

Título: **Objeción de conciencia sin precedentes**

Autor: **Legarre, Santiago**

Publicado en: **LA LEY 04/07/2012, 04/07/2012, 5 - LA LEY2012-D, 248**

Cita Online: **AR/DOC/3226/2012**

Sumario: I. Introducción.- II. Sobre los precedentes.- III. La CSJN. La doctrina de la obligatoriedad atenuada.- IV. El caso "Bahamondez".- V. Conclusión.

#### I. Introducción

Un mayor de edad, herido de bala como consecuencia de un intento de robo, es traído a una clínica privada en la Ciudad de Buenos Aires. Se encuentra en estado crítico, con pronóstico reservado; está en terapia intensiva, inconsciente. Los médicos que lo atienden ordenan una transfusión de sangre. Su esposa se opone, por razones religiosas: ella pertenece al culto de los "Testigos de Jehová". Aunque su estado de inconsciencia le impide ratificarlo, parece ser que él también pertenece a ese culto. En efecto, tres años y medio antes del accidente él firmó una declaración, certificada por escribano público, en la que manifestaba no sólo dicha pertenencia, sino también que no aceptaba transfusiones de sangre. Más aún, él y ella se casaron en el Salón del Reino de los Testigos de Jehová, apenas unos meses antes del accidente.

El padre del herido, en cambio, se muestra a favor de la transfusión que podría salvar la vida de su hijo. Si bien no niega la anterior pertenencia del herido al culto en cuestión, sostiene que las sucesivas idas y venidas de su hijo respecto de los Testigos de Jehová generan cierta incertidumbre con relación al mantenimiento en el tiempo de su decisión.

Esta situación fue la que tuvo que resolver la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo comentado, Albarricini Nieves, Jorge Washington, s/ medidas precautorias. (1) De la sentencia de la Corte puede decirse con verdad que es un caso de "objeción de conciencia sin precedentes" en tres sentidos.

En primer lugar, en la Argentina no hay, en sentido estricto, precedentes. Los precedentes son un instituto propio del common law.

En segundo lugar, ni siquiera en un sentido no estricto de la palabra "precedentes" puede decirse con verdad que el caso Albarricini constituye un precedente.

En tercer lugar, el supuesto fáctico que plantea el caso Albarricini no tiene precedentes en la jurisprudencia argentina de nivel supremo y, tal vez, de cualquier nivel.

#### II. Sobre los precedentes

En la Argentina no hay, en sentido estricto, precedentes. Los precedentes son un instituto propio del common law. En los países que forman parte de esa familia jurídica rige la práctica del stare decisis, que reposa en la idea general del respeto por las decisiones judiciales precedentes, es decir, decisiones tomadas previamente por otros tribunales que resolvieron un problema semejante. Si bien la práctica del stare decisis tiene sus más y sus menos en los países del common law, la comprensión del caso focal del sistema originado en Inglaterra requiere entender que un solo precedente constituye derecho y genera obligación. (2) En cambio, en los países del civil law la jurisprudencia adquiere alguna importancia cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera una costumbre. (3) Entonces, mientras que en Inglaterra, los Estados Unidos y los demás países del common law, basta que haya una decisión "on point" —es decir, aplicable al caso presente— para que un juez se vea obligado (en principio) a seguirla, en Francia y en los demás países de tradición civilista ello no ocurre (también en principio). (4)

De todos modos, es verdad que los casos similares tienden a ser resueltos similarmente en casi todas las jurisdicciones o sistemas jurídicos. (5) Seguramente esto sea así, porque, como refrescaba H.L.A. Hart, el precepto "treat like cases alike" ("trata de una manera semejante los casos semejantes") es un aspecto importante de la idea de justicia. (6) En el caso particular de la Argentina, esto se traduce en el uso habitual de la palabra "precedente" en el contexto judicial. Más aún, cuando se trata de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esto se traduce en la "obligatoriedad atenuada" de su jurisprudencia y en un uso de la palabra "precedente" con un significado específico, más específico del sentido amplio en el que puede hablarse de "precedente" en un país típicamente civilista.

