

PORTAL DE BELÉN - ASOCIACIÓN CIVIL SIN FINES DE LUCRO C/ MINISTERIO DE SALUD Y ACCIÓN SOCIAL DE LA NACIÓN S/ AMPARO.

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

Buenos Aires, 24 de abril de 2001.

Suprema Corte:

-I-

A fs. 31/38 vta., la Asociación Civil sin Fines de Lucro Portal de Belén promovió acción de amparo contra el Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación (en adelante M.S. y A.S.), a fin de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de Laboratorios Gabor S.A., cuyo nombre comercial es "Imediat", pues se trata de una píldora con efectos abortivos, encubierta bajo la denominación eufemística de "anticoncepción de emergencia".

Fundó su pretensión -en síntesis- en que el derecho a la vida humana desde la concepción tiene raigambre constitucional, en forma expresa a partir de 1994, por la incorporación de diversos tratados internacionales, de donde deviene contraria a la Carta Magna la autorización administrativa. Dijo que, al producirse tales efectos, se corroboran la ilegalidad del acto impugnado, vicio al que atribuyó un carácter manifiesto, desde que se trata de una contradicción total, absoluta y grosera de aquel derecho constitucional.

-II-

A fs. 190/209, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Sala B), al hacer lugar a la apelación deducida por el Estado demandado, dejó sin efecto el fallo de la instancia anterior, que ordenó revocar la autorización conferida y prohibir la fabricación, distribución y comercialización del fármaco mencionado.

Para así resolver, en primer término, sus integrantes desestimaron en forma unánime los agravios relativos a la extemporaneidad de la acción instaurada y a la falta de legitimación de la actora. En segundo lugar, los señores jueces que conformaron la mayoría -y con apoyo en precedentes propios y de V.E. que citaron-, entendieron, en esencia, que el ámbito restringido de la acción de amparo resultaba improcedente para negativa opuesta por el Estado Nacional al progreso de la acción, consideraron que dilucidar el tema, por su carácter eminentemente médico-científico, exige la ponderación de elementos de juicio abundantes, contundentes y precisos, que sirvan y colaboren en la formación de la convicción necesaria para fundar la sentencia definitiva. En tales circunstancias, la vía del amparo resulta inadecuada por su limitado contenido probatorio.

-III-

Contra tal pronunciamiento, la actora dedujo el recurso extraordinario obrante a fs. 236/264, cuya concesión por el a quo (fs. 307/309) trae el asunto a conocimiento del Tribunal.

Afirma que la sentencia es definitiva, pues si bien rechaza el amparo por cuestiones procesales, le impide proteger el derecho de incidencia colectiva a la vida humana, desde dientemente de las discusiones ideológicas o científicas respecto del momento de la "anidación" o del comienzo de la vida.

Cita, en apoyo de su postura, la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22), así como diversas disposiciones del Código Civil y constituciones provinciales.

Por otra parte, critica la sentencia porque importa una denegación de justicia y, en la práctica, deja sin efecto una garantía constitucional, a la vez que viola el principio *in dubio pro homine*. Ello es así, toda vez que los jueces afirman que conocen el derecho vigente, pero cuando se les trae a resolución una causa en donde se demuestra que el fármaco actúa como antiimplantario, manifiestan que sus dudas les impide resolver el tema y rechazan la acción. Con este proceder, tornaron ineficaz e inaplicable el precepto constitucional y, además, denegaron la protección de la vida humana antes de la anidación.

Por último, sostiene que el fallo es arbitrario, por violar el principio de congruencia -al admitir un agravio no acción de amparo pero dejan subsistente el acceso a la revisión judicial a través de la instancia ordinaria, no tienen carácter definitivo (conf. doctrina de Fallos: 311:1357 y 2319). Sin embargo, tal principio no es absoluto y admite excepciones cuando lo decidido causa un agravio de imposible o muy dificultosa reparación ulterior (Fallos: 315:1361 y sus citas; 316:1909; 317:164), categoría en la que V.E. incluyó, entre otros, a los pronunciamientos que ponían en juego derechos de naturaleza alimentaria (Fallos: 315:1059), o cuando resultaba verosímil el corte en el suministro de un servicio esencial (Fallos: 312:1367; 314:1038).

