Análisis ético-legal del rechazo de tratamientos médicos, en pacientes menores de edad.

Garramuño Cristian[1]

Resumen: El presente trabajo aborda la problemática del rechazo de transfusiones sanguíneas de pacientes menores de edad Testigos de Jehová, cuando ingresan a los centros de salud de la Provincia de Río Negro para recibir atención médica. Se planteó como objetivo general hacer un análisis legal de esta situación con todas sus implicancias.

Para ello se fijó como objetivos específicos en primer lugar identificar los fundamentos éticos que los Testigos de Jehová dan al rechazo de las transfusiones sanguíneas , las implicancias legales que esto genera con los profesionales de salud y una consideración de los niños y adolescentes de acuerdo al nuevo paradigma que introduce el Nuevo Código Civil y Comercial. Luego se analiza el corpus normativo vigente en las que se encuadran las situaciones analizadas, tanto en el ámbito internacional, nacional y provincial. Finalmente se presenta la jurisprudencia comparada, nacional y en la provincia de Río Negro; seguidamente se verterá algunas consideraciones finales.

Para la fundamentación ética se realizaran entrevistas con representantes del Culto de la zona que llevan la delantera en las congregaciones de Viedma con gran experiencia y capacitación en temas bíblicos y análisis documental que brindan los Comités de Enlace de los Testigos Jehová. En los que respecta al análisis del corpus normativo se llevara a cabo un análisis documental de leyes, tratados internacionales, convenciones, etc. Por ultimo para la jurisprudencia se indagara en las oficinas del Poder Judicial de Río Negro sobre doctrinal legal y jurisprudencia, y sitios de internet oficiales de jurisprudencia Nacional.

[1] Estudiante de Abogacía de la Universidad Nacional de Rio Negro

Palabras Claves: Libertad religiosa; Rechazo de tratamientos médicos, Capacidad menores de edad

SUMARIO: I.INTRODUCCION; II. ANTECEDENTES DE INVESTIGACIÓN; III. ENFOQUE CONCEPTUAL; IV. METODOLOGIA; V. PRESENTACION DE RESULTADOS; VI. REFLEXION FINAL

I-INTRODUCCION

Esta investigación tiene como finalidad analizar la problemática de pacientes Testigos de Jehová que se niegan a las transfusiones de sangre por convicciones religiosas por ser miembros de una organización religiosa llamada "Testigos de Jehová", cuando estos ingresan a los centros de salud de Río Negro. Esta situación se complejiza más aun cuando estos pacientes son niños y adolescentes que no alcanzan la edad de 18 años.

Los Testigos de Jehová son, del grupo de los "no católicos", uno de los más numerosos. Sus comienzos en Argentina datan en 1885. Distribuían la revista Atalaya (en idioma inglés) para dar a conocer su doctrina. Algunos inmigrantes oriundos de Alemania practicantes de esta fe se instalaron en la provincia de Misiones. Se inscribieron en el Registro de Cultos, tras su creación en 1947. Sin embargo, la inscripción les fue revocada al año de su otorgamiento. Pudieron finalmente registrarse en forma oficial y permanente en 1984, luego de que finalizara la última dictadura militar y retornara la democracia (Catanzaro, 2015). Actualmente existen en Argentina unos 152.052 publicadores Testigos de Jehová y en el mundo hay 8 millones de publicadores Testigos de Jehová, según un informe publicado por los Testigos de Jehová del 2016 (Anuario, 2016).En Río Negro existen aproximadamente 7.000 (informe, 2017).Es decir que pese a la oposición este grupo religioso ha logrado crecer en los últimos años. Sin embargo algunas de sus creencias son resistidas, en especial su negativa a las transfusiones sanguíneas de acuerdo a sus creencias religiosas. Esta situación ha creado mucha tensión en la sociedad que no comparte sus creencias incluidos los profesionales de salud quienes son los primeros en enfrentar este escenario, seguida de los jueces que deben decidir si administran o no sangre al paciente en caso de conflicto entre el médico y el paciente.

No obstante los Testigos de Jehová son personas y ciudadanos argentinos que necesitan asistencia médica y tratamientos de acuerdo a sus convicciones, pero muchos profesionales de la salud en Río Negro no están dispuestos a respetar su decisión menos aun si los pacientes son menores de edad, ni tampoco a utilizar otros métodos alternativos a las transfusiones de sangre que muchas veces están a su alcance o pueden solicitarlos.

De aquí se desprende otra problemática relacionada con la anterior, que aunque los médicos estén dispuestos aceptar tratar a pacientes sin de sangre, los hospitales o centro de salud no cuentan con Métodos alternativos que sustituyan la sangre (Watch Tower, 2012). Como ejemplo de ello podemos mencionar el caso Pablo Albarracín, el joven que por directivas anticipadas, asociadas a su fe como Testigo de Jehová se negó a recibir transfusiones sanguíneas. Esta situación despertó la opinión de varios profesionales alguno de ellos sostenían que pese a su recuperación el paciente todavía necesitaba la administración de sangre, mientras que otros profesionales aseguraban que las transfusiones de sangre no son la única vía para retar y remarco el Desarrollo del Programa de Medicina y Cirugía Sin Sangre que lleva adelante el DR. Roberto Batellini, jefe de cirugía cardio vascular del hospital Italiano (Diario Digital, 2001).

Los Comités de enlace de los Testigos de Jehová cumplen una función importante para aminorar esta barrera entre médico-paciente en estos casos. En Argentina estos Comités se crearon en 1991 debido al aumento de los testigos de Jehová en nuestro país, a través de un seminario internacional en la provincia de Buenos Aires. Estos Comités ofrecen información a médico y jueces, sobre métodos alternativos para no utilizar sangre en la atención de pacientes. En la actualidad existen 17 Comité de Enlace y 98 ancianos de congregación que proporcionan información a la comunidad médica y visitan los pacientes y su familia (Anuario, 2001).En Rio Negro los representantes de estos comités exponen en los hospitales de la zona, ante los médicos y jueces los explicando su postura y los métodos alternativos para evitar las transfusiones.

En cuanto a la discusión teorica-juridica esta realidad fáctica presenta para los profesionales de salud y el Estado mismo un gran dilema legal que deben resolver, por un lado el respetar esta postura en base a libertad religiosa y autonomía del paciente brindándole un buen tratamiento acorde a esas creencias, por otro resguardando el derecho a la vida del paciente, que está inspirado en el principio de beneficencia, el más antiguo de la ética profesional (Bajardi et al.1998). Sin embargo esto no queda subsumido solo en los médicos sino también en el propio Estado planteando cuestiones legales, muchas veces son los jueces quienes deben decidir entre respetar las intimas convicciones religiosas del paciente o resguardar el derecho a la vida autorizando las transfusiones de sangre pese a la negativa de este.

Si tomamos en consideración los niños/as y adolescentes comenzamos con la adopción de Convención de Derechos del Niño, que implico un cambio de paradigma para entender la infancia y adolescencia que eran tradicionalmente concebidas desde una perspectiva tutelar, siendo reemplazada por el paradigma de la protección integral de Derechos del Niño (Barata, 2004) y su reconocimiento como sujeto titular de derechos. Este giro en la concepción de la niñez y adolescencia fue receptado a nivel interno a través de la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley Nacional Nro.

26.061, que implico una nueva forma en que el ordenamiento interno regula los derechos del niño.

Sin embargo la concepción del niño como sujeto titular de derechos, hizo emerger su derecho de elegir tratamientos médicos .Entre ellos aquellos que incluyan las transfusiones de sangre de acuerdo capacidad progresiva para ejercerlos por si mismos teniendo en cuenta su madurez y discernimiento que se verificara en cada caso en particular. Esta forma de entender el derecho pone en cuestionamiento las teorías tradicionales sobre la capacidad e incapacidad de las personas menores de edad de acuerdo a una edad fija determinada que aun hoy se encuentran vigentes en nuestro derecho civil. (Viola, 2012)

El nuevo Código Civil y Comercial ha receptado este cambio de paradigma a través de la ratificación de la Convención de Derechos del Niño y su incorporación en el bloque Constitucional en el año 1994. Sin embargo no hay acuerdo en la doctrina ni la jurisprudencia sobre el alcance de estos derechos y menos aún si los Niños, Niñas y Adolescentes pueden rechazar las transfusiones sanguíneas sin el consentimiento de quienes ejercen la responsabilidad parental.

En este contexto se plantea como objetivo general de este trabajo de investigación jurídica hacer un análisis legal a la problemática del rechazo de transfusiones sanguíneas de pacientes menores de edad Testigos de Jehová, cuando ingresan a los centros de salud de la Provincia de Río Negro para recibir atención médica.

Para ello se fijó como objetivos específicos en primer lugar identificar los fundamentos éticos que los Testigos de Jehová dan al rechazo de las transfusiones sanguíneas ,las implicancias legales que esto genera con los profesionales de salud y una consideración de los menores de acuerdo al nuevo paradigma que introduce el Código Civil y Comercial. Luego se analiza el corpus normativo vigente en las que se encuadran las situaciones analizadas, tanto en el ámbito internacional, nacional y provincial. Finalmente se presenta la jurisprudencia comparada, nacional y en la provincia de Río Negro; al final se verterá algunas consideraciones finales.

II-Antecedentes

El estudio del fenómeno de la capacidad de los menores, que es condición para poder ejercer sus derechos incluye el consentir tratamientos médicos como las trasfusiones.Para estudiar el fenómeno de la capacidad de los menores de edad para consentir tratamientos médicos es diverso, dado que resulta difícil determinar a partir de cuándo comienza y que elementos fácticos deben darse para establecerlo. Nunca ha resultado fácil dar una respuesta clara y contundente al tema de cuándo comienzan los seres humanos a ser moral y jurídicamente responsables de sus actos. Aristóteles dice: “en la Ética a Nicómaco que los

jóvenes pueden ser geómetras y matemáticos y sabios en cosas de esa naturaleza, y, en cambio, no parece que puedan ser prudentes" (1970 p.452). Esta distinción es muy importante. No puede confundirse la madurez moral con la capacidad moral, o incluso con la jurídica. De hecho, la tradición hizo coincidir la responsabilidad moral con el llamado «uso de la razón, que se situó tradicionalmente en torno a los 7 años (Roldan, 1966).

Estos conceptos han cambiado drásticamente en las últimas décadas. En los años treinta de nuestro siglo, Jean Piaget publicó un estudio defendiendo la tesis de que el niño evoluciona desde un estadio pre-moral a otro de respeto hacia la autoridad de los individuos o de las cosas (1990). Esta noción evolucionado hasta llegar a un concepto reciente que es la" Autonomía Progresiva"(Herrera, 2015).

Siguiendo la metodología de investigaciones jurídicas de Álvarez Undurraga (2002) podemos mencionar que existen tres dimensiones de análisis para iniciar una investigación de un fenómeno mirado desde la óptica legal. Este autor nos sitúa en cuál es la mirada que el investigador hace sobre el objeto de estudio, su relación con las normas vigentes, las normas y valores o el impacto del fenómeno en lo normativo ,como asi también en la realidad .Estas dimensiones podemos sistematizarla de la siguiente manera:

Dimensión axiológica: Estas investigaciones iluminan la norma jurídica desde los valores y principios generales del Derecho. Dentro de esa dimensión podemos mencionar autores como Birgitta Roslin (2015) abordando el tema de la capacidad de los menores, desde la perspectiva del interés superior del niño que establecen las Convenciones del Niño, pero respetando la dignidad de la persona como un derecho humano fundamental, especialmente cuando refiere a la muerte digna. Ella sostiene que deben respetarse los derechos del niño y evitar la judicialización de los casos de menores respecto a su capacidad. Otro autor es Morín Edgar (2007) en su obra comenta el caso del menor cuando está en un estado terminal de su vida, defiende la prevalencia de la dignidad del menor (principio de la persona) aún en peligro de muerte. Estos autores y muchos otros que hemos analizado se inscriben dentro de la postura Iusnaturalista, donde los valores éticos constituyen principios básicos que ninguna persona debe abandonar, están por encima de lo que la ley establece.

