

Razonamiento judicial y razonamiento legislativo a partir del caso Englaro*

Por ROGER CAMPIONE
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN

A través de un recorrido por los avatares judiciales del caso Englaro, se intentan delinear dos tipos de razonamientos, el de los jueces que en múltiples instancias se han ocupado de este asunto, y el de los legisladores que aún se encuentran en el proceso de creación de la norma que regulará las directivas anticipadas de tratamiento.

Palabras clave: caso Englaro, alimentación e hidratación artificial, declaración anticipada de tratamiento, encarnizamiento terapéutico.

ABSTRACT

Through the analysis of the judicial vicissitudes in the Englaro case, I will try to outline two kinds of reasoning: one of them has been carried out by the Courts in charge of the issue several times, and the other one has been performed by the Parliament that is still passing the law that regulates the advance directives for medical decisions.

Key words: Englaro case, tube feeding and hydration, advance directives, therapeutic obstinacy.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de investigación DER2010-19897-C02-01.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. LOS HECHOS Y LAS PERSONAS.—3. EL RAZONAMIENTO DE LOS JUECES.—4. A MODO DE CONCLUSIÓN.—5. EL RAZONAMIENTO DEL LEGISLADOR. 5.1 *Dos cuestiones bioéticas*. 5.1.1 Nutrición e hidratación artificial: ¿Cuidados básicos o tratamientos médicos? 5.1.2 La Declaración Anticipada de Tratamiento.

Y pensaba que sólo dos asuntos importantes me esperaban en Roma. Uno era la elección de mi sucesor, que concernía al imperio entero; la otra era mi muerte, que sólo me concernía a mí.

(M. Yourcenar, *Memorias de Adriano*)

1. INTRODUCCIÓN

En el mes de abril de 2009 la revista *Micromega* publicaba un número monográfico dedicado al «final de la vida», a raíz de la historia de Eluana Englaro, la chica italiana que ha atraído sobre sí el debate ético en Italia en los últimos años. Tal interés se debía al carácter candente de los temas que han entrado en la discusión contingente: la eutanasia, la relevancia de las creencias religiosas en cuestiones morales, el papel del Estado en las cuestiones éticas, la dignidad de la persona humana, los derechos de los pacientes, etc.

Al mismo tiempo, el monográfico de la revista venía con un dvd adjunto: no se trataba de una película sino de una *lectio magistralis* titulada «¿Qué es la Constitución?» y presentada por Oscar Luigi Scalfaro, ex Presidente de la República italiana y miembro de la Asamblea constituyente elegida el 2 de junio de 1946.

¿Qué tienen que ver entre sí las dos partes del fascículo? O, dicho de modo más directo, ¿Por qué los editores de *Micromega* deciden obsequiar a sus intelectuales lectores con un *gadget* de ese tipo precisamente en aquel monográfico? Parece exagerado emparejar la necesidad de recordar el por qué y para qué de la Carta Magna con un caso, o unos casos, individuales, particulares, peculiares y, en definitiva, existenciales. Trágicos, desde luego, pero la mayoría ya acontecidos hace años y de hecho solo componían el primer bloque de apartados del número de la revista. Los demás artículos brotan únicamente del caso Englaro. Sin duda, la historia de Eluana y, sobre todo, la historia de lo que ha ocurrido y todavía sucede alrededor de la cama en la que esta mujer ha estado postrada durante diecisiete años suponen un gran desafío para el jurista y el teórico del Estado. Se ha abierto un debate, más bien una diatriba, a veces un salvaje altercado que, esgrimiendo a Eluana como *casus belli*, va más allá y pone encima de la mesa cuestiones cuyo semblante más preocupante es que, en el siglo XXI, aún debemos rotularlas como delicadas,

arduas o incluso irresolubles. Para el jurista, el filósofo y el teórico del derecho la partida que se está jugando tiene que ver con el Poder, en toda su aterradora dinámica: ¿Cómo se reparte, quién lo ejerce, hasta dónde y por qué?

Por poner tan solo un par de ejemplos paradigmáticos, los exegetas del siglo XIX estaban muy preocupados por salvaguardar el principio de la división de poderes y por esa razón preconizaban que el juez fuera un autómatas de la subsunción y que su actividad se limitase a la aplicación silogística del mensaje directivo contenido en la norma creada por el legislador. Como dijera Montesquieu, los jueces de la nación no son sino «la boca que pronuncia la palabra de la ley»¹

Desde una perspectiva distinta, los neoconstitucionalistas de hoy en día² se preocupan por enmarcar la labor del juez dentro del ámbito de la ponderación entendida como necesaria actividad de descubrimiento de los principios enucleados en las normas fundamentales y de justificación de las relaciones de primacía contingentes según el caso a dilucidar. Todo ello, se presupone, para garantizar una correcta (¿idónea, pertinente, ajustada, proporcional, debida, justa?) aplicación de los principios positivizados en la Constitución. De nuevo, al igual que en el siglo XIX antes mencionado, lo que está en juego es la delimitación de las esferas de poder en el Estado de derecho; la senda que el juez recorre en la interpretación de las normas se dirige a una meta ya delineada: hallar la respuesta racionalmente correcta entre las posibilidades ofrecidas por los principios del ordenamiento. De este modo, los jueces no invaden la competencia de los legisladores.

En la doctrina, las cuestiones relativas a la difícil relación entre la ley y sus aplicadores, resultan problemáticas debido a la necesidad de mantener vigente el *rule of law*. Las corrientes teóricas mayoritarias, me parece, no han estado igualmente preocupadas por fundamentar esos mismos postulados para tutelar al poder judicial que también precisa de la garantía de efectividad de sus decisiones, si queremos hablar de Estado de derecho, división de poderes y democracia constitucional (en lugar de Estado ético, jerarquía de poderes y democracia plebiscitaria). Al fin y al cabo, también la reserva de jurisdicción forma parte de la arquitectura institucional puesta a tutela de la liber-

¹ MONTESQUIEU, Ch. L. Secondat, *El espíritu de las leyes*, libro XI, VI, 49.

² Siguiendo una formulación de Barberis, esta expresión abarcaría en términos generales aquellas tesis y autores que teorizan una conexión explícita entre derecho y moral, aunque cada uno plantee tales relaciones «en términos distintos (como necesarias, contingentes, esenciales, profundas...)»; que proponen la distinción, fuerte o débil, entre reglas y principios; y que distinguen la aplicabilidad de las reglas mediante subsunción de la aplicabilidad de los principios mediante ponderación (BARBERIS, M., «Existe il neocostituzionalismo?», en *Analisi e diritto*, 2011, pp. 18 ss.).

tad individual en el amanecer del Estado de derecho³. Y en mi opinión este ha sido, en los últimos años, un serio problema para el ordenamiento jurídico italiano.

En estas páginas, a través de un recorrido por los avatares judiciales del caso Englaro, intentaré delinear dos tipos de razonamientos, el de los jueces que en múltiples instancias se han ocupado de este asunto, y el de los legisladores que precisamente en los días que escribía esto (julio de 2011) estaban en la recta final del procedimiento de aprobación de la norma que regulará la materia antes de que el *spread* otoñal, las agencias de *rating* y la deuda soberana trastocaran el calendario político del país⁴.

2. LOS HECHOS Y LAS PERSONAS

A las tres y media del 18 de enero de 1992 Eluana Englaro sufre un accidente de coche; el tac que le realizan en el hospital de Lecco evidencia gravísimas lesiones cerebrales. Sus padres comprenden que no se recuperará. Cuatro días después les informan de que a Eluana se le practicará una traqueotomía para la reanimación a ultranza. Su padre, Beppino, se opone desde el principio a tal medida. Infructuosamente. Eluana permanece en reanimación durante cuatro meses en el hospital de Lecco, luego la trasladan a una planta de larga hospitalización en Sondrio donde es repetidamente estimulada por su familia y amigos a través del contacto humano. A los dos años del accidente, en enero de 1994, el diagnóstico-pronóstico de Eluana es el de Estado Vegetativo Permanente⁵. El largo ciclo de rehabilitaciones, como era de esperar, no ha surtido efecto y hay que buscar otro sitio para la paciente ya que no puede quedarse indefinidamente en ese hospital. Una opción sería llevarla a casa y dejar que ocurra en la clandestinidad de las paredes familiares lo que no puede suceder legalmente en la estructura sanitaria. Y en este momento pasa algo que convertirá la historia de Eluana Englaro en un *leading case* jurídico pues, más allá de la ausencia de una ley específica, es uno de esos casos que marcan «la historia del derecho constitucional y permiten su avance»⁶: los padres se oponen a

³ GROPPI, T., «Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno», en http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0120_groppi.pdf (fecha de consulta: 21/02/2011).

⁴ A año y medio de distancia (febrero de 2013) la situación permanece sustancialmente inalterada.

⁵ Según relata el propio Beppino Englaro el Dr. Massei, director de la unidad operativa de reanimación, dijo «es una no muerta encefálica, no hay solución y no tengo respuestas» (ENGLARO, B./COLAPRICO, P., «La vita estrema», en *Micromega*, núm. 2, 2009, p. 9).