En mi opinión, en el *sub examine* se configura un supuesto excepcional que permite habilitar la instancia del art. 14 de la ley 48, pues, aunque la decisión del a quo, formalmente no impediría iniciar una acción ordinaria para dilucidar las cuestiones discutidas, a fin de evitar la frustración de una garantía constitucional, por la posibilidad cierta de afectación del derecho esencial a la vida que podría *tal elevada función*" (conf. dictamen del 8 de enero de 2001).

En este mismo orden de ideas, estimo oportuno poner de relieve que *"el derecho a la vida, más que un derecho no enumerado en los términos del art. 33 de la Constitución Nacional, es un derecho implícito, ya que el ejercicio de los derechos reconocidos expresamente requieren necesariamente de él"* (conf. dictamen del suscripto del 22 de febrero de 1999, *in re*, A.186.XXXIV. "Asociación Benghalensis y otros c/ Ministerio de Salud y Acción Social -Estado Nacional s/ amparo ley 16.986", a cuyos fundamentos y conclusiones se remitió

V.E. en su sentencia del 1 º de junio de 2000), así como que recientemente el Tribunal ha reiterado, en igual sentido, que aquél es el primer derecho de la persona humana que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional, y que el hombre es el eje y el centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (*in re* C.823.XXXV. "Campodónico la ley 24.946 excluye expresamente de las funciones del Ministerio Público a la representación del Estado Nacional en juicio (art. 27), dispone un proceso gradual para que aquél designe a sus letrados (art. 68) y deroga la ley 17.516, *A en cuanto se refiere(n) a la representación por los procuradores fiscales y el Procurador General de la Nación en asuntos de jurisdicción voluntaria o contenciosa en que el fisco demande o sea demandado y toda otra norma que resulte contradictoria con la presente ley* (art. 76). Empero, tal exclusión todavía no es total, debido a que el art. 68, segundo párrafo, dispone que aquella representación se seguirá ejerciendo, tanto en los juicios en trámite como en los que se iniciaren, hasta el reemplazo efectivo de los magistrados del Ministerio Público Fiscal por nuevos letrados integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado, situación que se verifica en el *sub judice*, en el que subsiste el régimen de la ley citada en último término. Si bien en numerosos precedentes análogos mi intervención ante el Tribunal se limitó a pronunciarme sobre la 25, inc. h, de la mencionada ley), ya que, por un lado -tal como lo manifesté- me expido en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad y, por el otro, el Estado Nacional fue adecuadamente defendido por la señora fiscal federal en las instancias previas, quien, incluso, intervino en la sustanciación del remedio extraordinario.

-VI-

En esa inteligencia, advierto -en lo que es materia del recurso- que el *a quo* desestimó la acción de amparo por considerar que la resolución del tema debatido exigía mayor amplitud de debate y prueba y descalificó la rendida en el expediente, por entender que resultaba escasa.

A mi modo de ver, tal decisión importa un criterio en extremo formalista, que atenta contra la efectiva protección de los derechos que aquel instituto busca asegurar, por un doble orden de razones. En primer término, porque no acredita en forma concreta cuáles eran los elementos probatorios que no se pudieron utilizar para dilucidar la cuestión, así un comportamiento contradictorio, evaluaron la existente en autos, tanto de la que ofreció la actora -que fue sustanciada- como de la que acompañó el Estado en oportunidad de presentar el informe del art. 8 º de la ley 16.986, y concluyeron que resultaba insuficiente para resolver la controversia.

Este criterio no sólo no alcanza para sustentar la decisión que finalmente adoptaron, sino que además, se desentiende de la posición de las partes en cuanto consideraron que aquéllas permitían resolver el amparo.

En tales condiciones, **el *a quo*, so pretexto de necesitar amplitud de debate, evitó pronunciarse sobre el tema sujeto a revisión y cumplir con la función específica del Poder Judicial.** Del mismo modo, el fallo apelado carece de sustento para ser considerado como acto jurisdiccional válido y debe ser revocado, en los términos de la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad de sentencias.

Por otra parte, no se me escapa que, en principio, la apreciación de las piezas probatorias es función reservada a tratados internacionales que han reconocido la existencia de la persona desde el momento mismo de su concepción, reconocimiento que implica, a partir de ese instante, la posibilidad de adquirir derechos.