Dimensión normativa: es un metalenguaje que cuestiona y reflexiona el mismo ordenamiento jurídico, sus incongruencias, contradicciones, etc. Estos autores tiene una visión legalista llamados iuspositivistas, su fuente principal será la ley. Rafael Ojeda Rivero (2015), en su obra "Rechazo al tratamiento médico por los menores de edad" resalta que más allá que el menor tenga otros derechos, el más importante es que establecen las Convenciones del Niño, el interés superior de este, los tratados de Derechos Humanos, cuyas fuentes son la ley misma. Entiende que para analizar la capacidad de los menores para consentir tratamientos médicos, se debe ser imparcial y moralmente neutro

focalizándose siempre en la normativa vigente. También podemos citar a Marisa Herrera y Eleonora Lan (2015), quienes analizan la problemática del principio de autonomía progresiva del Niño, Niña y Adolescente para consentir tratamientos referidos a su cuerpo de acuerdo su madurez, poniendo límites de edad preestablecidos para ejercer ciertos derechos, entre ellos los referidos a tratamientos médicos a partir de los 16 años, siempre toman como referencia el análisis de la legislación civil y familia, las Convenciones del Niño.

Dimensión Fáctica: En este caso se analiza el hecho social en dos vías, por un lado los hechos que dan nacimiento al derecho, y el otro el impacto de la norma en la sociedad. Este tipo de enfoques son desarrollados a través del método socio jurídico de investigación puede ser teórico-documental o teórico-práctico. Autores como Mariela González (2010) se inscriben en esta perspectiva. La citada investigadora analiza una resolución judicial de un Juez de Familia que muestra la dificultad muchas veces presente en el ámbito sanitario a la hora de la aplicación del art. 26 del Código Civil y Comercial en tanto la norma establece distintos supuestos vinculados con el ejercicio de derechos personalísimos de los menores de edad en lo que hace a su derecho a la salud, a la par que regula una mayoría de edad anticipada para la toma de decisión relativa a actos de cuidado sobre el propio cuerpo. También mencionamos a Mariana Catanzaro (2015), quien analiza la presencia de los Testigos de Jehová en la Argentina, como evoluciono la jurisprudencia desde Bahamondez 1993 hasta la jurisprudencia en el 2012 sobre la negativa de los pacientes a transfusiones.

Otra fuente importante son las distintas publicaciones y libros de la Asociación de Testigos de Jehová disponibles en formato papel o digitales, donde plantea su postura religiosa, cuales son las normas que los amparan , los métodos alternativos a través de Comité de Enlace, etc. Estos comités también realizan enlaces con los hospitales y profesionales para que los derechos de los Testigos de Jehová sean respetados.

Lo que podemos destacar es la coincidencia en la mayoría de los autores es que tienden a flexibilizar la capacidad de los menores de edad interpretando el concepto de autonomía progresiva, para consentir actos referidos al propio cuerpo. Algunos sustentándolo en Convenciones del Niño, leyes internas y toda la normativa vigente. Otros en valores éticos que deben ser respetados por ser un principio básico de la persona humana, etc. De ahí nos da una buena base para desarrollar este tema de la capacidad de los menores para negarse a ser transfundido de acuerdo a su discernimiento que será evaluado en caso en particular.

III. ENFOQUE CONCEPTUAL

El derecho a la libertad de religión ha sido reconocido por diferentes tratados internacionales, especialmente por la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Pero en qué consiste el derecho a la libertad de religión, este derecho es de reflexión práctica ya que contiene una serie de dimensiones o extensiones observables en la vida social a través del encuentro entre personas de distinto signo religioso o entre diferentes confesiones religiosas. Para Horacio Gentile (2010) la libertad religiosa, implica: "la libertad y la autonomía que se emplea por el hombre para decidir sobre su relación con Dios y como la misma debe ser defendida frente a los ataques otras personas"(p.55).

La libertad religiosa es fundamental ya que acá consideramos el caso de los pacientes Testigos de Jehová. Pero antes de proseguir debemos tener en cuenta que los menores más allá de profesar un culto determinado son personas que tienen derechos como pacientes ,en Argentina estos derechos del paciente se encuentran contemplados en la ley Nacional Nª 26.742, a la que Río Negro se adhirió mediante la ley Provincial Nª 4899. Estos derechos se definen como aquellos que surgen de la relación entre los profesionales de los centros de salud y el paciente, estos derechos son: asistencia, trato digno, intimidad, autonomía de la voluntad, información sanitaria, interconsulta médica, directivas anticipadas (Martínez, 2015). Nos centraremos en la autonomía de la voluntad que implica el derecho del paciente a contar con toda la información relevante y con libertad exterior e interior para elegir los tratamientos médicos (Martínez, 2015). También esta voluntad puede ser expresada a través de las llamadas directivas anticipas, entendida como el derecho del paciente consentir tratamientos en un documento escrito, antes que se requiera su voluntad en ella podrá nombrar representantes que lleven a cabo ese consentimiento estas deberán ser respetadas por los médicos según el art. 11 de la Ley 26.742.

Para nuestro estudio analizaremos el caso de los menores de edad, aquellos que no alcancen los 18 años de edad, que a partir de la sanción del Nuevo Código Civil Y comercial le da nuevos derechos referidos a su propio cuerpo e introduce la noción de la capacidad progresiva. De acuerdo la Convención del Niño implica que de acuerdo al discernimiento y el desarrollo evolutivo que posee una persona que va adquiriendo derechos que pueden ser ejercidos de manera personal sin ningún representante, por lo tanto no hay edades preestablecidas para la plenitud de los derechos , sino que depende la aptitud psicológica y evolutiva de la persona(Pena,2011).

Los menores de edad son aquellos que no han alcanzad los 18 años de edad, pero dentro de ellos tenemos dos categorías (Basset, 2015):

-Niños/ as hasta 13 años: tienen todos los derechos pero son ejercidos mediantes sus representante (padres, tutores, etc.).

-Adolescente entre 13-16 años: en materia de salud y tratamientos médicos son ejercidos por quienes ejercen la Responsabilidad Parental. Pero pueden realizar por si mismos actos que no comprometan su vida, o riesgo en su salud.

-Adolescentes entre 16 a 18 años: Mayoría anticipada para actos médicos, en lo relativo l cuidado del propio cuerpo. Es en este último caso donde juego la libertad de los menores para consentir por si mismos tratamientos médicos incluidos su rechazo a las transfusiones de sangre.

El parámetro etario utilizado en esta investigación, será el brindado por el Código Civil, que considera "adolescentes" a las personas entre los 16 y los 18 años. En la actualidad, la mayoría de edad se alcanza a los 18 años, edad en la cual finaliza oficialmente, para la ley de fondo, la adolescencia.

Se busca comprender el fenómeno de los adolescentes menores (16-18 años) categoría que establece el Código Civil Y Comercial, donde ellos pueden tomar decisiones relacionadas su propio cuerpo.

IV. METODOLOGIA

Esta investigación de tipo interpretativa, busca identificar los fundamentos éticos que los Testigos de Jehová dan al rechazo de las transfusiones sanguíneas , las implicancias legales que esto genera con los profesionales de salud y una consideración de los nonos/as y adolescentes de acuerdo al nuevo paradigma que introduce el Código Civil y Comercial.

Para el análisis de la fundamentación ética se realizaran entrevistas con representantes del Culto de la zona que llevan la delantera en las congregaciones de Viedma con gran experiencia y capacitación en temas bíblicos y análisis documental que brindan los Comités de Bioética para las implicancias con los médicos. En cuanto a la consideración de los menores de edad será análisis documental de leyes internas como es la Ley 26.061, Convención del Niño mediante la incorporación de 75 inc. 22 de la constitución Nacional, y Código Civil y Comercial de la Nación.

2)- Luego se analiza el corpus normativo vigente en las que se encuadran las situaciones analizadas, tanto en el ámbito internacional, nacional y provincial, encontrando lagunas, ambigüedades, etc. En los que respecta al análisis del corpus normativo se llevara a cabo un análisis documental de leyes, tratados internacionales, convenciones y otras.

3)- Finalmente se presenta la jurisprudencia comparada, nacional y en la provincia de Río Negro de casos que impliquen la negativa de tratamientos médicos por convicciones religiosas. Por ultimo para la jurisprudencia se indagara en las oficinas del Poder Judicial de Río Negro sobre doctrinal legal y jurisprudencia, y sitios de internet oficiales de jurisprudencia Nacional.

Las dimensiones de análisis, se encuentran constituidas por consideraciones éticas-legales de los pacientes y profesionales de salud:

- Justificación al rechazo de las transfusiones sanguíneas
- Conflicto medico jurídico con la medicina y el estado
- Caso de los menores de edad
    - Capacidad progresiva
    - Actos que pueden consentir.

Regulaciones jurídicas del tema de análisis:

- Libertad religiosa
- Derechos del paciente
- Derechos del niño
    - Alcance de la capacidad

-Jurisprudencia

- Comparado
- Nacional y provincial

-Las unidades de información se encuentran conformadas:

1) Entidades no gubernamentales como los Miembros del comité de en lace de los testigos de Jehová cuya sede central se encuentra en Buenos Aires, pero en cada zona de Viedma existen representantes que se encargan de las necesidades de miembros cuando necesitan ser representados ante los médicos para que respeten su postura. En este caso se indago a un representante de Viedma quien lleva muchos años de experiencia y ha tenido la oportunidad de intervenir en casos de pacientes que se niegan a ser transfundidos. La técnica de recolección será las entrevistas semiestructuradas.

2) Entidades gubernamentales, en este caso el Hospital Zatti de Viedma en la actualidad, se utilizó la entrevista como técnicas de recolección de datos, se seleccionó la unidad de Hemoterapia por ser la unidad quienes administran sangre cuando los médicos lo solicitan, se entrevistó al jefe de esta sesión del hospital.

3) Otras técnicas de Recolección de datos fueron análisis documentales y materiales, de revistas jurídicas, artículos de opinión, libros médicos, Publicaciones en los sitios de e internet de los testigos de Jehová, etc.

4)-Corpus normativa que nutre el sustento jurídico de la investigación.

- Convenciones Internacionales de Derechos humanos.
- Convenciones de Derecho del Niño.
- Convención Interamericana.
- Ley nacional 26.061
- Ley Nacional Nro. 26.74 2 " Derechos del Paciente"
- Ley Nacional 17.132 “Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de Colaboración.
- Constitución Nacional y provincial.
- Ley Provincial 4899 “Derechos de la Salud”.
- Ley 3076 " Derechos del paciente"
- Ley 4109 de Río Negro “Protección Integral de los Derechos Niños y Adolescentes”
- Ley provincial 3029 "Comité de Bioética"

V. PRESENTACION DE RESULTADOS

a) Fundamentos Éticos de los Testigos de Jehová

Los Testigos de Jehová son un grupo pequeño pero muy conocido por la mayoría de las personas, especialmente por sus doctrinas .De aquí surge una de las más controvertidas, “la negativa a recibir sangre “esta brota a partir de una interpretación bíblica particular. Proponen, para no violar aquel mandato religioso, métodos alternativos En Argentina han cobrado notoriedad algunos casos extremos que revelan la dualidad que se produce ante casos donde la no transfusión de sangre puede ocasionar la muerte. En esos casos, médicos, obras sociales, familiares y amigos que pueden o no ser adeptos a la misma religión emiten su opinión, solicitando además que la Justicia se expida sobre la cuestión (Catanzaro, 2015).

