

TRANSFUSIONES DE SANGRE Y TESTIGOS DE JEHOVÁ

Comentario al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. “Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias”, del 01/06/2012*

*Elian Pregno***

“Y yo pediré cuenta de la sangre de cada uno de ustedes...”¹

I. PÓRTICO

1. No resulta fácil emular la capacidad de los avances de la ciencia y la tecnología, especialmente en el campo de la biomedicina, para inaugurar controversias con alto impacto para la especie humana que, en última instancia y las más de las veces, remiten a cosmovisiones fundacionales de la vida en sociedad que habilitan la comprensión de “el todo”.

Consecuentemente, la “exigencia de definiciones (a veces más sinceras, a veces más hipócritas) recae tanto sobre los círculos intelectuales más eximios, esos que premoldean las prioridades de la academia e, incluso, inciden en la construcción de la agenda pública, como sobre aquellos líderes con apetencia de incumbencias en la toma decisiones de alcance colectivo”².

* Disponible en: <http://www.cij.gov.ar/nota-9216.html> Fecha de consulta: 10.5.2013.

** Magister de la Universidad de Buenos Aires en Elaboración de Normas Jurídicas. Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de la Universidad Nacional de Quilmes. Director Ejecutivo del “Centro de Estudios y Participación Ciudadana”. Contacto: epregno@derecho.uba.ar

¹ Libro del Génesis, Capítulo 9, versículo 5. *El libro del Pueblo de Dios. La Biblia*, 5ª Edición revisada y aumentada, Madrid-Buenos Aires, Ediciones Paulinas, 1991, p. 38.

Al unísono, desde la ciudadanía y, principalmente, a través de los medios de comunicación masiva, se despliegan verdaderos procesos de vigilancia cívica que sellan el futuro de los referentes políticos en la disputa por el poder³.

Entonces, nadie permanece en silencio.

Luego, el auditorio se biseca de manera irreconciliable.

2. Promediando el año 2012, asistimos en la Argentina a un nuevo caso de judicialización de conductas autorreferentes y reeditamos discusiones que creíamos zanjadas en torno al derecho a rechazar tratamientos, en general, y transfusiones de sangre por parte de los fieles de la “Congregación Cristiana de los Testigos de Jehová”⁴, en particular.

Mientras, cual “eterno retorno”, los titulares de prensa en la primera plana de los diarios daban cuenta de las disputas entre interés particular e interés general, como si se tratase de un *déjà vu*, Bahamondez⁵ sobrevolaba los pasillos tribunalicios.

Así las cosas, corresponde sincerarse con el lector de estas líneas: después de pensar el tema y problematizarlo tanto cómo nos resultó posible, no advertimos dilema alguno; más aún, no dudamos en desconocerle entidad a la cuestión en sí misma considerada, toda vez que, según nos parece, encubre una inusitada violencia simbólica que arremete contra “las pautas morales que definen modelos de virtud personal y que permiten juzgar las acciones por sus efectos en el carácter moral del propio agente, perjudiquen o no a terceros”⁶.

En todo caso, las implicancias se disparan hacia el campo de la teoría general del derecho, donde sí se topa con un problema que, si bien tampoco es nuevo, se ha encarecido en nuestros días, cual es: “¿cómo dialogar con el dogma?”

Hacia allí se dirigen, pues, las reflexiones que siguen.

² PREGNO, Elian. “El fracaso del Estado como genealogía de derechos: una mirada desde la Argentina sobre el caso del aborto”, en *Revista Justicia e Sistema Criminal*, No. 5, Vol. 3 (2011), p. 85.

³ Puede verse: ROSANVALLON, Pierre. *La contrademocracia. La política en la era de la desconfianza*, Buenos Aires, Manantial, 2007; *La legitimidad democrática. Imparcialidad, flexibilidad y proximidad*, Buenos Aires, Manantial, 2009.

⁴ Sobre el particular, pueden verse: *¿Cómo puede salvarle la vida la sangre?*, documento del año 1990 de la Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania e impreso en la Argentina por la Asociación de los Testigos de Jehová; *¿Qué enseña realmente la Biblia?*, documento del año 2005 de la Watch Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania e impreso en 2009 por la Associação Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, en Brasil (versión traducida al español).

