

## **PROHIBICIÓN DE LA PÍLDORA DEL “DÍA DESPUÉS”; UN LAMENTABLE RETROCESO DEL PRINCIPIO DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PERSONAL.**

**Por Marcela I. Basterra<sup>1</sup>**

### **I- EL CASO<sup>2</sup>**

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, a fin de que se le ordene revocar la autorización y se prohíba la fabricación, distribución y comercialización del fármaco de Laboratorios Gador S.A., cuyo nombre comercial es "*Imediat*", alegando que se trata de una píldora con efectos abortivos, encubierta bajo la denominación eufemística de "anticoncepción de emergencia".

La misma funda 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 otorgada para la fabricación y comercialización de una especialidad medicinal que, como uno de sus efectos, tiende a impedir que un óvulo humano fecundado anide en el útero materno, lo que constituye la muerte, por aborto, de un ser humano ya concebido.

Con miras a probar el fundamento científico de su demanda, acompaña un informe producido por un especialista, explicativo de la acción del producto y adujo que el propio fabricante admitió -veladamente- que aquél tiene la virtualidad de actuar con posterioridad a la concepción, impidiendo el desarrollo normal de la persona humana.

El fallo de primera instancia ordenó revocar la autorización conferida y prohibir la fabricación, distribución y comercialización del fármaco mencionado. Sin embargo, la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba (Sala B), al hacer lugar a la apelación deducida

---

<sup>1</sup> Abogada. Especialista en Derecho Público. Profesora Adjunta Regular de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires, Profesora Asociada de Derecho Constitucional de la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Profesora de Posgrado en Derecho Constitucional de la Universidad nacional de Tucumán. Secretaria General de la Asociación Argentina de derecho Constitucional

<sup>2</sup> "Portal de Belén - Asociación Civil sin Fines de Lucro c/ Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación s/ amparo". Sentencia del 5/3/2002.-

por el Estado demandado, dejó sin efecto dicha sentencia. Se funda para ello en: a) la extemporaneidad de la acción instaurada; b) la falta de legitimación de la actora y c) los jueces que conformaron la mayoría - con apoyo en precedentes propios y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación- entendieron, en esencia, que el ámbito restringido de la acción de amparo resultaba improcedente para ingresar al conocimiento y resolución de cuestiones que, como en el *sub lite*, requieren una mayor amplitud de debate y prueba. 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.

La Asociación civil “ Portal de Belén”, interpone recurso extraordinario contra tal pronunciamiento, afirmando que: a) 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 el momento de la concepción, vulnerado por la acción farmacológica de la píldora "*Imediat*", b) la existencia de cuestión federal, toda vez que se discute la inteligencia de las normas de jerarquía constitucional que reconocen el derecho a la vida desde la concepción, asimismo la del artículo 43 de la constitución nacional y la validez del certificado 45.273 del Ministerio de Salud y Acción Social, que aprobó la fabricación y comercialización del medicamento. Argumenta la existencia de elementos objetivos, en la Constitución Nacional -la Convención de los Derechos del Niño, la Convención Americana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales con rango constitucional del artículo 75, inciso 22- así como en el Código Civil y constituciones provinciales. **Exalta que la tradición jurídica argentina, ha protegido siempre al ser humano "desde la concepción", con independencia de las discusiones ideológicas o científicas respecto del momento de la "anidación" o del comienzo de la vida.**<sup>3</sup> Considerando, por ello que la sentencia 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*, “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 antiimplantorio, 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

---

<sup>3</sup> El resaltado es nuestro

vida humana antes de la anidación” y; c) sostiene que el fallo es arbitrario, por violar el principio de congruencia -al admitir un agravio no planteado oportunamente-, contradictorio, ya que en primer término desestima el amparo considerando insuficiente la prueba, y posteriormente entienden que es abstracta el acta de la Comisión Nacional de Bioética.

