

**NUEVAS TECNOLOGÍAS Y DERECHOS DE LAS PERSONAS
MAYORES EN EL ÁMBITO SANITARIO***

***NEW TECHNOLOGIES AND THE RIGHTS OF OLDER ADULTS IN
THE HEALTHCARE FIELD***

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 22, enero 2025, ISSN: 2386-4567, pp. 134-175

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2022-137330OB-I00 "Voluntad, autonomía y bienestar de la persona mayor: retos jurídicos", de la convocatoria 2022 de los "Proyectos de Generación de Conocimiento" del Ministerio de Ciencia e Innovación, IP Montserrat Pereña Vicente.

María Teresa
ECHEVARRÍA
DE RADA

ARTÍCULO RECIBIDO: 4 de diciembre 2024

ARTÍCULO APROBADO: 7 de enero de 2025

RESUMEN: La utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito sanitario puede reportar numerosas ventajas, pero también puede generar situaciones de desigualdad y discriminación en diferentes colectivos especialmente vulnerables, como el de las personas mayores, circunstancia que conduce a la necesidad de adoptar las medidas necesarias para proteger debidamente sus derechos en relación con la salud. Al mismo tiempo, debe garantizarse la autonomía de las personas mayores para tomar decisiones respecto a su propia salud mediante el ejercicio de su derecho a consentir u oponerse a determinados tratamientos, capacidad de elegir que también se extiende a cómo deben utilizarse las nuevas tecnologías.

A su vez, el derecho de las personas mayores a decidir sobre la propia salud nos conduce al documento de voluntades anticipadas, instrumento que les permite garantizar en el futuro el cumplimiento de sus deseos en relación con su salud ante determinadas circunstancias que les impidan expresar su voluntad. A estos efectos, la intervención notarial puede resultar decisiva para garantizar el respeto absoluto a la voluntad del paciente mayor de edad.

PALABRAS CLAVE: Nuevas tecnologías en el ámbito sanitario; personas mayores y derecho a la salud; autonomía de la voluntad; consentimiento informado; voluntades anticipadas.

ABSTRACT: *The use of new technologies in the healthcare field can offer numerous advantages, but it can also create situations of inequality and discrimination for various especially vulnerable groups, such as the elderly. This circumstance underscores the need to adopt measures to adequately protect their rights concerning health. At the same time, it is essential to ensure the autonomy of older individuals to make decisions about their own health by exercising their right to consent to or refuse certain treatments—a capacity for choice that also extends to how new technologies should be utilized.*

Furthermore, the right of older people to decide about their own health leads us to the advance directives document, an instrument that allows them to ensure their wishes regarding health are respected in the future in circumstances where they may be unable to express their will. In this regard, notarial intervention can play a decisive role in guaranteeing absolute respect for the will of the adult patient.

KEY WORDS: *New technologies in healthcare; elderly people and right to health; autonomy of will; informed consent; advance directives.*

SUMARIO.- I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- 1. La discriminación por razón de edad y la protección de los derechos de las personas mayores. Estado actual de la cuestión.- 2. La incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de la salud. La necesidad de evitar la discriminación de las personas mayores y de preservar su derecho a la autodeterminación.- II. AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS MAYORES PARA TOMAR DECISIONES EN EL ÁMBITO SANITARIO, CONSENTIMIENTO INFORMADO Y AUTOMATIZACIÓN DE LA PRAXIS MÉDICA.- III. EL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS.- 1. El documento de voluntades anticipadas como instrumento de protección de las personas mayores en el ámbito sanitario.- 2. Especial consideración de la forma de otorgamiento del documento de voluntades anticipadas: la intervención notarial.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS.

I. La discriminación por razón de edad y la protección de los derechos de las personas mayores. Estado actual de la cuestión.

El paulatino envejecimiento de la población a nivel mundial, que obedece esencialmente al aumento de la esperanza de vida y a la disminución de la natalidad, plantea como necesidad principal la de garantizar el ejercicio de los derechos humanos de las personas de edad que, a diferencia de lo que sucede con otros colectivos, no cuentan con los oportunos mecanismos de defensa a través de un instrumento internacional de ámbito universal.

En cuanto a la terminología empleada para designar a las personas de edad, como ya destacó el Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU, en la Observación General número 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad (1995)¹, presenta gran variedad: personas mayores, personas de edad avanzada, personas de más edad, tercera edad², ancianos y cuarta edad para los mayores de 80 años³.

Por su parte, el Comité optó por emplear la expresión “personas mayores”⁴, utilizada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en sus resoluciones,

1 <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/cescr/1995/es/131125>

2 Por su parte, la reciente LO 5/2024 de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa, que introduce cambios esenciales en la protección jurídica y asistencia letrada en España, utiliza la expresión “tercera edad” (art. 6.5 y Disposición Adicional Segunda).

3 MARTÍNEZ QUES, A.A.: “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, p. 1073, destaca lo siguiente: “El empleo de palabras como «viejo» o «anciano» arrastran una connotación peyorativa en la sociedad actual, mientras que su reemplazo por términos como «senil», «jubilado», «retirado», «senectud», «clase pasiva», «edad madura» o «geronte», representan una imagen de la ancianidad desvalorizada, de fragilidad e incapacidad”. Disponible en <https://doi.org/10.5944/rduned.17.2015.16262>

4 Señalan DABOVE, M.I. y GIOJA, A.L.: “Enfoque complejo de la vejez. su incidencia en los derechos humanos”, *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 33, 2022, p. 23, que los términos “personas mayores”,

• María Teresa Echevarría de Rada

Catedrática de Derecho Civil, Universidad Rey Juan Carlos. Correo electrónico: teresa.echevarria@urjc.es

que engloba a las personas de más de 60 años, edad a partir de la cual se considera que la persona ha alcanzado el estatuto de persona mayor⁵. Este criterio es el que también sigue la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 6 de junio de 2015⁶, que considera Persona mayor: “Aquella de 60 años o más, salvo que la ley interna del país determine una edad base menor o mayor, siempre que esta no sea superior a los 65 años”. Interesa destacar que se trata del primer tratado de ámbito regional, que “ha venido a saldar la orfandad en materia de instrumentos vinculantes que aborden los derechos de las personas mayores de forma explícita e integral”⁷. La Convención tiene por objeto promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor; a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad (art. 1)⁸.

En España, al igual que sucede en Europa, se considera “persona mayor”, en general, a la de 65 años o más⁹. Como ha destacado LECIÑENA IBARRA¹⁰, “Al contrario de lo que ofrece el segmento de edad opuesto, donde si existe una categoría jurídica que aglutina los sujetos de edad que no han cumplido los 18 años, a los que se somete a un régimen jurídico propio, no ocurre lo mismo con las “personas mayores” o, simplemente, “mayores”. Nuestro ordenamiento no dispone de una categoría jurídica capaz de aglutinar a personas cuya única especialidad que las diferencie del resto de la población sea haber cumplido una determinada edad”. La autora añade que “esto explica que el único dato con el que se haya trabajado para dar acceso a la categoría de persona mayor sea la edad de jubilación”.

Muy recientemente, el Real Decreto Ley 6/2023 de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación,

“adultos mayores” y “personas de edad” se han impuesto en los organismos internacionales de derechos humanos, con el propósito de designar “a un sujeto menos diferenciado de la persona adulta joven, emparentado con la idea de autonomía”.

- 5 La Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento celebrada en Viena en 1982, en la que se elaboró el informe conocido como el “Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento”, utiliza la expresión “personas de edad”, a las que identifica con las de 60 años o más (Disponible en www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/Plan_Viena_sobre_Envejecimiento_1982.pdf).
- 6 Disponible en www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf
- 7 DABOVE, M. I., et al.: “Derechos y libertades en la vejez: paternalismos explícitos y viejismos implícitos de la pandemia”, *Anales en Gerontología*, núm. 12, Año 2020, 138-167, 158
- 8 También constituye otro avance importante en este ámbito, el Protocolo de la Unión Africana para la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos acerca de los Derechos de las Personas Mayores en África. Este Protocolo, que fue aprobado en enero del 2016 y que se encuentra en vigor desde el 4 de noviembre de 2024, prohíbe todas las formas de discriminación contra las personas mayores (art. 3), que son aquellas que tienen 60 años o más (art. 1). Disponible en https://au.int/sites/default/files/treaties/36438-treaty-0051_-_protocol_on_the_rights_of_older_persons_e.pdf
- 9 PÉREZ DÍAZ, J., et al.: “Un perfil de las personas mayores en España 2023. Indicadores estadísticos básicos”, *Informes Envejecimiento en Red*, núm. 30, CSIC, Madrid, 2023.
- 10 LECIÑENA IBARRA, A.: “Autonomía decisoria y heteronomía en personas vulnerables por razón de edad”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 40, enero-junio, 2022, p. 143.

Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo, ha modificado el art. 7 bis de la Ley de Enjuiciamiento civil¹¹ que, en su apartado primero, ha quedado redactado en los siguientes términos: “En los procesos en los que participen personas con discapacidad y personas mayores que lo soliciten o, en todo caso, personas con una edad de ochenta años o más, se realizarán las adaptaciones y los ajustes que sean necesarios para garantizar su participación en condiciones de igualdad. A estos efectos, se considerarán personas mayores las personas con una *edad de sesenta y cinco años o más*”¹².

Tras las anteriores precisiones, debe destacarse la preocupación que existe en la comunidad internacional con respecto a la situación y necesidades de las personas mayores, especialmente con aquello que tiene que ver con la consideración de la edad como un potencial criterio de discriminación, preocupación que, por otra parte, es relativamente reciente¹³.

De hecho, la citada Observación General número 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, pone de manifiesto que ni el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1948) ni la Declaración Universal de Derechos Humanos (1966) mencionan la edad como uno de los factores de discriminación. No obstante, en vez de considerar que se trata de una exclusión intencional, la Observación afirma que tal omisión se explica probablemente por el hecho de que, cuando se adoptaron estos instrumentos, el problema del envejecimiento de la población no era tan evidente o urgente como en la actualidad.

En 1982, la Primera Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento elaboró el Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento¹⁴, que reconoce el derecho de las personas mayores a disfrutar de una vida plena, saludable y satisfactoria y a ser consideradas como parte integrante de la sociedad. Entre los Principios en los que el Plan se basa, se incluye, como objetivo importante del desarrollo social y económico, “el logro de una sociedad integrada desde el punto de vista de la edad, en la que se haya eliminado la discriminación y la segregación por motivos de edad y se aliente la solidaridad y el apoyo mutuo

11 El art. 7 bis contempla los “Ajustes para personas con discapacidad y personas mayores”.

12 Por su parte, el Real Decreto 42/2022, de 18 de enero, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025, considera personas mayores a las de 65 años o más (art. 79).

13 Tal y como destaca CALAHORRANO LATORRE, E.: “La planificación anticipada del cuidado en salud: alternativa de regulación para Chile desde el Derecho Comparado y la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores”, *Revista de Derecho Privado*, 2021, núm. 40, 2021, pp. 201-233, DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.n40.08>. Para este autor, la progresiva dificultad de las personas mayores para el ejercicio del catálogo común de derechos y su concepción como una carga por su entorno familiar la hace proclive al abandono, por lo que demanda una especial protección de sus derechos desde del Estado.

14 https://www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/Plan_Viena_sobre_Envejecimiento_1982.pdf

entre las generaciones"¹⁵. Con posterioridad, en 2002, la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento adoptó la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento de Madrid¹⁶, que se centró en la defensa de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas de edad y en la eliminación de todas las formas de violencia y discriminación hacia este sector de población. Precisamente, la Resolución 65/182, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010 para el Seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, creó el Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre Envejecimiento de Naciones Unidas (OEWGA) con la finalidad de aumentar la protección de los derechos humanos de las personas mayores en todo el mundo. El contenido de su mandato consiste en analizar el marco internacional vigente en materia de derechos humanos de las personas mayores e identificar sus posibles deficiencias y la mejor manera de subsanarlas, incluso mediante el estudio, cuando corresponda, de la viabilidad de nuevos instrumentos y medidas¹⁷.

Sin perjuicio de otras actuaciones, en 2021 tuvo lugar la aprobación de la primera Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el edadismo y la discriminación por edad (A/HRC/RES/48/3) en la que se exhorta a los Estados a prohibir todas las formas de discriminación contra las personas mayores y a tomar medidas contra el edadismo y la discriminación por razón de edad y que supuso un importante avance para la creación de una Convención sobre los derechos de las personas mayores¹⁸.

Por su parte, la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 6 de junio de 2015, pionera en este ámbito como ya destacamos, define expresamente la discriminación por edad en la vejez: "cualquier distinción, exclusión, o restricción, basada en la edad, que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce, o ejercicio, en igualdad de condiciones, de los derechos humanos y libertades fundamentales en

15 En 1991, la Asamblea General adoptó los Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, que enumeraban 18 derechos de las personas mayores relativos a la independencia, la participación social, la atención, la realización personal y la dignidad (Resolución 46/91). Disponible en <https://www.acnur.org/es-es/media/principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas-de-edad>
Al año siguiente, la Conferencia Internacional sobre el Envejecimiento se reunió para revisar el Plan de Acción de 1982 y adoptó la Proclamación sobre el Envejecimiento (A/RES. 47/5). Disponible en <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/030/35/img/nr003035.pdf>

16 <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf>

17 Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n10/523/49/pdf/n1052349.pdf>

18 Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g21/287/82/pdf/g2128782.pdf>. En la Resolución, el Consejo de Derechos Humanos solicita a la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) la elaboración de un informe sobre los criterios normativos y las obligaciones en virtud del derecho internacional en relación con la promoción y protección de los derechos humanos de las personas mayores que ha dado lugar a la elaboración de distintos Informes.

la esfera política, económica, social, cultural o cualquier otra de la vida pública y privada”¹⁹.