⁵ Fallos CSJN: 316:479. Y en el considerando 14 del voto que conforma la mayoría del voto de la Corte luce el corazón de la sinergia doctrinaria del máximo tribunal al sostener: “*Que, tal como recordó la disidencia de los jueces Belluscio y Petracchi en la citada causa “Bahamondez”, esta Corte ha dejado claramente establecido que el art. 19 de la Ley Fundamental otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual éste puede adoptar libremente las decisiones fundamentales acerca de su persona, sin interferencia alguna por parte del Estado o de los particulares, en tanto dichas decisiones no violen derechos de terceros*”. Así, se adscribe a la tradición liberal que dejó sentada en otros importantes antecedentes, también citados, como el caso “Ponzetti de Balbín, Indalia c. Editorial Atlántida S. A. s/ daños y perjuicios” (Fallos CSJN: 306:1892) o el más reciente y sonado “Vázquez Ferrá, Evelin Karina s/ incidente de apelación” (LA LEY, 2003-F, 437).

⁶ NINO, Carlos S. *Ética y derechos humanos*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 425.

II. PROCEDENCIA TEÓRICA Y COORDENADAS BÁSICAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA NOCIÓN “COMPLEJA” DE DERECHO

3. Entendemos a “lo jurídico” como un saber práctico encaminado a enlazar facticidades y normatividades⁷, por lo que huelga decir que propiciamos una construcción compleja⁸ del objeto jurídico.

Como puede advertirse, participamos de una noción que, sin dejar de reconocer la positividad del Derecho—en tanto lo entendemos como fenómeno “puesto por el hombre”—, no se agota en el paradigma planteado por el positivismo normativista, desde que habilitamos los hechos y ensanchamos el concepto de norma en la medida que registramos, junto a las fuentes formales de Derecho, la influencia de las valoraciones, siempre en términos de constructo⁹ y descartando de plano una concepción natural de las consideraciones de valor. Esto último no significa superponer, con ánimo de confusión, las ya diferenciadas órbitas de “lo moral” y “lo jurídico”, sino transparentar la tarea interpretativa, fuertemente signada por la argumentación y condicionada por una serie de elementos meta-formales para generar y aplicar el derecho.

Así, la recepción de la facticidad, según lo estimamos, da cuenta de una tensión brutal para el discurso jurídico: “hechos – normas”. Esta polémica ha quedado sepultada siempre bajo la presunta mayor relevancia de los conflictos “valores – normas”, plasmados en los enfrentamientos entre iusnaturalistas y positivistas. Hoy, tenemos la convicción de que las deudas de los operadores jurídicos son más bien con la historia y no tanto con el “deber ser”¹⁰.

En resumidas cuentas: a partir de la identificación de los órganos centralizados que elaboran las normas y de los procedimientos pre-establecidos para ello, se puede distinguir, con mayor o menor claridad, la pertenencia de esos enunciados prescriptivos al sistema,

⁷ PREGNO, Elian. “Justicia, utilidad y salud en el Estado de Derecho” en XAVIER, Elton Dias, VELOSO, Waldir de Pinho, XAVIER, Wendell Lessa Vilela. *Direito e desenvolvimento no marco do Estado democrático*, Montes Claros, INMENSA, 2011, pp. 75 y ss.

⁸ “Complejidad significa aquí, la emergencia de procesos, hechos u objetos multidimensionales, multi-referenciales, interactivos (retroactivos y recursivos) y con componentes de aleatoriedad, azar e indeterminación, que conforman en su aprehensión grados irreductibles de incertidumbre. Por lo tanto un fenómeno complejo exige de parte del sujeto una estrategia de pensamiento, a la vez reflexiva, no reductiva, polifónica y no totalitaria/totalizante. Un contexto inédito y enorme requiere un pensamiento creativo, radical y polifónico. Un pensamiento exorbitante (capaz de pensar fuera de la órbita de los lugares comunes). (...)”