## **II- EL FALLO**

Si importar que el resultado de la sentencia- cinco votos integran la mayoría y cuatro las dos disidencias- no es acorde con nuestra línea de pensamiento, sin duda se trata de un fallo carente de solidez jurídica y rigor científico. Consideramos que una sentencia en la cual se ejerce el control de constitucionalidad, sea de cualquier juez o tribunal -menos aún- de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, no es suficiente se esgriman como fundamentos científicos únicamente la opinión de investigadores de distintas universidades- por notables que los mismos fueran- sin consulta alguna a Instituciones u Organismos especialistas en Bioética o Medicina genética, altamente especializadas en el tema. Tampoco se fundó en dictamen alguno, por ejemplo de un órgano calificado mundialmente como la Organización Mundial de la Salud; tratándose como en el caso, de un tema espinoso y puntualmente polémico. Conclusiones que, por otra parte, expresa el fallo de Cámara y una de las minorías en disidencia – Petracchi y Belluscio- de la propia Corte Suprema.

Además es poco serio pesar que aún existiendo desde nuestro Máximo Tribunal prohibición de uso de la llamada “píldora del día después”, la misma seguiría en venta. No será por rebeldía del laboratorio sino por un error del máximo tribunal. El fallo se refiere al fármaco por un nombre de fantasía antiguo, “Imediat”, que no existe en el mercado desde hace más de un año, cuando cambió su fórmula original. Su nueva denominación es “Imediat N”. Aunque la diferencia es de apenas una letra, no podría ser prohibido hasta que la Corte se rectifique, el anticonceptivo de emergencia se menciona en todo el fallo siempre por su nombre de fantasía viejo. En ningún momento, incluso, se hace referencia a su principio activo, la hormona “levonorgestrel”. Con lo cual, cuando la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), reciba la notificación judicial

de la sentencia no podrá prohibir nada, ya que el medicamento al que se refiere la Corte no existe.

### **1) Procedencia del Recurso Extraordinario.**

El Procurador General en primer lugar realiza un análisis minucioso de los hechos; y de inmediato fundamenta la admisibilidad del recurso extraordinario en el caso “... Cabe recordar que las sentencias que rechazan la 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 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 ocasionar el fallo recurrido hasta tanto aquélla se resuelva, se impone flexibilizar el cumplimiento del aludido requisito. Máxime, cuando sería aplicable la doctrina de V.E. en materia de gravedad institucional. En efecto, tal como tuve oportunidad de señalar in re: T.421.XXXVI. "T., S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo", con cita de Fallos: 257:132; 260:114; 295:376 y 879; 298:732; 300:1102, entre otros: "...el Tribunal ha reconocido que, en su función de intérprete y salvaguardia último de las disposiciones de la Constitución Nacional, de cuya efectividad y vigencia d-pende una adecuada convivencia social, es pertinente en ocasiones de gravedad obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tal elevada función").

Estas consideraciones, no son compartidas por la minoría que conforman la primera disidencia- los Ministros Fayt y Bossert- en la que establecen 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 lo que consideran mal concedido el mismo.

Tampoco es compartida por la minoría que integran la segunda disidencia - los Ministros Belluscio y Petracchi- quienes se expresan en los mismos términos que sus pares de la anterior, agregando que el fallo recurrido expresamente dejó a salvo la posibilidad de que la cuestión en debate se plantee en un proceso de conocimiento ulterior. Los mismos resaltan que *“... en el voto 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”*

## **2) Procedencia de la Acción de Amparo u “otro medio judicial más idóneo”**

En el mismo voto mencionado en el anterior párrafo se sigue *“que, por otra parte, la vía del amparo -consagrada como procedimiento constitucional por la reforma de la Ley Suprema de 1994, en el nuevo texto del art. 43-, está excluida por la existencia de otro medio judicial más idóneo, y supone la necesidad urgente de restablecer los derechos esenciales afectados, lo que requiere una decisión más o menos inmediata. De ahí que se vea desvirtuada por la introducción de cuestiones cuya elucidación requiera un debate más amplio y no se regularice por aceptar elementos de juicio necesariamente parciales en virtud de la limitación de las posibilidades probatorias del proceso, y que, además, ponen de manifiesto la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, calificación ésta que, por definición, es la que no requiere ser demostrada mediante pruebas extrínsecas”*.