Habría, entonces tres categorías o usos principales o sentidos de la palabra precedente (y del concepto correspondiente). Un sentido estricto, que corresponde al prototipo del common law. En este sentido, sólo es precedente un fallo dictado en un caso análogo anterior que debe ser seguido (stare decisis) en el caso presente. Un sentido amplio, que corresponde al prototipo del civil law. En este sentido, todo fallo dictado en un caso análogo es un precedente, porque fue adoptado con anterioridad en el tiempo y porque puede servir para

iluminar el caso presente. Un sentido intermedio, que corresponde al régimen de la obligatoriedad atenuada, imperante en la Argentina. Explicaré a continuación en qué sentido se habla de precedente bajo este régimen.

Según la Corte Suprema de Justicia de la Nación, "carecen de fundamento las sentencias de los tribunales inferiores que se apartan de la jurisprudencia de la Corte sin aportar nuevos argumentos que justifiquen modificar la posición sentada por el Tribunal en su carácter de intérprete supremo de la Constitución y de las leyes dictadas en su consecuencia". (7) Se establece de esta manera una presunción de obligatoriedad que admite prueba en contrario: el tribunal inferior debe seguir el precedente relevante de la Corte, pero puede no hacerlo, siempre y cuando aporte nuevos fundamentos conducentes. Es decir, estamos ante un sentido intermedio del concepto de precedente, ni tan exigente como el del common law ni tan laxo como el del civil law. Es un sentido que brilla en frases del tipo de "los jueces inferiores tienen el deber de conformar sus decisiones a los precedentes de la Corte". (8)

Esta obligatoriedad atenuada que se predica de los precedentes de la Corte Suprema dista, sin embargo, de ser obligatoriedad simpliciter. Ergo, los precedentes atenuados no son, estrictamente, precedentes. Prueba de ello es que la doctrina de la Corte parte de la premisa de que sus fallos no son plenamente obligatorios; es decir, no constituyen una regla de derecho que los jueces inferiores deban aplicar a los casos análogos. Por ello, mientras que en el sistema angloamericano los jueces inferiores no se libran de su obligación de seguir el precedente on point alegando el descubrimiento de "nuevos fundamentos", (9) en el argentino ya hemos visto que sí: en eso consiste la "obligatoriedad atenuada".

La primera conclusión es, por tanto, que más allá de lo que resuelve el caso Albarricini, y del modo en que lo resuelve (de lo cual me ocuparé a continuación), en un sentido estricto se tratará, en cualquier escenario, de un caso de objeción de conciencia sin precedentes. Pues, al igual que toda otra sentencia en nuestro país, no podrá decirse de ella que sea un precedente en sentido estricto.

### III. La CSJN. La doctrina de la obligatoriedad atenuada

En segundo lugar, ni siquiera en un sentido no estricto de la palabra "precedente" puede decirse con verdad que el caso Albarricini constituya un precedente.

Empecemos por recordar el modo en que debe dictarse un fallo de la Corte Suprema para que constituya un precedente en aquellas partes del mundo donde sí existen los precedentes en sentido estricto. Tomaré el ejemplo paradigmático de los Estados Unidos de América. Allí se traza una distinción crucial entre fallo y precedente. Existe un fallo cuando una mayoría de jueces de la Corte concuerda en la resolución de la apelación. Así, por ejemplo, en una Corte de nueve miembros, si cinco (o más) acuerdan denegar la apelación hay un fallo (mayoritario) —en inglés: "judgment"—. Para que haya además precedente cinco (o más) jueces deben acordar adicionalmente el razonamiento justificatorio del fallo —razonamiento contenido en la porción de la sentencia llamada en inglés "opinion"—.