La complejidad, es a primera vista un tejido de constituyentes heterogéneos inseparablemente unidos, que presentan la paradójica relación de lo uno y lo múltiple. La complejidad es efectivamente el tejido de eventos, acciones, interacciones, retroacciones, determinaciones, azares, que constituyen nuestro mundo fenoménico. Así es que, la complejidad se presenta con los rasgos perturbadores de la perplejidad, es decir de lo enredado, lo inextricable, el desorden, la ambigüedad y la incertidumbre. Hoy la complejidad es nuestro contexto”.

Disponible en <http://www.complejidad.org/penscompl.htm> Fecha de consulta: 24.04.2005.

⁹ Sobre la idea de “constructo”, puede verse, por ejemplo: GUIBOURG, Ricardo A. *La construcción del pensamiento. Decisiones metodológicas*, Buenos Aires, Ediciones Colihue, 2004. Sobre constructivismo, conviene ver, por ejemplo: NINO, Carlos. *El constructivismo ético*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

¹⁰ PREGNO, Elian. “El Derecho de la Salud como exigencia del Estado de Derecho. Los (derechos de los) pacientes y (las obligaciones de) las prepagas en los procesos salud-enfermedad-atención” en *Antecedentes Parlamentarios*, No. 5 (2011), pp. 181-198.

toda vez que la regla de reconocimiento¹¹ arroja criterios de alta precisión para validar el sistema normativo en su origen; mas, el rigor que cabe reconocer en esa instancia acaba por perderse definitivamente en el funcionamiento de la norma, aunque existan órganos centralizados de aplicación, pues se encubren elementos valorativos y la objetividad invocada sucumbe ante el tráfico (a veces más, a veces menos) camuflado de contenidos morales en la decisión judicial.

4. Si bien es cierto que promover la ampliación de la “juridicidad” más allá de la “normatividad puesta” mediante fuentes formales debilita niveles de precisión, no lo es menos que se potencia la capacidad explicativa de la ciencia jurídica al recuperar al objeto como un fenómeno retórico y no silogístico.

En esa inteligencia, no desconocemos las fuentes formales (determinantes para delimitar la pertenencia de las prescripciones al sistema jurídico en orden a su producción) sino que las reforzamos explicitando la libre circulación de las valoraciones (de urgente desocultamiento en el razonamiento práctico que actualiza los contenidos del Derecho).

Con este panorama, no debería extrañar, entonces, el desencuentro axiológico; y más que destacar a los mismos como una debilidad del sistema, dado que no resulta posible la “generalización”, cabe reconocerlos como una variable de ajuste que desoculta las “preferencias” y deja al desnudo la naturaleza política del Derecho; mas, para escrutarla, resulta insoslayable la consulta a los esquemas mentales de los individuos.

A ese respecto, concluimos que la aspiración máxima del debate moral no es sino la exteriorización de los pareceres que hacen las veces de puntos de partida; en otras términos, poner en palabras, tanto como resulte posible, una (de las tantas posibles) visiones del mundo. Luego, si las ideas originarias de los interlocutores resultaren compatibles, habrá acuerdo, aunque todavía no lo hayan explicitado. De ahí que nos permitamos afirmar que la búsqueda de consensos reviste carácter *ex ante* y no *ex post* o resultante del intercambio de ideas, como ficticiamente se suele afirmar¹².

III. EL CASO “ALBARRACINI”

5. El 5 de mayo de 2011², Pablo Jorge Albarracini Ottonelli, de 38 años de edad, resultó víctima de un robo a mano armada en la puerta de su casa, ubicada en la localidad bonaerense de San Justo.

Ingresó con seis balazos en el cuerpo en un sanatorio privado capitalino y fue intervenido quirúrgicamente de urgencia. El paciente sobrevivió a la operación y, en estado crítico y con pronóstico reservado, fue trasladado a la unidad de cuidados intensivos del nosocomio donde permaneció alojado con un hematoma intraparenquimatoso y lesión inguinal secundaria. Con ese cuadro, el cuerpo médico indicó una transfusión de glóbulos rojos.

¹¹ HART, Herbert. *El concepto de Derecho*, traducción de Genaro Carrió, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 137.

¹² PREGNO, Elian. “Meditaciones en torno a la reglamentación de la sexualidad: Gozar de derechos y derecho a gozar” en SLAVIN, Pablo E. (Compilador). *VI Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, Mar del Plata, Ed. Suárez, 2006, pp. 331-348.