⁶ GROPPI, T., «Il caso Englaro: un viaggio alle origini dello Stato di diritto e ritorno», cit.

este «protocolo habitual» del *arte di arrangiarsi*. No han sido ellos los que han decidido mantener a Eluana en ese estado, sino la medicina, y por ello reivindican una solución clínica. Y legal. De ahí el atinado paralelismo señalado por Rodotà entre Beppino Englaro y la «lucha por el derecho» de Ihering⁷: lo jurídicamente extraordinario de la historia es que Beppino no libra la lucha para *poder* hacer algo (ya que en la práctica puede) sino para *tener derecho* a hacerlo. Decir que se trata de una actitud insólita, al menos en Italia, es minimizar la realidad. Mientras tanto, Eluana es trasladada a la clínica *Città di Lecco*, la misma en que había nacido. Un año después, ingresa en el Hospital de Bérgamo, en la unidad dirigida por el Dr. Defanti que es también el presidente de la *Consulta di bioetica* de Milán. El Dr. Defanti confirma el diagnóstico de estado vegetativo permanente; así lo describirá después de forma no técnica: «por lo que sabemos, Eluana no tenía consciencia de estar viva, no experimentaba sensaciones de ningún tipo, lo único que sobrevivía era su cuerpo, cuyas funciones viscerales se desarrollaban de modo casi normal. Tenía el aspecto de una joven mujer bien alimentada y bien cuidada cuyas extremidades yacían rígidas e inertes en la cama; solo su rostro manifestaba algún movimiento automático pero ninguna expresión humanamente significativa. Jamás se había logrado establecer un contacto con ella (...) Quedaba de ella un cuerpo privado de la capacidad de percibir cualquier experiencia, con una sonda en la nariz, incontinente, totalmente dependiente de los cuidados prestados por el personal sanitario (higiene personal, fricciones de la piel y uso de un colchón neumático para evitar las llagas derivadas de estar mucho tiempo en la cama, cambio periódico de la postura, movilización prudente de las articulaciones, enema periódico de limpieza, alimentación mediante sonda naso-gástrica y una pompa)»⁸. En ese contexto, el Dr. Defanti también invita a Beppino para que hable ante la *Consulta* y para que esta trate su problemático caso, nuevo incluso para los expertos. Al sentirse respaldado en su posición Beppino emprende los primeros pasos legales para conseguir la suspensión del tratamiento de nutrición e hidratación artificial que mantiene a su hija en el estado vegetativo permanente. Así pues, en el año 1996 empieza los trámites judiciales para ser nombrado tutor de Eluana y empieza un nuevo, largo y trabajoso camino entre tribunales,

⁷ RODOTÀ, S., «Il caso Englaro: una cronaca istituzionale», en *Micromega*, núm. 2, 2009, p. 78. Incluso diría que se produce una extraña convergencia entre perspectivas habitualmente distintas: por un lado, la actitud de Beppino Englaro se sitúa en un contexto típico del ideal comunicativo habermasiano, confiando en la institucionalización de unas reglas de la argumentación que le permitan utilizar legítima y eficazmente los mecanismos del Estado de derecho y, por el otro, Beppino Englaro intenta validar socialmente su pretensión de verdad interpelando los sujetos institucionalmente reconocidos como competentes para ello, lo que Luhmann llamaría «legitimación a través del procedimiento».

⁸ DEFANTI, C. A., «Eluana, verità e disinformazione», en *Micromega*, núm. 2, 2009, pp. 87-88.

congresos de bioética, intervenciones en programas de televisión y periódicos, que solo terminará en 2009.

3. EL RAZONAMIENTO DE LOS JUECES

Los elementos que mejor explican y aclaran las cuestiones realmente más relevantes –las jurídicas– del caso Englaro son las decisiones de los órganos judiciales y por eso, a partir de este momento y a fin de explorar una forma de razonamiento distinta respecto a las personas directamente involucradas, conviene centrarse en tales decisiones. Amén del nombramiento de Beppino Englaro como tutor de Eluana (Sentencia del Tribunal de Lecco de 19 de diciembre de 1996), la primera decisión judicial –haré referencia al menos a diez, en la que podemos definir una «carrera de obstáculos»⁹– llega en marzo de 1999.

1) Beppino solicita al Tribunal de Lecco, *ex* artículo 732 del *Codice di Procedura Civile* (Ley de Enjuiciamiento Civil), la autorización para expresar, en nombre de su hija, el consentimiento a que, exceptuando los fármacos necesarios para paliar los efectos provocados por la ausencia de líquidos, se interrumpan los tratamientos que prolongan el estado vegetativo, mediante interrupción de la alimentación artificial. El Tribunal declara inadmisibile el recurso por considerar la petición del tutor contraria a los principios fundamentales del ordenamiento¹⁰. La argumentación parte de una consideración de orden general, en la que el juez asimila sin titubeos –y a mi modo de ver inmotivadamente– la interrupción del tratamiento a una forma de eutanasia, y se apoya esencialmente en la inviolabilidad e indisponibilidad del derecho a la vida. Su inviolabilidad derivaría del artículo 2 de la Constitución italiana, que tutela la vida como el primero entre todos los derechos inviolables y cuya dignidad se refleja en el valor absoluto de la persona, amén de cualquier circunstancia empírica¹¹. La indisponibilidad del derecho, en cambio, se deduciría del artículo 579 del Código Penal que tipifica el delito de «homicidio consentido»: si ni siquiera el titular del derecho puede disponer de su vida con mayor razón no podrá hacerlo un tercero. Además, la suspensión de la

⁹ VERONESI, P., *Il Corpo e la Costituzione. Concretezza dei «casi» e astrattezza della norma*, Milán, Giuffrè, 2007, p. 238.

¹⁰ Las penosas y comprensibles circunstancias del caso, se afirma en la decisión, «no pueden eximir al Tribunal de subrayar el profundo contraste de la petición con los principios fundamentales del ordenamiento vigente» (Trib. Lecco, decreto de 2 de marzo de 1999).

¹¹ La «dignidad proviene del valor absoluto de la persona y prescinde de las condiciones, incluso desesperadas, en las que se manifiesta su existencia» (*ibidem*).

alimentación artificial desembocaría en la supresión del paciente por omisión de los más elementales deberes de cuidado y asistencia.

2) En el recurso con el que impugna la decisión ante el Tribunal de Apelación de Milán Beppino Englaro plantea dos cuestiones que vertebrarán todo el desenlace jurisprudencial posterior: en primer lugar, pregunta si el tutor tiene la facultad de expresar el consentimiento en representación del sujeto que no tiene autonomía¹² y, en segundo lugar, si las condiciones médicas de la paciente —el estado vegetativo irreversible— justifican el mantenimiento de los tratamientos sanitarios. Los jueces contestan positivamente a la primera cuestión (despejando las dudas de inconstitucionalidad del art. 357 Código Civil), a diferencia de lo que ocurrirá en sentencias posteriores, pero rechaza el recurso por «perplejidades ético-jurídicas» que vuelven dudosa la posibilidad de encontrarnos ante un caso de «encarnizamiento terapéutico»; en concreto, porque estiman que no está claro si la alimentación artificial aplicada a Eluana es un tratamiento médico o una medida de cuidados básicos y, por ello, tras citar extensamente el precedente británico *Bland v. Airedale NHS Trust* (1993)¹³, consideran necesario «un debate científico-ético-jurídico sobre la calificación de la nutrición e hidratación artificial en el paciente en estado vegetativo permanente (tratamiento terapéutico proporcionado o desproporcionado-fútil) con especial atención a los intereses del sujeto a la luz de

¹² De hecho, en el caso en que no fuera posible atender la petición conforme a la legislación vigente, el tutor, en vía subsidiaria, pedía al juez que planteara una cuestión de constitucionalidad del artículo 357 del Código Civil («*El tutor ejerce la guarda del menor; lo representa en todos los actos civiles y administra sus bienes*») respecto a los artículos 2, 3, 13 y 32 de la Constitución (derechos fundamentales relativos a la vida, la igualdad, la libertad y la salud).

¹³ En 1989 Anthony Bland, de diecisiete años, había sido una de las víctimas de la tristemente famosa tragedia de Hillsborough, el partido de fútbol entre Liverpool y Nottingham Forest en el que perdieron la vida 95 personas que quedaron aplastadas entre la multitud de aficionados y las vallas erigidas para impedir su entrada en el campo. Tony Bland, cuyo cerebro permaneció demasiado tiempo sin oxígeno durante el nefasto evento, quedó en estado vegetativo persistente. En este caso, a diferencia de lo que ha ocurrido con Eluana Englaro, tanto la familia como los médicos y el hospital estaban de acuerdo en suspender la alimentación e hidratación por sonda nasogástrica. Habitualmente en este supuesto, en el que todas las partes están de acuerdo, se suspende *de facto* el tratamiento y punto; sin embargo, el caso Bland originó una sentencia judicial y fue resuelto finalmente por la House of Lords porque el médico que atendía al chico decidió informar al *coroner* de Sheffield que estaba investigando el accidente de Hillsborough y este le avisó de que suprimir intencionadamente la vida del paciente podía exponerle al riesgo de una incriminación por homicidio. La pregunta fundamental que se plantearon los Lores, y en este sentido remite a su decisión la *Corte d'Appello* de Milán, fue ¿Qué es más beneficioso para el paciente? La respuesta, en consonancia con la familia y los médicos, estableció que el mantenimiento de las terapias no podía aportar ninguna mejora en las condiciones del paciente y vino a decir que la simple continuación de la vida biológica no es de por sí un beneficio, alejándose así de la sacralidad de la vida como principio absoluto (*vid.*, en este sentido, SINGER, P., *Ripensare la vita. La vecchia morale non serve più*, Milán, Il Saggiatore, 2000, pp. 71-78).

los principios constitucionales y a la corrección científica y relacional del proceso decisional médico»¹⁴.

Al año siguiente es instituido con Decreto del Ministro de Sanidad de 20 de octubre de 2000, el *Grupo de trabajo sobre nutrición e hidratación en los sujetos en estado de pérdida irreversible de la consciencia* que en su informe, retomando las fuentes médicas ya examinadas en la decisión del Tribunal de Apelación¹⁵, destaca como elemento esencial que en la nutrición e hidratación artificial aplicada a individuos en Estado Vegetativo Permanente se les suministra un compuesto químico necesario para la supervivencia, «que solamente los médicos pueden prescribir y que solo los médicos están en condiciones de introducir en el cuerpo mediante una sonda nasogástrica u otra modalidad y que solo los médicos pueden controlar en su evolución, aunque se encargue de su ejecución el personal de enfermería u otros»¹⁶.

3) Además, no se olvide que con la Ley de 28 de marzo de 2001, núm. 145, el Parlamento italiano autoriza la ratificación y ejecución del «Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina» (Convenio de Oviedo) que en su artículo 6 incluye el principio del consentimiento informado para las personas que no tengan capacidad para expresarlo. Armado con estos nuevos argumentos jurídicos, Beppino Englaro vuelve a la carga y acude nuevamente al Tribunal de Lecco solicitando la autorización ya requerida con anterioridad; sin embargo, en una escueta sentencia, la sección II del Tribunal desestima la petición del tutor alegando que la noción de «guarda» del sujeto incapacitado –*ex arts. 357 y 424 del Código Civil*– implica «un *quid* positivo dirigido a la conservación de la vida del sujeto mismo y, con toda seguridad, no a su supresión»¹⁷. Y, retomando las motivaciones expuestas por el mismo Tribunal en el primer decreto sobre el caso Englaro, los jueces van más allá: la institución de la tutela de los incapacitados está dirigida a salvaguardar la vida, el derecho humano más importante, precisamente e incluso en situaciones extremas tales como los estados vegetativos persistentes y permanentes. Sobre el motivo de recurso basado en los resultados del informe del grupo de trabajo ministerial, diría sin rodeos que el Tribunal hace sustancialmente caso omiso, limitándose a declarar que sus conclusiones no cierran el debate sobre la calificación de la nutrición artificial y validando, de este modo, la argumentación del Tribunal de Apelación de Milán de 1999¹⁸.

