

En Logroño, a 2 de mayo de 2006, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Bueyo Díez Jalón, y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

23/06

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, sobre proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de instrucciones previas de La Rioja.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

Por la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja se ha elaborado un proyecto de Decreto por el que se regula el Registro de instrucciones previas de La Rioja. Dicho Decreto desarrolla lo dispuesto en el artículo 10 y la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del Documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad.

Iniciado el procedimiento por Acuerdo del Consejero de Salud de 19 de septiembre de 2005, se elabora una primera redacción del Decreto, siendo dicho texto sometido a información pública por Resolución del Excmo. Sr. Consejero de Salud publicada en el BOR de 17 de diciembre de 2005.

Por otra parte, el texto de la norma proyectada fue sometido a trámite de audiencia corporativa, remitiéndose el mismo a las diversas Entidades y Asociaciones representativas de los intereses del sector sanitario, de las Entidades Locales y de los consumidores y usuarios, entre otras. Se recibieron alegaciones de la Federación de Empresarios de La Rioja y del Defensor del Usuario.

Las alegaciones recibidas en los trámites de información pública y de audiencia corporativa fueron valorados por la Comisión a que se alude en informe de fecha 23 de enero de 2006, suscrito por el Jefe del Servicio de Asesoramiento y Normativa de la Consejería, si bien no consta en dicho informe las razones concretas que fueron tenidas en cuenta para acoger o no dichas alegaciones.

Segundo

El art. 28 del Decreto 58/1997, de 30 de diciembre, sobre Información, calidad, evaluación e inspección de los servicios, exige el informe del Servicio de Organización, Calidad y Evaluación (SOCE) sobre *«toda actuación administrativa que conlleve la creación, modificación o supresión de un procedimiento administrativo»*, informe que el referido precepto señala que se *«exigirá»* con carácter *«previo a su publicación y entrada en vigor»* y ello *«al objeto de mantener la adecuada homogeneización y normalización de procedimientos y documentos administrativos»*. En este caso, el trámite se ha cumplido adecuadamente y en los plazos previstos, habiéndose emitido dicho informe con fecha 7 de febrero de 2006. Las observaciones realizadas por el SOCE son valoradas por el Secretario General de la Consejería de Salud en informe de fecha 10 de febrero de 2006, que acoge alguna de ellas llevando a cabo las pertinentes modificaciones en la norma proyectada.

Finalmente, el 7 de marzo de 2006 emite su informe la Dirección General de los Servicios Jurídicos, que no hace observaciones de fondo al texto del proyecto, si bien formula varias al procedimiento seguido para su aprobación, señalando, entre otras cosas, la ausencia de una memoria inicial justificativa, por lo que presupone *“que se elaborará una única memoria final que contenga además del iter procedimental previsto en el artículo 40 (de la Ley 4/2005), el contenido previsto”* para dicha memoria inicial en el artículo 34 de la misma Ley.

Dicha memoria final, suscrita por el Secretario General Técnico de la Consejería, se elabora con fecha 15 de marzo de 2006

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 20 de marzo de 2006, registrado de entrada en este Consejo el 24 del mismo mes y año, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 24 de marzo de 2006, registrado de salida el mismo día, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.

El artículo 11.a) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, determina que el Consejo deberá ser consultado en relación con *“los proyectos de reglamentos o disposiciones de carácter general que se dicten en desarrollo o ejecución de leyes estatales o autonómicas”*; precepto que viene a reiterar el artículo 12.2.C) del Reglamento Orgánico y Funcional del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero. Habida cuenta la naturaleza del proyecto de reglamento sometido a nuestra consideración, que se dicta en desarrollo de la Ley autonómica 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad, resulta clara la aplicación de los citados preceptos de nuestra Ley y Reglamento reguladores y, por tanto, la procedencia del presente dictamen.

Segundo

Cumplimiento de los trámites del procedimiento de elaboración de disposiciones de carácter general.

Este Consejo Consultivo viene insistiendo con reiteración sobre la importancia de observar las prescripciones establecidas en la ley en lo que se refiere al procedimiento para la elaboración de las disposiciones generales, no sólo como garantía de acierto en su

elaboración, sino, además, por cuanto su incumplimiento es susceptible de ser apreciado, por los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa y en caso de recurso, como generador de la ineficacia misma de las normas reglamentarias aprobadas.

En el presente caso, se ha de someter a enjuiciamiento si se han cumplido los trámites establecidos en los artículos 33 a 41 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, puesto que la elaboración del proyecto de reglamento se inició tras la entrada en vigor de la misma.

Como quiera que la Dirección General de los Servicios Jurídicos ha analizado detenidamente en su informe esta cuestión, llegando a conclusiones con las que este Consejo Consultivo se muestra plenamente conforme, nos remitimos en este punto a lo que se indica en el mismo, para evitar reiteraciones.