Los Testigos de Jehová aceptan tratamientos médicos y quirúrgicos. Pero los Testigos son personas profundamente religiosas que creen que ciertos pasajes bíblicos, como los siguientes, les prohíben aceptar transfusiones de sangre: “Solo carne con su alma —su sangre— no deben comer” (Génesis 9:3-4); “Ustedtiene que derramar [la] sangre [del

animal y cubrirla con polvo" (Levítico 17:13-14); y "Que se abstengan de la fornicación y de lo estrangulado y de la sangre" (Hechos 15:19-21) Aunque lo declarado en estos versículos no se expresa en términos médicos, los Testigos consideran que estos textos bíblicos excluyen transfusiones de sangre, de glóbulos rojos empaquetados y de plasma, así como también la administración de glóbulos blancos y de plaquetas. Sin embargo, el entendimiento religioso que los Testigos tienen no prohíbe de modo absoluto el uso de componentes como la albúmina, globulinas inmunológicas y preparaciones para los hemofílicos; cada Testigo tiene que decidir individualmente si puede aceptarlos (referenciar) .Los creyentes creen que hay que deshacerse de la sangre que se saca del cuerpo, de modo que no aceptan autotransfusiones de sangre conservada o depositada de antemano. También se oponen a las técnicas para la colección o la hemodilución intraoperatorias que envuelven el almacenamiento de la sangre. Sin embargo algunos permiten el uso del aparato para realizar diálisis y equipo cardíaco pulmonar (no cebado con sangre), así como también el salvamento intraoperatorio en casos en que no se interrumpe la circulación extracorpórea; el médico debe consultar con cada paciente en cuanto a lo que la conciencia de este le dicta (Watch Tower,2017).

Es interesante destacar que según la explicación de sus máximos referentes de la organización que los Testigos de Jehová no se dejan morir sino que valoran la vida como un regalo de su Dios Jehová , por eso evitan ponerla en peligro consumiendo drogas, alcohol en exceso, fumar,etc. Tampoco hacen curaciones de Fe, pero confían en la medicina por eso buscan métodos alternativas a las transfusiones a través de los Comités de Enlace con sede en distintos lugares y los representantes en Río Negro como ya comentamos.

Los Comités de enlace de los testigos de Jehová son una red internacional, que implican una ayuda para médicos y pacientes, ya que están conformados por ministros religiosos de la comunidad capacitados, para hablar con los médicos, miembros del personal hospitalario y representantes del poder judicial que ofrecen sus servicios: proporcionando artículos clínicos e información de revistas médicas, ayudan al traslado de pacientes, hacen presentaciones a médicos, etc. Pero lo más importante es que ofrecen a los médicos información sobre técnicas médicas y quirúrgicas sin sangre como métodos alternativos al uso de sangre, favoreciendo la mejor atención médica respetando sus convicciones religiosas del paciente (Despertad, 2000).

Los peligros de la transfusión sanguínea hacen altamente deseable considerar siempre medidas alternativas, aún para quienes no son Testigos. Ellos han planteado un desafío ético-quirúrgico que ha hecho avanzar el conocimiento técnico sobre dichas medidas alternativas beneficiando a todos los pacientes.

b) **Implicancias legales**

La negativa de los pacientes testigos de Jehová de aceptar trasfusiones sanguíneas, por convicciones religiosas enfrenta al médico a un dilema ético y jurídico que no puede ignorar. Un problema ético es el que plantea una decisión moral, es decir adoptar una conducta respecto a un tratamiento médico. Esta cuestión moralista debe ser planteado por cada uno de los integrantes de los centros de salud, como así también por el paciente y familiares (Dente 2010).Debemos tener presente que cualquier paciente podría negarse a un tratamiento médico ya sea de sangre u otro índole, por la autonomía de la voluntad que posee sin ser perteneciente algún Culto religioso.

El respetar la Autonomía Individual del paciente (libertad religiosa) pone a los profesionales de salud en un conflicto como ya lo indicamos, ya que al respetar la decisión de no ser transfundido significa poner probablemente en riesgo la vida. Conservar la vida de un paciente esta preservada por el principio de beneficencia, el más antiguo de la ética médica. Este principio implica el deber del médico de actuar para preservar su vida, es decir está obligado a actuar en cumplimiento de un deber legal, en defensa de la vida y salud del enfermo, en razón del estado de necesidad y en función de su mejor interés basadas en el art. 19 inc. 1ª de la ley 17132(Martínez, 2000).

Podríamos decir que hay dos Derechos encontrados entre autonomía del paciente (libertad religiosa) e integridad física (salud), que debe resolver el médico .Creemos que hay razones para que triunfe el deseo del paciente, pues queda abierta la posibilidad de que éste pueda reconsiderar racionalmente sus preferencias religiosas, de lo contrario se obligaría a un paciente a recibir un tratamiento que no se apega a sus convicciones íntimas, violando sus derechos morales y creando un daño psicológico grave. No es incumbencia del médico cuestionar sus principios pero debe discutir con ellos las consecuencias de la no-transfusión en determinadas condiciones. Administrar sangre a un paciente que la rechaza expresamente es éticamente incorrecto (se lo considera un grave atropello a la autonomía del paciente) y también puede ser ilegal y conducir a un juicio civil y/o penal. El médico debe decidir si está dispuesto a aceptar estas restricciones en la atención de los Testigos y aun así brindarle al paciente un cuidado óptimo. Si por el contrario, esto implica para él actuar contra su conciencia, debe rehusar atenderlo, siempre y cuando tenga la posibilidad de referirlo a otro profesional. (Comité de Ética Asistencial, 1999).

Los Testigos de Jehová han provisto respuestas a los problemas planteados por el rechazo de este tratamiento: Con el aporte de profesionales han conseguido crear tratamientos alternativos que hacen posible muchas veces desechar las transfusiones con mínimo riesgo vital. También disponen de una hoja de consentimiento informado que han

preparado de acuerdo a sus creencias (para ser insertada en la Historia Clínica), y una tarjeta identificadora acerca de su negativa (que deben portar firmada ante escribano público), para casos de urgencia en que su estado de conciencia no permita expresar inequívocamente su voluntad. Ambas constituyen además Directivas Anticipadas del rechazo de transfusión que liberan al médico del temor de ser acusado de mala praxis.

Algunos de los métodos alternativos son Técnicas médicas y quirúrgicas sin sangre, como las siguientes:

- Fluidos: Para mantener el volumen sanguíneo y evitar un choque hipovolémico, se usan la solución de lactato de Ringer, el dextrán, el almidón hidroxietílico y otros productos. Algunos fluidos en fase de experimentación transportan oxígeno.
- -Fármacos: Hay proteínas creadas mediante ingeniería genética que estimulan la producción de glóbulos rojos (eritropoyetina), plaquetas (interleuquina 11) y diversos glóbulos blancos (GM-CSF, G-CSF). Otros medicamentos reducen significativamente la pérdida de sangre durante las intervenciones quirúrgicas (aprotinina, antifibrinolíticos) o contribuyen a aminorar las hemorragias agudas (desmopresina).
- -Adhesivos biológicos: Se aplican directamente apósitos de colágeno y celulosa para detener las hemorragias. Las colas y selladores de fibrina pueden taponar las punciones o cubrir amplias zonas de tejidos sangrantes.
- -Máquinas de recuperación de sangre: Estas máquinas recuperan la sangre derramada durante una intervención quirúrgica o un trauma, que luego es filtrada y reinfundida al paciente en un circuito cerrado. En casos extremos, pueden recuperarse litros de sangre con este sistema.
- -Técnicas quirúrgicas: La buena planificación, que incluye consultar a especialistas con experiencia, ayuda al equipo quirúrgico a evitar complicaciones. Es vital actuar rápido para detener el sangrado. Las demoras mayores de veinticuatro horas pueden incrementar significativamente la mortalidad. La reducción de las grandes operaciones a varias menores aminora la pérdida total de sangre.
- -Instrumentos quirúrgicos: Algunos cortan y sellan simultáneamente los vasos sanguíneos. Otros sellan la hemorragia en amplias zonas de tejido. Hay instrumentos laparoscópicos o de carácter mínimamente invasivo que permiten operar sin las pérdidas de sangre ocasionadas por las grandes incisiones (Despertad, 2000).

c) Consideraciones de los menores de Edad

Si la situación fáctica analizada descripta anteriormente, presenta una gran complicación ética y legal, imaginemos ahora si esto lo traslados a pacientes menores de edad que se niegan a recibir transfusiones sanguíneas con o sin consentimiento de sus progenitores; se complejiza aún más.

El rechazo del tratamiento médico por parte de un menor por convicciones religiosas nos sitúa ante un complejo dilema ético aún mayor. Los menores de edad tienen derecho a la libertad religiosa, la integridad física y moral; también cuando son maduros, a otorgar por sí mismos el consentimiento para el tratamiento o negarse a dichos tratamientos. No obstante, no existe acuerdo en la doctrina sobre el alcance de estos derechos del menor, en especial cuando su vida o su salud están en peligro. Algunos autores como Ojeda Rivero (2015) recomienda centrar el enfoque del interés superior del niño, y no en la valoración religiosa o el derecho absoluto a la vida que llevan a un análisis subjetivo, este autor proponen que debemos analizar en cada caso.

Para considerar los menores debemos analizar la capacidad que tienen para ejercer por sí mismo derechos referidos al propio cuerpo, aceptar o no como método médico las transfusiones sanguíneas. Para ello, nos remitiremos a lo establecido en el Nuevo código Civil y Comercial. En materia de infancia, el código ha adoptado la pauta rígida de la edad: importa considerar persona menor de edad a aquella no ha cumplido los 18 años y adolescente a la persona menor de edad a partir de los 13 años (art. 25 CcyC). Pero a esta pauta se le sumó una variable flexible, que surge del criterio de “capacidad progresiva” o de competencia, ya introducido en el art. 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este concepto implica reconocer que la capacidad no es una cualidad estática que se adquiere de un día para otro, sino que es fruto del crecimiento, la maduración, la educación y el desarrollo de la persona, que va variando en las distintas etapas evolutivas de la Vida. Esto significa que en caso de que cuente con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico y en caso de conflicto de intereses, puede hacerlo e intervenir en el juicio con asistencia letrada. En lo que hace al ejercicio de los derechos referidos a la salud y al propio cuerpo por las personas menores de edad, el art. 26 distingue en etapas vitales de acuerdo a la capacidad progresiva, la competencia y el grado de madurez. Se reconoce así que el cuerpo y la salud son ámbitos de privacidad absoluta independientemente de la edad de la persona. Involucra derechos personalísimos que no admiten ser ejercidos por representación y nos atraviesa por igual a niños y adultos. (Roslin, 2015)

Según Basset Úrsula el Nuevo Código distingue dos categorías de menores:

1)<u>Menores de 16 años</u> "en ellos se mantiene en principio la autoridad parental y la responsabilidad por las decisiones en materia de salud y tratamientos médicos respecto de

los menores de 13 años, sin soslayar que el niño, niña o adolescente tiene derecho a ser oído, informado, y a participar en las decisiones sobre su Actos que puedan comprometer su salud o riesgo grave (Basset,2015).Es decir que tiene derecho ser escuchado y oído , tener representación legal en cuando a tratamientos médicos y en este caso el juez podría tener en cuenta su opinión. Entre los 13 y 16 años, se presume aptitud para decidir por sí respecto los llamados "actos benignos", a saber aquellos tratamientos que no resultan invasivos ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física pueden tomarlo sin el consentimiento de sus padres.