En el ámbito de la Unión Europea, se aprecian también ciertos progresos en materia de derechos y protección de las personas mayores, que se materializan en la Directiva/78/EC de 27 de noviembre de 2000 sobre la discriminación por edad en el empleo²⁰ y en la incorporación del art. 21 (“No discriminación”) y, fundamentalmente, del art. 25 (“Derechos de las personas mayores”) en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000²¹, sustituida por la de 12 de diciembre de 2007²².

Procede también traer a colación el Libro Verde sobre el Envejecimiento de la Comisión Europea²³ que conmina a los responsables políticos para que tengan en cuenta las situaciones de vulnerabilidad y las aborden “a todos los niveles”, con el fin de permitir que las personas mayores disfruten de sus derechos y autonomía y participen en la sociedad en la mayor medida posible. Precisamente, en relación con este texto, el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Estrategia europea para las personas mayores (2023)²⁴ ha puesto de manifiesto que una de sus mayores carencias “es el enfoque de la edad y las personas mayores como un gasto o coste para la sociedad, obviando los beneficios sociales y económicos que se obtendrían con una mayor inclusión activa de las personas mayores. El Libro Verde no deja de vincular la edad con el declive, la pasividad y la vulnerabilidad. Para aprovechar el potencial del envejecimiento, es fundamental una visión basada en los derechos humanos, el bienestar, la contribución de las personas mayores a la sociedad y la economía y las herramientas para posibilitar su contribución”.

19 La Convención aborda también la “Discriminación” en general: “Cualquier distinción, exclusión, restricción que tenga como objetivo o efecto anular o restringir el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones de los derechos humanos y las libertades fundamentales en la esfera política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública y privada” y la “Discriminación múltiple”: “Cualquier distinción, exclusión o restricción hacia la persona mayor fundada en dos o más factores de discriminación”.

20 <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>. Precisamente, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en su Sentencia de 22 de noviembre de 2005, Asunto C-144/04, sobre el caso Mangold contra Helm (TJCE 2005, 341), al pronunciarse sobre la cuestión prejudicial sobre la interpretación de la Directiva 2000/78/CE del Consejo en lo que se refiere a la discriminación por razón de edad, declaró que “el principio de no discriminación por razón de la edad debe ser considerado un principio general del Derecho comunitario”.

21 Disponible en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

22 Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2007-70004>

23 Libro Verde Sobre el Envejecimiento, Comisión Europea, Bruselas, 27.1.2021 COM (2021) 50 Final, Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d918b520-63a9-11eb-aeb5-01aa75ed71a1>

24 Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia española (2023/C 349/06). Disponible en https://imsero.es/documents/20123/140652/estrategia_europea_ppmm_20230830.pdf/d52a165a-a81e-c8ef-493c-844aef904b7b

En el Dictamen citado se hace constar lo siguiente: “Ya que a día de hoy no se ha propuesto ninguna política integral sobre el envejecimiento o exclusivamente centrada en las personas mayores, la UE ha de adoptar una nueva Estrategia europea sobre personas mayores, que tenga como objetivos fundamentales la protección de todos sus derechos, así como su participación plena en la sociedad y en la economía. Una nueva Estrategia europea sobre personas mayores contribuirá al necesario cambio de enfoque de las políticas sobre edad y personas mayores actuales y futuras”. Además, en el ámbito internacional, el Comité urge a aprobar una Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas mayores para el disfrute de igualdad de derechos humanos en la edad avanzada, siguiendo el ejemplo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Infancia o de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, garantizando la participación activa de las organizaciones de la sociedad civil que representan a las personas mayores y las partes interesadas pertinentes.

Por su parte, en España, la reciente Ley 15/2022 de 12 de julio Integral para la Igualdad de Trato y la No Discriminación²⁵, pretende, como destaca en su Preámbulo, otorgar instrumentos efectivos para luchar contra formas de discriminación, como la discriminación por edad²⁶ que, potencialmente, podrían afectar en los próximos años a un gran porcentaje de población, como consecuencia del paulatino envejecimiento de nuestra sociedad. Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación, la Ley toma como referencia el artículo 14 de la Constitución Española y la normativa comunitaria e incorpora en el art. 2.1 expresamente “la edad” como motivo de discriminación. En cuanto al ámbito objetivo de aplicación, se extiende, entre otros, a la “Sanidad” [art. 3, apartado e)]. En particular, la Ley aborda en el art. 15 el derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la atención sanitaria por razón de edad y contempla el deber de las administraciones sanitarias de promover acciones destinadas a aquellos grupos de población que presenten necesidades sanitarias específicas, tales como las personas mayores²⁷.

25 En su momento, la Ley 62/2003 de 30 de diciembre de medidas fiscales administrativas y de orden social contempló en el Título II, Capítulo III, las “Medidas para la aplicación del principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de edad”.

26 En 2022, la RAE incorporó en su diccionario la palabra “edadismo”, que se define como “discriminación por razón de edad de las personas mayores o ancianas”.

27 Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, ya incluye de manera expresa la edad como una circunstancia que excluye cualquier discriminación: “todas las personas tienen derecho a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad sin que pueda producirse discriminación por razón de nacimiento, origen racial o étnico, sexo, religión, convicción u opinión, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, enfermedad o cualquier otra condición o circunstancia personal o social” (art. 6.1). Más adelante, se impone a las Administraciones públicas desarrollar “programas de prevención dirigidos a todas las etapas de la vida de las personas, con especial énfasis en la infancia y la vejez” (art. 19.2.d).

A su vez, la nueva Ley también extiende su ámbito de aplicación, en el art. 3, apartado o), a la “Inteligencia Artificial y gestión masiva de datos, así como otras esferas de análoga significación” y dedica el art. 23 a la igualdad de trato y no discriminación en el ámbito de la “Inteligencia artificial y mecanismos de toma de decisión automatizados”, por lo que, como se ha advertido, contempla la primera regulación positiva del uso de la inteligencia artificial por las administraciones públicas²⁸.

Lo cierto es que, aunque se aprecian ciertos avances, estos no son suficientes para preservar y respetar los derechos de las personas mayores, lo que hace indispensable una convención internacional sobre los derechos de este colectivo que contemple su protección específica en todos los ámbitos.

En esta dirección, el Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento, que lleva más de una década examinando la aplicación de diversos derechos humanos entre las personas mayores y las lagunas asociadas en el derecho internacional de los derechos humanos, en el XIV período de sesiones, celebrado en Nueva York en mayo de 2024, adoptó una decisión histórica en la que se determinaron las posibles deficiencias en la protección de los derechos humanos de las personas de edad y se formularon recomendaciones sobre la mejor manera de subsanarlas, entre las que figuraba la adopción de un instrumento internacional jurídicamente vinculante para proteger los derechos humanos de las personas mayores²⁹.

Por su parte, el Informe de 2024 de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad (A/79/167), Consejo de Derecho Humanos (ONU)³⁰, que contempla los retos a los que se enfrentan las generaciones presentes y futuras de personas mayores, declara expresamente lo siguiente: “Habida cuenta de que no existe un instrumento internacional jurídicamente vinculante que articule los derechos humanos de las personas mayores, se hace especialmente apremiante brindar una respuesta a los retos específicos a los que se enfrenta este grupo poblacional en la materia en los procesos de cara al futuro. Este vacío genera un desequilibrio básico en relación con la igualdad y la no discriminación, la protección contra la violencia, la autonomía, la atención, la salud, la protección social, la seguridad económica y la participación en la vida pública. La ausencia de un instrumento internacional jurídicamente vinculante también incide en la invisibilidad de las violaciones de

28 MARTÍN AYALA, M.: “Base Cuarta. Derecho a una atención personalizada y a la supervisión humana frente a la toma de decisiones automatizadas: ¿Se puede tecnolizar la atención a la salud sin despersonalizar la asistencia?”, en *Informe final sobre la relación clínico-digital, elaborado por el Comité de Bioética de Castilla-La Mancha 2/2023*, p. 10. Disponible en: https://sanidad.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/paginas/archivos/informe_sobre_la_relacion_clinico-digital_del_cb_de_clm_0.pdf

29 Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/154/58/pdf/n2415458.pdf>

30 Disponible en: <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/211/91/pdf/n2421191.pdf>

derechos que sufren las personas mayores y limita la concienciación pública sobre sus derechos, incluso por parte de los garantes de tales derechos. Solo dos tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas contienen una referencia a la discriminación por edad, a saber, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Los órganos de tratados y los procedimientos especiales existentes no han proporcionado ni pueden proporcionar mecanismos coherentes para el reconocimiento y la reparación de los derechos humanos de las personas mayores. El hecho de que no exista un tratado de derechos humanos para las personas mayores se traduce en la perpetuación de estrategias de bienestar social que fomentan la dependencia, pues en ellas se trata a las personas mayores como receptores pasivos de asistencia en lugar de titulares de derechos empoderados”.

Sin perjuicio del panorama que hemos venido definiendo, es necesario adoptar un instrumento jurídico internacional, una Convención Universal para las personas mayores, que tenga en cuenta sus circunstancias y características específicas, sea eficaz en la lucha contra la discriminación por edad y, al tiempo, potencie en todos los ámbitos, y, en lo que aquí nos interesa, en el de la salud, el derecho del paciente, persona mayor, a la autodeterminación en esta etapa de la vida.

2. La incidencia de las nuevas tecnologías en el ámbito de la salud. La necesidad de evitar la discriminación de las personas mayores y de preservar su derecho a la autodeterminación.

La discriminación por motivos de edad se produce en todas las esferas de la vida. Por lo que se refiere, en especial, al empleo de nuevas tecnologías en el ámbito sanitario, es evidente que puede mejorar la calidad de vida y la salud de las personas. En particular, el uso de la inteligencia artificial puede reportar a la sociedad notables ventajas en el ámbito citado, entre las que se destacan la posibilidad de ampliar la oferta de atención, el incremento en la precisión de los diagnósticos, la reducción de márgenes de error, la mayor prevención de las enfermedades, e, incluso, el empoderamiento de los pacientes al aumentar su autonomía mediante las herramientas de monitorización³¹. Ahora bien, el uso de estas tecnologías también puede suponer una serie de inconvenientes, entre los que se ha destacado la “capacidad de mantener o amplificar sesgos negativos” que afectan a diferentes colectivos especialmente vulnerables, como el de las personas mayores, lo que genera situaciones de desigualdad y discriminación³². Así, a modo

31 MARTÍN AYALA, M.: “La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario”, *Derecho y Salud*, vol. 33 (Extraordinario), 2023, p. 156. Vide, también, SERRANO ACITORES, A.: *La inteligencia artificial en el ámbito sanitario. Protección de los derechos fundamentales de los pacientes*, Tecnos, Madrid, 2024, pp. 58 - 62.

32 En esta dirección, DÍAZ-TENDERO BOLLAIN, A. y DALLI ALMIÑANA, M.A.: “Derecho a la salud y personas mayores: Marco normativo”, en AA.VV.: *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud*,

de ejemplo, se ha resaltado que el uso de la tecnología va a requerir determinados conocimientos, capacidades y destrezas del paciente, que puede llevar a que ciertos colectivos resulten privados de ella, y, por tanto, de determinados tipos de tratamientos que podrían ser beneficiosos para su salud, brechas de uso que pueden provocar situaciones de exclusión y discriminación³³.

En esta dirección, el citado Libro Verde sobre el Envejecimiento de la Comisión Europea declara de forma expresa que: “Los desarrollos tecnológicos pueden intensificar la vulnerabilidad de las personas mayores, por ejemplo, en caso de estar menos familiarizados o sentirse menos cómodos con las herramientas digitales, o de tener un acceso limitado a la tecnología digital”. Al mismo tiempo, este texto conmina a los responsables políticos para que tengan en cuenta las situaciones de vulnerabilidad y las aborden “a todos los niveles”, con el fin de permitir que las personas mayores disfruten de sus derechos y autonomía y participen en la sociedad en la mayor medida posible.

También, el Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial de la Comisión Europea³⁴, al abordar los problemas y riesgos que el uso de la inteligencia artificial puede plantear, se refiere expresamente a los que “afectan a la aplicación de las normas diseñadas para proteger los derechos fundamentales” entre los que se incluye “la ausencia de discriminación por razón de edad”³⁵.

Por su parte, el Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad 2017 (A/76/157), Consejo de Derechos Humanos (ONU)³⁶, se ocupa, precisamente, de los efectos que tienen las tecnologías de apoyo y robótica, la inteligencia artificial y la automatización en los derechos humanos de las personas de edad. El Informe contempla entre los “Retos para los derechos humanos de las generaciones futuras de personas mayores”, la Inclusión Digital de las personas mayores, a las que considera

Informe elaborado por la fundación HelpAge International España, septiembre 2023, p. 85, subrayan que “a pesar de que la introducción de tecnologías en el ámbito de la prestación de servicios de salud puede ofrecer muchas ventajas, no deben olvidarse los riesgos y los desafíos. Por ejemplo, el desafío de la protección de datos o el riesgo de la discriminación digital, cuando se trata de la prestación de los servicios a través de las tecnologías de la información, para reservar citas médicas o la realización de las propias consultas de modo online o por vía telefónica. En este sentido, no hay que olvidar que la digitalización a menudo excluye a personas que no saben manejar las herramientas digitales, situación en la que pueden encontrarse muchas personas mayores, además de otros colectivos”.