Esta es también la postura que sostuvo la Cámara, la que no es compartida por el Procurador General para quien, tal decisión importa un criterio en extremo formalista, que atenta contra la efectiva protección de los derechos que la Constitución busca asegurar. Considerando que *“ 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...”* *“...considero que, en casos como el sub examine, por la trascendencia de los*

*derechos comprometidos, es necesarios evitar decisiones que -como la recurrida- con excesivo rigor formal, desatiendan la pronta resolución de **asuntos que pueden afectar al derecho a la vida, cuya defensa es misión ineludible de todos los poderes de la República***<sup>4</sup>. “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 debe responder, para no ser totalmente desconocido- a una realidad concreta y dinámica... Es por ello que su tutela legal para ser real y efectiva, debe empezar desde el momento en que el individuo vive es decir desde la vida intrauterina, ... es claro también que esa protección se acentúa conforme es mayor la indefensión de la persona, ya fuere por su minoridad o por no haber nacido aún. Lo expuesto reafirma la necesidad de adoptar resoluciones, en forma expedita, por parte de los jueces, que resulten aptas para dilucidar cuestiones como las que se debaten en el sub lite, sin obstáculos de índole formal que podrían frustrar definitivamente los derechos en juego, tal como sucedería -a mi modo de ver- si se remite su examen a un juicio ordinario”

### **3) La sentencia de la Corte**

El voto mayoritario lleva la firma de los doctores; Nazareno, Boggiano, Moliné O’Connor, López y Vázquez . El fallo de la Corte es, a nuestro criterio, sólo un listado de citas tendientes a fundamentar la prohibición de la “anticoncepción de emergencia”, para concluir en que la vida está protegida en la Constitución y los tratados internacionales como un derecho absoluto; el primer y fundamental derecho humano, estableciendo así una prioridad de este derecho por sobre los demás.

En relación a la procedencia de recurso extraordinario considera que “... 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; 6 y de la Convención

---

<sup>4</sup> el resaltado es nuestro

sobre los Derechos del Niño; y 2 de la ley 23.849 y Títulos III y IV de la Sección Primera del Libro I del Código Civil)”.- considerando 2°-

En cuanto a la cuestión debatida, según la Corte- en el *sub examine* consiste en determinar si el fármaco "Imediat", denominado "anticoncepción de emergencia", posee efectos abortivos, concluyendo que es así con base en los argumentos que se siguen:

*“Que la 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...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)”.- considerando 4°-*

*“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..." Por su parte el célebre genetista Jerome Lejeune, sostiene que no habría distinción científicamente válida entre los términos "embrión" o "preembrión", denominados seres humanos tempranos o pequeñas personas (citado en el caso "Davis Jr. Lewis v. Davis Mary Sue", 1° de junio de 1992, Suprema Corte de Tennessee, J.A. 12 de mayo de 1993, pág. 36).-considerando 5°-*

*“Que en el mismo orden de ideas W. J. Larson, profesor de Biología Celular, Neurobiología y Anatomía de la Universidad de Cincinnati sostiene: "En este contexto comenzaremos la descripción del desarrollo humano con la formación y diferenciación de los gametos femenino y masculino, los cuales se unirán en la fertilización para iniciar el desarrollo embriológico de un nuevo individuo" (Human Embriology; pág. 1: Churchill Livingstone Inc. 1977). 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 Embriology 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 Embriology, Lippincott Williams & Wilkins, 2000) –considerando 6°-*

*“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 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). –considerando 9°-*

*“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 que impida el anidamiento debería ser considerado como abortivo. Se configura así una situación que revela la imprescindible necesidad de ejercer la vía excepcional del amparo para la salvaguarda del derecho fundamental en juego (Fallos: 280:238; 303:422; 306:1253, entre otros)”. –considerando 10°-*

*“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)”. –considerando 11°-*

*“Que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), este Tribunal ha reafirmado el derecho a la vida (Fallos: 323:3229 y causa "T., S.", ya citada)”....”Que los aludidos pactos internacionales contienen cláusulas específicas que resguardan la vida de la persona humana desde el momento de la concepción. En efecto el art. 4.1. del Pacto de San José de Costa Rica establece: "Toda 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". 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". –considerandos 13° y 14°-