2) Adolescentes a partir de los 16 años. Mayoría Anticipada: En cuanto a los adolescentes desde la edad de 16, se ha incorporado la **mayoría anticipada** para el acto médico, en materia de decisiones relativas al cuidado del propio cuerpo, para lo cual debe ser considerado como un adulto. Por otra parte, el adolescente facultado por la norma para auto determinarse, puede también delegar en sus representantes o personas de confianza e incluso en los profesionales de la salud dicha atribución legal, ya que la opción le permite ejercer el derecho por sí o delegarlo (Roello.2012). Esta última parte es de gran discusión entre la mayoría de los autores, algunos como Ursula Basset (2015) niegan que esta parte de art. 26 se refiera aquellos tratamientos médicos que pongan en grave riesgo la vida. En síntesis: quien advierte que su futuro inmediato carece de posibilidades de proyección, y que enfrenta un fin inminente atraviesa una situación que muchísimas personas nunca llegarán a conocer.

El art.26 del CCyC tiene una gran ventaja que es solucionar el problema del consentimiento de los menores en tratamientos médicos, entre el paciente y médico sin tener que recurrir frecuentemente a los jueces que a veces de en deben fallar teniendo en cuenta cuestiones jurídicas o no éticas como es caso. Si bien el código establece que los mayores de 16 años pueden tomar decisiones referidas a su propio cuerpo, lo que implica rechazar las transfusiones sanguíneas. No queda claro si el menor puede negarse a ser transfundido aun en peligro de grave de muerte y no se cuenta con tratamientos médicos alternativos.

Pero si nosotros consideramos los menores de 16 años de acuerdo al concepto de Capacidad Progresiva, el juez podría considerarlos en caso individual y autorizar que se respete su decisión de no introducir sangre por convicciones religiosas.

Directivas Anticipadas .Menores de Edad

La Ley de Derechos del Paciente se entiende que se puede disponer directivas anticipadas sobre su salud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos preventivos y paliativos referidos a su salud[2]. En caso de los testigos de Jehová

[2] Art. 11 ley Nacional 26.742 "Derechos del Paciente"

cuentan con un documento firmado ante escribano Público, donde expresan claramente que no aceptan trasfusiones sanguíneas y nombran dos representantes en caso que el paciente encuentre inconsciente.

Los menores de 18 años podrían firmar estos documentos ante un funcionario Público y así garantizar que su voluntad será respetada aun en caso de inconsciencia. Sin embargo el código Civil y Comercial presenta una contradicción en caso de las directivas Anticipadas, porque mientras en el art. 26 consagra la mayoría anticipada para las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo a partir de los 16 años, en el art. 60 requiere plena capacidad para el otorgamiento de directivas anticipadas y para conferir mandato respecto de la salud, es decir 18 años. El codificador ha seguido el criterio de la ley 26.529 de Derechos del Paciente, exigiendo plena capacidad -que se traduce en mayoría de edad. Ahora bien, un adolescente que atraviesa las instancias finales de su vida, cuenta con una madurez prematura y bien debería poder otorgar directivas anticipadas e inclusive designar a una persona de su confianza para que tome las decisiones que considere más atinadas en nombre de su "interés superior", en caso de que el no pueda hacerlo, esto en caso de la Eutanasia (Roslin, 2015). Esta interpretación lleva al consentimiento de transfusiones sanguíneas, los Testigos de jehová menores de edad estarían habilitados para llenar dichos documentos ante un escribano Público.

Sandra Wierzba (2015) interpreta que el requerimiento de la mayoría de edad para las directivas anticipadas obedece a una decisión del legislador de posponer en el tiempo el derecho a tomar decisiones autónomas sobre procedimientos médicos que pueden involucrar un particular riesgo de muerte y concluye que "la norma halla su razón de ser en la realidad descripta y resulta plenamente válida como principio general" (pagina).

Ahora bien, la forma en que ha sido diseñada la regulación podría generar situaciones paradojales: un adolescente desde los 16 años, con plena conciencia estará facultado por el art. 26 a tomar decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, incluyendo el rechazo de transfusiones sanguíneas, aun en riesgo de su propia vida ; ese mismo adolescente, perderá automáticamente la capacidad al perder la conciencia durante la enfermedad. La prohibición parece entonces discriminatoria, toda vez que la ausencia de conciencia -previsible en las enfermedades graves y o terminales- priva del derecho fundamental a la autonomía y autodeterminación. La aludida discriminación además se produce e modo eventual y por razones meramente azarosa. Este es un argumento más para sostener que si el propio adolescente imparte directivas y designa un representante legal, su voluntad debería ser respetada aun en caso de perder lucidez, si esta fue debidamente expresada con anticipación y cumplimiento de las formalidades de rigor.

Dado que los derechos innatos al ser humano -como lo son la libertad y la dignidad - no nacen a partir de la mayoría de edad, sino que son inherentes a la naturaleza humana, no puede admitirse que los padres o los médicos peticionen en representación de los hijos

que se le apliquen y tratamientos médicos en contra de su voluntad, más aun cuando se trata de las transfusiones de sangre que la mayoría de los caso no son necesarias y aunque lo fueran no son los únicos métodos existentes (Roslin,2015). En definitiva, los pacientes incapaces tienen derecho a que se tomen decisiones médicas que redunden en su beneficio este no siempre debe ser medido en sentido de violar sus creencias religiosas protegiendo su salud física y psicológica y el beneficio no siempre debe ser confundido con aplicar un método medico sin considerar otros disponibles. Sobre estos fundamentos, la interpretación de la norma debe ser armoniosa permitiéndose en consecuencia que la directiva anticipada otorgada por un adolescente sea registrada y cualquier divergencia resuelta judicialmente, y con intervención de los Comités de Enlace de los Testigos de Jehová. En este sentido, Gustavo Caramelo (2000) antes de la entrada en vigencia del CCyC- entendía que el art. 11 de la ley 26.529 debe ser interpretado en el sentido de no excluir a los niños competentes de la posibilidad de formular directivas a anticipadas, a fin de respetar adecuadamente su autonomía y dignidad según los criterios surgidos del actual paradigma constitucional de las Convenciones del Niño, y el Código Civil y Comercial.

El principio de autonomía progresiva para consentir tratamientos médicos

La autonomía progresiva es muy frecuente cuando hablamos de los derechos del niño e implica que los niños, niñas adolescentes tienen derechos y libertades de acorde a su madurez y las diferentes etapas de la infancia, ya no son solos los padres quienes deciden por ellos, sino que su rol es de orientación y dirección propia, para que el niño ejerza sus derechos (Zeledón, 2015).

El principio de autonomía progresiva presenta características especiales en lo referido a consentir tratamientos médicos , ya que cuando se trata de decisiones referidas al propio cuerpo y a la salud, el concepto jurídico de “capacidad” no coincide con el biótico de “competencia”; la capacidad legal para adquirir derechos y contraer obligaciones debe distinguirse del especial discernimiento que debe tener una persona para asimilar una información brindada respecto del acto médico y, en función de ella, adoptar una decisión mediante la adecuada evaluación de alternativas, sus consecuencias, beneficios y riesgos (Highton, Wlerzba, 1999). Esta idea la trasladamos al consentimiento para introducir sangre al cuerpo de un menor, lo que tenemos que analizar es su competencia para ejercer por sí mismo esos derechos, sin la intervención de sus progenitores. Este punto es que pretendemos volcar en este trabajo que los pacientes menores puedan expresar sus convicciones religiosas, aceptar o no las transfusiones sanguíneas, expresar su opinión mediante directivas Anticipadas.

Sin embargo otros autores han señalado que la noción de capacidad es usada principalmente en el ámbito de los contratos y por razones de seguridad jurídica recomiendan que las leyes establezcan una edad determinada a partir de la cual se alcanza la mayoría de edad (Kemelmajer de Carlucci, 2000) .También señalan que por más que el

concepto de autonomía sea amplio y de mayores derechos de acuerdo a la madures, veces es necesario forjar una límite de edad por razones de seguridad jurídica. Pero esto no implica restringirlos derechos del niño atenienses al propio cuerpo por convicciones religiosas, violando sus derechos personalísimos.

-

II-Marco normativo

1. Libertad religiosa

La Constitución reformada en 1994 en su preámbulo que declara: “invocando la protección de Dios, fuente de toda razón y justicia”. El artículo 2 cuando dice: "El gobierno federal sostiene el culto católico apostólico romano" .El 14 que expresa: "Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos según las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber:...profesar libremente su culto...". El 19 dice: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios,...". El 20 dispone que: "Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden...ejercer libremente su culto...". El artículo 43 dice que el amparo se puede interponer "contra cualquier forma de discriminación”.

En estas fuentes que surgen de la Constitución Nacional, en sus diversos artículos recepta la Libertad Religiosa, como un derecho fundamental que tienen todos los habitantes del territorio argentino, sean nacionales y extranjeros. Estos derechos no solo son reconocidos, sino que se les da la posibilidad de poder ejercerlos, sin restricciones. El restringir esos derechos constituiría un acto totalmente discriminatorio respecto a las otras religiones. Por lo tanto los Testigos de Jehová, no solo tienen derecho enseñar a sus creyentes que el introducir sangre constituye la violación de un mandato bíblico, sino también a que sus ideales sean respetados por los profesionales de salud y jueces; lo contrario sería entender la Libertad religiosa como algo totalmente vacío.

Tratados Internacionales Con Jerarquía Constitucional

En la reforma de la Constitución en 1994 se declaró de jerarquía constitucional a diez declaraciones y tratados internacionales de derecho humanos (art. 75, 22), entre los cuales ocho se refieren a la libertad de conciencia, religiosa y de culto, ellos son:

- La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 3 dice que "Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado".

El profesar libremente nuestras creencias religiosas y manifestarla no solo abarca el tener nuestras propias convicciones religiosas en forma intima, sino manifestarla a otros, y que sean respetadas. El expresar al médico que no aceptara transfusiones de sangre por convicciones religiosas en una forma de manifestarla que debe ser respetada.

- La Declaración Universal de Derechos Humanos dice en su artículo 18 que: "Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia." Poner en práctica y observar la religión implica que las creencias religiosas como la de no introducir sangre al cuerpo por ser sagrada, caso de los pacientes Testigos de Jehová debe ser respetada y observada cuando se realicen las intervenciones quirúrgicas cuando son hospitalizados.

-El Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales en su artículo 2,2 dice que: "Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de religión o de otra índole.

El privar a los menores de edad poder decidir por sí mismos, el recibir o no trasfusiones sanguíneas dejándolas libradas solo a los progenitores o jueces en su caso, constituye un acto discriminatorio hacia ellos por solo hecho de no poseer una edad preestablecida; sin tener en cuenta su opinión y discernimiento sobre el asunto.