De inmediato, la esposa de Albarracini Otonelli indicó que su marido pertenecía a la grey de los Testigos de Jehová y que, como es sabido, los fieles de esa congregación religiosa no aceptan transfusiones sanguíneas.

Acto seguido, la cónyuge acreditó sus dichos exhibiendo un documento que daba cuenta de la negativa anticipada del paciente, en virtud de sus creencias religiosas, a que se le administrasen prácticas como la indicada por el equipo de salud; mas, para reasegurar la declaración de voluntad y despejar todo tipo de dudas hacia el porvenir, el instrumento intitulado: “*Directivas anticipadas y designación de un representante para la atención médica*”, certificaba por escribano público la siguiente leyenda: “*Soy testigo de Jehová y NO ACEPTO TRANSFUSIONES de sangre completa, glóbulos rojos, glóbulos blancos, plaquetas o plasma, bajo ningún concepto, aunque el personal médico las crea necesarias para salvarme la vida*”.

6. Hasta aquí, fuera del dramático escenario, no había margen para apartarse de lo que discernida, intencionada y libremente había expresado Pablo para su propia vida; y, como si fuera poco, lo había protocolizado mediante un acto notarial.

Sin embargo, apareció un nuevo portavoz: Jorge Washington Albarracini Nieves, papá del paciente, demandando la realización del mismo acto médico que su nuera rechazaba. El progenitor respaldaba su criterio en: por un lado, el grave estado de salud en que se encontraba su hijo y en la pertinencia de la indicación terapéutica; y, por otro, en la imposibilidad de que el paciente actualizase el rechazo de la práctica transfusional, dado que se hallaba en estado de inconsciencia.

7. Desandando el derrotero judicial, surge que: a) en primera instancia se hizo lugar a la pretensión del progenitor del paciente¹³; apelado el resuelvo por la esposa del paciente, b) la Sala “A” de la Cámara Nacional de Apelaciones ofició como tribunal de alzada y revocó la decisión del inferior; finalmente, el itinerario procesal se completa con la intervención de c) la Corte Suprema de Justicia de la Nación, vía recurso extraordinario federal (denegado en lo relativo a la tacha de arbitrariedad y concedido por la cuestión federal¹⁴), que confirmó la sentencia recurrida, contra lo preopinado por el Procurador General de la Nación y al límite de los presupuestos de validez de la sentencia, toda vez que el máximo tribunal resolvió con el voto de cuatro de sus (siete) integrantes y dos de ellos lo hicieron según su voto¹⁵.

IV. NOTAS MARGINALES AL CASO “ALBARRACINI”

8. El Art. 11 de la Ley sobre “derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud”¹⁶ 26.529 manda que: “*Toda persona capaz mayor de edad*

¹³ Resulta por demás de elocuente el dato que surge del tercer considerando del voto del señor ministro doctor don Enrique Santiago Petracchi, al agregar que el fundamento de la primera instancia para hacer lugar a la medida solicitada por el padre del paciente es que éste “*no se encuentra en condiciones de tomar decisiones con pleno discernimiento*”. Nos permitimos destacarlo porque lejos de ser la resolución del problema es, con claridad meridiana, su perfecta enunciación.

¹⁴ No obstante, es opinión del Señor Procurador que la Corte se encuentra habilitada a tratar también las cuestiones vinculadas a la alegada arbitrariedad de sentencia.

¹⁵ En el fallo lucen las firmas de: *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Carlos S. Fayt* (según su voto). — *Enrique Santiago Petracchi* (según su voto). — *Juan Carlos Maqueda*.

*puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o paliativos, y decisiones relativas a su salud. Las directivas **deberán ser aceptadas** por el médico a cargo, salvo las que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas, las que se tendrán como inexistentes”.*

En otro lugar¹⁷ nos hemos permitido concluir el déficit de redacción del mentado artículo, toda vez que introducir la noción de “deber” siembra dudas en torno a la voluntad del paciente, pues no se sabe si el legislador establece que: a) “deberán ser aceptadas” por el médico tratante como una imposición para el galeno; o, b) “deberán ser aceptadas” por el médico tratante como requisito de validez de la directiva anticipada y así tornarla operativa.