### **III- Nuestro Análisis**

La Corte dicta un fallo en el que solo **se analiza el valor vida, como un “valor absoluto”**, como si en realidad no hubiera otros derechos en juego al resolver un caso como el presente. Cuando decimos que no hay valores absolutos, queremos significar que no hay derechos absolutos, ni siquiera el derecho a la vida. Ya a principios de siglo nuestra propia legislación penal- en el código de 1921- deja sentado que el derecho a la vida cede en determinados supuestos ( peligro para la salud de la madre y, en caso de violación a una mujer)

En efecto, hay otros derechos humanos básicos que en este caso, a criterio de esta corte no merecieron análisis o mención alguna; estos derechos son; el de autonomía, el de protección de la dignidad humana, el respeto a la libertad, a la intimidad, a la privacidad y la salvaguarda de las conductas autorreferentes de disposición del propio cuerpo, comprendidas en el artículo 19 de la Constitución Nacional.

Precisamente, la Corte Suprema de los Estados Unidos en los casos “Roe v. Wade”<sup>5</sup> y en “Doe v. Bolton”<sup>6</sup>, hace una interpretación en la que trata de establecer un equilibrio entre determinados valores en juego; quehacer esencial del control de constitucionalidad, que estuvo ausente en el caso. En los mencionados se compatibiliza el derecho a la vida con el derecho a la privacidad, para decidir acerca de ciertas etapas del embarazo en las cuales dominan la decisión de los padres y el consejo médico, que las diversas leyes de los estados particulares que integran la Unión no pueden desconocer o restringir con la exigencia de requisitos extremos de verificación médica. Si bien la Corte no desconoce el interés del Estado en proteger la vida fetal o de la persona futura, puesta de frente al largo proceso

---

<sup>5</sup> U.S. 410; 113

<sup>6</sup> U.S. 410; 179

fetal, reconoce momentos en los cuales la indicación médica y la decisión responsable de los padres domina el conflicto que se plantea entre dos vidas.

El valor vida humana en formación, por imperio de la constitución y los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional, merece tutela desde la unión del gameto femenino con el gameto masculino y la configuración de huevo o cigoto. Pero esta protección no es absoluta ni atemporal, sino que permite que en caso de colisiones axiológicas, por razones de desarrollo gradual o existencia de otros derechos fundamentales dignos de ser protegidos, la protección ceda o se retire. Este fue el razonamiento utilizado por la Corte cuando resolvió el caso “T.S” sobre parto inducido<sup>7</sup>

Sin embargo, quizá la Corte se apresuró en fallar en favor de la “vida” cuando, según fuentes científicas de suma seriedad consideran que, en el caso no está en juego el derecho a la vida, toda vez que la prescripción del fármaco se refiere a la “anticoncepción de emergencia” para prevenir embarazos en casos excepcionales- violación o fallas de otros métodos- y no para interrumpir la gestación.

El fallo no tomó en cuenta los criterios adoptados por la OMS (Organización Mundial de la Salud) ni de la Alirh (Asociación latinoamericana de Investigadores en reproducción humana), las que determinaron que “la pastilla inhibe la ovulación antes que ocurra la fecundación y que, desde el punto de vista científico no es abortiva. El último año la Alirh declaró que la población de América Latina necesita tener a su disposición la anticoncepción de emergencia, para evitar embarazos no deseados cuando otros métodos no fueron de utilidad.....” “la píldora fue aprobada por estos organismos que son en definitiva quienes tiene potestad para hacerlo, y fue autorizada por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (ANMAT), que no promueve métodos abortivos” “ La OMS al expedirse en relación a la anticoncepción de emergencia estableció que se trata un método anticonceptivo más<sup>8</sup>

Según lo explicado por el director médico de Gador, José Manuel Suárez, hace un año se dejó de fabricar el producto original (una combinación de levonorgestrel y estradiol) al que se

---

<sup>7</sup> Expte. n° 715/00 “T, S. c/ Gobierno de Expte la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14, CCBA)” Fallo completo en La Ley, 2001-B, 156

<sup>8</sup> Presidente de la Asociación Médica Argentina de Anticoncepción (Carlos Gurucharri) y Cedes (Centro de Estudios Estado y Sociedad) La Nación, 7 de marzo de 2002

refiere la sentencia de la Corte y fue reemplazado por el Imediat N, que produce menos efectos colaterales y solo contiene la primera de las hormonas.