Critica: Más allá de este cuerpo normativo que expusimos sobre la libertad religiosa, Horacio Gentile (2000) propugna la idea de un Tratado Internacional sobre libertad religiosa que armonice y sistematice todos los derechos implicados en la libertad de Culto. También una ley nacional sobre libertad religiosa en Argentina: que traten cuestiones específicas, además, lo derechos personales y colectivos que lo comprenden. Evitaría también que las provincias y municipios creen otros registros de cultos creando obstáculos en cada jurisdicción.

2. Derechos del paciente

Tiene su antecedente en la Constitución Nacional art 42”Protección de la salud”, el art. 19 inciso 3° de la Ley 17.132 consagra el derecho del enfermo a rechazar el tratamiento que se le prescribe, con fundamento en lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional (“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral

pública, y no perjudiquen a un tercero están”... “exentas de la autoridad de los magistrados”...), y correlativamente establece el deber del profesional de respetarlo.

Esta normativa citada fundamenta y apoya que los Testigos de Jehová más allá de profesar una religión, cuando ingresan a los centros de salud son pacientes sin importar su culto o religión por lo tanto están amparados y tutelados por ley . La constitución nacional protege el derecho a salud, que implica que el paciente debe recibir atención médica adecuada. Los tratamientos médicos al ser variados y complejos hace necesario que los profesionales de salud deban explicar detalladamente cada tratamiento y el paciente tiene derecho aceptar o no ese tratamiento, por los motivos que fueran .Los médicos no pueden refutar sus ideales porque son parte de la espera intima de la persona como lo establece el art. 19 C.N.

A esto debe agregarse el Código de Ética y Deontología Profesional y se complementan con la Ley Nacional 17.132 establecen el principio de beneficencia y el deber de respetar la decisión del paciente. Es decir que los profesionales de salud tienen el deber de resguardar vida del paciente y actuar siempre es pos de ello pero siempre respetando su decisión, quien es el verdadero titular del derecho a la a vida.

A nivel Nacional contamos con la Ley Nacional Nro. 26529 “Derechos de los pacientes”. Esta ley enumera varios derechos que tienen los pacientes, uno del más importante es la “autonomía de la voluntad”, que abarca el derecho personalísimo de consentir los tratamientos médicos, luego de ser informados de los mismos .Es decir nadie puede obligar a unos pacientes a recibir un tratamiento en contra de su voluntad. No obstante esta ley cuenta con una falencia, es que solo se refiere a los mayores de edad sin contemplar el caso de los menores que no alcanzan esa edad.

La Provincia de Río Negro prevé en su Constitución Provincial art.59 “Derecho a la Salud” en el mismo sentido de la Constitución Nacional.”. La Ley Provincial 3079 Derechos del Paciente que se adhiere a ley nacional 26.529 contemplando los mismos derechos que la ley nacional. Por lo tanto tiene igual sentido en el tratamiento de las transfusiones sanguíneas de los Testigos de Jehová

3. Regulaciones relacionadas a niños, niñas y adolescentes y las decisiones respecto de su salud.

En primer lugar contamos Convención de Derechos del Niño que el 1994 adquirió Rango constitucional en nuestro país. La Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescente Nro. 26.061 a nivel Nacional es una de las más importantes, a continuación detallaremos algunos artículos claves, ellos son:

-“El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta de acuerdo su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales”. Si estos derechos lo trasladamos a la situación fáctica de nuestro trabajo, se entiende que si los menores de edad cuentan con un grado de madurez y discernimiento que sea contactada por el juez o profesional de salud, la decisión de no permitir que le introduzcan sangre ajena su cuerpo por arraigos religiosas, debe ser respetada.

-“Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”. Es decir que por más que en cuestiones de salud, a la hora de decidir introducir sangre, está en juego el bienestar físico. Este derecho no es único sino que también existe el derecho de los niños que su dignidad o convicciones religiosas sean respetadas. Aquí donde debe prevalecer el que el menor decida, siempre de acuerdo a su grado de madurez. No hay que olvidar que los pacientes Testigos de Jehová no se dejan morir, si no que aceptan otros tratamientos distintos al de introducir sangre.

-“Prioridad en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas”. Si un paciente menor de edad que cuente con grado de madurez suficiente, se negare a recibir tratamientos médicos, pero sus padres o el medico no estarían de acuerdo, deberá prevalecer la voluntad del primero, por estar amparado por esta ley.

-“Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a la dignidad”. La dignidad en sentido, implica que los menores no serán discriminados por su condición. Los Testigos de jehová menores de edad pueden realizar documentos ante escribanos públicos para que se respete su voluntad no recibir transfusiones. No obstante los menores no se les permite por no contar con la mayoría de edad, eso constituye un acto totalmente discriminatorio sin ningún fundamento.

-“A recibir la asistencia médica necesaria y a acceder en igualdad de oportunidades”. Los hospitales públicos deberían contar, con métodos alternativos a las transfusiones de sangre, los que ya mencionamos en este trabajo. Así un paciente que no aceptara tratamientos con sangre cuente con otros métodos disponibles que se ajusten a sus convicciones religiosas.

A nivel provincial esta la Ley 4109 de Río Negro “Protección Integral de los Derechos Niños y Adolescentes” con igual estructura normativa que la ley Nacional

4. Autonomía de la Voluntad

En cuanto a las Edades preestablecidas que establecen las normativas para tomar decisiones referidas al propio cuerpo, podemos mencionar:

-A partir de los 18 años, es plenamente capaz (mayor de edad) y puede tomar cualquier determinación respecto de su Cuerpo como consentir tratamientos médicos pero sin el consentimiento de sus progenitores. Puede oponerse a ser transfundido y realizar directivas anticipadas en caso de quedar inconsciente.

• "Adolescentes" que van de los 13 a 18 (art. 25 Código Civil y Comercial) y se respeta la "capacidad progresiva" prevista por la ley 26.061 (CDN); art. 2 de la ley 26529. Se evalúa en cada caso en particular si el menor cuenta con un grado de madurez y discernimiento que le permita tomar decisiones respecto al cuidado de su cuerpo, especialmente cuando se niega a ser transfundida mediante sangre ajena, esta decisión quedara a cargo de un juez, quien escuchara el menor y tomará en cuenta su decisión

• Menor de 13 a 16 años: Se presume que a partir de los 13 años el adolescente puede decidir por sí respecto a tratamiento de salud no invasivos o que no impliquen riesgos para su salud o su vida (art. 26). Ej.: métodos de anticoncepción. Si hay conflicto con sus representantes puede intervenir con asistencia letrada (abogado del niño del art. 27 de la ley 26.061), es decir se judicializa Si son tratamiento invasivos o riesgosos (vgr. estéticas, quimio, etc.) el adolescente mayor de 16 debe prestar consentimiento con la asistencia de sus progenitores (Herrera, 2015).

Critica: El gran problema que plantea esta clasificación que establece el Código Civil y Comercial, en invasivos y no invasivos es donde encuadramos la negativa de recibir transfusiones de sangre, la normativa no lo prevé y es la doctrina que se encarga de interpretarlo, dejando gran discrecionalidad al respecto. Lo mismo sucede el caso de los menores mayores a 16 años se discute si puede consentir tratamientos médicos que afecten la salud o lo pongan en peligro (Roslin, 2015).

5. Requisitos de la autonomía

-Se debe respetar su derecho a ser oído y participar en lo medida de lo posible en la toma de decisiones (art 26, CCCN)

Esta norma no es clara, ya que la ley dice que debe analizarse el grado de madurez y la edad, dejando la duda de si estos requisitos son mixtos (edad y madurez).Si tendríamos que analizar el caso de un menor de 13 años que se niega a recibir transfusiones sanguíneas, tendremos en cuenta la edad o el grado de madurez, por eso decimos que la ley no es clara y genera contradicción.

Inconvenientes: El choque del interés superior del niño sobre la base de la opinión médica, hace que la situación se judicialice para ello tienen que tener en cuenta tres pilares fundamentales: escuchar al niño, el interés superior del mismo y la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización del acto. Sin embargo esto queda solo interpretado en una ley, pero no existen protocolos de seguimientos en estos casos.

6. Consentimiento informado

- El artículo 59 Código Civil y Comercial reproduce el art. 5 de la ley 26529 modificado por la ley 26742 dice que "Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario."

"Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente".

Es decir que un paciente Testigo de Jehová , debe ser informado respecto del tratamiento médico se le va realizar, de forma detallada, lo que implica que se deberá informar si dicho tratamiento requiere o no el uso de sangre, una vez que tenga toda esa información podrá sentirse libre de decidir. Respecto de la libertad de decidir es importante mencionar el caso de un paciente menor de edad, si el médico o progenitores no tuvieran en cuenta su opinión esa libertad seria coartada, llevando a cabo un menoscabo de voluntad del mismo.

En caso de que el paciente se encuentre imposibilitado de expresar su opinión, y no ha expresado anticipadamente se estable quienes podrán en representación consentir ese tratamiento. Acá hay una contradicción, porque no se contempla el caso de los menores de edad, que según el Código Civil y Comercial no pueden emitir directivas anticipadas. Por lo tanto deberán someterse a lo que determinen sus progenitores y quienes ejerzan su Responsabilidad Parental.

Podemos establecer la Regla y excepciones

Regla: autonomía para el consentimiento

• Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario.. Excepción: Representación

• Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento puede ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. . En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente.

Otra vez…

• Regla general: si el paciente comprende la información que le brinda el profesional de la salud, y puede tomar una decisión y comunicar su voluntad, el paciente es competente para consentir por si mismo y no necesita un representante.

• Excepción: en exclusivo beneficio del paciente, el consentimiento informado puede ser prestado por otra persona que tiene relación de afecto o familiar que lo habilita a decidir por otro.

7. Directivas anticipadas

- ARTÍCULO 60: Directivas médicas anticipadas. La persona plenamente capaz puede anticipar directivas y conferir mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela. Las directivas que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas se tienen por no escritas. Esta declaración de voluntad puede ser libremente revocada en todo momento.

Los Testigos de Jehová como ya adelantamos cuentan con un documento certificado por escribano público, donde expresan su negativa las transfusiones de sangre, y en caso de no poder expresar su voluntad nombrar los representantes, salvo las prácticas de eutanasia.

Requisitos que contemplan el Código Civil y Comercial son 2:

1)- otorgar directivas anticipadas que impliquen dejar instrucciones por escrito; en cuyo caso la persona debe estar plenamente capaz (mayor de edad).

2)- designar la persona o personas que han de expresar el consentimiento.

Contradicción: Ya explicamos que los menores tienen derecho a consentir tratamientos médicos de acuerdo su madurez y discernimiento, y que su decisión de e ser respetada y temida en cuenta por los médicos y jueces. Lo que no queda claro es que el Código no les da la facultad para poder emitir directivas anticipadas. Lo cual resulta contradictorio especialmente si tomamos el art. 26 consagra la mayoría anticipada para las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo, en el art. 60 requiere plena capacidad para el otorgamiento de directivas anticipadas y para conferir mandato respecto de la salud, es decir 18 años.

3. JURISPRUDENCIA

Por último vamos a terminar analizando la jurisprudencia, es decir los casos que deben resolver los jueces referido a pacientes que se niegan a las transfusiones sanguíneas.Si bien consideramos que la solución no está en judicializar los casos , muchos de ellos terminan siendo decididos por los jueces ante la falta de acuerdo entre el paciente y el médico .

a) Jurisprudencia Comparada

-Caso Brooks del 15 mayo 1997 Illinois, Estados Unidos

Hechos: Debido a una hemorragia digestiva por una úlcera péptica, una paciente Testigo de Jehová requirió tratamiento médico. Repetidas veces advirtió al médico de su negativa frente a la transfusión y firmó un documento de exoneración. El médico, sin notificarle a ella ni a su familia, solicitó una orden para administrar sangre. La paciente fue transfundida sin su consentimiento. Ella recusó la falta de notificación al Tribunal Supremo de Illinois.