¹⁴ Trib. Apelación Milán, decreto de 31 de diciembre de 1999.

¹⁵ Por un lado, la American Academy of Neurology y la British Medical Association que consideran la nutrición artificial un tratamiento médico y, por el otro, el grupo «Bioética y neurología» de la Sociedad Italiana de Neurología que la entiende como una medida de sustento vital éticamente obligatoria.

¹⁶ Consultado el 12/06/2011 en <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/001280.aspx>

¹⁷ Trib. Lecco, secc. II, Sentencia de 15-20 de julio de 2002, FJ 5.º

¹⁸ Trib. Lecco, secc. II, Sentencia de 15-20 de julio de 2002, FJ 7.º

4) Beppino Englaro insiste y acude por segunda vez al Tribunal de Apelación de Milán. Partiendo de la premisa (que, como se verá, es también una conclusión) de que la cuestión planteada por el recurrente es especialmente compleja por la ausencia de una disposición normativa que regule el supuesto, el juez termina desestimando de nuevo el recurso. Mencionando tan solo los elementos que no reproducen los argumentos ya expuestos en instancias anteriores cabe señalar, en primer lugar, que el tribunal no comparte la invocación del Convenio de Oviedo, a fin de reivindicar para el representante legal el ejercicio del consentimiento informado del paciente incapacitado, por una razón formal: la mencionada Ley núm. 145/2001 no vale como instrumento de eficacia jurídica interna del Convenio porque no ha sido depositada en el Consejo de Europa y, por tanto, es una ley de «autorización a la ratificación» y no de ratificación en sentido estricto; así pues, el Convenio sobre derechos humanos y biomedicina técnicamente no está en vigor en el ordenamiento italiano. En segundo lugar, la Corte no pone en duda la condición médica de Eluana como paciente en estado vegetativo permanente y cita numerosas sentencias alemanas que o bien han autorizado la interrupción del tratamiento de alimentación e hidratación artificial sobre la base del consentimiento como expresión del principio de autodeterminación (entre las cuales una del Tribunal Supremo alemán), o bien la han denegado aduciendo que las facultades del tutor solo tienen cabida dentro de la obligación de conservación de la salud del sujeto representado y el resultado de la muerte tendría como consecuencia el incumplimiento de dicho deber¹⁹. En tercer lugar, el Tribunal arranca de esta disyuntiva para plantear, *de iure condendo*, la hipótesis normativa de las directivas anticipadas: «el testamento biológico», se dice en la sentencia, «no entra dentro de los casos atípicos [de testamento] explícitamente previstos y con toda seguridad no es un acto dispositivo en sentido estricto, aún así es una expresión de voluntad motivada por intereses dignos de la máxima consideración»²⁰. Sin embargo, tras exponer la división de opiniones presente en la doctrina italiana –por un lado el Comité Nacional de Bioética, contrario a otorgar valor vinculante a las directivas anticipadas y, por el otro, la Consulta de Bioética que en cambio propone atribuir relevancia jurídica a la voluntad del sujeto– la apertura que los magistrados parecían mostrar hacia el testamento biológico se esfuma en la argumentación final en la que el tribunal manifiesta su perplejidad sobre la legitimidad de una interpretación integrativa del principio

¹⁹ Más recientemente, una Sentencia del Tribunal Federal Alemán ha establecido que «apagar un respirador o cortar un tubo de alimentación están entre las formas permitidas de terminar un tratamiento» e incluso que la voluntad de la paciente «justificó no solo el simple abandono de la alimentación artificial, sino también una acción activa que procurara terminar o evitar una terapia que el paciente no quería» (BGH, Sentencia de 25 de junio de 2010).

²⁰ Trib. Apelación de Milán, Sentencia de 18 de diciembre de 2003, en *Familia*, 2004, 1169.

de autodeterminación para los pacientes en estado vegetativo y, por ello, termina sugiriendo, dada la complejidad y delicadeza de la cuestión, una intervención legislativa sobre la materia.

5) Con esta enésima respuesta negativa debajo del brazo Bepino Englaro llama a la puerta de la *Corte di Cassazione* recurriendo contra la susodicha sentencia por violación de las normas del Código Civil en materia de tutela (arts. 357 y 424) en relación con los ya mencionados artículos de la Constitución –replanteando, en vía subsidiaria, la cuestión de constitucionalidad– y por omisión e insuficiencia de la motivación.

El Tribunal Supremo, en el auto que resuelve el recurso, destaca que cuando el sujeto no puede expresar de forma autónoma su voluntad debe ser aplicado el artículo 78.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que establece el nombramiento de un *curador especial* para el representado «cuando existe un conflicto de intereses con el representado». Ahora bien, la Casación no precisa los términos del conflicto existente entre el padre y la hija pero se apresura a sostener que es «de inmediata evidencia que la autorización solicitada, que según el tutor se corresponde con el interés del incapacitado, puede sin embargo no coincidir con tal interés»²¹. Resumiendo, como no se dispone de elementos concretos para demostrar que algo es posible, se sentencia que es incuestionable y de paso se obliga a una *probatio diabolica* al que mantenga que no hay conflicto, pues ¿cómo puede un padre convencer a los jueces de que actúa en nombre de su hija si el hecho de estar incapacitada no le permitiría en ningún caso validar la petición del padre? Resulta, por lo demás, evidente que si no existiera la imposibilidad empírica de la no coincidencia de intereses no tendría sentido la institución de la representación jurídica... Más allá de esta dudosa argumentación, la Corte apoya su conclusión en otras normas del ordenamiento que atestiguan la imposibilidad de configurar, en ausencia de disposiciones específicas, un poder general de representación respecto a los llamados actos personalísimos. Como esta opción no parece compatible con el artículo 6 del Convenio de Oviedo (Protección de las personas que no tengan capacidad para expresar su consentimiento), aún admitiendo su eficacia normativa en el ordenamiento interno, seguirían valiendo los argumentos expuestos en contra de la autorización a la suspensión del tratamiento, porque nada impide que los Estados puedan fijar condiciones específicas para la validez del consenso sustitutivo que el propio Convenio no haya previsto.

6) De conformidad con lo estimado por la *Cassazione* al declarar inadmisibles el recurso por defecto de contradictorio, Bepino Englaro vuelve a acudir al Tribunal de Lecco solicitando el nombramiento de un curador especial al que reitera la petición de interrupción del tratamiento de alimentación forzada. El Tribunal, embestido por tercera

²¹ *Corte di Cassazione*, Auto de 20 de abril de 2005, núm. 8291.

vez del asunto, zanja la cuestión planteada por la Corte Suprema negando que pueda existir un conflicto de intereses, desatendiendo lo mantenido por el curador (la abogada Franca Alessio) que se ha adherido al recurso del tutor y declarando inadmisibile el recurso porque ni el curador, ni el tutor, están legitimados para actuar en nombre de la paciente ya que en el ordenamiento no tiene cabida la representación jurídica cuando nos hallamos ante los llamados derechos personalísimos. El argumento, sostiene el Tribunal, es coherente con el dictado constitucional porque entre los dos derechos fundamentales en pugna, el de autodeterminación y la vida, el conflicto solo puede ser hipotético cuando el paciente está incapacitado para ejercer el primero. En este caso siempre prevalece el segundo. De nuevo los jueces (que, en este caso, más que al Hércules dworkiniano se parecen al Hipócrates más paternalista) se exhiben en un razonamiento de esos que te sacan las castañas del fuego sin demasiado esfuerzo: como es difícil, incluso trágico, resolver una disputa entre dos derechos de tan hondo calado como la libertad individual y la vida conviene cortar por lo sano y salir del entuerto negando la misma existencia del conflicto. Milagros de una ponderación que, malamente argumentada, detrás del conflicto entre principios constitucionales anhela y efectivamente consigue descubrir un orden objetivo de valores: negando apodóticamente, en contra de lo estimado por la *Cassazione*, la tutela de la libertad individual para los sujetos incapacitados los jueces el Tribunal de Lecco se libran de entrar en la espinosa cuestión de qué significa libertad y qué significa vida para los pacientes en estado vegetativo permanente. De nada sirve, continúa el decreto, que Eluana se haya manifestado con anterioridad en contra del tratamiento en objeto —una especie de declaración anticipada— porque equivaldría a una petición de eutanasia por omisión, ilícita de necesidad (*sic*) y, en cualquier caso, estaríamos hablando de una manifestación de voluntad no unívoca ni irrevocable; por ende, absolutamente irrelevante²².

7) Y llegamos otra vez al Tribunal de Apelación de Milán: ante el nuevo recurso presentado por Beppino Englaro que lamentaba, en primer lugar, la incongruencia de lo establecido por el Tribunal de Lecco respecto al *decisum* de la *Cassazione* —que al imponer un curador especial como garantía del contradictorio implícitamente reconocía la legitimación del tutor— la *Corte d'Appello* da la razón al recurrente: sobre la base de las normas vigentes (arts. 357 y 424 del Código Civil) el consentimiento informado a las terapias médicas entra sin duda dentro de los poderes de actuación del representante legal del incapacitado y, aún más importante a mi juicio, el derecho a rechazar los tratamientos «no puede encontrar ninguna limitación cuando la persona interesada no está en condiciones de [auto]determinarse, como en

²² Trib. Lecco, Decreto de 20 de diciembre de 2005-2 de febrero de 2006, núm. 727.

este caso concreto»²³. Los jueces, por tanto, deben dar una respuesta a la petición del recurrente de poder demostrar la voluntad expresada por Eluana con anterioridad al accidente. A tal fin, la *Corte d'Appello* admite los testimonios de tres amigas depositarias de sus confidencias. La primera cuenta que Eluana, tras visitar un amigo entrado en coma después de un accidente de coche, había encendido una vela pidiendo su muerte antes que seguir viviendo así. A la segunda le había dicho que era mejor que el amigo en cuestión muriera porque aquella no podía ser llamada vida. Y el mismo concepto se lo había reiterado a la tercera amiga. El Tribunal niega el valor probatorio de los testimonios al considerar que de ellos no cabe deducir una voluntad indudablemente contraria a la suspensión del tratamiento que la mantiene con vida: el motivo del rechazo estriba en el carácter genérico, emotivo e inmaduro de las presuntas declaraciones de Eluana. En este sentido, se lee en la sentencia, «la posición de Eluana es asimilable a cualquier sujeto incapacitado que nunca ha dicho nada respecto a los cuidados y los tratamientos médicos a los que ha de ser sometido»²⁴.

