

EL OTORGAMIENTO DE INSTRUCCIONES PREVIAS ANTE NOTARIO EN LA COMUNIDAD DE MADRID

Héctor Durán Vicente (Letrado de la Comunidad de Madrid)¹

Las denominadas “*instrucciones previas*” son un documento por el que una persona mayor de edad manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarla personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo.²

En el ámbito de la Comunidad de Madrid, el régimen jurídico aplicable a esta materia se contiene en la Ley 3/2005, de 23 de mayo, por la que se regula el ejercicio del derecho a formular instrucciones previas en el ámbito sanitario y se crea el registro correspondiente (Ley 3/2005, en adelante), la cual impone una serie de requisitos para su documentación. Así, de acuerdo con el artículo 5.1, las instrucciones previas han de constar siempre por escrito, debiendo figurar en el documento la identificación del autor, su firma, fecha y lugar de otorgamiento.

En cuanto a la forma de otorgamiento, la redacción originaria de la Ley 3/2005 admitía, en el apartado segundo de su artículo 5, los siguientes procedimientos: ante notario (en cuyo supuesto no sería necesaria la presencia de testigos); ante el personal al servicio de la Administración; y ante tres testigos mayores de edad y con plena capacidad de obrar.

Esto no obstante, la referencia a la posibilidad de otorgar instrucciones previas ante notario fue formalmente eliminada, en nuestro ámbito territorial, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y

¹ En la actualidad ocupa el puesto de Letrado Jefe del Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

² Esta definición se desprende del artículo 11 de 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.

Garantías de las Personas en el Proceso de Morir (Ley 4/2017, en lo sucesivo), que derogó de forma expresa el artículo 5.2.a) de la Ley 3/2005 (disposición derogatoria única).

Esta supresión generó una situación de incertidumbre jurídica, no solo para el ciudadano, sino también para la propia Administración y para el colectivo notarial, en cuanto a la posibilidad de otorgar instrucciones previas ante notario en nuestro ámbito territorial.

Este marco de inseguridad fue resuelto definitivamente por el Dictamen del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad de 10 de agosto de 2021, que admitió la viabilidad jurídica de formalizar instrucciones previas ante notario, aun a pesar de la expulsión formal del ordenamiento jurídico de la previsión contemplada en el artículo 5.2.a) de la Ley 3/2005.

De acuerdo con el citado informe, y en primer lugar, tal posibilidad viene dada por una interpretación teleológica del ordenamiento jurídico aplicable. A estos efectos, no hay que obviar que entre las finalidades de la Ley 4/2017 se encontraba, según su propia parte expositiva, la de *“dar difusión al derecho de los pacientes a suscribir el documento de instrucciones previas”*; así como la de *“dar libertad de forma a la manifestación de instrucciones previas y ampliar el catálogo de derechos de los pacientes incorporando el derecho del respeto a la voluntad del paciente en el proceso de morir y el derecho a los cuidados paliativos integrales”* (el subrayado es nuestro).

De esta manera, resultaría contrario a los más elementales principios de la lógica jurídica pretender promover la formalización de instrucciones previas, proclamando el principio de libertad de forma y, al mismo tiempo, eliminar una de las vías ya contempladas en el ordenamiento jurídico para ello; máxime cuando una de las finalidades primordiales de la Ley radicaba, en palabras del grupo parlamentario promotor, en facilitar a la ciudadanía el acceso al otorgamiento de instrucciones previas.³

³ Véase la Proposición de Ley de Derechos y Garantías de las Personas, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el registro de la Asamblea de Madrid, con fecha de 6 de mayo de 2016.

Por otro lado, desde una perspectiva sistemática o integradora, la interpretación del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad conduce al mismo resultado. En efecto, la supresión formal del artículo 5.2.a) de la Ley 3/2005 no puede desapegarse de otras previsiones contenidas en el propio texto legal.

En el artículo 9.4 de la Ley 3/2005, no derogado por la Ley 4/2017, se proscribía que el notario ante el cual se han otorgado las instrucciones previas pueda actuar como interlocutor del interesado ante el médico o el equipo sanitario, en orden a procurar el cumplimiento de las instrucciones.

Esta previsión resulta de vital importancia, toda vez que si se prohíbe actuar como representante al notario que ha autorizado el documento, se está reconociendo de forma indubitada la posibilidad de que los otorgantes acudan al notario para formalizar instrucciones previas. Cualquier otra conclusión supondría vaciar de contenido al apartado referenciado; a pesar de su tenor literal y de que su vigencia no ha sido discutida por la Ley 4/2017.

En la misma línea, la disposición final primera de la Ley 3/2005 establece que:

“Disposición final primera. Convenios de colaboración.

Se autoriza al Consejero de Sanidad y Consumo para formalizar convenios de colaboración con el ilustre Colegio de Notarios de Madrid o con la organización que corresponda, con la finalidad de facilitar la transmisión telemática de documentos de instrucciones previas autorizadas notarialmente, cuando la persona otorgante haya manifestado su voluntad de inscripción en el Registro de Instrucciones Previas y el fedatario público así lo haga constar.

El proceso de transmisión garantizará la confidencialidad, la seguridad y la integridad de los datos que consten en los documentos de instrucciones previas.”

De igual modo que en el caso anterior, esta disposición final vendría a amparar la posibilidad de formalizar instrucciones previas ante notario, habida cuenta de que carecería de sentido afirmar que la Ley 4/2017 niega este extremo, mientras mantiene

una previsión (que podría haber derogado y no lo ha hecho) tendente a la suscripción de un convenio para facilitar la transmisión de tales instrucciones al Registro.

Esta interpretación vendría a encajar, por lo demás, con los principios contemplados en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997, de cuyos artículos 9 y 26.1 se desprende que el derecho a formular instrucciones previas solo puede ser objeto de limitación por necesarias razones de seguridad pública, prevención de infracciones penales, protección de la salud pública o la protección de los derechos y libertades de las demás personas.

De esta manera, una labor hermenéutica más perfeccionada nos permitiría concluir que si la Ley 4/2017 proclama sin ambages, en su Preámbulo, su respeto a los principios contemplados en el Convenio de Oviedo, su entrada en vigor no ha podido introducir, en modo alguno, una restricción innecesaria en cuanto a la forma en que los pacientes pueden ejercitar su derecho a manifestar instrucciones previas.⁴

En todo caso, el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad reconoce, en su Dictamen de 10 de agosto de 2021, que la supresión del artículo 5.2.a) de la Ley 3/2005 en el año 2017 no es inocua; si bien su verdadera ratio radicaría, no en prohibir el otorgamiento de instrucciones previas ante notario, sino en excluir estos documentos notariales del sistema de inscripción obligatoria en el Registro de Instrucciones Previas de la Comunidad de Madrid.

Septiembre de 2022.

⁴ Como apoyo doctrinal de esta conclusión podemos citar a Moscoso Torres, Ramón María, en “*El documento de instrucciones previas: límites formales y apreciación de la capacidad.*”, pp 5 a 12.