Decisión Judicial**:** El Tribunal Supremo de Illinois basándose en el libre ejercicio de la religión, derecho que da la Primera enmienda, sostuvo lo siguiente:

"La Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos protege el absoluto derecho de cada individuo a la libertad de su creencia religiosa y el ejercicio de la misma, sujeto solamente a la calificación de que el ejercicio de la misma esté apropiadamente limitado por acción gubernamental cuando ese ejercicio ponga en peligro, clara y actualmente, la salud, el bienestar o la moral pública".

Esta fue la primera decisión de un tribunal de apelación en los Estados Unidos que sostuvo el derecho de un paciente, quien era Testigo de Jehová, a rehusar transfusiones de sangre no deseada. Y, proporcionó apoyo adicional sustancial al derecho de la autodeterminación corporal y a la protección de la libertad (Retamales, 2006). Los fundamentos del tribunal son similares a los que luego adoptara nuestra jurisprudencia,

autodeterminación de su propio cuerpo con apoyo en derecho de dignidad, que los pacientes no pueden recibir un tratamiento médico en contra de su voluntad. Menos aun cuando estos expresamente se niegan a dicho tratamiento, basado en convicciones religiosas.

-In re Fetus Brown (Corte de Apelaciones de Illinois 1997)

Hechos: Esta fue la primera decisión de una Corte de apelaciones en Estados Unidos que examinó a fondo el rechazo a transfusiones de sangre por parte de una mujer embarazada. La Sra. Brown estaba en su semana 34 de embarazo cuando fue sometida a cirugía para extraer un quiste. La cirugía no resultó como se esperaba y su hemoglobina post-operatoria cayó a 3,4 g/dl.

Decisión Judicial: El tribunal nombró un administrador del hospital como guardián temporal del feto de la Sra. Brown con autoridad para permitir transfusiones de sangre. En una decisión de 3-0, la Corte de Apelaciones de Illinois revocó la orden del tribunal que autorizaba transfundir la Sra. Brown. La corte dictaminó que "El Estado no podrá anular la decisión competente sobre tratamiento de una mujer embarazada, incluyendo el rechazo a procedimientos médicos invasivos recomendados, con el fin de salvar potencialmente la vida del feto orgánico. El magistrado entiende que una transfusión de sangre es un procedimiento médico invasivo que interrumpe la integridad física de un adulto competente". Esta fue una decisión histórica que solidificó el derecho de una mujer embarazada a rechazar transfusiones de sangre (Retamales, 2006). La jurisprudencia entendía que cuando una mujer estaba embaraza, no podía oponerse a recibir sangre porque era un tratamiento invasivo, que afectaba el feto. Con este cambio se permitió a la mujer poder consentir tratamientos invasivos.

Este fallo tiene relación con el art. 26 Código Civil y Comercial cuando clasifica los actos referidos al cuidado del cuerpo en invasivos y no invasivos que genera gran discusión sobre el alcance de los mismos.

-Caso Malette vs. Shulman Tribunal de Apelaciones Ontario (1990)

Hechos: A consecuencia de un accidente automovilístico una paciente Testigo de Jehová sufrió graves heridas. En la sala de emergencias del hospital se encontró la Directriz Médica, firmada por ella. El médico de turno deliberadamente escogió ignorar la tarjeta y administró transfusiones de sangre, aunque la hija adulta objetó enérgicamente las transfusiones administradas a su madre, el médico no se retractó de hacerla. Cuando la paciente se recuperó, demandó al médico por agresión al administrarle la sangre sin su consentimiento.

Decisión Judicial: La Corte falló en favor de la paciente a quien le otorgaron $20.000 (Dólares Canadienses) por daños ocasionados. Posteriormente, el médico apeló. Mencionó

que obró en armonía con el interés de la sociedad en la preservación de la vida. El tribunal de apelaciones de Ontario rechazó sus argumentos y reconfirmó la fuerte tradición de la ley jurisprudencial de respeto por el derecho de decidir sobre el propio cuerpo y dijo: "Un adulto competente generalmente tiene el derecho de rechazar un tratamiento específico o cualquier tratamiento, o de seleccionar una forma alternativa de tratamiento, aun si la decisión pudiera acarrear consigo riesgos tan serios como la muerte o pudiera parecer equivocada ante los ojos de la profesión médica o de la comunidad. Independientemente de la opinión del médico, es el paciente quien tiene la palabra final en cuanto a someterse al tratamiento".

Además de la reconfirmación del derecho del paciente a decidir sobre su propio cuerpo y en el caso de una emergencia, el tribunal de apelaciones destacó que la Directriz Médica o Voluntad Anticipada (Testamento Vital o Living Will) son un medio de comunicar los deseos de los pacientes en una emergencia cuando el paciente no pueda hablar.

Este fallo rompe con la tradición que muchos autores pretenden dar al derecho a la vida por encima de la libertad del propio cuerpo, la postura del juez fue clara al determinar que aun cuando el rechazo al tratamiento de sangre pueda provocarle la muerte, es la persona quien debe decidir sobre su propio cuerpo, por ser un derecho inerte a la persona humana que no se negocia.

-Caso S.D.A vs Hospital Ballobar, Tribunal de Huasca, España 12 de julio 2005

Hechos: Marcos Alegra Valles, de 13 años tuvo una caída en bicicleta por la población de Ballobar (Huasca), ante el hecho se golpeó la cabeza y tuvo que ser hospitalizado. Los médicos plantearon la necesidad de transfusión de sangre, pero los padres se opusieron a ser Testigos de Jehová .Los médicos sometieron el caso a la justicia y el tribunal ordeno que se llevara a cabo la transfusión pero el chico murió y fueron condenados por homicidio.Los padres apelaron dicha decisión.

Decisión Judicial: Tribunal Constitucional: Sostuvo que el derecho libertad religiosa no solo ampara a los adultos sino también a los menores de padres de acuerdo su capacidad progresiva. El tribunal dijo que los derechos de la personalidad de un menor de 13 años no tiene por qué ser representado por sus padres y en todo caso es prevalente el interés del menor, a pesar de estar en juego la vida del mismo .Frente a la acusación del fiscal y la condena del supremo, argumento que los padres del menor fallecido "fundamentaron su libertad religiosa para la emisiva de transfundir al menor", pero no le negaron su derecho a la vida sino que propusieron alternativas a las transfusiones(Cordoba,2015).

Condenar los padres por apoyar la decisión de sus hijos menores de no recibir un tratamiento medico, constituye una decisión sin fundamento, como bien sostiene la Corte

los menores de edad tiene capacidad igual que los adultos, que debe ser contactada por el juez, en este caso no se hizo, los derechos personalismos de los menores no necesitan el apoyo de los padres ni su representación. Por eso hacerlos responsables no constituye un acto de justicia.

b) Jurisprudencia Nacional (C.S.J.N)

-El caso Bahamondez (fallo 316:479) Corte Suprema de Nación

Hechos: En el año 1989 Marcelo Bahamondez fue internado en el Hospital Regional de Ushuaia como consecuencia de una hemorragia digestiva y se negó a recibir transfusiones de sangre, por su condición de testigo de Jehová. Los médicos tratantes, acudieron a la justicia para que se autorice tal tratamiento. El Juez de primera instancia y la Cámara Federal de Comodoro Rivadavia autorizaron las transfusiones de sangre, no obstante la negativa del paciente, debido a que entendieron que la negativa de Bahamondez implicaba un suicidio realizado por medios no violentos. Dada esta situación, a través de su defensor oficial, Bahamondez llegó hasta el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación.

Decisión de C.S.J.N: Para cuando se pronunció la Corte, ya habían pasado más de cuatro años y el paciente había sido dado de alta, sin habérsele realizado ninguna transfusión, por lo que el Tribunal declaró que era inoficiosa una decisión en la causa. Sin embargo, varios de sus jueces sintieron la necesidad de pronunciarse al respecto. Calificados juristas recibieron gratamente el fallo, sobretodo la doctrina de la disidencia: “Lamentablemente en este caso la Corte ha decidido por mayoría que el derecho en juego ha devenido abstracto invocando a nuestro juicio con desacierto una mera cuestión fáctica y si se quiere, puramente “procedimental”. Dejando de lado esta cuestión que calificaremos como puramente ritual, el voto de los Dres. Cavagna Martínez y Boggiano, y con ligeras variantes el de Belluscio y Petracchi, nos parecen particularmente lúcidos: la conciencia habrá de protegerse puesto que así lo exige la libertad religiosa (para el creyente en particular) y el art. 19 de la Constitución Nacional (para quien invoque inconvenientes puramente morales). Tan firme debe ser esta defensa, que aunque la decisión individual pueda parecer irrazonable o absurda a la mayoría, la misma debe gozar aun en ese caso de la máxima garantía en torno al respeto. (…) Ello así, el fallo que nos ocupa debe ser aplaudido en cuanto reafirma a la objeción de conciencia como un derecho de la personalidad y como tal, tutelado por la Constitución Nacional (Bidart, 1993).

Es destacable la opinión en el fallo del Dr. Carlos Fayt, recordando el art. 19 de la ley 17.132 “Ejercicio de la medicina, odontología y actividades de colaboración” dispone: “respetar la voluntad del paciente cuando este se niegue a un tratamiento o internarse”. Por lo tanto de acuerdo a la interpretación de esta norma no habría ningún conflicto en respetar la decisión de un paciente mayor de edad, y con pleno discernimiento, siempre amparado por las íntimas convicciones que ampara el art. 19 C.N.

Es importante destacar que en este caso el paciente ingresó al hospital con una hemorragia digestiva y ante la negativa del paciente a ser transfundido, el hospital puso un recurso ante los tribunales, el cual no fue acogido, recuperándose el paciente sin recibir transfusiones el respeta por la libertad de religión.

-Caso Pablo Albarracín (Buenos Aires, 1 junio 2012) C.S.J.N

Hechos: Pablo Jorge Albarracini Ottonelli ingresó al nosocomio con un hematoma intraparenquimatoso y lesión inguinal secundario, con motivo de una herida de arma de-fuego como consecuencia de un intento de robo. Se encuentra en estado crítico, con pronóstico reservado, internado en el área de terapia intensiva y los médicos que lo asistían han destacado la necesidad de efectuarle la citada transfusión dado su estado. Que asimismo, corresponde señalar que el paciente pertenece al culto "Testigos de Jehová", y que en el expediente obra una declaración efectuada por él el lB de marzo de 200B con anterioridad a su hospitalización- certificada por escribano público, en la que manifiesta dicha pertenencia y que por tal motivo no acepta transfusiones de sangre. Que habida cuenta de que al momento de iniciarse las presentes actuaciones, el paciente no se encontraba en condiciones de expresarse por sí misma, Romina Eliana Carnevale, cónyuge de Fablo Albarracíni.Sin embargo Jorge Washington Albarracini Nieves solicita ante un juez que se autorizase a los médicos llevar a cabo la transfusión para salvarle la vida.