Debido a que Beppino Englaro pedía ser autorizado a interrumpir la nutrición artificial aún en ausencia de una voluntad precisa de la paciente, por considerar el tratamiento lesivo de la dignidad y la integridad psicofísica de la persona²⁵, la *Corte d'Appello* entra a ponderar (*bilanciamento di interessi parimenti garantiti dalla Costituzione*) el derecho de autodeterminación y el derecho a la vida y se decanta por la primacía del segundo con los argumentos siguientes: *a*) la suspensión del tratamiento conduciría seguramente y en pocos días a la muerte de la paciente y equivaldría a una eutanasia indirecta por omisión (de nuevo los jueces italianos consideran que la mera oposición al denominado encarnizamiento terapéutico es equivalente a la práctica de la eutanasia, llevando a cabo una asimilación impropia)²⁶; *b*) una interpretación sistemática que otorga mayor tutela al derecho a la vida, por estar contemplado en el artículo 2 de la Constitución, respecto a los demás derechos involucrados, incluidos en el artículo 13 y el artículo 32; *c*) el alcance jurídico de los tipos penales relativos al homicidio consentido y a la instigación al suicidio; *d*) el artículo 5 del

²³ Trib. Apelación Milán, Decreto de 16 de diciembre de 2006.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ La tesis del tutor es que la legitimación de estos tratamientos solo puede derivar de una aceptación expresa por parte del paciente pero, a mi juicio, se trata de un razonamiento cuestionable porque llevaría a suspender el tratamiento, con la consecuencia de la muerte, siempre que no existiera una voluntad explícita favorable manifestada con anterioridad. Implicaría, por así decirlo, una presunción de querer morir.

²⁶ BORSELLINO, P., *Bioetica tra «moralis» e diritto*, Milán, Raffaello Cortina Editore, 2009, p. 307. Además, en el curso de esta argumentación, la *Corte* dice algo muy importante que retomaremos a la hora de analizar el razonamiento legislativo: «(...) es indudable que en virtud del derecho a la salud y a la autodeterminación en ámbito sanitario, el sujeto capacitado puede rechazar incluso los cuidados indispensables para mantenerle con vida (...)» (*ibid.*)

Código Civil que prohíbe los actos de disposición del propio cuerpo; e) la jurisprudencia interna e internacional que excluye tajantemente la existencia de un *right to die*. En definitiva: recurso admitido pero rechazado en el mérito.

8) Esta vez, por tanto, los jueces deniegan el permiso por el que Beppino Englaro ha luchado infructuosamente durante años, pero no cierran la puerta con doble candado ya que, pese a haber desatendido su petición, al menos la han considerado admisible y la han valorado. Así pues, el recurrente (*rectius*: los recurrentes, porque la curadora también se adhiere) vuelve a dirigirse a la *Cassazione* que producirá la sentencia más «famosa» del caso Englaro, la núm. 21748 de 2007.

En el recurso, el tutor pide dos cosas al Tribunal Supremo: en primer lugar, que declare el principio de prohibición del encarnizamiento terapéutico representado por la alimentación y la hidratación mediante sonda nasogástrica y, en segundo lugar, que se pronuncie sobre la posibilidad de suspender el tratamiento cuando lo solicite el tutor conforme a la voluntad de Eluana. Veamos esquemáticamente los puntos en mi opinión más relevantes del razonamiento de los jueces del Tribunal Supremo:

– Aunque se realice en el interés del paciente, una intervención médica desprovista del consentimiento informado es seguramente ilícita²⁷; esto significa que en la relación médico-paciente prima el derecho de autodeterminación.

– El consentimiento informado implica la facultad de rechazar las terapias incluso en la fase terminal, porque según la Constitución la persona es «un valor ético en sí» y, además, esto es coherente con la nueva dimensión de la salud entendida ya no como ausencia de enfermedad sino como bienestar global, tanto físico como psíquico. La salud, por tanto, no puede ser objeto de imposición (sí de persuasión); por otra parte, el consentimiento informado debe ser auténtico y actual para poder vincular al médico (FJ 6.1).

– El rechazo del tratamiento, es decir, que la enfermedad siga su curso no puede confundirse con la eutanasia pues esta implica una conducta positiva que acorta la vida (FJ 6.1).

– La cuestión es distinta cuando el paciente no es autónomo, no está en condiciones de manifestar su voluntad y cuando, incluso en ausencia de una normativa específica que regule este supuesto, el rango de los derechos involucrados es tal que «impone al juez una

²⁷ La base normativa del consentimiento informado está en el artículo 2 de la Constitución (derechos fundamentales), el artículo 13 (inviolabilidad de la libertad personal), el artículo 32 (los tratamientos sanitarios solo pueden imponerse por ley y nunca violar al respeto a la persona) y, en el mismo sentido, el artículo 31 de la Ley 833/1978 que instituye el Servicio sanitario nacional, el artículo 5 del Convenio de Oviedo, la Carta de Niza, el artículo 35 del Código de Deontología Médica y la propia jurisprudencia de la *Cassazione* (Sentencia de 16 de octubre de 2007, núm. 21748, FJ 6).

delicada tarea de reconstrucción de la regla de juicio en el marco de los principios constitucionales» (FJ 7).

– Hay que establecer los límites de la intervención del representante legal; en este sentido, el carácter personalísimo del derechos a la salud implica un doble vínculo²⁸: *a*) actuar en el interés exclusivo del incapacitado, *b*) el representante debe decidir no «en lugar» (*al posto*) del incapacitado ni «para» (*per*) el incapacitado, sino «con» el incapacitado, es decir, tiene que reconstruir la voluntad presunta del paciente teniendo en cuenta los deseos expresados o deducirla de su personalidad, valores, convicciones y estilo de vida (FJ 7.3).

– Un Estado organizado sobre el pluralismo de los valores no puede sino respetar la elección de quien es contrario a seguir viviendo en condiciones de no percepción del mundo exterior y, en caso de representación legal, una decisión tal es admisible tan solo en casos extremos, esto es, cuando el estado vegetativo es clínicamente permanente y siempre que tal estado sea contrario a su (del paciente) forma de entender la dignidad de la persona (FJ 7.5).

– No hay duda de que la hidratación y la alimentación por sonda son tratamientos sanitarios, puesto que presuponen ciertos conocimientos científicos, los ponen en marcha médicos que utilizan determinados procedimientos tecnológicos y, además, esta noción está avalada por la comunidad científica internacional y la jurisprudencia constitucional (FJ 7.5).

– Al juez no se le puede pedir que ordene la desconexión del tratamiento ya que la sonda nasogástrica, de por sí, no es encarnizamiento terapéutico sino más bien una forma de mantenimiento del «soplo vital». La intervención judicial sirve para verificar la legitimidad de la elección en el interés del sujeto incapacitado. Teniendo en cuenta todos estos argumentos, el juez *solo* puede autorizar la interrupción del tratamiento si se dan los siguientes dos requisitos: 1) que el estado vegetativo permanente sea irreversible y sin fundamento médico de recuperación de consciencia; 2) siempre que la petición sea la expresión de «la voz del representado» (FJ 8).

– Por consiguiente, los recurrentes tienen razón en que la *Corte d'Appello* ha omitido reconstruir la voluntad de Eluana y, de este modo, no ha averiguado si la petición de desconexión del padre reflejaba los deseos de la hija. Por primera vez, Beppino Englaro ve estimado su recurso y la *Cassazione* lo remite a otra sección del Tribunal de Apelación que, según lo dispuesto en la sentencia, tendrá que decidir de conformidad con el siguiente principio de derecho: si el enfer-

²⁸ Los fundamentos normativos de este doble vínculo se encuentran en el ya mencionado artículo 6 del Convenio de Oviedo y en el artículo 5 del Decreto Legislativo núm. 211 de 2003 conforme al cual el consentimiento manifestado por el representante debe coincidir con la voluntad presunta del adulto incapacitado.

mo lleva muchísimos años²⁹ en estado vegetativo permanente y sobrevive gracias a la sonda, a petición del tutor (y en contradictorio con el curador) el juez puede autorizar la desconexión solo en presencia de los dos requisitos enunciados en el punto anterior (FJ 10).

9) La cuestión es devuelta a la *Corte d'Appello* de Milán, en este caso a la I sección civil que, aplicando el principio jurídico dictado por la *Corte di Cassazione*, estima el recurso presentado por el tutor (al que se ha adherido la curadora especial) y reforma el anterior Decreto 727/2005 del Tribunal de Lecco, autorizando la interrupción del tratamiento. Acerca de los dos requisitos requeridos por la *Cassazione*, el Tribunal de Apelación argumenta lo siguiente: a) la verificación del primero, la irreversibilidad del estado vegetativo, existe con claridad ya desde el Decreto de la *Corte d'Appello* de 16 de diciembre de 2006 que certifica que el estado vegetativo permanente de Eluana continúa sin modificaciones desde 1992 y es irreversible. Sobre este punto no hay más que decir puesto que tal averiguación es definitiva y resultaría procesalmente inadmisibile por su efecto de cosa juzgada «interna»³⁰; b) resulta confirmada la «interpretación auténtica» de la voluntad de Eluana por parte del tutor (y ratificada por la curadora) pues la reconstrucción de esa voluntad presunta indica que la elección del tutor es conforme al *best interest* de la enferma tal como ella misma lo entendía³¹.

²⁹ La *Cassazione* precisa que en el caso específico de Eluana los años son «más de quince». Lo señalo porque creo que la concreción del requisito de los «muchísimos años» planteará dudas de cara a la aplicación del principio enunciado a otros casos.