33 MARTÍN AYALA, M.: “La irrupción”, cit., p. 158. Sobre los posibles riesgos en el uso de la telemedicina, también, TUR FERNÁNDEZ, M.N.: “E-Salud, Derecho a la Información y Consentimiento informado”, en AA.VV.: *Bioderecho y Retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización* (dir. por C. GIL MEMBRADO), Dykinson, Madrid 2022, pp. 33 - 55.

34 Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial, Comisión Europea, Bruselas, 19.2.2020 COM (2020) 65 Final, <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>

35 Sobre los riesgos que la irrupción disruptiva de la tecnología digital ha supuesto en la protección de los derechos fundamentales vide ITURMENDI MORALES, G.: “Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial”, *Actualidad Civil*, 2020, núm. 11, LA LEY 14075/2020, pp. 1-25

36 Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/21/1/91/pdf/n2421191.pdf>

“nativos analógicos” que navegan por un panorama en rápida evolución y cada vez más digitalizado y formula una serie de Recomendaciones para proteger más eficazmente sus derechos en este ámbito³⁷.

A su vez, no podemos ignorar que algunos sistemas de IA son capaces de adaptar su comportamiento mediante el análisis de los efectos de actuaciones previas, realizando estas acciones de manera autónoma, es decir, una vez adquiridos los “conocimientos” necesarios, los sistemas tomarán las decisiones de forma automatizada³⁸, lo que, sin duda, puede incidir en la posible despersonalización y deshumanización de la asistencia sanitaria y, por tanto, en la relación entre médico y paciente.

En efecto, la implementación de las nuevas tecnologías y su impacto sobre la relación médico-paciente ha originado nuevas preocupaciones que se basan en la posible despersonalización y deshumanización de la asistencia sanitaria³⁹. La excesiva confianza en la tecnología conlleva una menor actuación presencial de los profesionales sanitarios. Ahora bien, como destaca RAMÓN FERNÁNDEZ, “la deshumanización de la medicina a través de la robótica no debe establecerse como un vacío legal, sino que precisamente, por tratarse de un nuevo escenario con el que nos podemos encontrar, debe ser regulado en el ámbito de los derechos y las obligaciones”⁴⁰. Añade la autora que “la relación médico-paciente en un entorno

37 Las Recomendaciones son las siguientes: a) Incluir explícitamente a las personas mayores en el pacto digital global como partes interesadas; b) Apoyar programas de alfabetización digital para personas mayores y proporcionarles acceso asequible a dispositivos digitales y conectividad a Internet, con especial atención a las oportunidades para las poblaciones rurales y grupos marginados; c) Implicar a las personas mayores en la planificación, el diseño y la puesta en marcha de servicios públicos digitales para garantizar que sean fáciles de usar y que los servicios analógicos sigan estando disponibles para las personas mayores que prefieran ese formato; d) Fomentar el uso de tecnologías de apoyo como audífonos, programas de conversión de texto a voz y herramientas de reconocimiento de voz para mejorar la accesibilidad digital de las personas mayores con discapacidad y garantizar que dichas herramientas sean accesibles y asequibles para todas las personas mayores que las necesiten; e) Garantizar la inclusión de las personas mayores en los datos de capacitación de los sistemas de inteligencia artificial para mejorar la pertinencia y precisión de dichos servicios; f) Derribar los obstáculos específicos de género a los que se enfrentan las mujeres mayores para acceder a la educación y al mundo digital, así como a la tecnología, promoviendo la igualdad de género en la participación digital.

38 MARTÍN AYALA, M.: “La irrupción”, cit., p. 153. Como destaca SERRANO ACITORES, A.: *La inteligencia*, cit, p. 201, las herramientas de inteligencia artificial debe ser un eslabón de los protocolos médicos en los que se basan los profesionales sanitarios para tomar decisiones, pero en ningún caso, deben sustituir al médico, dando cabida a la atención individualizada que propugna la medicina especializada de precisión.

39 El Informe del Consejo de Europa sobre “El impacto de la inteligencia artificial en la relación médico-paciente” de agosto de 2022, manifiesta que tal impacto afecta principalmente a seis ámbitos: “Primero, a la posible desigualdad en el acceso a atención médica de alta calidad; en segundo lugar, a la necesaria transparencia para los profesionales de la salud y los pacientes; tercero, al riesgo de sesgo social en los sistemas de IA; en cuarta posición, a la posible disminución de la percepción de bienestar del paciente; en quinto lugar al riesgo de sesgo de automatización, descualificación y responsabilidad desplazada del profesional; y por último, al impacto en el derecho a la privacidad”. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/bioethics/essential-elements>.

40 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Inteligencia artificial en la relación médico -paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol.10, núm.1, 2021, pp. 342 y 346, DOI 10.5354/0719-2584.2021.60931

de inteligencia artificial y a través de la intervención de algoritmos⁴¹ cambia el entorno presencial como lo conocemos. Resulta fundamental la preservación de los derechos del paciente y sobre todo su autonomía de la voluntad”.

A estos efectos, en Europa, ha de tenerse en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 2014, sobre el “Plan de acción sobre la salud electrónica 2012-2020: atención sanitaria innovadora para el siglo XXI (2013/2061(INI))”⁴², que recomienda la adopción de las medidas necesarias para cerrar la brecha digital entre las diferentes regiones de los Estados miembros y para asegurar que el acceso y el uso de los servicios de salud electrónica lleguen a los pacientes que no estén familiarizados con las TIC. Pero, además, subraya la importancia de preservar una dimensión humana en la atención sanitaria, sobre todo teniendo en cuenta el envejecimiento de la población y, por consiguiente, la creciente dificultad de separar el aspecto médico del social; insta, por tanto, a la Comisión a que se asegure de que las tecnologías de salud electrónica no se convertirán en un sustituto de la relación de confianza existente entre los pacientes y los profesionales de la asistencia (sanitaria).

También es muy significativa la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con Recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica⁴³, que, entre los Principios generales relativos al desarrollo de la robótica y la inteligencia artificial para uso civil, contempla, en el Principio 33, los requisitos para la utilización por parte de los facultativos de los «robots médicos» y considera fundamental que se “respete el principio de autonomía supervisada de los robots”, de forma que “la elección final sobre la ejecución pertenece en todo caso al ámbito de decisión de un cirujano humano”. Igualmente, la Resolución incide en que la utilización de estas tecnologías no debería disminuir ni perjudicar la relación entre médico y paciente, sino, por el contrario, prestar asistencia a aquel en el diagnóstico y el tratamiento de los pacientes, e insiste en la necesidad de que la evolución de la robótica y de la inteligencia artificial se conciba de forma que “preserve la dignidad, la autonomía y la autodeterminación del individuo, especialmente en el ámbito de la atención y la compañía a las personas, y en el contexto de los dispositivos médicos que «reparen» o «mejoren» a los seres humanos”.

Precisamente, en esa dirección de salvaguardar la autonomía de las personas, la Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01) proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y

41 Sobre la utilización de los sistemas algorítmicos en el marco de la salud, HERRÁN ORTIZ, A.I.: “Inteligencia artificial, salud y derechos humanos: ¿Hacia un gobierno de los algoritmos?”, *Bioderecho y retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y criogenización* (dir. por C. GIL MEMBRADO), Dykinson, Madrid 2022, pp. 297 a 335.

42 Disponible en: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0010_ES.html

43 Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=EN>

la Comisión Europea⁴⁴, manifiesta lo siguiente: “Toda persona debería estar empoderada para beneficiarse de las ventajas de los sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial, especialmente a fin de tomar sus propias decisiones en el entorno digital con conocimiento de causa, así como estar protegida frente a los riesgos y daños a su salud, su seguridad y sus derechos fundamentales” y, a continuación, se recoge el compromiso de “garantizar que las tecnologías como la inteligencia artificial no se utilicen para anticiparse a las decisiones de las personas en ámbitos como, por ejemplo, la salud [...]”.

Lo cierto es que la importancia de la utilización de la inteligencia artificial en todos los ámbitos, y, por supuesto, a los efectos que nos interesan, en el de la salud, ha motivado la aprobación del Reglamento de Inteligencia Artificial (Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024)⁴⁵, que pretende establecer un marco regulador dentro de la Unión Europea con visión de futuro de los principios éticos y obligaciones jurídicas para desarrollar, desplegar y utilizar tanto la inteligencia artificial como la robótica y demás tecnologías conexas⁴⁶. El Reglamento contempla como objetivo promover la adopción de una inteligencia artificial que se centre en el ser humano y que sea fiable, “garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de la salud, la seguridad y los derechos fundamentales consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”⁴⁷.

Mediante esta regulación se pretende, como concreta PRESNO LINERA, “garantizar que las personas mayores, aunque, obviamente, no solo ellas, estén capacitadas para conocer cuando están interactuando, en el ámbito de la salud, con un sistema de IA; evitar que se aplique un sistema de IA que se aproveche de alguna de sus posibles circunstancias de vulnerabilidad; asegurar que estos sistemas han sido evaluados previamente a su uso y han sido estimados sus posibles riesgos; prevenir posibles sesgos que puedan afectar a la salud y la seguridad de las personas mayores; establecer una vigilancia efectiva de estos sistemas por personas físicas para prevenir o reducir al mínimo los riesgos para la salud y la seguridad de las personas mayores, llegando, si es necesario, a suspender su uso; a todo ello se

44 Disponible en: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01))

45 Disponible en: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689

46 A estos efectos, el Reglamento entiende por sistema de IA: “un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y capaz, para objetivos explícitos o implícitos, de generar información de salida, como predicciones, recomendaciones o decisiones, que influya en entornos reales o virtuales”.

47 Por su parte, en 2023, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Presidencia del G20 en India han puesto en marcha la Iniciativa Global sobre Salud Digital (GIDH) en la Reunión de Ministros de Salud de la Cumbre del G20 organizada por el Gobierno de la India. Esta nueva iniciativa GIDH funcionará como una red y plataforma administrada por la OMS para apoyar la implementación de la Estrategia Mundial sobre Salud Digital 2020-2025. La OMS actúa como Secretaría para la implementación de la estrategia para converger y convocar estándares, mejores prácticas y recursos globales para acelerar la transformación del sistema de salud digital (Disponible en <https://www.who.int/es/news/item/19-08-2023-who-launches-a-new-global-initiative-on-digital-health-at-the-g20-summit-in-india>)

unirá el derecho de la persona mayor a solicitar una explicación clara y significativa sobre el papel del sistema de IA en el procedimiento de toma de decisiones, los principales parámetros de la decisión adoptada y los datos de entrada correspondientes. En otras palabras, la IA no puede suponer una vuelta a una medicina paternalista en la que el paciente no tenga la máxima autonomía posible y en la que un sistema de IA ocupe el papel que antes tenían los profesionales de la salud". Este autor, al referirse en particular a la utilización de robots en la atención sanitaria de personas mayores, menciona, entre otros riesgos, los que afectan a la recopilación de informaciones privadas de la persona a la que atienden y a cómo garantizar en todos los casos que la persona en cuestión "ha aceptado de manera informada, libre y consciente el tratamiento con robots"⁴⁸.

Precisamente, en consonancia con la regulación contenida en el Reglamento de IA, la Comisión Europea ha adoptado en Estrasburgo el 17 de mayo de 2024 el "Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho"⁴⁹, primer tratado internacional jurídicamente vinculante destinado a garantizar el respeto de los derechos humanos, del Estado de derecho y las normas jurídicas democráticas en el uso de los sistemas de inteligencia artificial (IA).

Por lo que se refiere a España, la Carta de Derechos Digitales⁵⁰, publicada en julio de 2021, aunque no tiene carácter normativo, establece los principios en los que ha de asentarse la protección de los derechos fundamentales en el ámbito digital⁵¹. La Carta contempla en el contexto de los "Derechos de Igualdad" las brechas de acceso al entorno digital, y se refiere, en particular, al colectivo de personas mayores. A su vez, en el contexto de los "Derechos Digitales en Entornos Específicos", se refiere al Derecho a la protección de la salud en el entorno digital y a los Derechos digitales en el empleo de las neurotecnologías, que habrán de regularse garantizando la autonomía del paciente en la toma de decisiones.

48 PRESNO LINERA, M. A.: "La prohibición de discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud, con especial atención a los riesgos derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial", en *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud, Informe elaborado por la fundación HelpAge Internacional España*, septiembre 2023, pp. 113 y 114. Afirma este autor que el creciente uso de sistemas algorítmicos y de inteligencia artificial, a veces en forma de robots socioasistenciales, para la prestación sanitaria a las personas mayores, "puede servir para mejorar los diagnósticos y la detección de enfermedades, facilitar la atención clínica o el desarrollo de medicamentos y terapias pero sin olvidar el riesgo de que se generen nuevas discriminaciones, el creciente y, en ocasiones, poco controlado acceso a datos sobre la salud o las dificultades para otorgar el consentimiento informado".