Decisión de Corte: Analiza como premisa fundamental el de la libertad individual en la Constituci6n Nacional se encuentra en el artículo 19 que consagra que "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". Otorga al individuo un ámbito de libertad en el cual este 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.

Pone como fundamento la 1ey 26.529 a1 otorgar a1 paciente e1 derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos "con o sin expresi6n de causa" (art. 2 inc. e). Tampoco puede pasarse por a1to que esta 1ey en su art. 11 reconoce a toda persona capaz mayor de edad 1a posibi1idad de disponer directivas anticipadas sobre su sa1ud, pudiendo consentir o rechazar determinados tratamientos médicos, preventivos o pa1iativos, y decisiones re1ativas a su sa1ud. Estas directivas deberán ser aceptadas por e1 medico a cargo, sa1vo 1as que imp1iquen desarro11ar practicas eutanásicas, 1as que se tendrán como inexistentes.

Por la tanto al tener plena capacidad y discernimiento para tomar decisiones de su propio cuerpo su decisión no puede ser objetada, el caso de las directivas anticipadas, mediante un documento público autoriza a su esposa o sostener la decisión de no ser transfundido, por lo tanto el padre no tiene ningún derecho a oponerse a esta decisión.

C) Jurisprudencia Nacional (fallos de provincia)

-Caso del Menor G.G.C (6 de julio de 2014, Rosario Santa Fe)

Hechos: El director del Hospital Provincial de Rosario solicita autorización al juez de familia para que un menor (G.G.C) de 17 años se le practiquen una transfusión de sangre en caso de ser necesaria debido a un accidente que lo dejo en grave estado. Sus padres y el menor manifiestan su oposición al procedidito por ser Testigos de Jehová, y por estar en contra de sus convicciones religiosas. Los padres a través de los Comités de Enlace que como representantes de los pacientes dialogaron con los profesionales y expusieron la posibilidad de utilizar métodos alternativos a la sangre.

Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 (Rosario): El juez decide escuchar al menor para que pueda manifestar su postura, de acuerdo a los que establecen las Convenciones del Niño y la ley Nacional 26.061 Derechos del Niños y Adolescentes, sobre el derecho de ser oído, estar en juicio y que su opinión sea tenida en cuenta , rechazando la solicitud del Director Médico. El magistrado autorizo la utilización de métodos alternativos a la sangre que estaban disponibles en Hospital, para de esta forma respetar las convicciones religiosas Según La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo 3 dice que "Toda persona tiene el derecho de profesar libremente una creencia religiosa y de manifestarla y practicarla en público y en privado". Se administraron métodos alternativos que el hospital podía conseguir y se recuperó con éxito. Los jueces aplicaron la jurisprudencia del fallo Albarracín, y la doctrina referida a la autonomía progresiva, entendida aquella como la capacidad del menor según el grado de madurez y discernimiento progresivo que será contactado por el magistrado al momento de escuchar su opinión.

- **Caso Menor C.A.B (2 octubre del 2000,Moron B.A)**

Hechos: El Hospital de posadas solicita autorización para realizar una transfusiones un menor de 16 años quien presenta Leucemia Linfoide Aguada .El joven y los padres se oponen , y solicitan al Tribunal que ordene la urgente implementación de tratamientos médicos alternativos , que los comités de Enlace de los Testigos de Jehová de esa localidad habían recomendado.

Tribunal de Menores Nro. 3 de Moron,B.A: El tribunal pasa analizar el caso , partiendo de lo que establece las Convenciones de Derechos del Niño y Adolescente , respecto del "interés superior del niño" que debe prevalecer en todos los casos .El menor manifiesta su opinión de no ser transfundido por convicciones religiosas, explicando su postura frente al juez de manera clara que demuestre que el menor comprende sus actos y consecuencias de sus decisiones, siempre en base art 26 CCCN"Se debe respetar su derecho a ser oído y participar en lo medida de lo posible en la toma de decisiones", y se respete la "capacidad progresiva" prevista por la ley 26.061 (CDN).Por lo tanto el juez obliga a la obra social a proveer la medicina alternativa para evitar la transfusión sanguínea.

Más allá de la terrible enfermedad el joven pudo expresar el tipo de tratamiento que deseaba recibir con el objeto de mejorar su salud, El art. 19 inciso 3° de la Ley 17.132 consagra el derecho del enfermo a rechazar el tratamiento que se le prescribe, con fundamento en lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional ("Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, y no perjudiquen a un tercero están"... "exentas de la autoridad de los magistrados"...), y correlativamente establece el deber del profesional de respetarlo.

-Caso G., L. A. sobre Autorización (21 de Junio de 2014 – Tribunal Colegiado de Familia de Rosario)

Hechos: Que los apoderados del Instituto de Medicina y Cirugía Infantil – Sanatorio de Niños S.A.se presentan en el turno de urgencia el despacho de una medida autosatisfactiva en relación a una niña de 10 años, quien padece la patología descripta como "Osteosarcoma de Fémur" la cual requiere por la severidad y gravedad, una intervención quirúrgica consistente en "resección de fémur proximal con colocación de una endoprótesis de cadera", incluida la transfusión sanguínea y de hemoderivados, dado a que sus progenitores por pertenecer al culto denominado "Testigos de Jehová", no brindan la conformidad para lo último, indispensable para la intervención que deviene imprescindible porque en caso de no ser ejecutada inmediatamente puede poner en riesgo la salud de la niña.

Tribunal: sostiene que el Estado puede y debe inmiscuirse en la vida privada de estos progenitores, priorizando la ciencia por sobre la conciencia, cuando se trata de salvaguardar la indemnidad de su hija menor, más allá del credo religioso o de la ideología en virtud de

la cual se intente justificar el hecho. Que en el caso, no existe margen para la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad en la negativa que los padres adoptan respecto de esta hija menor, toda vez que el ejercicio de la responsabilidad parental es concebida por el legislador en exclusivo beneficio de sus hijos menores y no para arrogarse el poder de tomar decisiones que vulneran nada más y nada menos que el derecho a la salud de estos últimos

Que si bien existe el ejercicio del derecho a ser escuchado de todo niño y que no sufrirá intromisión de intermediario alguno que pueda interpretar su voluntad, consagrando en la ley de derechos del paciente la posibilidad de participar en la toma de decisión, ello debe ser valorado teniendo en cuenta su capacidad de comprensión (en el supuesto 10 años de edad) y para el caso se sustituye con la opinión favorable de su represente, sin ser aquella determinante para la aceptación o denegación del acto médico prescripto. Que respecto derecho-deberes emanados del ejercicio de la responsabilidad parental y especialmente el mejor interés del menor contenida como pauta genérica obligatoria en la Convención sobre los Derechos del Niño, (art. 3) y la exigencia contenida en el art. 13 Ley Nº 12.967 (conforme art. 4) que obliga a adoptar todas las acciones necesarias para resguardar la salud de una niña, donde su vida corre un serio riesgo de no practicarse la operación peticionada y que coincide con la pauta brindada por el ordenamiento civil del "interés familiar" -art. 264 quater in fine, se ordenara realizar la transfusión correspondiente sin tener en cuenta la voluntad de los progenitores.

-Caso A.Q., la Cámara Federal de San Martín (Dra. Amanda, 2015).

Este caso se planteó a raíz de la negativa de los padres Testigos de Jehová a que se le haga transfusión de sangre a su hija recién nacida, en tanto dicho tratamiento era el indicado para salvarle la vida.

La Cámara autorizó la transfusión sosteniendo que el Estado tiene derecho a intervenir "cuando se trata de salvaguardar la indemnidad de un tercero. Afirmó que más allá del credo religioso o la ideología con que se intente justificar el hecho y aun cuando se pretenda hacer prevalecer los atributos de la patria potestad, debe tenerse presente que ésta última es reconocida por la ley para la protección y formación integral de los hijos, siendo contrario a los fines de la institución, prevalerse de ella para impedir que el menor sujeto a su imperio, reciba el tratamiento médico adecuado".
Puntualizó también que la libertad de conciencia u las acciones privadas que son su consecuencia tienen como límite el perjuicio a terceros, en este caso el hijo menor.
a) En idéntico sentido, en un caso publicado en el ED 114-115 con nota de Bidart Campos, el Juzgado de 1ª Instancia Civil J,3 de la Ciudad de Buenos Aires -el 24.04.85- autorizó

también la transfusión, advirtiendo que las convicciones religiosas de los padres, no las del menor no pueden poner en riesgo la vida de este.
No resulta ocioso señalar en tal sentido que el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional3 obliga a respetar el derecho del niño a la libertad de pensamiento, conciencia y religión, y el derecho y deber de los padres "de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades".
Por otra parte el artículo 5, parágrafo 5, de la Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o en las Convicciones, de 1981, Resolución 36/55 de la Asamblea general de las Naciones Unidas, del 25 de noviembre de 1981 fija como trascendente pauta de interpretación que "la práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud."
En resumen, con relación a los menores habrá que tener en cuenta la edad de 14 años.

a) Si se trata de menores impúberes, menores de 14 años, la voluntad del menor será irrelevante, dado que el derecho presume que son incapaces absolutos de hecho y carecen de discernimiento para los actos lícitos y por tratarse actos personalísimos, ni siquiera los padres pueden decidir por él.
b) Si se trata de menores adultos, mayores de 18 años pero menores de 21, habrá que tener mayor cuidado y atención, pues aun cuando no pueda disponer por sí, de su propio cuerpo; teniendo en cuenta su madurez y estado de evolución de sus facultades podrá reconocérsele cierto ámbito de libertad de conciencia.

c) Ámbito Provincial (Río Negro)

- Caso Eduardo Mikelovich (San Carlos de Bariloche, 26 de abrill de 2012)

Hechos: La Dra. Susana Gándara, médica del Hospital Zonal de esta ciudad a cargo del área de terapia intensiva, informó que desde el día martes pasado se encuentra internado en terapia intensiva del Hospital Zonal la persona de Eduardo Mikelovich, de 55 años de edad, a raíz de una accidente automovilístico. Indicó, además, que su estado de salud es gravísimo, y que resulta imprescindible llevar adelante una transfusión sanguínea a su respecto, toda vez que se encuentra ante un peligro grave e inminente de muerte por ausencia de ella. . No obstante ello, la esposa del paciente, la Sra. Cristina Carrasco, ha firmado en la historia clínica de su marido su voluntad de que no se realice tal transfusión. Y ello, por cuanto, resultan ser ambos Testigos de Jehová, culto que prohíbe la realización de esa operación.

[3] Ley 23.849 (BO 22.10.90)

Juzgado de Instrucción Nro. 2: La jueza valoro, que si bien su esposa manifestó a través de la firma de la historia clínica que no desea que su esposo sea transfundido. Se sostuvo que aquí_ no se cuenta con una manifestación de voluntad que en vida, y con pleno discernimiento, hubiera formalizado el paciente Mikelovich en relación a la orientación de su deseo en un caso como el que aquí se plantea. En ausencia de una manifestación de voluntad formulada por Mikelovich tenemos, por un lado, la voluntad de su esposa que peticiona que no se practique la transfusión sanguínea y, por otro lado, la solicitud clara y puntual formulada por los padres del paciente, en miras a que aquella se lleve efectivamente a cabo para salvaguardar la vida de su hijo. Se trata de un dilema, claro está, planteado entre dos bienes jurídicos precisos. Por un lado, la libertad personal, la libertad de culto, y la dignidad de la persona humana. Y por otro, la preservación de la vida a través de un procedimiento médico estimado como clínicamente indispensable para lograr mantener con vida al paciente. La sociedad democrática y compleja de nuestros días, marcada por la pluralidad ideológica y religiosa, así como por la necesidad de acoger y dar garantías a la diversidad de los individuos que la conforma, obliga a los diversos representantes de los poderes públicos a velar por la vigencia de espacios efectivos en los cuales desplegar las diversas caras y facetas por las cuales transcurre y toma fuerza material la libertad y dignidad aludidas en las citadas normas jurídicas fundamentales.