³⁰ En la doctrina italiana se plantea esta diferencia entre cosa juzgada «interna» y cosa juzgada «externa»; *vid.* PROTO PISANI, R., *Lezioni di Diritto Processuale Civile*, Nápoles, Jovene, 1999, pp. 85-86: «La noción de cosa juzgada interna es más amplia que aquella de cosa juzgada externa. La cosa juzgada interna concierne a todas las cuestiones abstractamente idóneas para definir el juicio, procesales o de fondo, apreciables de oficio o solo a instancia de parte, que pueden surgir en el curso del juicio y que pueden dar lugar a sentencias no definitivas o bien pueden constituir objeto de examen preliminar por parte de la sentencia que define el juicio (...) en todas estas hipótesis (...) en donde la parte perdedora en la cuestión no impugne la sentencia no definitiva que se ha pronunciado exclusivamente sobre la cuestión, o bien no impugne (en vía principal o incidental) la parte de la sentencia (definitiva o no definitiva de fondo) que haya resuelto la cuestión en sentido desfavorable a ella, sobre la cuestión misma se determina una preclusión (la llamada cosa juzgada interna) es decir, la imposibilidad que sobre ella se reabra la discusión en el ulterior curso del proceso». Existe un principio jurisprudencial consolidado (*Cassazione*, sala plenaria, Sentencia de 23 de abril de 1971, núm. 1175; Sentencia de 11 de julio de 1968, núm. 2433) según el cual, cuando la interpretación de la cosa juzgada interna es realizada total o parcialmente por la misma *Corte di Cassazione* en la sentencia que remite la cuestión, tal interpretación condiciona y vincula de forma irreversible los poderes del juez de instancia (Trib. Apelación Milán, Decreto de 9 de julio de 2008, núm. 88, p. 21).

³¹ Trib. Apelación de Milán, Decreto de 9 de julio de 2008, núm. 88. La premisa del Tribunal de Apelación es que «a la hora de estructurar y enunciar el principio jurídico, la Corte Suprema no ha considerado indispensable la reconstrucción directa de una especie de testamento biológico efectivo de Eluana, que contuviera sus preci-

10) Las dos Cámaras del Parlamento plantean sendos conflictos de poderes ante la *Corte Costituzionale* alegando, aparte de argumentos ya presentes en las decisiones jurisprudenciales sobre el caso, que la *Corte di Cassazione*, en la sentencia 21748/2007 «ha traspasado los límites de la función que el ordenamiento le encomienda, ejerciendo de hecho un poder legislativo en una materia no disciplinada por ley y fundamentando su decisión en presupuestos no deducibles del ordenamiento vigente, ni tan siquiera mediante la aplicación de criterios hermenéuticos»³². Se reincide en la indebida creación por parte del Tribunal Supremo de un principio de derecho «en aparente contradicción con las únicas normas aplicables, en la actualidad, a un caso como este» (nótese bien que el principio contestado es, por supuesto, la prohibición del encarnizamiento terapéutico). Por tanto, la magistratura habría sobrepasado su función «nomofiláctica» cumpliendo, de forma ilegítima, una tarea «nomogenética» adoptando un acto sustancialmente legislativo que «introduce en el ordenamiento italiano la autorización a la finalización de la vida del paciente en estado vegetativo permanente»³³. Para los recurrentes la *Cassazione*, escudándose en la imposibilidad del *non liquet*, habría violado el principio de división de poderes puesto que es el Parlamento el órgano competente para regular la disciplina del final de la vida y las numerosas propuestas de ley planteadas en la materia serían una muestra más del vacío normativo en el que ha operado la Suprema Corte³⁴.

El Tribunal Constitucional declara inadmisibles los conflictos, por falta de requisito objetivo, básicamente sobre la base de un doble

sas declaraciones anticipadas de tratamiento (*advanced directives*) aunque fuera de manera no formal; sino que es más bien necesario y suficiente «averiguar si la petición de interrupción del tratamiento formulada por el padre en calidad de tutor refleja las orientaciones vitales de la hija»» (Trib. Apelación Milán, Decreto de 9 de julio de 2008, núm. 88, pp. 51-52)

³² Cámara de los diputados, *Deliberazione per l'elevazione di un conflitto di attribuzioni innanzi alla Corte Costituzionale nei confronti della Corte di Cassazione e della Corte di Appello di Milano* (consultado en <http://www.unipv-lawtech.eu/files/cameraconflittoattribuzionedecisione.pdf>). El recurso ha sido depositado el 17 de septiembre de 2008 (n. 16 del Registro de conflictos de poderes de 2008).

³³ Senado de la República, Informe de la 1.ª Comisión Permanente (Ponente: Vizzini), *Questione se il Senato debba promuovere conflitto di attribuzione tra poteri dello stato innanzi alla Corte Costituzionale con riguardo alla sentenza núm. 21748, resa dalla Corte di Cassazione – prima sezione civile, in data 16 ottobre 2007 e alle decisioni successive e consequenziali adottate da altri organi di giurisdizione, a proposito del noto caso della giovane Eluana Englaro*, núm. 17 del Registro de conflictos de poderes de 2008.

³⁴ De hecho, en el curso del debate, el Senado de la República también se había comprometido, con voto *bipartisan*, a aprobar antes de 2009 una ley sobre el testamento biológico. A 22 de noviembre de 2012 el proyecto de ley del que se hablará a continuación aún resulta en curso de examen por parte de la 12.ª Comisión permanente del Senado (http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede_v3/Ddliter/29638.htm consultado el 6 de febrero de 2013).

razonamiento: en primer lugar, hay que tener en cuenta que el instrumento del conflicto de poderes ha lugar cuando haya indicios de que los jueces se sirven de las decisiones como meros esquemas formales para ejercer funciones de producción normativa, pero no puede en ningún caso ser utilizado como «un medio atípico de impugnación contra las decisiones judiciales», mientras que los recurrentes, si bien niegan querer sindicarse supuestos *errores in iudicando*, en realidad «avanzan múltiples críticas al modo en que la *Cassazione* ha seleccionado y utilizado el material normativo relevante para la decisión y como lo ha interpretado»; en segundo lugar, la historia judicial no parece aún del todo cerrada y, en todo caso, el Parlamento tiene en cualquier momento la facultad de adoptar una normativa específica sobre la materia, buscando un equilibrio entre los intereses constitucionales involucrados³⁵.

4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Con la decisión de la *Corte Costituzionale* podría considerarse cerrado el recorrido judicial del caso Englaro: finalmente, tras muchos años y muchas aulas de juzgado, Beppino obtiene la autorización para suspender la nutrición e hidratación artificial. Sin embargo, nuevas dificultades acechan y la historia aún dará coletazos que, como intentaré mostrar, desbordan el ámbito jurídico-positivo y afectan de lleno al marco político-institucional, como ya se ha visto con el último recurso presentado ante el Tribunal Constitucional³⁶. Pero vayamos por orden: el Fiscal General del Tribunal de Apelación de Milán impugna ante el Tribunal Supremo el Decreto 88/2008 que autoriza la suspensión del tratamiento que mantiene en vida a Eluana. El motivo básico es que los jueces de la *Corte d'Appello* no habrían cumplido con el principio jurídico enunciado en la Sentencia 21748/2007 de la *Cassazione* por no haber procedido a la averiguación del estado clínico de Eluana, aduciendo como argumento una preclusión endoproce-

³⁵ *Corte Costituzionale*, Auto de 8 de octubre de 2008, núm. 34. Véanse los comentarios de ROMBOLI, R., «Il conflitto tra poteri dello Stato sulla vicenda Englaro: un caso di evidente inammissibilità», en <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/giurisprudenza/decisioni2/autori/englaro.html>; BIN, R., «Se non sale in cielo, non sarà forse un raglio d'asino? (a proposito dell'ord. 334/2008)», en http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2008/0019_nota_334_2008_bin.pdf y SPINELLI, S., «Re giudice o re legislatore?», en http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/2008/0042_nota_334_2008_spinelli.pdf (fecha de consulta: 10/05/2011).

³⁶ Como se ha escrito, «el destino de Eluana Englaro sigue atrapado en las redes de la logomaquia entre jueces y política» (TRIPODINA, C., «A chi spettano le decisioni politiche fondamentali sulle questioni eticamente controverse? (Riflessioni a margine del «caso Englaro»)», en *Giurisprudenza Costituzionale*, núm. 5, 2008, p. 4082.

sal. En cambio, los jueces deberían haber dispuesto una pericia técnica al respecto. La *Cassazione* no admite el recurso del Fiscal por falta de legitimación a plantearlo en un caso como este, de juicio civil, en el que la presencia del Fiscal tiene un carácter excepcional estando normativamente prevista tan solo en controversias que involucren también un «interés público»³⁷.

Con posterioridad, un grupo de personas físicas (tutores de personas en estado vegetativo) y jurídicas (asociaciones de familiares y amigos, médicos, abogados y psicólogos que les asisten) presentan recursos ante el TEDH (Tribunal Europeo de Derechos Humanos) lamentando que la ejecución de la decisión de la *Corte d'Appello* núm. 88/2008, que autoriza la suspensión del tratamiento de nutrición e hidratación artificial aplicado a Eluana Englaro, podría tener efectos negativos sobre ellos. El TEDH estima inadmisibles los recursos por falta de legitimación pasiva en cuanto, según lo dispuesto en el artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales³⁸ y en la propia jurisprudencia del Tribunal, para poder ser «víctima» de una violación del Convenio, en teoría, no es suficiente que una ley viole con su mera existencia los derechos de los que disfruta conforme al Convenio, sino que su aplicación tiene que haberle provocado un daño. No procede quejarse en abstracto contra un acto normativo por ser contrario al Convenio, pues es condición necesaria un perjuicio directo. Así pues, para ser víctima legitimada a recurrir «se deben presentar pruebas razonables y convincentes sobre la probabilidad de que se vaya a realizar una violación relativa a algo que le afecta personalmente; las simples sospechas y las conjeturas no son suficientes». En este caso, a juicio del TEDH, las partes recurrentes no cumplen esa condición dado que la decisión impugnada afecta solo a las partes constituidas en el juicio³⁹.

Mientras tanto la familia Englaro solicita a la Región de Lombardía que le indique una estructura sanitaria en la que sea posible ejecutar la sentencia 88/2008 del Tribunal de Apelación de Milán, es decir, interrumpir de forma definitiva la nutrición e hidratación por sonda. El Director General de Sanidad del gobierno regional, el 3 de septiembre de 2008, niega con acto formal que el personal del Servicio Público Sanitario Regional pueda proceder, dentro de sus

³⁷ *Corte di Cassazione*, Sala plenaria de lo Civil, Sentencia de 11-13 de noviembre de 2008, núm. 27145, FJ 7 y 8.