Lo paradójico es que aunque finalmente se concrete la prohibición de la pastilla, los ministros no podrán impedir su efecto: se logra con una combinación de píldoras anticonceptivas tradicionales. Contrariamente a lo que sostiene la Corte como fundamento para prohibirlo, la llamada “píldora del día después” se recomienda sólo en casos de emergencia, como una violación o una relación sexual sin protección. Actualmente se comercializa en unos veinte países: prácticamente todos los de la Comunidad Europea, Canadá, Estados Unidos, Brasil, Cuba, Jamaica y Uruguay. En muchos se ofrece gratuitamente en los servicios de salud reproductiva y en los que atienden a víctimas de violaciones. En algunos, como Francia y Gran Bretaña, también se incluyó en los programas destinados a las escuelas.<sup>9</sup> En Argentina, es uno de los anticonceptivos que debe proveer gratuitamente el municipio de Rosario en el marco de su legislación de salud reproductiva. Al tiempo que nuestra Corte de justicia se pronuncia en contra de la píldora, el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología lanza una campaña “sin precedentes” de acuerdo con una publicación del Wall Street Journal, exhortando a sus 40.000 miembros a la utilización de la anticoncepción de emergencia como un método eficaz para evitar abortos y embarazos no deseados.

No pretendiendo profundizar en torno al tema que corresponde estrictamente al ámbito científico especializado, y retomando la cuestión constitucional<sup>10</sup>, la píldora prohibida por la Corte Suprema, ¿se ubica en la esfera de la libertad reproductiva o en el área prohibida por el derecho penal vigente?. Según se desprende del fallo, el método retrasa o inhibe la ovulación, altera el transporte del espermatozoides y/o del óvulo e impide la implantación. En los dos primeros casos, estamos claramente ante un supuesto de ejercicio de salud reproductiva. El último es el que genera la cuestión constitucional a debatir. Pero supongamos, en el plano de hipótesis, que en realidad uno de los efectos de esta o de

---

<sup>9</sup> “Página 12”, 8 de marzo de 2002.-

<sup>10</sup> Bidart Campos, Germán “Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino”, Ediar, Buenos Aires, 2000, TI-A, pág.736. Al explicar la relación entre “Derechos Humanos y Bioética”, el maestro enseña que se debe procurar por un lado el engarce de los problemas bioéticos con la dignidad humana; por otro las relaciones que se traban con derechos como el derecho a la vida, a la salud, a la integridad corporal, síquica y moral; y sin duda la necesidad de dirimir en cada situación los conflictos de valores desde una perspectiva jurídica y ética suficientemente objetiva, han de incitar al cultivo eficiente de un humanismo democrático cada vez que la bioética sea capaz de aportar una visión integrada

cualquier otra píldora es justamente evitar la anidación. Si luego de la ingesta no es posible saber con un alto grado de certeza de que manera opera el fármaco, pero sí es posible verificar que la mujer ejerció su derecho a la salud reproductiva: **es el estado de incertidumbre respecto de los efectos de la píldora el que inclina la balanza a favor de los derechos reproductivos.**<sup>11</sup>

Es necesario tener en cuenta a ésta altura que la Corte logró reunir la mayoría necesaria por un voto de diferencia y, si hubiera triunfado la posición de las posturas disidentes, no se hubiera logrado la sentencia que establece la prohibición de la venta del fármaco.

Nosotros compartimos la decisión de la minoría, pero no solamente por una cuestión meramente procesal, sino que hallamos el fundamento en la ponderación de un derecho humano básico en juego, que es el principio de autonomía personal, comprendido dentro de una esfera del derecho a la intimidad que surge del artículo 19 de la constitución nacional.