No obstante ello, lo cierto es que en el caso que aquí nos atañe no se cuenta con la expresión de la voluntad del paciente en relación a su negativa a aceptar la producción de esta transfusión sanguínea. Manifestación que no corresponde que sea suplida mediante el deseo expresado por su cónyuge. Se Autoriza a la Dra. Gándara a que practique de modo urgente la transfusión sanguínea que clínicamente resulta imprescindible para mantener con vida al paciente Eduardo Mikelovich, internado en el área de terapia intensiva del Hospital Zonal de esta ciudad, de conformidad a lo dispuesto por el art. 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el art. 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y los arts. 16 y 43 de la Constitución de la Provincia de Río Negro.

VI. REFLEXION FINAL

Nuestro país siempre ha respetado los derechos, ideas y pensamientos religiosos a través de la jurisprudencia e implementación de los tratados de derechos humanos. Por lo tanto es importante que nuestro Estado resguarde los derechos de estas minorías como son el grupo religioso de los Testigos de Jehová y en lo referido a la sangre deberá implementación los métodos alternativos a la sangre, no solo en Centros Privados sino también en Hospitales

Públicos. Porque más allá de sus ideas religiosas son ciudadanos argentinos y merecen el respeto de todos incluidos los profesionales de salud.

Creemos que para estos casos no es necesaria la intervención judicial, sino lograr una buena empatía en la relación médico-paciente, y es este el trabajo que realizan los Comités de Enlace de los Testigos de Jehová con los hospitales de la zona. Sin bien en este trabajo lo presentamos brevemente, merece un tratamiento especial y más extenso ya que ellos cumplen una importante función de mediadores en estas circunstancias.

En lo referente a las Directivas Medicas Anticipadas en consideración el estado actual de la cuestión tanto en el orden nacional como internacional, podemos concluir que la sanción de la Ley Nº 26.529 de Derechos del Paciente, que establece expresamente en su articulado las Directivas Médicas Anticipadas, con alcance nacional y de orden público, ha sido un importante paso en el camino hacia la efectiva consagración de los derechos personalísimos, en el marco del derecho de la salud. Entiéndase que las Directivas Médicas Anticipadas no constituyen una imposición de decisiones, sino que por el contrario brindan el marco legal adecuado para que todas las personas -dueñas de sus vidas y sus muertes- puedan atravesar un proceso médico, de conformidad con sus propios valores, siendo escuchados y respetados(Aizenberg y Reyes,sf).

En lo referido a los menores de edad la finalidad del presente trabajo ha sido inducir el análisis del problema que se plantea cuando los menores de edad objetan los tratamientos médicos por convicciones religiosas. Analizando los motivos religiosos por la cual se niegan al tratamiento de transfusiones sanguíneas pudimos ver que los motivos son sólidos y no pueden negociarse, lo cual nos hace pensar que no tomarlos en consideración constituye un daño psicológico al menor que atenta con sus derechos (ley 20.061).La consideración especial de los menores de edad entre 16 a 18 años respecto de su capacidad para consentir tratamientos médicos abre la brecha para que ellos puedan realizar Directivas Medicas Anticipadas, cuestión que deben ser esbozadas por los escribanos públicos.

El conocer los factores que inciden en la autonomía del paciente que rechaza una transfusión por motivos religiosos y conocer el dilema a fondo permite a los jueces y profesionales poder tomar decisiones que no afecten el honor de una persona (Tamallo, Sánchez,). En cuanto de los profesionales de salud, saber que cuentan con representante capacitados y la ayuda de Comités de Enlace de los Testigos de Jehová en Rio negro que muchas veces brindan información útil y a la vez que hacen de mediadores entre el paciente - Medico. También permite que el paciente tenga una mayor apreciación sobre el problema, los conflictos que se asocian con la negativa a recibir terapia transfusional durante el momento de recibir atención médica inicial, de esta forma los pacientes pueden estar mejor preparados para enfrentarla situación.Por eso ante una situación los profesionales de salud deberían realizar procedimientos en que se respeten la autonomía del paciente, y en caso de los menores su derecho a consentir los métodos médicos como

cualquier paciente . Se debe propiciar apertura y aceptación de los nuevos conceptos y conocimientos médicos para tratar las enfermedades con otros métodos alternativos y evitar apresurarte recomendar una transfusión de sangre o hemoderivados.

La normativa comparada, nacional y provincial en Rio Negro pone en evidencia todo el respaldo legal con el que cuentan los Testigos de Jehová para que su postura sea respetada, y en especial los menores de edad .El análisis jurisprudencial de la temática, deja claro la disparidad entre ellos, para resolver estos casos, el desconocimiento del rumbo de todo la normativa actual ,que tiende cada vez más a respetar el derecho de las minorías, como son las organizaciones religiosas y otorgar mayor libertad a los niños y adolescentes.Así los jueces nunca deben fallar sin antes tomar en cuenta la capacidad progresiva paciente menor de edad.

Las autoridades de gobierno a cargo de las unidades hospitalarias deberían fomentar los métodos alternativos a la sangre y la cirugía sin sangre, de este modo se respetarían todos los derechos del paciente de manera igualitaria.

En cuanto a las legislaciones bien ha receptado gran cantidad de principios, referidos su autonomía del paciente y capacidad del menor no son claras y dejan muchas lagunas normativas que muchas veces son resueltas por los jueces.

Si el Estado y los médicos siguen pasando por alto el respeto por libertad religiosa y valores éticos de su comunidad, ya no seremos una diversidad ideológica como lo establece la constitución Nacional sino un estado Monárquico.

Bibliografía

Asociación de Testigos de Jehová (2000):"Métodos alternativos al uso de sangre". Revista Despertad del 8 de enero del 2000 p.8-9. Publicada en New York.

Asociación de Testigos de Jehová en Argentina ,2017"Informe de asambleas de asambleas de Circuito del año 2017 "p. 10-11 Buenos Aires, Cuidad Autónoma.

Bajardi Mirta et al., 1998 .Testigos de Jehová, normativa para el rechazo de transfusiones de sangre, Revista del Hospital Privado de la Comunidad de Mar del Plata, p 59-54

Baratta, Alejandro,(2004):"Infancia y democracia "en Emilia García Méndez Infancia, ley y democracia en América Latina, Tercera Edición, editorial TEMIS S.A ,Bogotá D.C, Colombia[4]

Bidart Campos, Germán J. 1993, "La objeción de conciencia frente a tratamientos médicos"; El Derecho: 4 de Agosto de 1993: 3

4

Caramelo, Gustavo (2000)"Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos". Revista Jurídica Pág. 111.

Caramelo, Gustavo (2000)"Los niños y el consentimiento informado para la práctica de tratamientos médicos y ensayos clínicos". Revista Jurídica Pág. 111.

Diario Digital"Salud.com" 18 may 2001 pág. 9. Rio Negro, Viedma. Disponible en htt:/www.salud.com.ar/es/cirugia-sin-sangre-la-otra-del-caso-de-pablo-albarracini.html.

Gabriel Álvarez Undurraga (2002):"Metodología de Investigación Jurídico "Universidad Central de Chile, Impreso en Sistemas de Impresión digital Danka, Santiago de Chile, Primera edición de 2002.

http://www.todoelderecho.com.ar/bases/derecho-de-familia-derecho-a-la-salud-interes-superior-del-nino-patria-potestad-responsabilidad-de-los-padres-transfusion-de-sangre/

José M. Ballester, 2007 "Riesgos y beneficios de las Transfusiones de sangre". Revista argentina de Transfusión, pag. 215-300, Cuidad Autónoma de Buenos Aires.

Retamales A, 2006.Autonomía del paciente: Los Testigos de Jehová y la elección de alternativas a la transfusión. Rev. Ch. Obstet y Ginecol 2006; 71(4):280-87.

Ricardo J. Dutto, del 2014 del 28 de agosto. Derecho a la Salud Menores de Edad. Interés Superior del Niño. Patria Potestad. Transfusión de Sangre. Responsabilidad de los Padres. Revista Jurídica Todo el derecho. Disponible en:

Sabrina Viola (2012):"Autonomía progresiva en los Niños, Niñas y Adolescentes en el Nuevo Código Civil" Revista electrónica. Cuestión de Derechos. Nª 3 Segundo semestre del 2012, publicado en Argentina. Disponible www.cuestionderechos.org.ar

Wach Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania, 2017."La sangre vital para la vida"Asociacion de los Testigos de Jehova.Disponible en: hytps://www.jw.org/es/publicaciones/libros/como-puede-salvarle-la-sangre/la-sangre-vital-para-la-vida/

Wach Tower Bible and Tract Society of Pennsylvania, 2017."La sangre vital para la vida"Asociacion de los Testigos de Jehova.Disponible en: hytps://www.jw.org/es/publicaciones/libros/como-puede-salvarle-la-sangre/la-sangre-vital-para-la-vida/

Walter Fabián Martínez (2000):" Análisis de la nueva ley sobre derechos del paciente, Consentimiento Informado e Historia Clínica ". Disponible en https//www.aaot.org.ar/ej_prof/PDFS/NUEVA-LEY-literatura-Medico-legal.pdf

Watch Tower Bible and Track Socity of New York, 2001:"Anuario 2001 de los Testigos de Jehova" p. 148-233 Impreso en Argentina

Watch Tower Bible and Track Socity of Pennsylvania, 2012,"Comité de enlace de los Testigos de Jehová", Revista Médica, Impreso en Colombia. Disponible en https://www.jw.org/es/testigos-de-jehov%C3%A1/

Dra. Amanda Estela Kees,2012. 2 Das. Jornadas interprovinciales sobre: "El Derecho a una muerte digna y la objeción .Ponencia para la Comisión nº 3. Universidad Nacional de Derecho de la UBA. Buenos Aires.

Jurisprudencia

A.A.V.V. 1993, "Bahamondez, Marcelo s. medida cautelar" CSJN B. 605. XXII; 06-4-1993; T. 316: 479 – Disponible en :(http://www.csjn.gov.ar/jurisp/jsp/BuscadorSumarios)

C.S.J.N A. 523. XLVIII "Albarracini Nieves, Jorge Washington s/medidas.Precautorias:1junio2012.Disponible:http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2012/GWarcalde/junio/Albarracini_Nieves_A_523_L_XLVIII.pdf

Malette vs. Shulman, 72 O.R. 2d 417 (Ont. Ct. App.1990). REV. MED. CLIN. CONDES - 2011; 22(3) 397 - 403]

Secretaría nro. III de este Juzgado de Instrucción en lo Criminal y Correccional nro. II, causa "Gándara Susana s/ presentación", expte. Nro. S.3-12-077, de San Carlos de Bariloche 26 de abril del 2002.

Tribunal Colegiado de Familia Nro. 7 de Rosario,"causa G.G.C c/ Hospital de Posadas "6 de julio del 2014"Rosario Santa Fe, Exp. N 1212-2

Tribunal de Menores Nro. 3 de Morón .Buenos Aires," causa C.A.B c/ Hospital Posadas "02/10/2000. San Martin, Buenos Aires.