49 Disponible en <https://rm.coe.int/1680afae3c>. Este Tratado, que no se restringe a la UE, se abrió a la firma en Vilna (Lituania) el 5 de septiembre de 2024.

50 Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

51 Vide sobre la Carta de Derechos Digitales, SERRANO ACITORES, A.: *La inteligencia*, cit., pp. 104 a 109.

Por su parte, el nuevo Código de Deontología Médica de diciembre de 2022⁵² ha tenido en cuenta las nuevas realidades en la medicina y los cambios sociales y tecnológicos producidos en los últimos años y, como novedad, contempla expresamente las normas deontológicas en el uso de las nuevas tecnologías, como la inteligencia artificial y las bases de datos sanitarias⁵³, poniendo de relieve aspectos éticos y deontológicos de enorme importancia en el ejercicio actual de la medicina.

Finalmente, procede mencionar el Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (AESIA), primer organismo estatal encargado de la supervisión de todo lo relativo a los sistemas que incluyan inteligencia artificial, y, en especial, de aquellos que puedan suponer riesgos importantes en el ámbito de la salud⁵⁴. A su vez, el Consejo de Ministros aprobó en mayo 2024, la Estrategia de Inteligencia Artificial 2024 en la que se hace constar que la IA responsable implica el desarrollo y la implementación de sistemas inteligentes que se adhieren a principios normativos sólidos, protegiendo los derechos humanos, la igualdad, la privacidad y la no discriminación⁵⁵.

II. AUTONOMÍA DE LAS PERSONAS MAYORES PARA TOMAR DECISIONES EN EL ÁMBITO SANITARIO, CONSENTIMIENTO INFORMADO Y AUTOMATIZACIÓN DE LA PRAXIS MÉDICA.

Como hemos manifestado, el derecho a la salud de la persona mayor debe protegerse para evitar cualquier discriminación por razón de edad en este ámbito. Al mismo tiempo, debe garantizarse la autonomía de estas personas para tomar decisiones respecto a su propia salud, preservándose, por tanto, su derecho a la autodeterminación.

En efecto, en la actualidad, las relaciones entre médico y paciente se basan no sólo en el derecho de este último a recibir asistencia sanitaria, sino también en su derecho a decidir, tras obtener la información necesaria, sobre la intervención asistencial que desea recibir. Este respeto de la autonomía de las personas se traduce en el ámbito sanitario en el denominado consentimiento informado, que se define en el art. 3 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, en los siguientes términos: "conformidad libre, voluntaria

52 *Código de Deontología Médica*, OMC, Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, diciembre 2022.

53 Este Código ha incorporado el Capítulo XXIII relativo a la "Telemedicina y Tecnologías de la Información y la Comunicación", y el Capítulo XXIV sobre "Inteligencia Artificial y Bases de Datos Sanitarios".

54 El RD 729/2023 se refiere expresamente al ámbito de la salud en su art. 4.

55 Disponible en https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Documents/Estrategia_IA_2024.pdf

y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud”.

La Ley estatal, y también las Leyes autonómicas, exigen el consentimiento informado del sujeto ante cualquier intervención o actuación médica. En concreto, el art. 8.1 de la Ley 41/2002 declara que “Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”⁵⁶. Cuando el paciente no pueda participar en la toma de decisiones en el ámbito sanitario, el art. 9 contempla el consentimiento otorgado por representación. Tras la reforma operada por la Ley 8/2021, este precepto ha de entenderse en el sentido de que el consentimiento lo prestará el propio paciente con los apoyos que tenga dispuestos, salvo en los casos en los que proceda la actuación de los titulares de apoyos con carácter representativo.

La importancia del consentimiento informado y, por tanto, de la facultad de decidir sobre los actos médicos que afectan al paciente, se refleja, entre otras, en la STC 37/2011, de 28 de marzo⁵⁷ que declara que: “el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo [...], aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal”. En esta misma dirección, se ha pronunciado recientemente la STC 38/2023, de 20 de abril⁵⁸.

Por lo que se refiere, en concreto, a la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la salud es evidente su incidencia directa en las actuaciones

56 Conforme a este último precepto, “la información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. 2. La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

57 STC 37/2011, de 28 de marzo (RTC 2011, 37).

58 STC 38/2023, de 20 de abril (RTC 2023, 38).

de los profesionales de la medicina y en la relación médico-paciente⁵⁹, relación interpersonal que se fundamenta en la confianza y en la presencialidad y que puede verse afectada por la automatización⁶⁰ de la *praxis* médica⁶¹. Esa automatización va a incidir en la actuación del profesional, en concreto, en su autonomía en lo que se refiere a la toma de decisiones⁶² y, por supuesto, en los derechos del paciente que tienen que ser preservados, fundamentalmente, en lo que se refiere al derecho a la autodeterminación⁶³.

Sobre este particular, resulta muy significativa la opinión de GALVÍN GORDILLO, que se manifiesta en los siguientes términos: “La autonomía de la IA debe ser antropocéntrica, respetar en todo caso la autonomía y los derechos fundamentales de los pacientes, y debe rechazar la toma de decisiones basadas de forma exclusiva mediante procesos de automatización, ya que estas decisiones anularían o vaciarían las decisiones de los pacientes y también influirán en el juicio crítico del profesional”⁶⁴.

De hecho, la Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital⁶⁵, al abordar la utilización de la IA en el sector de la salud, destaca las ventajas que tal uso puede suponer, pero también incide en los riesgos sustanciales que puede conllevar para la voluntad humana y la expresión de los derechos fundamentales sin necesidad de consentimiento. Además, muestra su preocupación por la falta de legislación sobre los datos neurológicos y opina que la Unión Europea debe aspirar a convertirse en líder mundial del desarrollo de tecnologías neurológicas seguras. Entre sus Conclusiones, señala que la adopción de tecnologías de IA reporta beneficios y oportunidades claros para el conjunto de la sociedad, en particular en los ámbitos de la “asistencia sanitaria”, la sostenibilidad, la seguridad y la competitividad, pero, al mismo tiempo, incide en el riesgo de que se reduzca la intervención humana y se sustituya la

59 Vide el “Informe sobre el impacto de la inteligencia artificial (IA) en la relación médico-paciente” del Comité Directivo de Derechos Humanos del Consejo de Europa en los Ámbitos de la Biomedicina y la Salud, diciembre 2021. Disponible en <https://www.coe.int/es/web/bioethics/ai-in-healthcare>

60 Las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado representan la capacidad de tomar decisiones por medios tecnológicos sin la participación del ser humano. ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción.*, 2020, p. 10. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>

61 Vide, sobre este tema, OGER, S.N.: “La humanización de la salud y las nuevas tecnologías”, *Revista Iberoamericana de Bioética*, núm. 8, 2018.

62 PERÍN, A.: “Estandarización y automatización en medicina: El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia”, *Revista chilena de derecho y tecnología*, vol. 8, núm. 1, 2019, p. 20, <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/52560/57548>

63 RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: “Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 10, núm. 1, 2021, p. 330.

64 GALVÍN GORDILLO, M.: “Análisis legal del uso de los robots en la medicina”, *Ius et Scientia*, 2023, vol. 9, núm. 1, pp. 129-151. Disponible en <https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i01.09>

65 Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html

autonomía humana. Por ello, tanto los beneficios como los riesgos deben guiar e informar la regulación y la comunicación pública sobre IA.

Por lo que se refiere, en particular, a las personas mayores, como ya avanzamos, el Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de 2017 se centra en los efectos que tienen las tecnologías de apoyo y robótica, la inteligencia artificial y la automatización en los derechos humanos de las personas de edad y, se refiere, en particular, a las posibilidades y las dificultades que entrañan la tecnología de apoyo y robótica, la inteligencia artificial y la automatización para el pleno disfrute por las personas de edad de sus derechos humanos⁶⁶. Pues bien, creemos oportuno destacar las siguientes consideraciones del Informe:

- Contempla “la autonomía” como elemento central en el debate acerca de la tecnología de apoyo y robótica para las personas mayores, que se extiende también al derecho de negarse a utilizar alguna forma de apoyo, como un robot.

- Se refiere a la necesidad de obtener el consentimiento informado de la persona ante cualquier intervención, requisito que “debe ampliarse cuando se trata del apoyo a las personas de edad por medios tecnológicos, incluidos los robots”.

- Puesto que la aceptación de la tecnología puede fluctuar en el curso del tiempo, las personas de edad deberían poder cambiar de opinión y dejar de utilizar en cualquier momento la tecnología de que se trate. Sin embargo, si no hay otras posibilidades viables, la persona de edad realmente no puede elegir. A estos efectos, es fundamental tener en cuenta que: “El consentimiento no es un simple requisito administrativo, es un elemento esencial de un enfoque basado en los derechos”.

- Los robots no deberían estar en condiciones de arrogarse las facultades decisorias de la persona de edad. El paradigma de control del ser humano significa que no debe ser posible delegar a un proceso automatizado una decisión que surta efectos jurídicos.

- El respeto de la autonomía individual también implica admitir que las personas de edad hagan algo distinto de lo que se espera de ellas, lo que adquiere especial importancia cuando aquellas y quienes las cuidan imparten instrucciones discrepantes a la tecnología de apoyo o a los robots.

A su vez, en el Informe, la Experta recoge la siguiente Recomendación:

66 Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g17/219/55/pdf/g1721955.pdf>

- “El consentimiento informado del usuario tiene primordial importancia en la introducción de tecnología de apoyo y robótica. Las personas de edad tienen que estar en condiciones de sopesar los riesgos y beneficios concretos de la tecnología. La información debe proporcionarse en un idioma y una forma que sean comprensibles, teniendo en cuenta las circunstancias y la capacidad cognitiva de cada uno. El paradigma de elección y control incluye el derecho a dejar de utilizar la ayuda técnica en cualquier momento. No se puede dejar de utilizar el sistema sin el consentimiento expreso del usuario”⁶⁷.

Finalmente, el Informe de la Organización Mundial de la Salud, “Edadismo en inteligencia artificial para la salud” (2022), contempla una serie de medidas que pueden implementarse para evitar la discriminación por razón de edad a través de la utilización de la inteligencia artificial en el campo sanitario. En el Informe se manifiesta que las tecnologías de IA deben mantenerse como una herramienta para ayudar en la toma de decisiones humanas y garantizar que sean los humanos quienes tomen las decisiones críticas en última instancia. Las personas mayores deben poder ejercer su derecho a elegir y dar su consentimiento respecto a cómo deben usarse las tecnologías digitales, y retirarlo si así lo desean. Las personas mayores también deben tener el derecho de impugnar las recomendaciones proporcionadas por una tecnología de IA para la salud a través de los cauces oportunos⁶⁸.

III. EL DOCUMENTO DE VOLUNTADES ANTICIPADAS.

I. El documento de voluntades anticipadas como instrumento de protección de las personas mayores en el ámbito de la salud.

Si se tiene en cuenta la situación descrita, en una sociedad cada vez más envejecida, el documento de voluntades anticipadas permite a las personas, y, en especial, a las personas mayores, manifestar expresamente y con antelación sus deseos y preferencias respecto de cualquier intervención en el ámbito de la salud, incluso en lo relativo a la utilización de las nuevas tecnologías, con el fin primordial de garantizar el respeto a su autonomía de la voluntad. Puesto que estas decisiones relacionadas con la salud habrán de ser tenidas en cuenta cuando el otorgante no se encuentre en situación de manifestar sus deseos y preferencias, las voluntades anticipadas constituyen un instrumento fundamental para la protección de las

67 Sobre el consentimiento informado y la utilización de robots, Vide LOUREIRO, J.C.: “Robotización, salud y (bio) constitución en un tiempo de metamorfosis (4.0). Desafíos al derecho constitucional desde la ciencia y la tecnología médica: robótica”, en *Bioderecho y retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización* dir. por C. GIL MEMBRADO Dykinson, Madrid 2022, pp. 417 y 418.

68 Disponible en <https://www.infocoponline.es/pdf/edadismodigital.pdf>

personas mayores en las situaciones en las que hayan perdido el control sobre sus decisiones en el ámbito sanitario⁶⁹.

Precisamente, la reciente pandemia debida al COVID-19 ha sido, por una parte, un claro ejemplo de discriminación por razón de edad⁷⁰, motivada, en este caso, por la insuficiente existencia de recursos y, por otra, ha puesto de manifiesto la importancia de las voluntades anticipadas cuando el paciente no está en condiciones de manifestar su voluntad. Así, encontramos diversos Autos judiciales en los que, ante la negativa al suministro de la vacuna por parte del representante o del familiar de referencia de una persona mayor que no se encontraba en condiciones de consentir, es el Juez el que tuvo que conceder la autorización judicial para su administración⁷¹. En algunos supuestos, se alude expresamente a los documentos de voluntades anticipadas. En concreto, el AJPI de Santiago de Compostela número 55/2021 de 19 enero⁷² manifiesta que estos documentos se erigen en un criterio interpretativo muy relevante, siempre que los mismos ofrezcan alguna indicación específica sobre la vacunación o intervenciones médicas similares. En defecto de tales Instrucciones Previas, entre los criterios conforme a los que debe decidir el representante o sustituto del paciente, el juez menciona en el supuesto debatido: “el denominado testimonio de voluntad anticipada (el sustituto o representante atestigua la voluntad anticipada del paciente) y la denominada voluntad hipotética del paciente (el sustituto intenta reconstruir cual era la voluntad del paciente con base a sus valores, religión, opinión en supuestos similares)⁷³. Esta opción -más respetuosa con la voluntad del paciente- ofrece sin embargo serios riesgos en ausencia de instrucciones previas documentadas precisamente por las dificultades

69 GIL MEMBRADO, C.: “Autonomía en las decisiones finales: discordancia entre perspectivas de facto y de iure”, en AA.VV.: *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, (Dir. por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Wolters Kluwer, Madrid, 2021, p. 293, al referirse al documento de voluntades anticipadas insiste en la ausencia de regulación de numerosas cuestiones acerca de esta herramienta, para que, bien usada, pueda convertirse en un apoyo a las decisiones y en una manifestación de la autonomía del individuo acorde a sus valores.