El *principio de autonomía*<sup>12</sup> de la persona humana es sin duda uno de los ejes del sistema de derechos individuales; y por lo tanto de los sistemas democráticos de gobierno que tienen como fin esencial al ser humano. Lo consideramos una especie del derecho a la privacidad o a la intimidad; que comienza a analizarse en la obra de jurista ingleses y americanos. Mientras que el derecho a la privacidad o intimidad aparece como un reclamo de no-exposición al público; a la sociedad; el principio de autonomía aparece como un reclamo al respecto más absoluto por las conductas “aunorreferentes”; es decir la no-intervención estatal injustificada en el plan de vida que cada ciudadano elige.

En el otro extremo, la versión *perfeccionista* sostiene que es misión del Estado hacer que los individuos adopten y lleven a cabo ciertos ideales de excelencia homologados, y en consecuencia el Estado interviene en gran cantidad de aspectos de la persona humana.

De esta forma el <sup>13</sup>Estado elige cuales son los mejores planes de vida para sus habitantes y deben seguirlos so pena de severísimas sanciones. El margen de autonomía individual queda por cierto reducido a la nada.

En 1957 el parlamento inglés a propuesta de la Comisión Wolfenden que recomendaba la

---

<sup>11</sup> Gil Domínguez Andrés- “ La Corte y La Libertad Reproductiva” Diario “Clarín” 27 de marzo de 2002

<sup>12</sup> Basterra Marcela I. “El Principio de Autonomía de la persona en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” Revista Jurídica UCES, n°1 primavera-verano, 1999, págs. 57-75

discriminación de los homosexuales adultos que prestasen su consentimiento decide tratar de poner en práctica las ideas liberales de Stuart Mill que había defendido con brillantez en su obra “On Liberty”<sup>14</sup> y da lugar al célebre debate entre el profesor de Oxford, Hart y el Juez Lord Devlin quien es a nuestro criterio la más alta expresión del perfeccionismo; de él se rescatan expresiones tales como “... *el bienestar de una sociedad depende de una moralidad estable como de un buen gobierno, y así como la sociedad está facultada a reprimir actos de traición y sedición que ponen en peligro al gobierno también lo está para reprimir actos que amenazan con desintegrarla desde adentro*”.

Afortunadamente no es el caso de nuestro sistema constitucional en el que no hay planes de vida homologados y el derecho a las conductas autoreferentes está protegido por el artículo 19 de la Constitución Nacional, así como por los tratados incorporados con su misma jerarquía en 1994.

**Si adscribimos al principio de autonomía personal, tendremos una sociedad pluralista, en la que pueda convivir aquella persona que decide no ingerir una píldora de anticoncepción de emergencia, puesto que su conciencia y/o la religión a la que adscriben no se lo permite, y ha decidido vivir con la concepción que el derecho a la vida es “absoluto” y, siempre cede ante cualquier otro valor en juego, lo que consideramos sumamente valioso. Pero también permite que aquella persona que así lo considere, pueda hacer uso de la misma (píldora) por que ha elegido vivir ejerciendo plenamente otros derechos humanos básicos que igualmente tienen jerarquía constitucional como los derechos reproductivos y sexuales, libres de coacción y violencia, como, especialmente a decidir en forma responsable sobre la procreación, el número de hijos y el intervalo entre sus nacimientos; o el derecho a la autodeterminación procreativa de los padres o de la mujer .**

**Es sin duda un derecho humano fundamental que corresponde a cada mujer o pareja, según las circunstancias; el derecho a planificar “su familia”, y no una potestad del estado, la de realizar la “planificación familiar” de sus ciudadanos.**

Esta concepción fue exhaltada en el fallo “T.S.”<sup>15</sup> en el que la Corte de la Ciudad de Buenos Aires, y la Corte Suprema de la Nación, autorizan la inducción de un parto de un feto que

---

<sup>14</sup> Mill, Jhon Stuart “On Liberty”, en Three Essays, Oxford University Press, 1975, p.15

