de las declaraciones efectuadas, ni exigir documentos identificativos o sus compulsas cuando ya consta en la escritura que los mismos han sido exhibidos al notario en el momento de la autorización. Tampoco parece necesaria la comparecencia personal del interesado en el Registro, puesto que aquél ya

⁵³ Entrevista con Toledo Pallar, Francisco-Javier, encargado del Registro de Voluntades Anticipadas del Gobierno de Aragón. Zaragoza, 24 de marzo de 2021. Agradezco a Javier su dedicación a este tema y el tiempo que me ofreció.

ha declarado su voluntad en forma legal. En consecuencia, si la escritura cumple con los requisitos observados, deberá ser tomada en razón en el Registro.

Por último, hay que tener en cuenta que la trascendencia que otorga la publicidad registral y sus importantes efectos no deben mitigar el valor sustantivo de la escritura pública. Aunque ésta no haya sido registrada, bien sea por defectos o por desistimiento o falta de conocimiento de la existencia del Registro, el documento tiene un valor y deberá tenerse en cuenta tanto si se registra en un momento muy posterior a su otorgamiento (caso para el que no se aprecian obstáculos) como si nunca se registra pero de otro modo llega al conocimiento del equipo sanitario, que deberá velar por el cumplimiento de dichas voluntades aunque no hayan sido registradas. En definitiva y como dice Oliván del Cacho, «son las personas cercanas al paciente o el propio paciente quienes deben preocuparse de que su voluntad expresada anticipadamente pueda ser conocida por los médicos que en cada caso puedan atenderle»⁵⁴.

III. CONCLUSIÓN

Defiendo que el CDFA podría contemplar algunos de los aspectos civiles del testamento vital y voluntades anticipadas, tales como su nomenclatura, su naturaleza jurídica, las cuestiones de capacidad (juicio de capacidad o caso del menor mayor de 14 años), estructura del documento, circunstancias y aceptación del representante designado o incluso cuestiones de contenido.

Así, he sostenido la coexistencia del documento notarial con la posibilidad del otorgamiento ante funcionario de la DGA, planteando ventajas e inconvenientes en uno y otro caso y considerando que en ambos se cumple con la finalidad última del documento. A la hora de referirse al mismo, la nomenclatura «testamento vital y voluntades anticipadas» es la que a mi juicio parece adaptarse más al «nombre conocido que en Derecho tenga» que exige el RN a la hora de calificar el negocio jurídico concreto.

He abordado también las cuestiones sobre capacidad de la persona, vedando el documento a menores de 14 años, pero admitiéndolo para los aragoneses mayores de 14 años con asistencia de sus padres o de la junta de parientes o del juez, siempre que tengan además capacidad natural (capacidad de hecho apreciada por el notario del mismo modo que para testar o para otorgar consentimiento informado).

La labor notarial a la hora de estructurar el documento me parece esencial, cuidando desde la propia competencia del notario hasta la aceptación por el

⁵⁴ Oliván del Cacho, Javier, coponente en «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés* Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005.

representante o el contenido dispositivo del documento, ya que existen modelos de Derecho Sanitario aprobados por las comunidades autónomas que pueden y deben tenerse en cuenta por el fedatario a la hora de redactar las concretas voluntades anticipadas.

Finalmente, hago un alegato para una mayor coordinación entre los órganos corporativos del notariado aragonés y la DGA, la cual permita por ejemplo el envío telemático de los documentos el mismo día de su autorización desde la notaría hasta el Registro de Voluntades Anticipadas de Aragón, algo que es posible ya desde hace años con otros registros públicos.

Armonizando Derecho Sanitario y Derecho Civil, el legislador aragonés podría adelantarse en este sentido no solo a otras comunidades autónomas sino al mismo Derecho Estatal, que carece de regulación sobre las materias expuestas y parece desconocer el auge que esta clase de documentos tiene hoy en día, auge principalmente auspiciado por la demografía actual y los avances de la ciencia.

IV. BIBLIOGRAFÍA

A. MONOGRAFÍAS

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, «Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir», en C. Tomás-Valiente Lanuza (coord.), *La eutanasia a debate: primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia*, Marcial Pons, Madrid, 2021.

GONZÁLEZ CARRASCO, María del Carmen, «La prestación del consentimiento informado en materia de salud en el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 39, 2021.

RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Cuestiones de técnica notarial en materia de actas», en *Estudios jurídicos, IV*, Colegios Notariales de España, Madrid, 1988.

B. ARTÍCULOS DE REVISTA

BARRAL VIÑALS, Inmaculada, «Testamento vital, disposiciones sobre el propio cuerpo e historia clínica», en *Estudios de Derecho de Sucesiones*, La Ley, Madrid, 2014.

CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la, «El notario latino y su función», *Revista del Notariado*, abril-junio 1972.

LÓPEZ AZCONA, María-Aurora, «La peculiar situación jurídica del menor aragonés mayor de catorce años», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 2, 2015.

C. CAPÍTULOS DE OBRAS COLECTIVAS

BAYOD LÓPEZ, Carmen, «Derechos de la personalidad de los menores en Aragón: referencia al aborto de las menores de edad aragonesas y algunas cuestiones de competencia en materia de capacidad para consentir actos médicos», en *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

GRACIA DE VAL, Carmen, «La capacidad del menor aragonés para el ejercicio de sus derechos de la personalidad», en *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, Sesión II, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

OLIVÁN DEL CACHO, Javier, «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005.

PARRA LUCÁN, María-Ángeles, «Voluntades anticipadas (autonomía personal: voluntades anticipadas, autotutela y poderes preventivos)», en *XV Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2005.

—, «Las personas con discapacidad psíquica», *Curso de Derecho Civil I (volumen II): Derecho de la Persona*, Madrid, 2021.

SANCHO CASAJÚS, Carlos, «Los derechos de la personalidad de los menores en Aragón», en *XVIII Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008.

D. REVISTAS ELECTRÓNICAS

NOGALES SÁNCHEZ, María, *Quiero hacer testamento y testamento vital*, Blog Notarios en Red. 28 de abril de 2014. URL <https://www.notariosenred.com/2014/04/testamento-vital/>

SERRANO SECILLA, Margarita M.^a, *Diferencia entre testamento y testamento vital*, Blog Mayores Abogacía. 18 de noviembre de 2019. URL <https://mayoresabogacia.com/tag/testamento-vital/>

E. FORMULARIOS NOTARIALES

CÁNOVAS SÁNCHEZ, Manuel-Fernando, *Formulario notarial de testamento vital*, San Sebastián, 2021.