Lamentablemente, como otrora lo apuntamos, resulta infeliz la incorporación de la cópula deóntica (y he aquí una materialización de ello), desde que el titular del Ministerio Público Fiscal centró su argumentación en que: la *“incertidumbre sobre la voluntad del paciente impide situar el caso en el supuesto del artículo 11 de la ley 26.529, que la exige como presupuesto básico”*¹⁸; luego, en lugar de privilegiar la voluntad oportunamente exteriorizada por el paciente, corre el eje de la cuestión a la aceptación que se hace de esa manifestación.

Mas, aunque manteniendo la observación planteada, nobleza obliga coadyuvar a visibilizar un pronunciamiento extraordinario en el considerando 12 del voto que conforma la mayoría del fallo de Corte, desde que aborda la constitucionalidad del mentado precepto y no dudan los jueces en inscribirlo en la esfera de libertad que consagra el Art. 19 de la Carta Magna, actualizando la doctrina sentada en el ya referenciado *leading case* “Bahamóndez” al concluir que sus *“principios resultan de particular aplicación al presente caso, en el que se encuentran comprometidos, precisamente, las creencias religiosas, la salud, la personalidad espiritual y física y la integridad corporal, mencionadas en el citado precedente. Y es con sustento en ellos que es posible afirmar que la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento específico, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento hace a la autodeterminación y autonomía personal; que los pacientes tienen derecho a hacer opciones de acuerdo con sus propios valores o puntos de vista, aun cuando parezcan irracionales o imprudentes, y que esa libre elección debe ser respetada.*

*Esta idea ha sido receptada por el legislador en la ley 26.529 al otorgar al paciente el derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos ‘con o sin expresión de causa’ (art. 2 inc. e)”*¹⁹.

¹⁶ Sancionada por el Congreso Nacional el 21 de octubre de 2009, promulgada de hecho por el Poder Ejecutivo Nacional el 19 de noviembre de 2009 y publicada en el Boletín Oficial el 20 de noviembre de 2009 (el destacado, no consta en el original).

¹⁷ PREGNO, Elian. “El Derecho de la Salud como exigencia del Estado de Derecho. Los (derechos de los) pacientes y (las obligaciones de) las prepagas en los procesos salud-enfermedad-atención”, op. cit., p. 193.

¹⁸ Apartado III, párrafo 5° del Dictamen del Dr. Luis Santiago González Warcalde.

¹⁹ Considerando 16 del voto en mayoría del fallo de Corte. Y abona sus fundamentos en el siguiente invocando un argumento de autoridad, en tanto invoca a la Corte Europea de Derechos Humanos: *“prima facie, cada adulto tiene el derecho y la capacidad de decidir si acepta o no tratamiento médico, aun cuando su rechazo pueda causar daños permanentes a su salud o llevarlos a una muerte prematura. Más aun, no importa si las razones para el rechazo son racionales o irracionales, desconocidas o aún inexistentes”*. No nos cabe más que coincidir con este criterio; reconocemos el derecho, incluso, de los terceros a manifestar desagrado sobre planes de vida ajenos, pero allí se agota esa potestad.

Una hilacha final en el desmenuce pormenorizado de este párrafo, pretende desocultar otra manifestación relevante de la Corte. El considerando 10 reza textualmente que: *“Pablo ha manifestado su negativa a ser transfundido fue formulado con discernimiento, intención y libertad”*.

Llamamos la atención sobre este respecto, pues nos plegamos gustosamente a las posiciones doctrinarias que encuadran al consentimiento informado como mero acto lícito o no prohibido de naturaleza no negocial²⁰. Se trata, entonces, de una declaración de voluntad, en los términos del Art. 897 del Código Civil Argentino; consecuentemente:

- a) si sólo se requiere la voluntariedad del acto; y,
- b) ello se logra con la confluencia del discernimiento, la intención y la libertad del agente; y,
- c) el discernimiento para los actos lícitos se alcanza a los 14 años²¹; cabe extraer como corolario que:
- d) se puede otorgar válidamente el consentimiento a partir de los 14 años²²; línea en la que se inscribe el Proyecto de Código Civil y Comercial 2012, en tratamiento en el Congreso Nacional.