<sup>15</sup> Op. cit nota al pie n°7

padecía anencefalia. Nosotros lo comentamos<sup>16</sup> y consideramos que por medio del mismo se reafirmaba el principio de autonomía personal siguiendo la línea que la Corte de 1986 había comenzado y desarrollado en el célebre caso “*Bazterrica*”<sup>17</sup>, en el brillante voto del Juez Petracchi puede leerse “...después del momento histórico por el que ha atravesado el país es la oportunidad para restablecer definitivamente nuestro sistema democrático y republicano, del que sabemos que “el principio de auto-referencia se emplaza como base fundamental para la arquitectura global de nuestro orden jurídico”. Hace mención a la famosa cita que el juez Cooley acuñara el siglo pasado definiendo el derecho a la privacidad como “el derecho de ser dejado a solas”, lo que significa que cada persona tiene derecho a ser dejado a solas por el Estado - no por la religión, la moral o la filosofía- para asegurar la determinación autónoma de su conciencia cuando toma las decisiones requeridas para la formación de su plan de vida en todas las dimensiones fundamentales de ella, plan que le compete personalísimamente y excluye la intromisión externa, más aún si es coactiva. “Solo razones que demostraren, en base a muy rigurosos juicios, que se encuentra en juego la convivencia social pacífica, admitirían por vía excepcional la intromisión estatal en esa dimensión individual”.(considerando 9º) “Que el reconocimiento de un ámbito exclusivo en las conductas de los hombres, reservado a cada persona y solo ocupable por ella, que, con tan clara visión de las tendencias en el desarrollo de la sociedad, ... resulta esencial para garantizar el equilibrio entre un Estado cada vez más omnipresente e individuos cada vez más dependientes de las formas jurídicas de organización de la sociedad de la que pertenecen. La existencia o inexistencia de ese equilibrio pondrá de manifiesto las distancias entre los regímenes democráticos que el individuo encuentre el espacio para la constitución de su propio plan de vida según se lo determine la autonomía de su propia conciencia y solo dentro de los límites en los que no afecte derechos de los demás y los regímenes autoritarios que invaden la esfera de privacidad e impiden que las personas cuenten con la posibilidad de construir una vida satisfactoria” (considerando 10).

---

<sup>16</sup> Basterra, Marcela “Autorización de inducción al parto. Una reafirmación del principio de autonomía personal” La Ley, Suplemento de Derecho Constitucional, 3 de setiembre de 2001.

<sup>17</sup> LL, 1986-D-550 (1986)

Nuestro máximo tribunal que debió analizar éste principio en diversas ocasiones<sup>18</sup>, adhiriendo en algunos casos al principio de autonomía personal “*Ponzetti de Balbín*”<sup>19</sup> de 1984; “*Bazterrica*”<sup>20</sup>, “*Capalbo*”<sup>21</sup> y “*Sejean*”<sup>22</sup> todos de 1986; “*Portillo*”<sup>23</sup> de 1989 “*Bahamondez*”<sup>24</sup> de 1993, y “*T.S*” de 2001; o al perfeccionismo como lo hizo en “*Colavini*”<sup>25</sup> en 1978 , “*Montalvo*”<sup>26</sup> de 1990; “*Comunidad Homosexual Argentina*”<sup>27</sup> de 1991 y “Portal de Belén” de 2002.

En el fallo Portal de Belén con la prohibición de la anticoncepción de emergencia o la denominada “píldora del día después”, indudablemente se advierte un grave retroceso en el avance logrado en torno al principio que protege el ámbito de intimidad y conductas auto-referentes de las personas. Esto, sin duda se vio reflejado en el rechazo al pronunciamiento no sólo de la comunidad médica o de algunos sectores de la comunidad jurídica, sino en el pensamiento de la ciudadanía. En una encuesta para el diario “La Nación” titulada “*La mayoría opina que la píldora debe ser utilizada*”<sup>28</sup> arrojó como resultado que; más del 70% de los votantes creen que la píldora del día después debe ser vendida en nuestro país. Es que mientras **el 50,81% de los consultados dijo que su uso es una cuestión privada**<sup>29</sup>, otro 21,71% opinó que no es abortiva y se debe utilizar. Los que se inclinaron por la opción de que es abortiva y no debe ser utilizada sumaron un 13,28%. Otros votantes señalaron que la píldora era abortiva, pero que igual debería utilizarse el 3,92%. Finalmente, se registró otro grupo que, a pesar de considerarla abortiva, estimaron que debería estar permitida en algunos casos especiales (7,15%).