³⁸ «El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el Convenio o sus Protocolos (...)».

³⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección II, 16 de diciembre de 2008, (*requêtes* núm. 55185/08; 55483/08; 55516/08; 55519/08; 56010/08; 56278/08; 58420/08; 58420/08; 58424/08), consultado en http://www.giurcost.org/casi_scelti/CEDU/CEDU16-12-08.htm

estructuras, a la suspensión de las medidas de sustento vital de la paciente porque, si así fuera, el personal sanitario incumpliría sus obligaciones profesionales, considerando además que la decisión judicial que se pide ejecutar no contiene ningún deber específico a cargo de sujetos o entidades determinadas. La consecuencia inmediata es que ningún hospital público lombardo acepta a Eluana. El Tribunal Administrativo Regional de Lombardía, interpelado por el enésimo recurso del tutor, anula la decisión administrativa de la Región, ordenando que la Administración cumpla la petición en objeto, argumentando que el «derecho constitucional de rechazar los tratamientos sanitarios es, como ya ha descrito la Corte Suprema, un derecho de libertad absoluto, cuyo respeto se impone *erga omnes*, frente a cualquiera que mantenga una relación de cuidado con el enfermo, no importando si opera en una estructura sanitaria pública o privada». Y el rechazo opuesto por la Administración a la solicitud del representante de la paciente tampoco se puede justificar con razones de objeción de conciencia, pues las íntimas convicciones del médico particular no eliminan la necesidad de que la estructura hospitalaria garantice en cualquier caso la obligación del *satisfacere officio*⁴⁰.

Antes de que saliera esta última sentencia, el Ministro del *Welfare*, Maurizio Sacconi, firmaba el 16 de diciembre un *atto di indirizzo* dirigido a las regiones al fin de «garantizar a cualquier persona discapacitada el derecho a la nutrición e hidratación» en todas las estructuras del servicio sanitario nacional, precisando que la interrupción de los tratamientos en estas sedes es «ilegal» y, por tanto, sancionable⁴¹. Aquí la consecuencia es que Eluana, tras ser rechazada por los hospitales de Lombardía, se enfrenta a la renuncia también de la clínica *Città di Udine*, que previamente había aceptado llevar a cabo el protocolo, por el «enredo de normas» y disposiciones administrativas que complican la tarea, sobre todo después de la nota del Ministro que podría poner en peligro el puesto de trabajo de más de trescientas personas. Finalmente, el 3 de febrero de 2009, Eluana es trasladada a la estructura *La Quiete* de Údine, donde se cumplirá el protocolo previsto y Eluana fallecerá el día 9⁴².

⁴⁰ T.A.R. Lombardía, Sección III, Sentencia de 26 de enero de 2009, núm. 214, FJ 5.4

⁴¹ Puede leerse el documento en http://www.salute.gov.it/imgs/C_17_publicazioni_907_allegato.pdf El T.A.R. dirá en la sentencia citada que la nota del Ministro tiene sin duda autoridad en razón de su origen pero no es idónea, según los principios generales sobre las fuentes, para modificar el marco del derecho objetivo reconstruido por la eficacia típica de la decisión judicial (T.A.R. Lombardía, Sección III, Sentencia de 26 de enero de 2009, núm. 214, FJ 5.2).

⁴² Beppino Englaro y trece personas más (personal médico y sanitario de la clínica) serán denunciadas («por un caótico diluvio de solicitudes») por homicidio voluntario. El GIP (juez de la investigación preliminar) de Údine archivará las denuncias.

5. EL RAZONAMIENTO DEL LEGISLADOR

El mismo día del ingreso en la clínica, la trama de esta historia abandona las aulas de tribunal y empieza recorrer los meandros del poder ejecutivo y, por arrastre, del legislativo. El Gobierno, con nocturnidad y alevosía, decide presentar un Decreto Ley para detener la ejecución de la sentencia de la *Corte d'Appello*; ya tenía preparado un proyecto de ley en discusión en la comisión del Senado, pero la «necesidad y urgencia» de intervenir en el caso de Eluana hace que el Consejo de Ministros apruebe el día 6 el texto del Decreto (Disposiciones urgentes en materia de alimentación e hidratación): «En espera de la aprobación de una completa y orgánica disciplina legislativa sobre el final de la vida la alimentación y la hidratación como formas de sustento vital y fisiológicamente destinadas a paliar los sufrimientos, no pueden en ningún caso ser suspendidas por quien asiste a sujetos que no están en condiciones de valerse por sí mismos». Se trata, evidentemente y más allá de los términos generales y abstractos, de una norma *ad hoc*, es más, *ad personam*, cosa que tampoco extrañará al lector aficionado a la política italiana de los últimos años, aunque en este caso no se refiere a la *persona* habitual... Ahora bien, el Decreto resulta manifiestamente inconstitucional: como ha resumido Groppi, «o existe la necesidad y urgencia de un Decreto Ley para «salvar» a Eluana Englaro, pero haciendo esto el gobierno incide indebidamente en una sentencia definitiva⁴³. O se trata de una normativa general, que prescinde del caso de Eluana, pero entonces el Decreto Ley no cumple los requisitos de necesidad y urgencia previstos en el artículo 77 de la Constitución»⁴⁴. En ambos casos, y esta es la cuestión decisiva, se estaría

⁴³ Cuestión debatida ha sido la de la autoridad de cosa juzgada de las decisiones de la *Cassazione* en 2007 y de la *Corte d'Appello* en 2008, porque se ha sostenido que no la tenían al enmarcarse en un procedimiento de jurisdicción voluntaria como el impulsado por Beppino Englaro *ex* artículo 732 L.E.C. (así, por ejemplo, BECCHI, P., «L'imperialismo giudiziario. Note controcorrente sul caso Englaro», en *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, núm. 3, 2009, p. 386; FERRAU, G., «Caso Englaro e dibattito giuridico in corso», en <http://www.altalex.com/index.php?idnot=44856> (fecha de consulta: 10/06/2011). Meridianamente claros, en el otro sentido, CAPONI, R. y PROTO PISANI, A., «Il caso Englaro: brevi riflessioni dalla prospettiva del diritto civile», en *Il Foro Italiano*, I, 2009, 984: «La decisión final ha dictado sobre un derecho, no ha gestionado un interés. Como tal, no es una decisión de jurisdicción voluntaria siempre modificable o revocable *ex* artículo 742 L.E.C., sino un acto de jurisdicción contenciosa con actitud de cosa juzgada, es decir, para dictar una disciplina inmutable del derecho que constituye su objeto». Que la decisión haya sido sobre derechos subjetivos lo dice la *Corte d'Appello* de Milán en el Decreto 88/2008 (FJ 2) y el T.A.R. de Lombardía en la Sentencia 214/2009. ¿Y no viene a reconocerlo también la *Cassazione* en el Auto 8291/2005 al decir que la notificación del recurso es necesaria en este caso y que no es necesaria solo en procesos de jurisdicción voluntaria unilateral?

⁴⁴ GROPPi, T., «Incostituzionale un decreto per il caso Eluana», en *L'Unità*, 6 de febrero de 2009. En una carta que el Presidente de la República dirigía al Primer Ministro anunciando su negativa a ratificar el Decreto, recordaba como los temas relativos al final de la vida, el testamento biológico y la nutrición mecánica están en el

violando el principio de la separación de poderes⁴⁵. El Presidente de la República, ejerciendo la función de «guardián de la Constitución», como ya había ocurrido en el pasado según una praxis tradicionalmente admitida⁴⁶, no ratifica el Decreto. Las fuerzas de gobierno, fallida la vía de la decretación de urgencia y con un tesón digno de Beppino Englaro, presentan un proyecto de ley (ponente: el Senador R. Calabrò) con el mismo contenido ante el Senado con el objetivo de aprobarlo antes del desenlace fatal. De hecho, una vez sobrevenido el fallecimiento de Eluana, el día 9, el procedimiento parlamentario se interrumpe y se decide retomarlo dentro del más amplio proyecto de ley relativo a las declaraciones anticipadas de tratamiento⁴⁷. Y al examen de este proyecto de ley (que a día de hoy, comienzos de 2013, aún no ha concluido su accidentado recorrido parlamentario) voy a dedicar la parte conclusiva.

5.1 Dos cuestiones bioéticas

Después de haber leído la historia de los avatares judiciales del «caso Englaro» se puede decir que hay ciertos puntos neurálgicos que han salido a flote y que han marcado el debate jurídico. Ha habido sentencias muy dispares en sus conclusiones y en sus argumentaciones. Se pueden compartir los razonamientos de unos o de otros e incluso parte de unos y parte de otros y se ha visto que todos procuran, al menos, anclar las decisiones en los cánones normativos pertinentes, esto es, las leyes y la jurisprudencia. Todas las sentencias, como es preceptivo, están *formalmente* motivadas, aun cuando, como se ha ido subrayando a lo largo de este trabajo en relación con los argumentos usados en tales sentencias, la motivación no siempre es igualmente solvente o concluyente, siendo en algunos casos, a mi juicio,

debate público y parlamentario desde hace mucho tiempo. Ya solo por esta razón, recurrir al Decreto Ley en una materia como esta no es apropiado, teniendo en cuenta que no ha ocurrido ningún hecho nuevo que justifique una circunstancia extraordinaria de necesidad y urgencia.

⁴⁵ Vid. el análisis de Luciani, M., «L'emanazione presidenziale dei Decreti-Legge», en *Politica del diritto*, núm. 3, 2009, pp. 430 ss.: basándose en la jurisprudencia constitucional, subraya que es ilegítima cualquier ley que «interfiera» con la cosa juzgada, que «incida» en ella o que «anule sus efectos» (p. 432). Claro que depende de los puntos de vista: comentando en rueda de prensa las razones del rechazo del Presidente de la República a firmar el decreto, un emocionado Berlusconi mantenía que, ante una vida humana en peligro, no podemos detenernos frente a «formalismos jurídicos» ni por el hecho de que haya intervenido una sentencia judicial (en PIZZETTI, F.G., «Sugli ultimi sviluppi del «caso Englaro»: limiti della legge e «progetto di vita», en *Politica del diritto*, núm. 3, 2009, p. 453 (nota 27).

⁴⁶ Vid. PACE, A., «Quella legge ancora inutile», en *La Repubblica*, 9 de febrero de 2009.