9. No desconoce la propia Cámara Civil, ni tampoco el autor de estas líneas, que el caso reviste particularidades que exigen un plus en el temple del juzgador; pues, más allá de reconocer la plena vigencia la Ley 26.529 (pese a no estar reglamentada), como catalizadora del derecho a la autodeterminación, a la libre profesión del culto y a la dignidad, no cabe duda que el más elemental humanismo torna inexcusable la audiencia de los seres queridos del paciente. Mas la excelentísima cámara del fuero interviniente deja a salvo que: *“no hay ningún elemento que lleve a la alzada a considerar ‘que pudo haber mediado algún cambio en la idea religiosa del paciente’, porque de haber existido intención de modificarlo lo hubiera revocado”*²³.

Aún así, el Jefe de los Fiscales no es del mismo parecer y en su dictamen enfatiza que no sabe(mos) cuál es la voluntad actual de Pablo Albarracini Otonelli. Será en esa incertidumbre en la que apoye el bloqueo a la aplicación del tan mentado artículo 11 de la ley 26.529 y desconozca la directiva anticipada otorgada por el paciente.

Frente al criterio de interpretación adoptado, no dudamos en afirmar que el Señor Procurador incurre en un corrimiento argumental conocido como falacia de “petición de principio”, dado que incluye como premisa de su razonamiento a la proposición que pretende justificar.

A su tiempo, semejante temperamento acaba por desconocer la finalidad misma de las “directivas anticipadas”, las cuales constituyen una modalidad del “consentimiento diferi-

²⁰ HIGHOTN, Elena, WIERZBA, Sandra. *La relación médico-paciente: Consentimiento informado*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1991.

²¹ Cfr. Art. 921 del Código Civil Argentino.

²² Para un desarrollo más acabado de este postulado, puede verse: PREGNO, Elian. “Meditaciones en torno a la reglamentación de la sexualidad: Gozar de derechos y derecho a gozar” en SLAVIN, Pablo E. (Compilador). *VI Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política*, op. cit.

²³ Apartado III, párrafo 3º, *in fine*, del Dictamen del Dr. Luis Santiago González Warcalde.

do” y éste no es más que especie del instituto que hace las veces de género: el “consentimiento”, liso y llano.

10. Ciertamente, la estructura del “consentimiento diferido” es idéntica a la que presentan todos los actos voluntarios; esto es: su otorgamiento válido requiere la concurrencia simultánea en el mismo agente de discernimiento, intención y libertad, sólo que sus efectos se proyectan hacia el porvenir.

Así, la dinámica del instituto se pergenio para que las consecuencias jurídicas del acto, válidamente otorgado, queden suspendidas en el tiempo y diferidas al futuro. De modo que: mal puede reprochársele la carencia de “actualidad” y resulta inadmisibles una impugnación epistemológica fundada en esos términos; por el contrario, cuando se pretende salvaguardar la “previsibilidad”, el “dominio de la temporalidad” se reporta como una estrategia necesaria.

A no dudar que la lógica del diseño resulta portadora de una “potencialidad retrógrada”, en tanto y en cuanto manda bucear en el pasado para dotar de contenido una “voluntad actual”, mas en modo alguno constituye el mecanismo una innovación para el Derecho²⁴.

Por lo demás, tampoco se nos oculta que el funcionamiento pleno se alcanza cuando el otorgante ya no puede ratificarlo ni rectificarlo; mas, por esa misma causa, se fortalece el justificativo que veda toda modificación sobreviniente de parte de un tercero.

Tampoco esta respuesta constituye novedad alguna para el Derecho; sin embargo, se nos impone reconocer algún caso en el que, escándalo mediante para el razonamiento jurídico, se “desactiva” la voluntad del causante por fuera lo que él mismo estableció válidamente.