En efecto, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su art. 4.1 dispone: *AToda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción;* mientras que, por su parte, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño destaca: *el niño por su falta de madurez, física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento.*

Desde esta perspectiva, no caben dudas que todo niño -siempre otorgando al vocablo la acepción amplia contenida en la convención que tutela sus derechos- es merecedor de las garantías y protecciones que se desprenden de la naturaleza humana y de su condición de tal, desde su concepción, en la medida que el derecho del niño a la vida no se adscribe a una entelequia (...desde la concepción...) sino que responde -y podrían frustrar definitivamente los derechos en juego, tal como sucedería -a mi modo de ver- si se remite su examen a un juicio ordinario.

-VII-

Por todo ello, opino que corresponde declarar formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto por la actora, por aplicación de la doctrina en materia de gravedad institucional, revocar la sentencia en cuanto fue materia de aquél y devolver las actuaciones al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte una nueva ajustada a derecho.

NICOLAS EDUARDO BECERRA

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires, 5 de marzo de 2002.

Vistos los autos: "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo".

Considerando:

1) Que los hechos relevantes de la causa, los fundamentos de la sentencia apelada y los agravios de los recurrentes se encuentran adecuadamente expuestos en el dictamen del señor Procurador General de la Nación al que corresponde remitir por razones de brevedad.

2) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible toda vez que en el caso se encuentra en juego el derecho a la vida previsto en la Constitución Nacional, en diversos tratados internacionales y en la ley civil (arts. 75, inc. 22 de la Ley Fundamental; 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica; 66e la Convención sobre los Derechos del Niño; 28e la ley 23.849 y Títulos III y IV de la Sección Primera del Libro I del Código Civil).

3) Que la cuestión debatida en el sub examine con disciplina que estudia la realidad biológica humana sostiene que "tan pronto como los veintitrés cromosomas paternos se encuentran con los veintitrés cromosomas maternos está reunida toda la información genética necesaria y suficiente para determinar cada una de las cualidades innatas del nuevo individuo..."

4) Que el niño deba después desarrollarse durante nueve meses en el vientre de la madre no cambia estos hechos, la fecundación extracorpórea demuestra que el ser humano comienza con la fecundación" (confr. Basso, Domingo M. "Nacer y Morir con Dignidad" Estudios de Bioética Contemporánea. C.M.C, Bs. As. 1989, págs. 83, 84 y sus citas).

5) Que, en esa inteligencia, Jean Rostand, premio Nobel de biología señaló: "existe un ser humano desde la fecundación del óvulo. El hombre todo entero ya está en el óvulo fecundado. Está todo entero con sus potencialidades..." (confr. Revista Palabra n.º 173, Madrid, enero 1980).

Por su parte el célebre genetista Jerome Lejeune, sostiene que no habría distinción científicamente válida entre A su vez B. Carlson, profesor y jefe del Departamento de Anatomía y Biología Celular de la Universidad de Michigan afirma: "El embarazo humano comienza con la fusión de un huevo y un espermatozoide" (Human Embryology and Developmental Biology, pág. 2, Mosby Year Book Inc. 1998).

Por su parte T. W. Sadler, profesor de Biología Celular y Anatomía de la Universidad de Carolina del Norte entiende que: "El desarrollo de un individuo comienza con la fecundación, fenómeno por el cual un espermatozoide del varón y el ovocito de la mujer se unen para dar origen a un nuevo organismo, el cigoto" (Langman's Medical Embryology, Lippincott Williams & Wilkins, 2000).

6) Que asimismo, "es un hecho científico que la construcción 'genética' de la persona está allí preparada y lista para ser dirigida biológicamente pues El ADN del huevo contiene la descripción anticipada de toda la ontogénesis en sus más pequeños detalles" (conf. Salet Georges, biólogo y matemático, en su obra "Azar y certeza" publicada por Editorial Alhambra S.A., 1975, ver págs. 71, 73 y 481; la cual fue escrita en respuesta al libro "El azar y la necesidad" del

7) Que según surge del prospecto de fs. 14 y del informe de fs. 107/116 el fármaco "Imediat" tiene los siguientes modos de acción: "a) retrasando o inhibiendo la ovulación (observado en diferentes estudios con mediciones hormonales- pico de LH/RH, progesterona plasmática y urinaria); b) alterando el transporte tubal en las trompas de Falopio de la mujer del espermatozoide y/o del óvulo (estudiado específicamente en animales de experimentación -conejos- se ha observado que el tránsito tubal se modifica acelerándose o haciéndose más lento). Esto podría inhibir la fertilización; c) modificando el tejido endometrial produciéndose una asincronía en la maduración del endometrio que lleva a inhibir la implantación" (conf. fs. 112).