Imaginemos un ejemplo en que hay fallo de la Corte, pero no "opinion" de la Corte: tres jueces consideran que debe denegarse la apelación por la razón "x" y dos jueces consideran que debe denegarse la apelación por la razón "y". (Los restantes cuatro jueces hipotéticos disienten: entienden que la apelación debe aceptarse.) En este supuesto, hay un fallo denegatorio pero, al faltar una "opinion of the Court", no hay un precedente: lo resuelto obliga inter partes, pero no, con "valor precedencial" (y, en ese sentido, erga omnes), hacia el futuro. Más allá del caso presente, sólo subsiste el voto concurrente de una pluralidad de jueces —en mi ejemplo, tres— que no llegó a constituir mayoría; (10) voto que podrá, a lo sumo, tener fuerza persuasiva, mas no obligatoria.

Parece razonable —aunque dista de estar claro que así sea— que, si en la Argentina tenemos un régimen de precedentes atenuados, se exija que exista una mayoría para que pueda hablarse de precedente (atenuado), en el sentido que se acaba de explicar. Esto es importante, porque en la Corte argentina puede darse, y se da habitualmente, la situación antes recordada para los Estados Unidos, en la cual hay una mayoría de jueces que coincide en la disposición del caso —la "parte dispositiva", que antes llamé "fallo"—, pero ninguna mayoría en lo que hace a los argumentos expresados para justificar aquélla (11) —lo que antes denominé con la palabra inglesa "opinion"—.

Veamos ahora el caso Albarricini. Comencemos por refrescar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene actualmente siete jueces. (12) Naturalmente —y así lo dispone la ley vigente—, el número relevante a los efectos de la configuración de una mayoría es de cuatro jueces. (13)

En Albarricini firman solamente cuatro de los siete jueces. Nada se sabe (o nada se dice) de los otros tres. (14) Dos de los cuatro jueces firmantes, votan juntos: Highton de Nolasco y Maqueda. Fayt contribuye con una concurrencia, y Petracchi, con otra. La parte dispositiva de los tres votos es igual: los cuatro jueces acuerdan confirmar la sentencia apelada. Es decir, están de acuerdo en el fallo. Pero no en el razonamiento, como lo

prueba preliminarmente el hecho de que los cuatro jueces no firman el mismo voto. (15) Además, la lectura de los tres votos muestra que hay diferencias en el razonamiento, que no viene a cuento aquí evidenciar.

En suma, en el caso Albarracini hay fallo, pero no precedente en el sentido intermedio al que se refiere la doctrina de la obligatoriedad atenuada. La segunda conclusión es, por tanto, que se trata de un caso de objeción de conciencia sin precedentes también en un nuevo sentido: para que haya precedente atenuado debe existir mayoría en los fundamentos —lo que antes llamé en inglés "opinion"—, cosa que no existe en esta sentencia, donde sólo hay mayoría en el fallo.

#### IV. El caso "Bahamondez"

En tercer lugar, el supuesto fáctico que plantea el caso Albarracini no tiene precedentes en la jurisprudencia argentina de nivel supremo y, tal vez, de cualquier nivel. Más aún, lo resuelto en el caso Albarracini no tiene precedentes en el sentido vulgar de la palabra, ese que adoptamos cuando decimos de una determinada conducta: "¡No tiene precedentes!". (16)

En efecto, hubo anteriormente casos parecidos a este y esos casos han sido debidamente analizados por la doctrina. (17) De esos casos, el más importante es Bahamondez, Marcelo; (18) pero, como se ha hecho notar con voz autorizada, en aquel caso se trataba "de un adulto consciente y libre"; (19) en cambio, el Sr. Albarracini se encontraba, como vimos, en estado de inconsciencia, aun cuando hubiera otorgado tres años y medio antes un "testamento vital". Si se quería aplicar el criterio del "precedente atenuado" Bahamondez, se debía primero examinar esta diferencia fáctica. Si se llegaba a la conclusión de que era una diferencia fáctica determinante, la Corte debería haber distinguido los dos casos; si se la juzgaba relevante, pero no decisiva, se podría haber extendido la regla de "Bahamondez" al nuevo caso. Esto se conoce en el common law como "distinguishing" (20) y es una práctica totalmente apropiada para nuestro ordenamiento jurídico, (21) en la medida en la que nuestro ordenamiento importa la obligatoriedad —una medida atenuada, como hemos visto, pero real—. (Prueba de la realidad de esta importación es que los distintos votos de la Corte Suprema en Albarracini se comportan como si estuvieran obligados por lo decidido en el precedente Bahamondez.)