70 El Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de 2024 (A/79/167) incluye, entre los Retos para los derechos humanos de las generaciones futuras de personas mayores, la necesidad de abordar a nivel nacional e internacional la amenaza de las pandemias actuales y nuevas para las futuras generaciones de personas mayores. En concreto, al referirse a la preparación frente a las pandemias, afirma lo siguiente: “La pandemia de COVID-19 puso de manifiesto la insuficiencia de los marcos de respuesta de emergencia existentes para salvaguardar los derechos de las personas de edad a la información, la vida familiar, los servicios, la atención y el apoyo, y la asistencia sanitaria, a pesar de que figuraban entre los grupos más vulnerables a los efectos de la pandemia. La pandemia también puso de manifiesto casos atroces de edadismo estructural, en particular en los procedimientos de clasificación para los limitados servicios asistencia médica, que privilegiaban las vidas de las personas más jóvenes sobre las de las personas mayores. Las personas de edad han sufrido también aislamiento social, y las que se encontraban en instituciones de asistencia han enfrentado restricciones de su libertad de circulación y una mayor exposición en estos entornos comunitarios”.

71 AJPI de Sevilla núm. 47/2021 de 15 de enero (JUR 2021, 38509), AJPI de Granada de 4 de febrero de 2021 (JUR 2021, 40231), AJPI de Lugo núm. 64/2021 de 11 de febrero (JUR 2021, 45250).

72 JUR 2021, 41157

73 En el supuesto debatido, el argumento esgrimido por quienes debían emitir el consentimiento por representación, junto a la desconfianza hacia la nueva vacuna al desconocerse sus efectos, se invoca la voluntad contraria a la administración de vacunas en general, “voluntad hipotética”, manifestada en algún momento por el propio interesado, motivación que no fue tenida en cuenta por el juez.

de prueba de la fiabilidad y reiteración de las manifestaciones previas del paciente que puedan ser adverdadas testificalmente, por la misma posibilidad de cambio de criterio sobrevenido del paciente que pueda escapar a la corroboración testifical o inclusive por la eventual concurrencia actual de conflictos de intereses entre paciente y sustituto (por ejemplo el derivado de la condición hereditaria del sustituto)”⁷⁴.

Por su parte, el TC, en su Sentencia 38/2023, de 20 de abril⁷⁵, desestimó por unanimidad el recurso de amparo interpuesto por el hijo de una persona con discapacidad, en su condición de tutor, contra las resoluciones judiciales que habían autorizado la vacunación frente al COVID-19 de su madre, a pesar de la oposición de recurrente. Sin entrar en valoraciones⁷⁶, lo que interesa aquí es destacar la invocación por el TC del documento de voluntades anticipadas como instrumento esencial para garantizar la efectividad de la autonomía de la voluntad del paciente en el ámbito de la salud cuando, ante una determinada actuación médica, no se encuentre en condiciones de prestar su consentimiento. Para el TC “el primer criterio de ponderación a tener en cuenta en aplicación del art. 9.6 de la Ley 41/2002 es el contenido de la voluntad de la persona con discapacidad en la medida en que dicha voluntad haya podido manifestarse, pues resulta obvio que una decisión judicial que impone forzosamente la vacunación sin tomar en consideración el criterio expresado por el propio paciente (aun cuando, por razón de la discapacidad, esa manifestación pueda tener un valor limitado o resultar incompleta) niega a esta persona cualquier autonomía decisoria y, con ello, su condición de fin en sí mismo. En todo caso, no debe olvidarse que la persona afectada puede anticiparse a ese contexto conflictivo y a la situación que le impide prestar consentimiento, estableciendo, por las vías previstas en el ordenamiento jurídico, pautas precisas de actuación antes de que sobrevenga la discapacidad. Puede recurrir, en particular, al documento de instrucciones previas previsto en el art. 11 de la Ley 41/2002, cuyo concreto desarrollo normativo corresponde a las comunidades autónomas. Puede también establecer, en escritura pública, pautas de actuación precisas para ese contexto particular, a las que tiene que sujetarse la persona llamada a prestar apoyo, de acuerdo con el art. 255 CC”. En idéntico sentido se pronuncia también la STC 74/2023, de 19 de junio⁷⁷.

74 En la misma dirección, *vide* el AJPI de Santiago de Compostela 60/2021 de 20 de enero de 2021 (JUR 2021\19870). Por su parte, el AJPII de San Lorenzo del Escorial 119/2022 de 7 de abril de 2022 (JUR 2022\329528), aunque contempla un caso en el que se solicita autorización judicial para poner la vacuna a un menor, se refiere también a las voluntades anticipadas.

75 STC 38/2023 (RTC 2023, 38).

76 Sobre la revisión crítica de esta STC, *vide* ANDREU MARTÍNEZ, M^a.B.: “Autonomía en el ámbito sanitario de las personas con discapacidad: El dilema que plantea la Ley de Autonomía del paciente y su reflejo en la doctrina del TC”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, febrero 2024, pp. 175 a 177.

77 STC 74/2023, de 19 de junio (RTC 2023, 74)

Como prueba de la importancia de este instrumento de protección de la voluntad de las personas mayores en el ámbito sanitario, procede traer de nuevo a colación la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores⁷⁸, primer texto internacional que regula los derechos de este colectivo, que consagra en su artículo II el derecho de autodeterminación de la persona mayor respecto a la salud mediante la referencia expresa al consentimiento informado y al deber de informar del médico. Pero, además, regula la obligación de los Estados parte de implementar un proceso para que la persona mayor pueda “manifestar de manera expresa su voluntad anticipada e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de la salud, incluidos los cuidados paliativos”. La Convención señala que la voluntad anticipada será recogida mediante un documento jurídicamente vinculante que puede ser revocado, ampliado o modificado en cualquier momento únicamente por la persona mayor.

Por su parte, el Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad de 2024 (A/HRC/57/42), Consejo de Derechos Humanos (ONU)⁷⁹, realiza un análisis temático sobre “la Capacidad Jurídica y el Consentimiento Informado de las personas mayores”. Tras las oportunas referencias al Consentimiento Informado⁸⁰, incluye entre las “Buenas prácticas para salvaguardar los derechos inherentes a la capacidad jurídica de las personas de edad”, su intervención en los procesos de adopción de decisiones y el respeto de sus decisiones y contempla expresamente las voluntades anticipadas como instrumento para potenciar esa participación de las personas mayores en

78 GOMÁRIZ MORAGA, E.: “Sobre la Convención Interamericana para las Personas Mayores y sus dificultades de aplicación” *Revista Tiempo de Paz*, verano 2022, núm. 145, pp. 98 y 99, subraya la triple dimensión de protección de los derechos de las personas mayores que refleja este tratado internacional. sobre los derechos emergentes, los derechos ya vigentes y los derechos que se extienden. “Los derechos emergentes son nuevos derechos o derechos parcialmente recogidos en la normativa internacional y nacional existente. Tres derechos protegidos por la Convención corresponderían a este grupo: el derecho a la vida y la dignidad en la vejez (artículo 6), el derecho a la independencia y autonomía (artículo 7) y el derecho a los servicios de cuidado a largo plazo (artículo 12). El primero contempla una apreciable innovación: se refiere al derecho a vivir con dignidad en la vejez hasta la muerte sin discriminación de ningún tipo, para lo que garantiza, entre otros aspectos, los cuidados paliativos. El segundo derecho vuelve a colocar el acento en la integridad y la dignidad de la persona, específicamente en lo que se refiere a la toma de decisiones conforme a sus tradiciones y creencias. El tercer derecho, refiere a la protección respecto de los abusos que suceden con frecuencia en las residencias de cuidados de largo plazo”. *Vide*, también, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Derechos de las personas mayores: retos para la interdependencia y autonomía* (LC/CRE.4/3/Rev.1), Santiago, 2017, pp. 87 a 89.

79 Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g24/i16/26/pdf/g24i1626.pdf>

80 “El consentimiento informado en la atención sanitaria es una decisión voluntaria y suficientemente informada, en virtud de la cual se protege el derecho del paciente a participar en la adopción de las decisiones médicas y se atribuyen a los proveedores de servicios de salud deberes y obligaciones conexos. Sus ramificaciones sociales y jurídicas se derivan de los principios de no discriminación, autonomía, privacidad, libre determinación, integridad corporal y bienestar. Su interpretación, según el derecho de los derechos humanos y la práctica clínica, se centra en la atención de la salud, pero sus implicaciones se extienden a todos los aspectos de la vida. El consentimiento debe prestarse sin coacción, influencia indebida o tergiversación y sobre la base de una información suficiente y accesible. El consentimiento es parte integrante del disfrute del derecho a la salud y presupone la capacidad jurídica. También entraña el derecho a rechazar el tratamiento”.

la toma de decisiones sobre la base de su voluntad y preferencias. En el Informe, la Experta reivindica la importancia de estos instrumentos y, al mismo tiempo, manifiesta su preocupación por las limitaciones a las que se pueden encontrar sujetos: "Los sistemas jurídicos suelen prever las voluntades anticipadas, que permiten a las personas manifestar sus preferencias por adelantado, de modo que puedan respetarse cuando no estén en condiciones de comunicarlas. Estas voluntades suelen abarcar decisiones sobre atención de la salud y también cuestiones personales, financieras o patrimoniales (por ejemplo, un poder de representación indefinido). Sin embargo, la validez y el cumplimiento de esas voluntades, que a menudo dependen de que la persona sea incapacitada legalmente (*sic*), pueden no ser universalmente vinculantes o estar sujetas a excepciones en determinadas situaciones".

Por lo que se refiere a España, las voluntades anticipadas se encuentran reguladas a nivel estatal por la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones, aunque debe tenerse en cuenta que la mayoría de las Comunidades Autónomas cuentan con su propia regulación en la materia⁸¹. El art. 11 de la Ley estatal utiliza la denominación de "Instrucciones Previas", que es el documento por el que: "una persona mayor de edad, capaz y libre, 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. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las instrucciones previas".

El art. 11.5 de la Ley 41/2002, con el fin de asegurar la eficacia en todo el territorio nacional de las instrucciones previas manifestadas por los pacientes y formalizadas conforme a la legislación de las respectivas Comunidades Autónomas, contempló la creación del Registro nacional de instrucciones previas, que tuvo lugar a través del Real Decreto 124/2007 de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal.

En particular, la Disposición adicional primera del Real Decreto 124/2007 establece que las Comunidades Autónomas deberán remitir al Registro nacional

81 Por su parte, SEOANE, J. A.: "Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España", *Revista Derecho y Salud (DS)*, vol. 14, núm. 2, Julio - Diciembre 2006, p. 287, destaca la desigual calidad y acierto de estas regulaciones autonómicas de forma que, "junto a leyes o decretos resultado de un proceso de madurez y de deliberación social, profesional y política o parlamentaria, que representan instrumentos valiosos para orientar los procesos de toma de decisiones, hallamos normas precipitadas, imprecisas y confusas, e incluso contradictorias".

de instrucciones previas las inscripciones efectuadas en los registros autonómicos y las copias de los documentos de instrucciones previas, así como cumplimentar la información mínima recogida en su Anexo. Entre esa información mínima se encuentra la concerniente a la “Materia de la declaración”, que comprende lo relativo a cuidados y tratamiento, así como al destino del cuerpo del otorgante o de los órganos una vez fallecido.

Como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la Eutanasia, ha sido necesaria la revisión del Real Decreto anteriormente citado, con el fin esencial de modificar la información mínima que deben trasladar las Comunidades Autónomas al Registro nacional una vez realizada la inscripción de un documento de instrucciones previas. Esta reforma se ha llevado a cabo mediante el Real Decreto 415/2022, de 31 de mayo, que modifica el Real Decreto 124/2007, de 2 de febrero, por el que se regula el Registro nacional de instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal. En concreto, se ha procedido a adaptar el apartado “Materia de la declaración” al actual marco normativo, con objeto de incorporar la prestación de ayuda para morir como materia de la declaración, asegurando la igualdad y calidad de futuras decisiones asistenciales, así como la toma de decisiones respetuosas con la voluntad del enfermo cuando este no tiene ya capacidad para decidir por sí mismo.

En cualquier caso, lo cierto es que la inscripción en el Registro asegura la eficacia de estos documentos, en cuanto facilita que el equipo médico que atiende al paciente pueda acceder a su contenido. De hecho, junto a la obligación del personal sanitario de consultar la historia clínica cuando el paciente no esté en condiciones de adoptar decisiones por sí mismo, si en ésta no hay constancia del otorgamiento de la declaración de voluntad anticipada, se contempla el deber de verificar su existencia en el Registro.