8) Que el último de los efectos señalados ante el carácter plausible de la opinión científica según la cual la vida comienza con la fecundación constituye una amenaza efectiva e inminente al bien jurídico primordial de la vida que no es susceptible de reparación ulterior. En efecto, todo método José de Costa Rica, en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de dicho tribunal para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de los preceptos convencionales (conf. arts. 41, 62 y 64 de la Convención y 2 de la ley 23.054), dispuso: "Los Estados...asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados sino hacia los individuos bajo su jurisdicción" (O.C. - 2/82, 24 de septiembre de 1982, parágrafo 29, Fallos: 320:2145).

9) Que esta Corte ha declarado que el derecho a la vida es el primer derecho natural de la persona humana preexistente a toda legislación positiva que resulta garantizado por la Constitución Nacional (Fallos: 302:1284; 310:112; 323: 1339). En la causa "T., S.", antes citada este Tribunal ha reafirmado el pleno derecho a la vida desde la concepción (voto de la mayoría, considerando 11 y 12 y disidencia de los jueces Nazareno y Boggiano). También ha dicho que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente - su persona es inviolable y constituye un valor fundamental con respecto al estar protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción". Además todo ser humano a partir de la concepción es considerado niño y tiene el derecho intrínseco a la vida (arts. 6.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 2 de la ley 23.849 y 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). El Código Civil, inclusive, en una interpretación armoniosa con aquellas normas superiores, prevé en su art. 70, en concordancia con el art. 63 que "Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido".

10) Que cabe señalar que la Convención Americana (arts. 1.1 y 2) impone el deber para los estados partes de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la convención reconoce. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consideró que es "deber de los Estados parte de organizar todo el aparato Procurador General de la Nación, se declara procedente el recurso extraordinario, se revoca la sentencia apelada, se hace lugar a la acción de amparo y se ordena al Estado Nacional -Ministerio Nacional de Salud y Acción Social, Administración Nacional de Medicamentos y Técnica Médica -, que deje sin efecto la autorización, prohibiendo la fabricación distribución y comercialización del fármaco "Imediat" (art. 16, segunda parte, ley 48). Costas por

su orden en atención a la índole de la cuestión debatida (art. 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y devuélvase.

JULIO S. NAZARENO - EDUARDO MOLINE O'CONNOR - CARLOS S. FAYT (en disidencia)- AUGUSTO CESAR BELLUSCIO (en disidencia)- ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (en disidencia)- ANTONIO BOGGIANO - GUILLERMO A. F. LOPEZ - GUSTAVO A. BOSSERT (en disidencia)- ADOLFO ROBERTO VAZQUEZ.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON CARLOS S. FAYT Y DON GUSTAVO A. BOSSERT

Considerando:

Que el recurso extraordinario interpuesto en autos no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48). Por ello, y oído el señor Procurador General, se declara mal concedido el recurso extraordinario. Notifíquese y devuélvase.

CARLOS S. FAYT - GUSTAVO A. BOSSERT.

DISIDENCIA DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON AUGUSTO CESAR BELLUSCIO Y DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

Que el recurso extraordinario que ha sido concedido por la cámara a quo no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48), puesto que el fallo recurrido expresamente dejó a salvo la posibilidad de que la cuestión en debate se plantee en un proceso de conocimiento ulterior. En efecto, en el voto del juez Mosquera se propició el rechazo de la acción de amparo por no resultar la vía aceptable ni el carril adecuado para debatir y solucionar la cuestión traída a consideración; y en el del juez Sánchez Freytes se señaló que no podía obtenerse certeza -elemento con que debe contar un juez al pronunciarse- sin la ayuda eficaz del conjunto de ciencias que hoy interesan al pensamiento para una definición como la que se pretende, lo que hacía aconsejable esperar un juicio contencioso con pruebas suficientes con raíces profundas, y no meras opiniones de médicos o especialistas, que integren un proceso debido.

Que, por otra parte, la vía del amparo –consagrada ser demostrada mediante pruebas extrínsecas. Por ello, y oído el señor Procurador General de la Nación, se declara improcedente el recurso extraordinario concedido, con costas. Notifíquese y remítase.

AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.