⁴⁷ Mientras tanto, el Senado aprueba una moción en materia de alimentación e hidratación artificial, presentada por un grupo de senadores de la mayoría, que recoge la disciplina contenida en el Decreto Ley (para más detalles, *vid.* Pizzetti, «Sugli ultimi sviluppi del «caso Englaro»: limiti della legge e «progetto di vita», *cit.*, p. 466).

manifiestamente insuficiente o errónea. Sin embargo, hay una evolución: una de las consecuencias razonables de que existan distintos grados de juicio es la «acumulación de conocimientos fáctico-jurídicos» y en este caso, desde luego, la sentencia 21748/2007 de la *Cassazione* representa el punto de llegada. En cualquier caso, como se ha visto, las distintas instancias de juicio han resuelto el caso de forma distinta básicamente porque han interpretado en un sentido u otro las normas, y también los hechos, aplicables al supuesto concreto. A riesgo de simplificar pero en aras de la comunicación del mensaje, podríamos agrupar las cuestiones más problemáticas suscitadas por la petición de Beppino Englaro alrededor de dos vectores «bioéticos» que han marcado las oscilaciones de las numerosas decisiones judiciales y que sustancialmente coinciden con las dudas por las cuales Beppino Englaro interpelaba a los jueces en 1999: uno médico (relativo a la definición y calificación de determinadas medidas sanitarias para saber si se pueden rechazar o no) y el otro jurídico (quién tiene la facultad de decidir sobre ello cuando el paciente no puede hacerlo por sí mismo). Veamos como se resuelven estas cuestiones en el proyecto de ley ahora en discusión en la Cámara de los Diputados⁴⁸.

Antes de nada una consideración de orden general pero clave para entender los detalles: el primer apartado del artículo 1 del texto (ya aprobado en las dos ramas del Parlamento) se estrena diciendo que «La presente ley, teniendo en cuenta los principios de los artículos 2, 3, 13 y 32 de la Constitución: a) reconoce y tutela la vida humana, como derecho inviolable e indisponible (...)». Que el derecho utiliza un lenguaje persuasivo, ideológico y no solo preceptivo es cosa sabida, pero en ocasiones la retórica oculta directamente la mentira. Ahora bien, cuando nos hallamos ante una ley que regula temas como el consentimiento informado en materia sanitaria y las declaraciones anticipadas de tratamiento, hablar de «indisponibilidad» de la vida solo puede significar que el legislador está quitando el bien vida de la disponibilidad, por ponernos analíticos, de Alguien¹, Alguien², Alguien³ o Alguienⁿ, pero no puede hacerlo respecto de todo el universo de campo Alguien $\lim_{(n \rightarrow \infty)}$ porque no puede eliminar la disponibilidad *tout court*. La razón es bien sencilla: en esta tipología de casos, en que la propia «existencia en marcha» (*ongoingness*) de la vida depende de una decisión ajena, si se establece el principio según el cual el sujeto interesado (o su representante) no pueden disponer de su vida, en realidad se pretende desviar la atención del hecho de que «otro» sujeto dispone *de facto* de esa vida, ya sea el médico, el Gobierno, el Estado o la parroquia.

⁴⁸ El último dato del que dispongo a 6 de julio de 2001 es que la Cámara acaba de aprobar los artículos 1 y 2 del proyecto de ley ya aprobado en el Senado el 26 de marzo de 2009 y con las enmiendas aportadas por la Comisión de Asuntos sociales de la Cámara de Diputados

Alguien(x) tiene que tomar (y de hecho lo hace) la decisión; por tanto, aquí de lo que se trata en realidad es de establecer *quien* ha de tomarla⁴⁹.

5.1.1 NUTRICIÓN E HIDRATACIÓN ARTIFICIAL: ¿CUIDADOS BÁSICOS O TRATAMIENTOS MÉDICOS?

Con respecto a las dos cuestiones problemáticas a las que aludía antes, la primera queda resuelta en el artículo 3.5 del proyecto de ley: «También en cumplimiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, alimentación e hidratación, en las distintas formas que la ciencia y la técnica puedan proporcionarle al paciente, deben ser mantenidas hasta el final de la vida, exceptuando el caso en que ya no resulten eficaces para suministrarle al paciente los factores nutricionales necesarios para las funciones fisiológicas esenciales del cuerpo. No pueden formar objeto de declaración anticipada de tratamiento». La invocación de la Convención de ONU sobre las personas con discapacidad ya había aparecido en el famoso *atto di indirizzo* del Ministro de Sanidad. En concreto, la primera parte y la letra *e*) del artículo 25: «los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad (...) *e*) impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad». Es evidente de todo punto, como también había afirmado la sentencia del T.A.R. Lombardía 214/2009, que el principio de no discriminación de las personas con discapacidad no es necesario buscarlo en una norma internacional pues se deduce «ágilmente» de la Constitución italiana y, sobre todo, que para nada es incompatible con el derecho al rechazo de los tratamientos sanitarios «ya que, al contrario, si se siguiera el planteamiento ministerial [y volcado en el proyecto de ley], es decir, si al discapacitado (incapacitado) no se le reconociera tal derecho, precisamente en ese caso se vería

⁴⁹ En este sentido general *vid.*, por ejemplo, PIOGGIA, A., «Profili di incostituzionalità del d.d.l. Calabrò», en http://www.astrid-online.it/Libert--di/TESTAMENTO/Studi--ric/Pioggia_Osservazioni-Sul-DDL-Calabr-_19_02_09.pdf y Agosta, S., «Se l'accanimento legislativo è peggio di quello terapeutico: sparse notazioni al disegno di legge» in *materia di alleanza terapeutica, di consenso informato e di dichiarazioni anticipate di trattamento*, en http://www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0175_agosta.pdf (fecha de consulta: 11/04/2011). Uso la lógica aunque considere totalmente válido el argumento jurídico de Rodotà quien, precisamente el mismo día en que estoy escribiendo estas líneas, reitera que la mención del proyecto de ley a la indisponibilidad de la vida está en contradicción absoluta con el consolidado derecho al rechazo y a la suspensión de las terapias (RODOTÀ, S., «Chi vuole rubarci la vita», en *La Repubblica*, 7 de julio de 2011).

injustamente discriminado en el ejercicio de una libertad constitucional»⁵⁰. Mi sospecha es que, sin disponer de un anclaje constitucional para fundamentar el contenido del artículo, al legislador o impulsor de la ley no se le ha ocurrido otra cosa que buscar algún texto normativo que obligara a «dar de comer al hambriento y de beber al sediento»; y habría sido demasiado evidente si hubiera remitido directamente al Evangelio. Lo que viene después es en cierto sentido sensacional porque representa la «excepción italiana» en medicina: ningún juez, a lo largo del «caso Englaro» ha encontrado elementos para alcanzar la definición colocada en el proyecto de ley; las únicas instancias judiciales que ponían en duda la calificación de la alimentación e hidratación artificial como «tratamiento sanitario» o como medida de «sustento vital» habían sido la *Corte d'Appello* de Milán en 1999 y el Tribunal de Lecco en 2002, mostrando ciertas perplejidades que requerían un debate científico-ético-jurídico sobre la definición de tales terapias (*vid. supra* los puntos 3 y 4 del apartado 3)⁵¹. Se ha visto que la *Cassazione* ha cerrado definitivamente ese debate alineándose a la mayor parte de la comunidad científica y la jurisprudencia internacionales: la nutrición por sonda nasogástrica es un tratamiento sanitario porque su aplicación exige un «saber científico» (*vid. supra* el punto 8 del apartado 3). Sólo un médico o un profesional de la salud autorizado y no un abogado, como por lo demás es mi caso, podría llevar a cabo tal tratamiento sanitario. En cambio, al igual que cualquier otra persona sin conocimientos sanitarios, puedo suministrar una medida de sustento vital como darle de comer a mi hijita con una cuchara porque ella no puede valerse por sí sola. ¿Y por qué puedo hacer esto? Porque lo que suministraría sería simplemente comida y bebida y no estaría, como en el caso de la alimentación e hidratación artificial, practicando maniobras quirúrgicas en las venas o en el aparato digestivo ni proporcionando como nutrientes productos farmacológicos muy especiales, a menudo portadores de complicaciones, preparados, prescritos y controlados por personal especializado⁵². En efecto, la letra del artículo aprobado por el Senado, antes de pasar por la Comisión en la Cámara de Diputados, calificaba a la alimentación y nutrición artificial como «formas de sustento vital». Tal vez, percatándose de que la tesis científica subyacente en el proyecto de ley originario podía resultar peregrina y de que, al margen de tal calificación,

⁵⁰ T.A.R. Lombardía, Sección III, Sentencia de 26 de enero de 2009, núm. 214, FJ 5.2.

⁵¹ No es cierto, por tanto, como se ha dicho, que los Tribunales de Lecco y de Milán «declararon que la alimentación no es una terapia, sino una medida de *sostenimiento vital*» (VIDAL, E., «Diez preguntas sobre el “caso” Englaro: constitucionalismo, derechos, principios, pluralismo y relativismo», en *Persona y derecho*, núm. 61, 2009, p. 144).

⁵² VERONESI, P., *Il Corpo e la Costituzione*, cit., p. 228; en el mismo sentido Casonato, C., «Consenso e rifiuto delle cure in una recente sentenza della Cassazione», en *Quaderni Costituzionali*, núm. 3, 2008, p. 551 y la *Postilla* de M. BARNI al texto aprobado por el *Comitato Nazionale per la Bioetica* el 30 de septiembre de 2005 (<http://www.palazzochigi.it/bioetica/testi/PEG.pdf>) fecha de consulta: 13/06/2011.

queda abierta la cuestión aquí no discutida pero discutible de por qué un sujeto no debería tener derecho a rechazar unas determinadas medidas indiferentemente de si son «tratamiento» o mero «mantenimiento», se ha modificado el texto estableciendo la prohibición absoluta de suspenderlas («deben ser mantenidas hasta el final de la vida») y, por si fuera poco, de incluirlas en las directivas anticipadas («no pueden formar objeto de declaración anticipada de tratamiento»). El legislador se toma la revancha contra los jueces del «caso Englaro».