En esa línea que hemos señalado de promoción de la autonomía de la persona mayor en el ámbito de la salud, el nuevo Código de Deontología Médica de diciembre de 2022 establece la obligación del médico de respetar las instrucciones previas o voluntades anticipadas cuando la situación clínica del paciente no le permita tomar decisiones (art. 38). Aunque esta obligación ya se recogía en el anterior Código de 2011, la actual regulación refuerza la importancia de la voluntad del paciente, incluso aunque no haya otorgado el documento, cuando se haya manifestado con anterioridad y sea conocida.

En definitiva, estos documentos de voluntades anticipadas, o instrucciones previas, se muestran como una extensión de la autonomía reconocida de las personas, al permitirles expresar sus deseos y decisiones sobre cuidados y tratamientos aplicables en futuras situaciones médicas. A pesar de su creciente

importancia, como pone de manifiesto la aprobación en el ordenamiento español de nuevas leyes dedicadas específicamente a la dignidad de la persona en el proceso de la muerte⁸², en las que se presta especial atención al derecho de las personas a realizar la declaración de voluntades anticipadas ante esta situación, y, especialmente, tras la aprobación de la Ley Orgánica 3/2021 de 24 de marzo de Regulación de la Eutanasia, que contempla la utilización de estos documentos para manifestar la voluntad anticipada del paciente sobre la aplicación de la eutanasia y que revisten el carácter de solicitud formal de la prestación de ayuda para morir (arts. 5 y 6), no ha recibido por parte del legislador español la atención que se merece. Precisamente, en relación con esta nueva regulación, se manifestó el TC en su Sentencia 19/2023 de 23 de marzo⁸³, con ocasión del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, en la que las referencias al documento de voluntades anticipadas son continuas como instrumento que garantiza la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente cuando este no se encuentre en el pleno uso de sus facultades y no pueda prestar su conformidad libre, voluntaria y consciente al acto médico de que se trate.

Lo cierto es que el Código Civil español ha sido objeto de una profunda modificación mediante la Ley 8/2021 de 2 de junio por la que se Reforma la Legislación Civil y Procesal para el Apoyo de las Personas con Discapacidad en el Ejercicio de su Capacidad Jurídica que tiene por finalidad la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas. En esta reforma, se ha optado por un modelo que se basa en el respeto de la voluntad, deseos y preferencias de la persona y en su libertad para tomar sus propias decisiones recurriendo a apoyos, si es preciso, y se ha otorgado preferencia a las medidas preventivas de carácter voluntario. Entre estas medidas cabe destacar la autocuratela y los poderes preventivos, que han sido objeto de una profunda revisión. Sin embargo, sorprendentemente, esta reforma que, como es lógico, ha afectado a muy diversas leyes, no se ha extendido a las de naturaleza sanitaria. A modo de ejemplo, estas normas se siguen refiriendo literalmente a la incapacidad o a la representación legal, proscritas por la CNUDPD. Ante esta situación, llamamos la atención sobre la urgente necesidad de una modificación inmediata a fin de adaptar las normas sanitarias al nuevo modelo

82 Así, la Ley 2/2010, de 8 de abril, de Derechos y Garantías de la Dignidad de la Persona en el Proceso de la Muerte (Andalucía), 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 (Aragón), la Ley Foral 8/2011, de 24 de marzo, de Derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte (Navarra), la Ley 1/2015, de 9 de febrero, de Derechos y garantías de la dignidad de la persona ante el proceso final de su vida (Canarias), la Ley 4/2015, de 23 de marzo, de Derechos y garantías de persona en proceso de morir (Balears), la Ley 5/2015, de 26 de junio, de Derechos y garantías de la dignidad de las personas enfermas terminales (Galicia), la Ley 11/2016, de 8 de julio, de Garantía de los derechos y de la dignidad de las personas en el proceso final de su vida (País Vasco), la Ley 4/2017, de 9 de marzo, de Derechos y garantías de las personas en el proceso de morir (Madrid), la Ley 5/2018, de 22 de junio sobre derechos y garantías de la dignidad de las personas en final de la vida de Asturias (Principado de Asturias) y la Ley 16/2018, de 28 de junio de derechos y garantías de dignidad de persona a final de vida de la Comunidad Valenciana.

83 STC 19/2023, de 23 de marzo (RTC 2023, 19).

de capacidad jurídica, como, de hecho, ha demandado la doctrina española⁸⁴. En particular, TORRELLES TORREA⁸⁵ afirma que “en el ámbito estatal, mientras las normas sanitarias no sean modificadas existe un problema interpretativo en la materia que nos ocupa. Hay una laguna axiológica sobrevenida, pues los nuevos principios no se corresponden con unas reglas preexistentes. Hay que decidir si la Ley 8/2021 deroga a las anteriores, o si éstas han de prevalecer por su carácter especial frente al Código civil. Creemos que mientras no se adapten dichas leyes al nuevo modelo, es necesario que estas normas se interpreten a la luz de la nueva regulación. Por tanto, en aplicación de los principios de temporalidad, especialidad y *pro homine*, en materia sanitaria ha de prevalecer lo previsto en el Código civil. Además, la Disposición derogatoria única de la Ley 8/2021 señala que “Quedan derogadas cuantas disposiciones de igual o inferior rango contradigan, se opongan o resulten incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley»; lo que sucede es que el articulado del Código civil salva las normas sanitarias (art. 287.1º CC)”.

A estos efectos, es interesante destacar que, en Argentina, el Código Civil y Comercial de la Nación ha incorporado la regulación del consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud en el art. 59, y, en particular, el otorgamiento de directivas médicas anticipadas en el art. 60. Con anterioridad, las Directivas anticipadas se encontraban reguladas, y se siguen regulando, en el art. 11 de la Ley 26529 de Derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud (2009)⁸⁶, modificada por Ley 26.742 de Muerte Digna (2012)⁸⁷. Al respecto, se ha señalado que el CCyC, a través de estos preceptos procura regular e incorporar el “núcleo duro” del derecho a la salud, “lo que significa que no se puede proteger menos de lo que protege el CCyC”. En consecuencia, se añade, “en caso de existir diferencias o incompatibilidades entre ambos textos —el CCyC y la ley— hay que buscar, pues, la norma más protectora de los derechos en juego”⁸⁸. No hay duda, por tanto, de la importancia que para el legislador argentino tienen las voluntades anticipadas.

También, el Informe Mundial de la OMS sobre el Envejecimiento y la Salud (2015)⁸⁹ contempla expresamente las voluntades anticipadas como mecanismo para promover la capacidad de decidir de las personas mayores y que les permite

84 GARCÍA RUBIO, M. P.: “La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 25, 2021, p. 100.

85 TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario”, *InDret* 3/2022, p. 81.

86 Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/195000-199999/197859/norma.htm>

87 Disponible en: <https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/160000-164999/160432/norma.htm>

88 LAMM E.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero - Artículos 1 a 400*, (Dir. por M. HERRERA, G. CARAMELO y S. PICASSO), 2ª edic. Buenos Aires, Ediciones SAJ, 2022, p. 147. Disponible en: <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2758>

89 Disponible en: <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241565042>

mantener el máximo nivel de control sobre sus vidas a pesar de una pérdida significativa de capacidad, lo que pone de manifiesto la trascendencia que ha de darse a estos instrumentos y que contrasta claramente con la actitud del legislador español.

Finalmente, es importante subrayar la necesidad de formación de los profesionales sanitarios en este ámbito, puesto que, como revelan diversos estudios realizados sobre su conocimiento y actitudes ante estos instrumentos, aquellos tienen poca información sobre las voluntades anticipadas, en particular, sobre la normativa, el contenido y el registro. A ello se añade que la consulta del DVP es una práctica poco frecuente y que no se incluye de manera rutinaria en la actividad asistencial⁹⁰.

2. Especial consideración de la forma de otorgamiento del documento de voluntades anticipadas: la intervención notarial.

El documento de voluntades anticipadas tiene que formalizarse por escrito (art. 11 de la Ley 41/2002). En este caso, la forma es un medio de proteger los intereses del otorgante, en cuanto garantiza la posibilidad de manifestar una voluntad que deberá aplicarse cuando no se encuentre en condiciones de expresarse, por lo que no parece razonable admitir la posibilidad de la forma verbal.

En términos generales, el documento puede otorgarse ante notario⁹¹, ante testigos y ante funcionario competente de la respectiva Comunidad Autónoma. En particular, nos vamos a referir al documento otorgado en forma notarial, modalidad de otorgamiento prevista en casi todas las leyes autonómicas españolas que han regulado la materia⁹².

90 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., SARABIA COBO, C. y MOLINA MULA, J.: "Conocimientos y actitudes de los profesionales sanitarios en Cantabria e Islas Baleares sobre voluntades previas", *Gerokomos*, vol. 34, núm. 2, 2023, p. 121 (Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1134-928X2023000200007).

91 Por su parte, CAVALLÉ CRUZ, A.: "Algunas cuestiones éticas en la innovación tecnológica de la función notarial", *Revista del Notariado*, núm. 943, (enero-marzo 2021), p. 7/19, insiste en la necesidad de garantizar el acceso al servicio público notarial a todas las personas, especialmente a las de avanzada edad. En particular, afirma que "La brecha digital es una realidad evidente entre generaciones y entre grupos sociales, y se está convirtiendo en una causa común de discriminación y exclusión social, que ha de tenerse muy presente a la hora de facilitar el acceso al servicio notarial, que ha de ser universal, de modo que las aplicaciones tecnológicas no sean una herramienta útil para unos y una puerta cerrada para otros, es decir, una causa de desigualdad y discriminación". Disponible en revista-notariado.org.ar/index.php/2023/04/algunas-cuestiones-eticas-en-la-innovacion-tecnologica-de-la-funcion-notarial/

92 Si bien la Ley 2/2003 andaluza no la admitió, al considerar en su Exposición de Motivos la conveniencia de no recurrir a terceros, como testigos o fedatarios públicos, para preservar la intimidad de las personas, finalmente, el Decreto 59/2012, de 13 de marzo, por el que se regula la organización y funcionamiento del Registro de Voluntades Anticipadas (Disposición adicional segunda), ha admitido este procedimiento. Vide MOSCOSO TORRES, R. M^o: "La validez en Andalucía del testamento vital ante notario", Ponencia pronunciada en Sevilla el día uno de diciembre de 2009, en las XXXV Jornadas Aequitas: *Autonomía de la voluntad. Proyecto de Ley de derechos y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte*. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>.

Cabe observar aquí que Cataluña ha reformado recientemente la Ley 21/2000, de 29 de diciembre, sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica⁹³, mediante la Ley 2/2024 de 6 de febrero. A través de esta reforma se incluye la posibilidad de otorgar el documento de voluntades anticipadas ante los profesionales sanitarios del ámbito de la atención primaria con el fin de facilitar su otorgamiento.

Como sabemos, la función notarial está especialmente vinculada con los derechos de las personas, en especial, de las que se encuentran en estado de vulnerabilidad, porque asume un papel protagonista en la salvaguarda de estos. El notario, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, va a valorar si la persona mayor comprende la decisión que quiere tomar y si conoce el alcance de esa decisión⁹⁴, lo que goza de especial importancia en el caso del otorgamiento de las voluntades anticipadas. En efecto, el notario garantiza, con su fe pública y bajo su responsabilidad, la identidad del otorgante, la aptitud de la persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en el momento del otorgamiento, que ha sido debidamente informada del contenido del documento y que conoce el alcance de las decisiones adoptadas sobre su persona y salud, así como que lo firmado se corresponde con su voluntad.

Sorprendentemente, la Ley 4/2017 de 9 de marzo de Derechos y Garantías de las Personas en el proceso de Morir de la Comunidad de Madrid modificó 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 y suprimió la posibilidad de otorgar el documento ante notario con la finalidad, según se expresa en la Exposición de Motivos, de dar libertad de forma a la manifestación de instrucciones previas. A pesar de esta eliminación, es posible el otorgamiento notarial del documento de voluntades anticipadas, como acredita el último Convenio de 22 de mayo de 2024, suscrito entre la Comunidad de Madrid a través de la Consejería de Sanidad y el Ilustre Colegio Notarial de Madrid, “para facilitar la trasmisión telemática de los documentos de instrucciones previas autorizados notarialmente al Registro de Instrucciones Previas”⁹⁵, en el que se invoca, precisamente, la Disposición final primera de la Ley 3/2005 por la que se autoriza la celebración de los citados Convenios de colaboración⁹⁶.

93 Esta Ley reguló por primera vez en España la posibilidad de elaborar documentos de voluntades anticipadas.

94 SÁNCHEZ-OSSORIO RIVAS, M. P.: “La libertad de decisión de las personas mayores y la importancia de los notarios”, 7 de marzo de 2023|*Actualidad*. Disponible en <https://www.notariasanchezosorio.com/libertad-de-decision-de-las-personas-mayores-y-la-importancia-de-los-notarios/>

95 BOCM Núm. 131 de 3 de junio de 2024, pp. 274 a 285

96 Sobre esta cuestión, vide GOMA LANZÓN, I.: “Modificación en la regulación de las Instrucciones Previas en Madrid”, *El Notario del Siglo XXI*, N° 73, mayo-junio 2017.