Un claro ejemplo de ello acontece en materia trasplantológica, cuando por negativa familiar se clausura *ex nunc* la decisión de una persona que había elegido donar sus órganos para después de su propia muerte, a pesar de haber exteriorizado esa opción con perfecto apego al marco legal²⁵ y sin que se verifiquen causales médicas²⁶ que desactiven el parecer del difunto. Para reforzar esto que decimos, resulta muy elocuente la redacción del último párrafo del artículo 19 de la ley de trasplantes, antes de las modificaciones introducidas por la Ley N° 26.066, el cual destablecía enfáticamente que la autorización conferida en vida por el dador no podía “*ser revocada por persona alguna después de su muerte*”. Empero, en un ostensible caso de costumbre *contra legem*, la propia autoridad de aplicación: el Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (I.N.C.U.C.A.I.), con buen tino y para no “conmover la confianza pública”, torcía la voluntad del extinto.

²⁴ Si bien nosotros preferimos reservar al “testamento” para las provisiones post-mortem de índole patrimonial, no en vano la nomenclatura “testamentos vitales” goza de considerable aceptación para tratar cuestiones como las que abordamos. Sin ánimo de forzar comparaciones y aceptando indubitablemente que se trata de supuestos ostensiblemente distintos, es posible que, en alguna medida, puedan parangonarse los extremos y debilitarse las objeciones a que la metodología empleada para resolver acaba por ser relativamente análoga.

²⁵ Cfr. Título VI: De los Actos de Disposición de Órganos o Materiales Anatómicos Cadavéricos, de la Ley N° 24.193 sobre Trasplante de órganos y tejidos.

²⁶ Sólo a título ilustrativo, pongamos por caso órganos provenientes de personas que hubieran sufrido patologías infecciosas u oncológicas.

11. Es de destacar que la clínica se abstuvo de imprimir al caso cursos de acción afines al temor que inunda la práctica de la “medicina a la defensiva” y desconocer la voluntad del paciente, polemizar con los pretendidos subrogantes y/o judicializar la intimidad de una decisión vital.

Es cierto, y no pecamos de ingenuos, que el entorno familiar estaba manifiestamente fragmentado, (al punto tal de que ellos mismos habían optado por excitar la vía judicial) y que asumieron el temple que muy probablemente hubiera escogido el sanatorio; mas, tamañas especulaciones devienen ahora contrafácticas y el antecedente hacia el porvenir permite perfijar una regla: mediando declaración expresa de voluntad del paciente (aunque controvertida por sus familiares) o de legitimados en orden a “relaciones de proximidad” en condiciones de exteriorizarla, la institución nosocomial queda inhibida de intervenir y le resulta imponible la manifestación del destinatario directo de la práctica o de quien “lo cuida”²⁷. Luego, el corolario de la inacción (que celebramos) de la clínica en este caso se erige en una autolimitación futura para otras situaciones donde media declaración de voluntad del paciente, independientemente de las divergencias del entorno afectivo.

A este último respecto, sobre los que deciden “en” el final de la vida ajena²⁸, nos basta con desocultar un tema que, por cierto, no ha merecido teorización suficiente: el “conflicto de interés” que asalta a terceros interesados, como es el caso de los que se saben herederos del paciente al que subrogan en decisiones vitales (cuánto más cuando se los grava a honrar la voluntad del causante en sentidos determinados, sea porque éste la exteriorizó previamente o -peor aún- porque la ley lo emplaza como deudor de una conducta debida). Esta vez nos basta con dejar nota sobre este asunto, pero el tema es denso y suele obviarse y evitarse en la literatura jurídica especializada.

12. A esta altura de la exposición, cabe señalar que, como ya se ha deslizado, se trata de un típico caso de conductas autorreferentes; como suele decirse coloquialmente, son supuestos que se resuelven en un: “yo para yo y tú para tú”, puesto que el implicado directo es el que ha decidido por sí y para sí. Redoblando la apuesta, afirmamos contundentemente que: la persona ni siquiera debe fundar su curso de acción, pues sólo rinde cuentas ante sí mismo. Ergo, las motivaciones de su decisión, las exterioriza si le place; y, si no, lo mismo da.