Tercero

Competencia de la Comunidad Autónoma de La Rioja para regular la materia proyectada.

La atribución a la Comunidad Autónoma de la competencia de desarrollo legislativo y ejecución en materia de sanidad e higiene resulta con claridad del art. 9.5 del Estatuto de Autonomía de La Rioja.

La normativa básica que limita hoy esa competencia en la materia que regula la norma proyectada se contiene, en particular, en la Ley estatal 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que dedica su artículo 11 a regular las instrucciones previas. La Comunidad Autónoma de La Rioja ha abordado el desarrollo legislativo de esta previsión básica mediante la aprobación de la Ley 9/2005, de 30 de septiembre, reguladora del Documento de instrucciones previas en el ámbito de la sanidad, *“como cauce para hacer efectivo el derecho de la persona a expresar su voluntad sobre las actuaciones sanitarias de que pueda ser objeto en el futuro, en el supuesto de que, llegado el momento, se encuentre privada de la capacidad para consentir por sí misma”* (art. 1).

Por lo demás, en cuanto la norma proyectada se limita a regular el Registro de instrucciones previas cumpliendo el mandato expreso que en este sentido se contiene en la citada Ley autonómica 9/2005, de 30 de septiembre (Disposición Final Segunda), no puede dudarse de la competencia de la Comunidad Autónoma para dictar aquélla, puesto que —como ha señalado este Consejo en otros muchos dictámenes anteriores— en casos como el que aquí se dilucida, tal competencia no puede ser otra que la ejercitada para aprobar la Ley y, en cuanto simplemente se desarrollen las prescripciones de ésta (como

ocurre en este supuesto), cualquier vicio de incompetencia sería imputable a la propia Ley, y no al reglamento de ejecución de la misma.

Cuarto

Observaciones concretas al texto del Reglamento proyectado.

El proyecto de Decreto sometido a nuestra consideración, sobre la base concedida al Gobierno de La Rioja por la Disposición Final Segunda de la Ley 9/2005, desarrolla las prescripciones contenidas en el artículo 10 de esta última, del siguiente tenor:

“1. Se creará un Registro de Instrucciones Previas de La Rioja, adscrito a la Consejería competente en materia de salud, en el que se podrán inscribir los documentos de instrucciones previas que se otorguen en la Comunidad Autónoma de La Rioja, así como las variaciones que se produzcan en los mismos.

2. La inscripción se realizará a solicitud del otorgante, y tendrá carácter declarativo. La inscripción en el Registro asegura la eficacia del documento.

3. Los datos que constan en el Registro tendrán el tratamiento que la Ley concede a los datos de carácter reservado.

4. Con la finalidad de que los documentos inscritos puedan surtir los efectos oportunos ante los distintos centros, servicios o establecimientos sanitarios, públicos o privados, el Registro de Instrucciones Previas de La Rioja podrá ceder sus datos a las diferentes Administraciones sanitarias autonómicas, a la Administración Central y a otros centros sanitarios. La cesión de datos que se haga, de conformidad con lo previsto en este apartado, no requerirá el consentimiento de los afectados”.

En general, la norma proyectada desarrolla este precepto sin vulnerar el principio de jerarquía normativa, esto es, ateniéndose a las disposiciones de la citada Ley 9/2005. Esta —a juicio de este Consejo, cuyo dictamen no era preceptivo y no fue recabado— presenta algunas deficiencias técnicas de entidad, alguna de las cuales, precisamente por el imprescindible respeto a dicho principio, no pueden ser subsanadas mediante la aprobación del reglamento que ahora se somete a nuestro dictamen.

No ocurre tal cosa, sin embargo, en lo que se refiere al régimen del Registro de instrucciones previas, pues, aunque el artículo 10 de la Ley 9/2005 no está redactado con la exigible precisión, ello es susceptible de ser reparado a través de su desarrollo reglamentario, que ahora se acomete.

El citado artículo 10 dice textualmente, en su apartado 3, que *“la inscripción se realizará a solicitud del otorgante, y tendrá carácter declarativo. La inscripción en el Registro asegura la eficacia del documento”*.

Esta última frase del precepto sólo puede significar que la Ley otorga a la inscripción un valor de publicidad material frente a los obligados por el documento (los centros y el personal sanitario), de modo que es el cumplimiento del documento inscrito el que garantizará la Administración a través del Médico responsable en los términos y con los límites que señala el artículo 7.4 de la Ley, salvo, por supuesto, lo previsto en el artículo 7.1 de la misma y sin perjuicio de la aportación de un nuevo documento que introduzca cualquiera de las variaciones a que se refiere su artículo 9. De hecho, a esto se atañe la Disposición Adicional Primera de la propia norma proyectada al regular la presentación del documento de instrucciones previas en centros, servicios y establecimientos sanitarios.