Lo cierto es que las formalidades, en estos supuestos, tienen por finalidad reforzar y garantizar que la voluntad manifestada sea adecuada a la legalidad, libre, consciente, e informada y no deben considerarse una traba a la libertad, sino que, por el contrario, tienden precisamente a salvaguardar la libertad en la toma de decisiones⁹⁷. Si el Código Civil español exige escritura pública para el otorgamiento de la autotutela y de los poderes preventivos (arts. 255, 266 y 275), medidas preventivas de naturaleza voluntaria que pueden tener contenido personal y patrimonial, con mayor razón tendría que exigirse tal forma cuando de lo que se trata es de manifestar los deseos y preferencias del otorgante en un ámbito tan íntimo y personal como el de la salud, en el que, como ya destacamos, tras la aprobación de la Ley de Eutanasia, estos documentos revisten el carácter de solicitud formal de la prestación de ayuda para morir⁹⁸.

La situación que acabamos de describir es la contraria a la existente en la actualidad precisamente en otros ordenamientos jurídicos, como en el argentino. En efecto, la Ley 26.742 de Muerte Digna, por la que se modificó la Ley 26529 de Derechos del Paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud⁹⁹, introdujo el requisito de la formalización por escrito de la declaración de voluntad ante escribano público o juzgados de primera instancia, para lo que se requiere la presencia de dos testigos. En ambos casos, deberá ser agregada a la historia clínica del paciente. Aunque la doctrina argentina se ha mostrado favorable ante la nueva exigencia de forma para el otorgamiento de estos documentos¹⁰⁰, no han faltado opiniones contrarias que consideran que esta modificación ha “angostado” el camino hacia las directivas anticipadas para tratamientos médicos, puesto que la Ley 26.529 nada decía al respecto. Se añade, además, que la reforma ha atribuido a esta institución un marco primordialmente notarial- judicial, cuando lo que cabía esperar era un papel preponderante de la historia clínica y el consiguiente registro de autoridad sanitaria nacional¹⁰¹. Se objeta, también, que, aunque la formalización de las directivas anticipadas ante

97 CAVALLÉ CRUZ, A.: “Algunas cuestiones”, cit. p. 4/19.

98 En el ámbito notarial, ESTROPA TORRES, J. M^o.: “Voluntades anticipadas, paliativos, eutanasia. ¿Quién decide?”, *El Notario del Siglo XXI*, N^o 95, enero/febrero 2021, pp. 36 y 37, incide en la importancia que la nueva ley otorga al testamento vital o documento de voluntades anticipadas en el que se puede solicitar la eutanasia. En particular, manifiesta que “es importante señalar el hecho de que la nueva ley coloca al notario en una situación sin ninguna duda muy relevante, al señalar el testamento vital y el documento de voluntades anticipadas como instrumentos jurídicos decisivos a la hora de justificar la existencia de una indubitada voluntad de eutanasia por parte de personas que con posterioridad han perdido el pleno uso de sus facultades”.

99 Supra Notas 87 y 88.

100 TAIANA DE BRANDI, N. A. y BRANDI TAIANA, M. M.: “La modificación de la ley 26.529”, *Revista la Ley*, suplemento especial, Mayo 2012, p. 139. Disponible en https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/practicas_profesionales/825_rol_psicologo/material/descargas/unidad_2/obligatoria/suplemento_identidad_genero.pdf. También, vide LUDUEÑA, C. M. y CASALE, A. J.: “Directivas Médicas Anticipadas. Consideraciones a nivel federal y en la provincia de Córdoba 10 años después de la reglamentación de la ley 26.529”, *Revista Derecho y Salud*”, AÑO 7, NÚM. 8, 2023 p. 79.

101 TINANT, E. L.: “Acercas de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina”, *Revista Microjuris*, 23-jun-2016, MJ-DOC-9927-AR

un escribano público asegura la identidad y los dichos del declarante, no garantiza su pleno conocimiento de las consecuencias que su decisión suponen; es decir, “no considera adecuadamente la información sanitaria previa como requisito esencial del consentimiento informado”. Aclara esta posición que este vacío legal no fue resuelto por la norma reglamentaria sobre directivas (Decreto de 5 de julio de 2012), que, aunque incide en la necesidad de detallar en el documento los tratamientos médicos y las decisiones relativas a su salud que consiente o rechaza (art. 11.1º), no determina el procedimiento para asegurar el suministro de la información necesaria que otorgue validez a las directivas anticipadas.

Es cierto que las voluntades anticipadas tienen que ser el resultado de un proceso de reflexión personal, en el que el papel del médico y otros profesionales sanitarios resulta fundamental. Tampoco en el Ordenamiento Jurídico español se exige para su otorgamiento que el sujeto esté informado, a pesar de que se trata de un tema muy delicado en el que las decisiones adoptadas pueden conducir incluso a la muerte sin que exista certeza de que realmente se sabe lo que se está haciendo. Ante esta situación, la solución radica en la consideración de que el documento de voluntades anticipadas ha de incluirse en un proceso mucho más amplio, el de la Planificación Anticipada de las Decisiones: el proceso de discusión y documentación estructurada dentro del curso habitual de atención a la salud, que demanda el adecuado conocimiento de todas las circunstancias médicas que afectan al paciente y que, además, ha de revisarse y ponerse al día con cierta periodicidad¹⁰². Por tanto, resulta esencial la interacción con los profesionales sanitarios a lo largo un periodo de tiempo prolongado¹⁰³.

Ahora bien, estas afirmaciones no son incompatibles con la intervención notarial y la exigencia de requisitos formales en el otorgamiento de las voluntades anticipadas, sino que, por el contrario, aumentan la protección del otorgante y el respeto de su voluntad para cuando ya no pueda expresarla por sí mismo, puesto que el notario ha de comprobar y garantizar que aquél tiene conocimiento pleno de lo que está autorizando, que comprende el alcance de su decisión, y de sus riesgos y beneficios. En definitiva, entendemos que el papel del notario y su juicio crítico

102 MARTÍNEZ, K.: “Los documentos de voluntades anticipadas”, *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, núm. 30, Supl. 3 2007, p. 94. Disponible en <https://doi.org/10.23938/ASSN.0204>. Vide, también, CEGRI LOMBARDO, F.: “Planificación de decisiones anticipadas”, en *Guía de atención domiciliaria* (coord. por A. ARROYO DE LA ROSA y X. BAYONA HUGUET), Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (SemFYC), 2019, pp. 186 a 195. Disponible en https://www.semfy.com/storage/publication/Capitulo%20Muestra_2.pdf.

103 Precisamente, el Decreto 180/2021, de 5 de noviembre, del Consell, de regulación e inscripción del documento de voluntades anticipadas en el Registro centralizado de voluntades anticipadas de la Comunidad Valenciana, contempla expresamente la planificación anticipada de las decisiones, que define como: “proceso voluntario de comunicación y deliberación entre una persona capaz y el personal sanitario con implicación en su atención, acerca de los valores, deseos y preferencias que quiere que se tengan en cuenta respecto a la atención sanitaria que recibirá como paciente, fundamentalmente, en los momentos finales de su vida. Su finalidad última es elaborar un plan conjunto para que, en el caso de que la persona pierda su capacidad de decidir, bien temporal o permanentemente, puedan tomarse decisiones sanitarias coherentes con sus deseos”.

son fundamentales para la protección y el respeto de la voluntad de las personas mayores en el ámbito sanitario cuando ya no puedan expresarla por sí mismas, más aún, cuando, como hemos advertido, la prestación de ayuda para morir, “la eutanasia”, se puede solicitar actualmente a través de estos documentos¹⁰⁴.

En apoyo de nuestra posición, es importante tener en cuenta la Ley 11/2023 de 8 de mayo de Trasposición de Directivas de la Unión Europea en Materia de Accesibilidad de Determinados Productos y Servicios, Migración de Personas Altamente Cualificadas, Tributaria y Digitalización de Actuaciones Notariales y Registrales, que, a los efectos que aquí interesan, incluye medidas relevantes para fomentar la digitalización en el ámbito de las actuaciones notariales, registrales y societarias. El art. 34 de esta Ley ha introducido el nuevo art. 17 ter en la Ley del Notariado, que permite la autorización notarial a través de videoconferencia de una serie de actos o negocios jurídicos, entre los que se encuentran los poderes de representación procesal, los electorales, y los poderes para actos concretos, así como la revocación de poderes (art. 17 ter c y d). Ahora bien, la Ley excluye expresamente la posibilidad de autorizar mediante videoconferencia “los poderes generales o preventivos”, así como la revocación de poderes preventivos, al tratarse de una materia delicada que requiere especial protección desde el punto de vista de la seguridad y las garantías, lo que hace inexcusable la comparecencia física ante el notario. Tal exclusión ha de entenderse aplicable al otorgamiento del documento de voluntades anticipadas en el que la intervención notarial debe asumir un especial protagonismo para garantizar al paciente el respeto y la seguridad jurídica en el ejercicio de su autonomía de la voluntad.

Finalmente, conviene destacar que, si el documento de voluntades anticipadas se otorga a través de escritura pública notarial, la inscripción registral se realizará a través de la notaría de conformidad con el procedimiento de transmisión telemática recogido en el convenio vigente suscrito entre la consejería competente en materia de sanidad y el colegio notarial correspondiente. De esta forma, se agiliza la inscripción en el Registro y se asegura la eficacia de estos documentos al facilitar el acceso a su contenido por parte del equipo médico que atiende al paciente.

104 Sobre la actuación del notario cuando le sea requerida la autorización de un documento de instrucciones previas en que se solicite la eutanasia, vide ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y BRAQUEHAIS CONESA, L.: “Las instrucciones previas en la Proposición de Ley de Eutanasia”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 95, enero/febrero 2021, pp. 38 a 43.

BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, S. y BRAQUEHAIS CONESA, L.: "Las instrucciones previas en la Proposición de Ley de Eutanasia", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 95, enero/febrero 2021, pp. 38 - 43.

ANDREU MARTÍNEZ, M^a B.: "Autonomía en el ámbito sanitario de las personas con discapacidad: El dilema que plantea la Ley de Autonomía del paciente y su reflejo en la doctrina del TC", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 20, febrero 2024, pp. 130 - 183.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS, *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan Inteligencia Artificial. Una introducción*, 2020. Disponible en: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2020-02/adecuacion-rgpd-ia.pdf>.

CALAHORRANO LATORRE, E.: "La planificación anticipada del cuidado en salud: alternativa de regulación para Chile desde el derecho comparado y la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores", *Revista de Derecho Privado*, núm. 40, 2021, pp. 201-233.

CAVALLÉ CRUZ, A.: "Algunas cuestiones éticas en la innovación tecnológica de la función notarial", *Revista Notarial* 943 (ene - mar 2021) , p. 1 a 19. Publicado en Internet el 26 de abril de 2023. Disponible en <https://www.revista-notariado.org.ar/index.php/2023/04/algunas-cuestiones-eticas-en-la-innovacion-tecnologica-de-la-funcion-notarial/>.

CEGRI LOMBARDO, F.: "Planificación de decisiones anticipadas", en *Guía de atención domiciliaria* (coord. por A. ARROYO DE LA ROSA, A. y X. BAYONA HUGUET), Sociedad Española de Medicina de Familia y Comunitaria (SemFYC), 2019, pp. 186 - 195. Disponible en https://www.semfy.com/storage/publication/Capítulo%20Muestra_2.pdf

DABOVE, M. I. (et al): "Derechos y libertades en la vejez: paternalismos explícitos y viejismos implícitos de la pandemia", *Revista Anales en Gerontología*, núm. 12, 2020, pp. 138 - 167.

DABOVE, M. I. y GIOJA, A. L.: "Enfoque complejo de la vejez. Su incidencia en los derechos humanos", *Teoría y Derecho. Revista de Pensamiento Jurídico*, núm. 33, 2022, pp. 14 - 37.

DÍAZ-TENDERO BOLLAÍN, A. y DALLI ALMIÑANA, M. A.: "Derecho a la salud y personas mayores: Marco normativo", en AA.VV.: *La discriminación de las personas*

mayores en el ámbito de la salud, Informe elaborado por la fundación HelpAge International España, septiembre 2023, pp. 69 - 96.

ESTROPA TORRES, J.M^a.: "Voluntades anticipadas, paliativos, eutanasia. ¿Quién decide?", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 95, enero/febrero 2021, pp. 32-37.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., SARABIA COBO, C. y MOLINA MULA, J.: "Conocimientos y actitudes de los profesionales sanitarios en Cantabria e Islas Baleares sobre voluntades previas", *Gerokomos*, vol. 34, núm. 2, 2023, p. 121. Disponible en https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1134-928X2023000200007.

GALVÍN GORDILLO, M.: "Análisis legal del uso de los robots en la medicina", *Ius Et Scientia* 2023, vol. 9, núm. 1, pp. 129-151, Disponible en <https://doi.org/10.12795/IESTSCIENTIA.2023.i01.09>

GARCÍA RUBIO, M.P.: "La reforma de la discapacidad en el Código civil. Su incidencia en las personas de edad avanzada", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (AFDUAM)*, 25, 2021, pp. 81 - 110.

GIL MEMBRADO, C.: "Autonomía en las decisiones finales: discordancia entre perspectivas de facto y de iure", en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir por G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA y M. GARCÍA MAYO), Walters Kluwer, Madrid, 2021, pp. 277 a 297.