Así las cosas, no hay espacio para razonar en los términos que lo hace la procuraduría al sostener que: ***“más allá de la prohibición religiosa, lo cierto es que se trata de una intervención menor y que de por sí no parece indicar una crueldad terapéutica. Y además, puesto que el Estado asume la responsabilidad de intentar salvar su vida, queda desplazada, en su inconsciencia, su propia responsabilidad ante el credo al que dijo pertenecer”***

Por lo demás, **esta solución se compadece con los protocolos médicos internacionales en la materia y, sobre todo, con lo que establecen las normas superiores.**

²⁷ Sobre la figura de los “cuidadores” en salud y su relación con la teoría general de la representación, puede verse: PREGNO, Elian. “El Derecho de la Salud como exigencia del Estado de Derecho. Los (derechos de los) pacientes y (las obligaciones de) las prepagas en los procesos salud-enfermedad-atención”, op. cit., pp. 190-191.

²⁸ Sobre el particular, puede verse: KRAUT, Alfredo J. “Ausencia de consentimiento médico: La decisión por otro” en *Jurisprudencia Argentina*, No. I (1997), p. 745.

*Porque cabe recordar que V.E. ha declarado que **el derecho a la vida es el primer derecho de la persona humana**, que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, por lo que es de la mayor importancia advertir la especial perspectiva de este derecho (Fallos: 310:112), pues **el primer deber del juez es preservar la vida** (Fallos: 324:51, voto del juez Nazareno)”²⁹.*

Resultan inconmensurables los extremos que pretenden parangonarse, pues: mientras el dictamen ventila el carácter materialmente invasivo de la práctica, el sentir del paciente transita por sendas metafísicas.

Luego, es un auténtico desconcepto pretender que el Estado subrogue a los seres humanos en su libertad de conciencia; toda vez que, precisamente, se trata de un área que queda exenta de la autoridad pública y se reputa como territorio ajeno a la injerencia estatal: nadie como el propio individuo para ponderar beneficios, riesgos y perjuicios y determinar en las arenas de la soberanía corporal.

En boca de la Corte: “Una conclusión contraria significaría convertir al art. 19 de la Carta Magna en una mera fórmula vacía, que sólo protegería el fuero íntimo de la conciencia o aquellas conductas de tan escasa importancia que no tuvieran repercusión alguna en el mundo exterior”³⁰.

Con nuestras propias palabras y si vale la apelación a la metáfora, puede decirse que la autodeterminación nace en los “bordes dérmicos” y se consume en los dominios de exclusivo señorío hasta confundirse con lo que quiera que sea el “fuero íntimo” de las personas.

Razonar por la contraria, como en efecto lo hace el dictaminante, desnaturaliza el derecho a la vida convirtiéndolo en obligación de vivir; no obstante, huelga reconocer que llega a esas conclusiones “transfundiendo” referencias morales rigoristas, bien enraizadas en la jurisprudencia constitucional norteamericana³¹, pero un tanto ajenas al acervo cultural de nuestros días.

V. COLOFÓN

13. Antes de finiquitar estas breves reflexiones, expuestas tan organizadamente como nos ha sido posible, dejamos formulado un interrogante al que vislumbramos intuitivamente como digno de ser tematizado en el porvenir: ¿cómo garantizamos que la hermandad no coaccione a los Testigos de Jehová?

²⁹ Apartado III, párrafos 5° *in fine*, 6° y 7° del Dictamen del Dr. Luis Santiago González Warcalde (el destacado no consta en el original).

³⁰ Disidencia de los Dres. Belluscio y Petracchi en Fallos: 316:479 y citada por la Corte en el considerando 19, párrafo 3°.

³¹ “Y siguiendo la postura adoptada por la jurisprudencia norteamericana, el Estado retiene cuatro intereses fundamentales respecto de las decisiones médicas que deben adoptarse en estas situaciones, a saber 1) la preservación de la vida; 2) la prevención del suicidio; 3) la protección de terceras personas inocentes; y 4) el mantener la integridad ética de la profesión médica (*Satz v. Perlmutter*, 362 So. 2d 160, Fla. Dist. Ct. App., 1978, entre otros)”. Apartado III, párrafo 8° del Dictamen del Dr. Luis Santiago González Warcalde.

Ciertamente, el circuito: “conciencia – creencia – libertad – expresión” exige definiciones hondas para un montaje constructivista que se haga cargo de -al menos- los dos problemas que citamos al comienzo de estas líneas:

- a) ¿cómo dialogar con el dogma?
- b) ¿cómo integrar la tensión individuo-comunidad?

El desafío, está planteado.