Los distintos votos del fallo de la Corte Suprema en Albarracini —hay que cuidarse de la tentación de decir: "La Corte Suprema en Albarracini..."— lejos estuvieron de siquiera plantearse el problema del "distinguishing". (22) Simplemente aplicaron el criterio de Bahamondez al supuesto fáctico del nuevo caso. Con un agravante insoslayable, que fue completamente soslayado: no existe tal cosa como "el criterio de Bahamondez". Pues en ese caso de 1993 la mayoría de la Corte Suprema declaró inoficiosa una decisión en la causa por considerar que se trataba de un caso abstracto: cuando el expediente llegó a la Corte Suprema, el paciente ya había sido dado de alta.

Sucede que los cuatro disidentes en Bahamondez sí fijaron un criterio favorable a la objeción de conciencia de un paciente lúcido (aunque lo hicieron en dos votos distintos). (23) Si usted, amigo lector, no está familiarizado con el caso Bahamondez pensará que el mundo se ha vuelto loco: ¿cómo puede en Albarracini hablarse del criterio de Bahamondez para referirse al criterio de una minoría? ¿Se ha subvertido todo lo que vimos y sabemos sobre mayorías y minorías en la Corte Suprema?

Sin contestarle estas preguntas dramáticas, le suministro una pizca de información sobre Bahamondez, que acaso lo suma más todavía en el desconcierto —o a lo mejor lo ayude a entender—: dos de los cinco jueces que integraron la mayoría, (24) a pesar de considerar que el caso era abstracto y declarar inoficioso un pronunciamiento en la causa, fijaron (al igual que los cuatro disidentes) un criterio favorable a la objeción de conciencia de un paciente lúcido.

En fin, queda claro que pretender extraer un criterio (o, mucho menos, un precedente) del fallo Bahamondez requiere un notable esfuerzo de imaginación creativa, además de una violación de las reglas de la lógica que no se le puede excusar a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero más allá de eso, queda muy claro que todos los votos que, de una manera más o menos heterodoxa, sumó el criterio de Bahamondez se referían a... un paciente lúcido.

#### V. Conclusión

El fallo Albarracini es un caso de objeción de conciencia sin precedentes en un triple sentido: nunca antes hubo un caso así ("objeción de conciencia sin precedentes (3)"); el criterio en él sentado no concitó la adhesión de una mayoría del tribunal ("objeción de conciencia sin precedentes (2)"); en la Argentina no hay precedentes en sentido estricto ("objeción de conciencia sin precedentes (1)").

Por lo tanto, si en el futuro —que ya empezó— un tribunal inferior se encuentra con un caso como Albarracini, podrá usar los distintos votos de la sentencia Albarracini como una guía más o menos iluminadora —podrá tratarlo como un "precedente en sentido amplio", como en el sistema francés—, pero no estará obligado

a hacerlo (bajo la doctrina de la obligatoriedad atenuada) y podrá, por consiguiente, fijar un criterio distinto, sin violar la obligación de conformar sus sentencias a los precedentes de la Corte.

Y, de modo parejo, si en el futuro la propia Corte Suprema —integrada comme il faut y con el voto de todos sus miembros— decide, en un caso que se le presente, dictar un precedente (atenuado) sobre este tema no estará atada por Albarricini. No tendrá que stare decisis, pues no tendrá un precedente al cual estar.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La sentencia de la Corte, del 1º de junio de 2012, se publicó en LA LEY, 8 de junio de 2012, p. 3, con notas de Marcela I. Basterra y Andrés Gil Domínguez.