Así pues, y con las indicadas salvedades, según la Ley, la inscripción vincula a la Administración sanitaria. Esto, por supuesto, es perfectamente compatible con el hecho de que la inscripción sea voluntaria y declarativa, como también dice el artículo 10.2 de la Ley. “Voluntaria” se opone a “obligatoria”, y significa simplemente que ninguna norma obliga al otorgante a inscribir el documento. “Declarativa” se opone a “constitutiva”, y significa que el documento de instrucciones previas, cuando contiene una declaración de voluntad válida, es válido y eficaz por sí mismo, sin que la inscripción sea *condicio iuris* de tales validez y eficacia. Esto quiere decir que hay que salvar la plena eficacia de los documentos posteriores no inscritos, pero en modo alguno permite desconocer la que expresamente concede la Ley a los inscritos.

Y, siendo ello así, no resulta de recibo la regulación que se contiene en los artículos 6 y 7 del Decreto proyectado en punto a la extensión de la calificación del documento que permite su inscripción.

Así, el párrafo tercero del artículo 7 señala que sólo podrá denegarse la inscripción, en resolución motivada, “*por no cumplir las formalidades establecidas en el otorgamiento del documento*”, lo cual parece remitir exclusivamente a los requisitos de forma que determina el artículo 6 de la Ley 9/2005. Sin embargo, el propio proyecto de Decreto, en su artículo 6.1, pone de manifiesto que también deben quedar acreditados y ser calificados antes de proceder a la inscripción los requisitos de capacidad que exige el artículo 4 de la misma Ley al otorgante; el artículo 5.1.D), al representante y el 6.2.b), a los testigos, aunque sólo alude expresamente a su mayoría de edad.

Todo ello es insuficiente. La Ley, por lo dicho, configura el Registro —utilizando la terminología clásica del Derecho registral— como *de inscripción*, y no como de *mera transcripción*: como la inscripción tiene efectos sustantivos, vinculando a la Administración mientras no sea contradicha aquélla por otro documento más reciente no inscrito (o por la voluntad del propio interesado, si está en condiciones de expresarla), no puede procederse a la misma tras un simple examen formulario y superficial reducido al cumplimiento de meras formalidades.

Lo que sí cabe admitir es que, en la calificación previa a la práctica de la inscripción, no se entre en las concretas declaraciones de voluntad que pueden constituir el contenido del documento conforme a lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley, porque de ésta se infiere que tal calificación sobre el fondo queda diferida al momento en el que una concreta actuación sanitaria requiera del consentimiento informado que el documento de instrucciones previas suple cuando el paciente que lo hubiere otorgado no esté en condiciones de decidir (cfr., en particular, arts. 5.2 y 7 de la Ley 9/2005).

No cabe, en cambio, duda alguna, a nuestro juicio, de que la calificación previa a la práctica de la inscripción que la Ley demanda, debe comprender el examen de la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos de capacidad que al otorgante, al representante y a los testigos exige la Ley. Ello incluye la mayoría de edad, pero también la no incapacitación judicial de los sujetos, extremos éstos (en particular, el segundo) para cuya prueba debiera exigirse la aportación de certificación literal de su inscripción de nacimiento en el Registro civil, en cuyo margen se inscriben de oficio y necesariamente las sentencias judiciales de incapacitación (art. 46 Ley de Registro Civil), siendo dicho Registro el mecanismo previsto por la Ley con carácter general para probar los hechos inscritos (art. 2 LRC).

La regla establecida en el artículo 6.2 del Decreto proyectado (a cuyo tenor, *“el contenido de la declaración efectuada, así como los datos aportados por el otorgante, se presumen ciertos y son facilitados al Registro bajo su responsabilidad”*) sólo puede valer para los requisitos establecidos en la Ley que quedan excluidos de la calificación previa a la práctica de la inscripción por diferirlos aquélla al momento del acto médico y, entre los demás, para aquéllos para los cuales el ordenamiento carece de medios de prueba preconstituidos, como es el cumplimiento por dos de los testigos de las condiciones que la ley establece de lejanía de parentesco o de inexistencia de relación de afectividad, o la ausencia de relaciones patrimoniales entre el otorgante y el representante.

Por otro lado, es igualmente incoherente con los importantes efectos que produce la inscripción el silencio positivo que se prevé en el párrafo segundo del artículo 7, que debe sustituirse por la necesidad de resolver en todo caso de forma expresa.

CONCLUSIONES

Primera

La Comunidad Autónoma de La Rioja tiene competencia para dictar la norma proyectada.

Segunda

El proyecto de Decreto es conforme con el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de las observaciones contenidas en el Cuarto de los Fundamentos Jurídicos de este dictamen.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.