## Conclusión

---

<sup>18</sup> ampliar de nuestro trabajo; Op. cit. Nota al pie N° 11.

<sup>19</sup> LL, 1985-B-120 (1984)

<sup>20</sup> Op. cit. Nota al pie N° 15

<sup>21</sup> JA, 1986-III, p.230 (1986)

<sup>22</sup> F: 308:2268 (1986)

<sup>23</sup> ED, 133-372 (1989)

<sup>24</sup> LL-D-130 (1993)

<sup>25</sup> LL, 1978-B-448 (1978)

<sup>26</sup> LL,1991-C 80 (1990)

<sup>27</sup> LL.1991-E-679 (1991)

<sup>28</sup> La Nación, 9 de marzo de 2002.-

<sup>29</sup> el resaltado es nuestro

El fallo de la Corte, al igual que el Procurador General, sigue la línea de pensamiento acorde al planteo de “Portal de Belén”, una asociación ligada a la Iglesia católica que ampara a madres solas, la que- justo es-, hace una defensa del derecho a la vida, como un derecho “absoluto” o “casi absoluto”. Lo que resulta sumamente preocupante es que nuestro Máximo Tribunal es quien haga la misma defensa, sin tener en cuenta, y ni siquiera mencionar todos los derechos en juego en la resolución de un acaso como el actual.

La Corte, a nuestro criterio, - aunque hubiere llegado las mismas conclusiones -, debió detenerse a analizar los demás derechos que se ponen en juego cuando una mujer decide tomar “ la píldora del día después”; estos son el de autonomía personal, el de libertad e intimidad, los derechos de salud reproductiva, el derecho a la concepción responsable, entre otros.

En un Estado que adscribe a la libertad de cultos y en el que no faltan antecedentes en pos de la objeción de conciencia y la autonomía personal y, con miras a la salvaguarda de una razonable convivencia el respeto al principio de autonomía de la persona humana es el núcleo de una sociedad liberal-democrática, compatible con nuestro diseño constitucional; y a través de la profundidad filosófica de los votos que en su favor se han emitido desde la Corte surge con toda claridad que este principio del artículo 19 de la Constitución Nacional es la base de otros derechos más específicos que están enumerados en el sistema de derechos de nuestra carta magna.

El mismo debe ser -a nuestro criterio- de interpretación amplia, y ante la duda, siempre en favor de la libertad. Se debe interpretar en los términos de Rawls con un criterio de “pluralismo razonable”, que permita a través de la tolerancia la armónica convivencia de quienes vivimos bajo una misma norma fundamental que nos comprende a todos; “rasgo permanente de la cultura política de la democracia”. Ya que las posiciones *perfeccionistas* originan confusiones entre democracia y **“populismo moral”; o sea la doctrina de que la mayoría debe determinar no quienes deben gobernar sino cómo deben vivir los demás**<sup>30</sup>.

Finalmente quisiera recordar la enorme importancia que puede tener el control de constitucionalidad en sentido que debe estar siempre orientado a proteger una esfera de

---

<sup>30</sup> Respuesta de Hart a Lord Devlin; véase Dalla Via, Alberto R. “La Conciencia y El Derecho”, Editorial Belgrano, Buenos Aires, p.114. nota 26



inviolable autonomía de los individuos, para que cada uno pueda ser “soberano” de elegir su propio plan de vida sin interferencias estatales injustificadas.

“ La vida -siempre he creído- es ante todo vida privada. Si se la destruye, se destruye la vida sin más, se la despoja de su condición humana”<sup>31</sup>

---

<sup>31</sup> Julián Marías, “La Nación” 13 de julio de 1999