(2) Es lo que Goodhart llama "la doctrina del precedente individual obligatorio". GOODHART, Arthur L., "Precedent in English and Continental Law", 50 "Law Quarterly Review" 40, 41 (1934). Este artículo de quien fuera el antecesor de Hart, Dworkin y Gardner en la cátedra de Jurisprudence de Oxford es tratado por la doctrina calificada como una fuente de gran autoridad.

(3) Para una caracterización aceptada de las dos grandes familias jurídicas ("common law" y "civil law"), puede verse en nuestro país GOTTHEIL, Julio, "Common Law y Civil Law", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 17, nota 1.

(4) Cfr. CROSS, Rupert y HARRIS, Jim W., "Precedent in English Law", cuarta edición, Clarendon Press, Oxford, 1991, p. 11. Este es el libro inglés contemporáneo sobre el tema que goza de mayor autoridad. En 1961, Oxford University Press publicó la primera edición, a cargo del célebre profesor de la Universidad de Oxford, Sir Rupert Cross. En 1968 y 1977 Cross se hizo cargo de dos nuevas ediciones de su obra. En 1991, ya muerto el maestro, el profesor Jim W. Harris —no vidente, al igual que Cross— se encargó de una cuarta edición, a la que corresponde esta cita.

(5) CROSS, Rupert y HARRIS, Jim W., "Precedent in English Law", cit., p. 3.

(6) Aunque, según el mismo Hart, se trata de un aspecto incompleto. HART, H. L. A., "The Concept of Law", segunda edición, Clarendon Press, Oxford, 1994, pp. 159-160.

(7) Fallos 307:1094 (1985), del considerando 2º. Este criterio fue reiterado en numerosas oportunidades. Cfr. LEGARRE, Santiago y RIVERA (h.), Julio C., "La obligatoriedad atenuada de los fallos de la Corte Suprema y el stare decisis vertical", LA LEY, 2009-E, 820, nota 46.

(8) Comp. Fallos 307:1094, cit., considerando 2º.

(9) No hay que confundir esto con el "distinguishing". La falta de similitud entre los hechos de un caso y los hechos de un determinado precedente permite distinguirlos y, por tanto, no aplicar el precedente al nuevo caso que tiene elementos relevantes distintos. Véase JONES, Harry W.; KERNOCHAN, John M.; y MURPHY, Arthur W., "Legal Method: Cases and Materials", The Foundation Press, Mineola, New York, 1980, p. 132.

(10) "Aunque es un intento de traducción fiel del inglés 'plurality opinion', la expresión 'voto concurrente de una pluralidad' no está exenta de problemas: si bien para la Real Academia Española, 'pluralidad' significa 'cualidad de ser más de uno'—hasta aquí vamos bien—, 'pluralidad de votos' es una locución adverbial para decir 'por mayoría'. Diccionario de la Lengua Española, s.v. pluralidad". LEGARRE, Santiago, "Acciones privadas sin precedentes", "Jurisprudencia Argentina" 2007-I-105, nota 4.

(11) Véase la interesante disección de un caso de este tipo que realiza Alejo Toranzo en su trabajo "El cómputo de votos que forman mayoría en una sentencia de la Corte Suprema (el fallo "Sociedad Comercial del Plata")", "Jurisprudencia Argentina", semanario del 29 de diciembre de 2010.

(12) Mientras escribo estas líneas, se encuentra vigente la ley 26.183, cuyo artículo 3 dispone para la Corte Suprema de Justicia de la Nación que "[d]esde la entrada en vigencia de la presente ley se reducirá transitoriamente a siete (7) el número de jueces que la integran".

(13) El mismo artículo 3 de la ley 26.183 (Adla, 2007-A, 57) establece que mientras el Tribunal tenga siete jueces, "las decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación se adoptarán por el voto mayoritario de cuatro (4) de sus miembros".

(14) Respecto de la práctica conocida como "no firmo", véase el voto, de tono crítico, de los jueces Fayt y Vázquez en "Colegio Público de Abogados de la Capital Federal c. Estado Nacional", sentencia del 9 de marzo de 2004.