GOMA LANZÓN, I.: "Modificación en la regulación de las Instrucciones Previas en Madrid", *El Notario del Siglo XXI*, núm. 73, mayo-junio 2017.

GOMÁRIZ MORAGA, E., "Sobre la Convención Interamericana para las Personas Mayores y sus dificultades de aplicación", *Revista Tiempo de Paz*, verano 2022, núm. 145, pp. 96 a 102.

HERRÁN ORTIZ, A. I.: "Inteligencia artificial, salud y derechos humanos: ¿Hacia un gobierno de los algoritmos?", *Bioderecho y retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y criogenización* (dir. por C. GIL MEMBRADO), Dykinson, Madrid, 2022, pp. 297 a 335.

ITURMENDI MORALES, G.: "Responsabilidad civil por el uso de sistemas de Inteligencia Artificial", *Actualidad Civil*, núm. 11, Noviembre 2020, Wolters Kluwer, LA LEY 14075/2020, pp.1 - 25.

LAMM, E.: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Título Preliminar y Libro Primero - Artículos 1 a 400* (dir. por M. HERRERA, G. CAMELO y S. PICASO), 2^a edic., Buenos Aires, Ediciones SAJ, 2022, pp. 142 a 148. Disponible en <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2758>.

LECIÑENA IBARRA, A.: “Autonomía decisoria y heteronomía en personas vulnerables por razón de edad”, *Derecho Privado y Constitución*, 40, enero-junio, 2022, , pp. 131-169.

LIBRO VERDE SOBRE EL ENVEJECIMIENTO, Comisión Europea, Bruselas, 27.1.2021 COM (2021) 50 Final. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/d918b520-63a9-11eb-aeb5-01aa75ed71a1>

LIBRO BLANCO SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL, Comisión Europea, Bruselas, 19.2.2020 COM (2020) 65 Final. Disponible en <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/ac957f13-53c6-11ea-aece-01aa75ed71a1>

LOUREIRO, J. C.: “Robotización, salud y (bio) constitución en un tiempo de metamorfosis (4.0). Desafíos al derecho constitucional desde la ciencia y la tecnología médica: robótica”, en *Bioderecho y retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización* (dir. por C. GIL MEMBRADO), Dykinson, Madrid 2022, pp. 401 - 427.

LUDUEÑA, C. M. y CASALE, A. J.: “Directivas Médicas Anticipadas. Consideraciones a nivel federal y en la provincia de Córdoba 10 años después de la reglamentación de la ley 26.529”, *Revista Derecho y Salud*, Año 7, Núm. 8, 2023, pp. 75 - 86.

MARTÍN AYALA, M.: “Base Cuarta. Derecho a una atención personalizada y a la supervisión humana frente a la toma de decisiones automatizadas: ¿Se puede tecnologizar la atención a la salud sin despensar la asistencia?”, en *Informe final sobre la relación clínico-digital*, elaborado por el Comité de Bioética de Castilla-La Mancha 2/2023, pp. 10 - 13. Disponible en https://sanidad.castillalamancha.es/sites/sescam.castillalamancha.es/files/documentos/paginas/archivos/informe_sobre_la_relacion_clinico-digital_del_cb_de_clm_0.pdf

MARTÍN AYALA, M.: “La irrupción de la inteligencia artificial en el ámbito sanitario”, *Derecho y Salud*, 2023, vol. 33 (Extraordinario), pp. 152 - 160.

MARTÍNEZ, K.: “Los documentos de voluntades anticipadas”. *Anales del Sistema Sanitario de Navarra*, núm. 30, Supl. 3 2007, pp. 87 - 102. Disponible en <https://doi.org/10.23938/ASSN.0204>.

MARTÍNEZ QUES, A. A.: “La protección jurídica de las personas mayores desde la perspectiva de los derechos humanos”, *Revista de Derecho UNED*, núm. 17, 2015, pp. 1067 - 1102. Disponible en <https://doi.org/10.5944/rduned.17.2015.16262>

MOSCOSO TORRES, R. M^a: “La validez en Andalucía del testamento vital ante notario”, Ponencia pronunciada en Sevilla el día uno de diciembre de 2009, en las XXXV Jornadas Aequitas: *Autonomía de la voluntad. Proyecto de Ley de derechos*

y garantías de la dignidad de la persona en el proceso de la muerte. Disponible en <http://www.notariosyregistradores.com>.

ÓGER, S. N.: "La humanización de la salud y las nuevas tecnologías" *Revista Iberoamericana de Bioética*, vol. 1, núm. 8, 2018.

PÉREZ DÍAZ, J., et al: "Un perfil de las personas mayores en España 2023. Indicadores estadísticos básicos", *Informes Envejecimiento en Red*, núm. 30, CSIC, Madrid, 2023.

PERÍN, A.: "Estandarización y automatización en medicina: El deber de cuidado del profesional entre la legítima confianza y la debida prudencia", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 8, núm. 1, 2019, pp. 3 - 28 Disponible en <https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/view/52560/57548>

PRESNO LINERA, M. A.: "La prohibición de discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud, con especial atención a los riesgos derivados del uso de sistemas de inteligencia artificial", en *La discriminación de las personas mayores en el ámbito de la salud, Informe elaborado por la fundación HelpAge International España*, septiembre 2023, pp. 110 - 115.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F.: "Inteligencia artificial en la relación médico-paciente: Algunas cuestiones y propuestas de mejora", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, vol. 10, núm. 1, 2021, pp. 329 - 351.

SÁNCHEZ-OSSORIO RIVAS, M. P.: "La libertad de decisión de las personas mayores y la importancia de los notarios", 7 de marzo de 2023, *Actualidad*. Disponible en <https://www.notariasanchezosorio.com/la-libertad-de-decision-de-las-personas-mayores-y-la-importancia-de-los-notarios/>

SEOANE, J. A.: "Derecho y planificación anticipada de la atención: panorama jurídico de las instrucciones previas en España", *Revista Derecho y Salud (DS)*, vol. 14, núm. 2, Julio- Diciembre 2006, pp. 285 - 295.

SERRANO ACITORES, A.: *La inteligencia artificial en el ámbito sanitario. Protección de los derechos fundamentales de los pacientes*, Tecnos, Madrid, 2024.

TAIANA DE BRANDI, N. A. y BRANDI TAIANA, M. M.: "La modificación de la ley 26.529", *Revista La Ley, Suplemento Especial*, Mayo 2012, pp. 137-140. Disponible en https://www.psi.uba.ar/academica/carrerasdegrado/psicologia/sitios_catedras/practicas_profesionales/825_rol_psicologo/material/descargas/unidad_2/obligatoria/suplemento_identidad_genero.pdf

TINANT, E. L.: Acerca de las directivas médicas anticipadas en la legislación nacional argentina, *Revista Microjuris* 23-jun-2016 MJ-DOC-9927-AR |<https://aldiaargentina.microjuris.com/2016/08/02/acerca-de-las-directivas-medicas-anticipadas-en-la-legislacion-nacional-argentina-2/>

TORRELLES TORREA, E.: “La voluntad anticipada, la voluntad hipotética y el «mayor beneficio para la vida y salud del paciente» en el consentimiento informado de las personas con discapacidad en el ámbito sanitario”, *InDret*, núm. 3, 2022, pp. 76 - 113.

TUR FERNÁNDEZ, M. N.: “E-Salud, Derecho a la Información y Consentimiento informado”, en *Bioderecho y Retos. M-Health, Genética, IA, Robótica y Criogenización* (dir. C. GIL MEMBRADO), Dykinson, Madrid 2022, pp. 33 a 55.

OTRAS FUENTES

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Carta de Derechos Digitales, Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Gobierno de España. Disponible en https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2021/140721-Carta_Derechos_Digitales_RedEs.pdf

Código de Deontología Médica, OMC, Consejo General de Colegios Oficiales de Médicos, diciembre 2022.

Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU, Observación General número 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad. Disponible en <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/cescr/1995/es/131125>.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Derechos de las personas mayores: retos para la interdependencia y autonomía* (LC/CRE.4/3/Rev.1), Santiago, 2017.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores de 6 de junio de 2015. Disponible en www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_a-70_derechos_humanos_personas_mayores.pdf

Convenio Marco del Consejo de Europa sobre Inteligencia Artificial y Derechos Humanos, Democracia y Estado de Derecho. Disponible en <https://rm.coe.int/1680afae3c>

Declaración Europea sobre los Derechos y Principios Digitales para la Década Digital (2023/C 23/01) proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión Europea. Disponible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123\(01\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32023C0123(01)).

Declaración Política y Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento de Madrid (2002). Disponible en <https://social.un.org/ageing-working-group/documents/mipaa-sp.pdf>

Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la Estrategia europea para las personas mayores 2023. Disponible en https://imserso.es/documents/20123/140652/estrategia_europea_ppmm_20230830.pdf/d52a165a-a81e-c8ef-493c-844aef904b7b

Dictamen exploratorio solicitado por la Presidencia española (2023/C 349/06) Disponible en https://imserso.es/documents/20123/140652/estrategia_europea_ppmm_20230830.pdf/d52a165a-a81e-c8ef-493c-844aef904b7b

Directiva/78/EC de 27 de noviembre de 2000 sobre la discriminación por edad en el empleo. Disponible en <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2000-82357>.

Estrategia de Inteligencia Artificial 2024, Gobierno de España. Disponible en https://portal.mineco.gob.es/es-es/digitalizacionIA/Documents/Estrategia_IA_2024.pdf

Informe del Grupo de Trabajo de Composición Abierta sobre el Envejecimiento, 14º período de sesiones, celebrado en la Sede de las Naciones Unidas, mayo de 2024. Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/154/58/pdf/n2415458.pdf>

“Informe sobre el impacto de la inteligencia artificial (IA) en la relación médico-paciente” del Comité Directivo de Derechos Humanos del Consejo de Europa en los Ámbitos de la Biomedicina y la Salud, diciembre 2021. Disponible en <https://www.coe.int/es/web/bioethics/ai-in-healthcare>

Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, 2017, (A/76/157), Consejo de Derechos Humanos (ONU) Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/gl7/219/55/pdf/gl721955.pdf>

Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, 2024 (A/79/167), Consejo de Derechos Humanos (ONU). Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n24/211/91/pdf/n2421191.pdf>.

Informe de la Experta Independiente sobre el disfrute de todos los derechos humanos por las personas de edad, 2024 (A/HRC/57/42), Consejo de Derechos Humanos (ONU) Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g24/116/26/pdf/g2411626.pdf>).

Informe del Consejo de Europa sobre “El impacto de la inteligencia artificial en la relación médico-paciente”, agosto de 2022. Disponible en <https://www.coe.int/en/web/bioethics/essential-elements>.

Informe Mundial de la OMS sobre el Envejecimiento y la Salud (2015). Disponible en <https://www.who.int/es/publications/i/item/9789241565042>.

Informe de la Organización Mundial de la Salud, Edadismo en inteligencia artificial para la salud (2022). Disponible en <https://www.infocoponline.es/pdf/edadismodigital.pdf>.

Iniciativa Global sobre Salud Digital (GIDH) 2023, Disponible en <https://www.who.int/es/news/item/19-08-2023-who-launches-a-new-global-initiative-on-digital-health-at-the-g20-summit-in-india>

Observación General número 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad (1995), Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales de la ONU. Disponible en <https://www.refworld.org/es/ref/infortem/cescr/1995/es/131125>.

Plan de Acción Internacional de Viena sobre el Envejecimiento (1982). Disponible en https://www.gerontologia.org/portal/archivosUpload/Plan_Viena_sobre_Envejecimiento_1982.pdf.

Principios de las Naciones Unidas en favor de las Personas de Edad, (Resolución 46/91). Disponible en <https://www.acnur.org/es-es/media/principios-de-las-naciones-unidas-en-favor-de-las-personas-de-edad>.

Proclamación sobre el Envejecimiento (A/RES. 47/5). Disponible en <https://documents.un.org/doc/resolution/gen/nr0/030/35/img/nr003035.pdf>

Protocolo de la Unión Africana para la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos acerca de los Derechos de las Personas Mayores en África. Disponible en https://au.int/sites/default/files/treaties/36438-treaty-0051_-_protocol_on_the_rights_of_older_persons_e.pdf.

Real Decreto 729/2023, de 22 de agosto, por el que aprueba el Estatuto de la Agencia Española de Supervisión de Inteligencia Artificial (AESIA). Disponible en <https://planderecuperacion.gob.es/noticias/gobierno-aprueba-estrategia-inteligencia-artificial-2024-prtr>

Reglamento de Inteligencia Artificial, Reglamento (UE) 2024/1689 Del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024. Disponible en https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:L_202401689

Resolución 65/182 para el seguimiento de la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, aprobada por la Asamblea General el 21 de diciembre de 2010. Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n10/523/49/pdf/n1052349.pdf>

Resolución del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre el edadismo y la discriminación por edad de 7 de octubre de 2021 (A/HRC/RES/48/3). Disponible en <https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g21/287/82/pdf/g2128782.pdf>.

Resolución del Parlamento Europeo de 14 de enero de 2014, sobre el “Plan de acción sobre la salud electrónica 2012-2020: atención sanitaria innovadora para el siglo XXI” Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-7-2014-0010_ES.html.

Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52017IP0051&from=EN>.

Resolución del Parlamento Europeo, de 3 de mayo de 2022, sobre la inteligencia artificial en la era digital. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2022-0140_ES.html.