5.1.2 LA DECLARACIÓN ANTICIPADA DE TRATAMIENTO

El segundo asunto, relativo a quién y cómo decide sobre el final de la vida, ha sido a mi juicio la cuestión más peliaguda que han tenido que afrontar los jueces que han intervenido en esta larga historia⁵³. En este ámbito se han registrado las mayores divergencias entre instancias judiciales y no es necesario reiterarlas. Sin embargo, para comparar de nuevo la labor jurisprudencial con la gubernamental-legislativa, voy a citar un fragmento de una de las sentencias que, y quiero subrayar esto, *no estima* el recurso de Beppino Englaro: «no hay duda de que en virtud del derecho a la salud y a la autodeterminación en campo sanitario, el sujeto capacitado puede rechazar incluso los cuidados indispensables para mantenerle en vida, [pero] en el caso de un sujeto incapacitado (del que no se conoce con seguridad la voluntad, como E. E.) al que solo se le está aplicando un tratamiento de nutrición que, independientemente de las modalidades invasivas con que se ejecuta (sonda nasogástrica) es ciertamente indispensable por la imposibilidad del sujeto de alimentarse de otra forma y que si se suspendiera lo conduciría a la muerte, el juez –llamado a decidir si suspenderlo o no– no puede dejar de considerar la consecuencias irreversibles de la suspensión solicitada (muerte del sujeto incapacitado), debiendo buscar necesariamente un equilibrio entre derechos igualmente garantizados por la Constitución como el de autodeterminación y dignidad de la persona y el de la vida»⁵⁴. En efecto, la averiguación de la voluntad de Eluana ha sido un problema central en el desenlace del proceso y no faltan argumentos, a mi juicio, razonables que recomiendan ir con pies de plomo por la senda de la valoración de las pruebas cuando se trata de reconstruir y valorar judicialmente los indicios de voluntad presunta. Admitamos que es delicada la cuestión del *substituted judgement* como posible fuente de decisiones heterónomas y no autónomas⁵⁵. Parece que las dos posturas en

⁵³ Vid. SANTOSUOSSO, A., «La volontà oltre la coscienza: la Cassazione e lo stato vegetativo», en *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, núm. 1, 2008

⁵⁴ Corte d'Appello de Milán, Decreto de 16 de diciembre de 2006.

⁵⁵ Vid., por ejemplo, MINGARDO L., «L'autonomia illusoria. Il diritto di autodeterminazione tra le maglie dell'eterodeterminazione», en *Tigor: rivista di scienze della comunicazione*, núm. 1, 2010, pp. 126 ss.

conflicto son: la de quien sostiene que la voluntad presunta a través del juicio sustitutivo es del todo equiparable a la voluntad declarada por el paciente plenamente capaz y la de quien mantiene que el caso de un sujeto incapacitado del que no se conoce con certeza la voluntad (es decir, que no ha dejado una declaración anticipada) no puede ser equiparado al caso de un sujeto plenamente capaz. Me parece una disyuntiva admisible y, de hecho, los jueces se han pronunciado en un sentido u otro. ¿Cómo la resuelve el legislador en el proyecto de ley Calabrò? Como la relativa a la calificación de la nutrición artificial: yendo más allá del horizonte jurídico visible. Así, el artículo 7 del texto señala: «1. Las voluntades expresadas por el sujeto en su declaración anticipada de tratamiento serán tomadas en consideración por el médico referente que, tras oír al fiduciario, apuntará en la historia clínica los motivos por lo que estima cumplirlas o no. 2. El médico no puede tomar en consideración las indicaciones dirigidas a provocar la muerte del paciente o contrarias a las normas jurídicas o la deontología médica. Las indicaciones serán valoradas por el médico, oído el fiduciario, en ciencia y conciencia, en aplicación del principio de la inviolabilidad de la vida humana y de la tutela de la salud, según los principios de precaución, proporcionalidad y prudencia. 3. En caso de controversia entre el médico y el fiduciario, la cuestión será sometida a la valoración de un colegio de médicos (...) Este colegio deberá escuchar al médico referente. Queda en todo caso vigente el principio de la inviolabilidad y de la indisponibilidad de la vida humana (...)». Conclusión: no solo no se admite como vinculante para el médico un juicio por subrogación como el del «caso Englaro», sino que en virtud de esta ley ni tan siquiera el paciente perfectamente capacitado para tomar decisiones puede tutelarse mediante el testamento biológico. No solamente, como reza el artículo 3, la suspensión de la alimentación e hidratación artificial no puede ser objeto de declaración anticipada sino que la propia declaración no es vinculante para el médico. La cosa –si se permite la expresión coloquial– roza la tomadura de pelo teniendo en cuenta que mientras el título de la ley es «Disposiciones en materia de alianza terapéutica, consentimiento informado y declaraciones anticipadas de tratamiento», el texto niega de forma tajante y sistemática tanto el consentimiento informado como las declaraciones anticipadas. La llamada alianza terapéutica es en realidad una especie de investidura del médico como *dominus* de la vida del paciente y bajo cuyo poder se desplaza el centro de las decisiones. De este modo, al adueñarse del cuerpo del ciudadano eliminando el derecho a la autodeterminación, degradando el consentimiento informado al nivel de orientación sin valor vinculante y trasladando la decisión al médico, el Estado se convierte en científico y dicta preceptos éticos⁵⁶. De aquí al recuerdo del

⁵⁶ RODOTÀ, S., «Il caso Englaro: una cronaca istituzionale», cit., p. 85.

concepto foucaultiano de biopolítica –la creciente implicación de la vida natural del hombre en los mecanismos de poder– hay un paso.

Ahora bien, ¿es necesaria una ley sobre esta materia? Se ha criticado la perspectiva neoconstitucionalista según la cual la Constitución es directamente aplicable por el juez en las controversias entre privados. Y se ha mostrado sorpresa ante la actividad de un juez que efectúa una elección discrecional para llenar una supuesta laguna y lo hace obviando normas positivas como el artículo 5 del Código Civil⁵⁷ y los artículos 579 y 580 del Código Penal. En definitiva, se ha lamentado que el juez se transforme en legislador⁵⁸. Para desmentir esta tesis basta con interpretar el derecho existente, no es necesario ser neoconstitucionalista en el sentido críticamente mencionado; se trata simplemente de no olvidar que las constituciones «expresan e incorporan valores del mismo modo que lo hacen las leyes ordinarias»⁵⁹. Lo anterior, obviamente, no significa que la jurisdicción pueda soslayar la aplicación de leyes aprobadas por el poder legislativo constituido, para más señas, por un parlamento democrático. La motivación racional (o razonable) de las decisiones no es, al menos en mi opinión, un *passepertout* para derrotar normas jurídicas. Más bien, se trata de evaluar si la argumentación judicial tiene anclaje en normas vigentes y hasta qué punto utiliza artificios hermenéuticos en el ejercicio de su discrecionalidad interpretativa.

Si atendemos al *excursus* jurisprudencial aquí trazado vemos que la *Corte di Cassazione* ha dictado una sentencia fundamentada en normas jurídicas existentes, constitucionales, internacionales, jurisprudenciales y deontológicas y creo que no ha obrado en una situación de vacío normativo en la resolución del caso Englaro⁶⁰. En este sentido, una reciente decisión judicial recuerda que los artículos 2, 23 y 32 de la Constitución poseen el carácter de imperatividad y de inmediata aplicabilidad sin necesidad de ninguna intervención por parte del legislador ordinario⁶¹.

⁵⁷ Desde hace tiempo, la doctrina ha demostrado que la libertad de disposición del cuerpo halla sus raíces en la Constitución como proyección de la libertad personal (art. 13) y de la disciplina de los tratamientos sanitarios obligatorios (ROMBOLI, R., art. 5, en GALGANO, F. (ed.), *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, Zanichelli-Il Foro italiano, 1988, pp. 239 ss. Sobre el origen «mercantil» del artículo 5 del Código Civil *vid.* RODOTÀ, S., *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milán, Feltrinelli, 2006, pp. 84-85.

⁵⁸ BECCHI, P., «L'imperialismo giudiziario», cit., pp. 387 ss.; también GAZZONI, F., «La cassazione riscrive la norma sull'eutanasia», en www.judicium.it (fecha de consulta: 18/05/2011).

⁵⁹ FERRAJOLI, L., «Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista», en *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, p. 2786.

⁶⁰ En este sentido, para mí, el de Eluana Englaro no es un caso «trágico» en el sentido manejado por la doctrina. Lo trágico aquí son los hechos, no la encrucijada jurídica entre derecho y justicia al estilo, por ejemplo, del caso de Serena Cruz.

⁶¹ Tribunal de Florencia, Decreto de 22 de diciembre de 2010.

Por otra parte, una «ley de mínimos» –en sociedades pluralistas no debería ser de otra manera cuando se legisla en temas bioéticos– serviría para identificar de forma más clara el área que debe quedar ajena de la reglamentación jurídica y que garantiza la autonomía del sujeto. Claro que una legislación más bien de principios implicaría la adaptación a los casos por parte de los jueces. Pero esto parece precisamente el peligro a evitar por parte de ciertos sectores institucionales y, por ello, el Gobierno se ha visto obligado a intervenir en la materia del final de la vida: Silvio Berlusconi, en vistas de la llegada del proyecto de ley Calabrò a la Cámara, escribió una carta a *sus* diputados avisándoles de que «la gran mayoría de nosotros considera que sobre el final de la vida, cuestión sensible y vinculada a la esfera más íntima y privada, no se debería legislar y yo también pensaría así si no hubiera tribunales que, aduciendo presuntos vacíos normativos, en realidad pretenden saltarse el Parlamento y usurpar sus funciones. No podemos olvidar que la ley que estamos a punto de debatir surge de un evento que ha traumatizado la opinión pública y todos nosotros: la muerte de una mujer, establecida –por primera vez en Italia– a través de una sentencia»⁶². Al final, las cuentas encajan: esta nueva invectiva contra los jueces es una de las batallas más cruentas que el Gobierno ha librado en este terreno durante los últimos años. Y no estoy seguro de si el trauma al que se refiere el ex Presidente del Gobierno proviene de la muerte de una mujer o de que haya intervenido en ella una sentencia judicial.

Fecha de recepción: 31/03/2012. Fecha de aceptación: 20/12/2012

⁶² Puede consultarse en la propia página web del *Popolo della libertà*, el partido de Berlusconi: <http://www.ilpopolodellaliberta.it/notizie/20584/berlusconi-su-testamento-biologico-conciliare-etica-convinzione-con-etica-responsabilita->.