(15) Como afirma Alejo Toranzo, "cuando una mayoría simple (hoy, cuatro jueces de la Corte Suprema) suscribe un mismo voto plural [...] [é]ste es, en rigor, el voto de la mayoría". Toranzo, Alejo, "El cómputo de votos...", cit., sección I. Por eso, agregó, "en sentido estricto, sólo puede hablarse de 'mayoría' (y,

consiguientemente, de 'precedente') cuando (al menos) [cuatro] jueces firman un mismo voto. El collage que, tras cierto esfuerzo, permite detectar las repeticiones y superposiciones entre distintos votos no es suficiente para obligar en aquellas partes del mundo donde los precedentes obligan, simplemente porque no constituye un precedente". "Acciones privadas sin precedentes", cit., nota 20 y texto que la acompaña.

(16) Esto en inglés se dice con una sola palabra: "unprecedented". Ejemplo: "Lo que me hizo ayer no tiene precedentes: What he did to me yesterday is unprecedented".

(17) La obra más completa es la de NAVARRO FLORIA, Juan, "El derecho a la objeción de conciencia", Ábaco, Buenos Aires, 2004. El capítulo II.B de este libro se titula "Objeción de conciencia a recibir tratamientos médicos" y en él se analiza concienzudamente (valga el adverbio) el famoso caso "Bahamondez", que cito en la nota siguiente.

(18) Fallos 316:479; LA LEY, 1993-D, 130.

(19) NAVARRO FLORIA, cit., p. 86.

(20) Véase la nota 9 supra.

(21) Sobre este tema resulta iluminador el autorizado ensayo de GARAY, Alberto, "El precedente judicial en la Corte Suprema", especialmente la sección III, titulada "Los hechos del caso: no hay dos casos idénticos", y la VI, titulada "La tarea de distinguir un precedente del caso a resolver". GARAY, Alberto F., "El precedente judicial en la Corte Suprema", "Revista de la Universidad de Palermo", año 2, números 1 y 2, abril de 1997, pp. 51 y ss.

(22) En cambio, el Procurador General de la Nación sostuvo la siguiente idea, olímpicamente ignorada por la Corte, aunque más no fuera para confrontarla: "puesto que el Estado asume la responsabilidad de intentar salvar su vida [del sr. Albarracini], queda desplazada, en su inconsciencia, su propia responsabilidad ante el credo al que dijo pertenecer", énfasis agregado. Dictamen del Procurador General de la Nación in re "Albarracini", de la sección III.

(23) Por un lado, votaron en disidencia Petracchi y Belluscio; por otro, Cavagna Martínez y Boggiano. Cfr. "Fallos" 316:479; LA LEY, 1993-D, 130.

(24) Se trata del voto concurrente los jueces Fayt y Barra, que integró la mayoría en "Bahamondez".

## Información Relacionada

### Voces:

PERSONA HUMANA ~ DERECHO A LA SALUD ~ SALUD PUBLICA ~ MEDICINA ~ MEDICO ~ PACIENTE ~ LEY DE DERECHOS DEL PACIENTE ~ DERECHO A UNA MUERTE DIGNA ~ DIRECTIVAS ANTICIPADAS ~ RELACION MEDICO PACIENTE ~ TRATAMIENTO MEDICO ~ CIENCIA Y TECNOLOGIA ~ RELIGION ~ TESTIGO DE JEHOVA ~ DERECHO A LA VIDA ~ EUTANASIA ~ TRANSFUSION DE SANGRE ~ ASISTENCIA MEDICA ~ CONSENTIMIENTO ~ OBJECION DE CONCIENCIA ~ INTERPRETACION DE LA LEY ~ JURISPRUDENCIA ~ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION ~ DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA ~ VOTO DEL JUEZ

Fallo comentado: [Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2012-06-01 ~ Albarracini Nieves, Jorge Washington s/ Medidas precautorias](#)