El DIU no es abortivo (chocolate por la noticia)

Al fin le salió mal una a Portal de Belén.
Para los que no lo sabían: había gente que todavía pensaba que el DIU podía ser abortivo.
La justicia dijo que no… que no sean ridículos.

La asociación civil cordobesa ‘Portal de Belén’ se hizo famosa por este tipo de presentaciones en defensa de ‘la vida’.
Logró gran repercusión cuando una jueza que estaba al borde del jury, para respaldarse, les hizo lugar a una presentación declarando abortiva la píldora del día después IMEDIAT y ordenó al Ministerio de Salud de la Nación que prohiba su distribución.
Luego, la ‘corte menemista’, ratificó el fallo cuando luchaba por su supervivencia en medio de los juicios políticos del inicio de la era K.
De todos modos, ya en ese momento, el fallo fue sólo simbólico: IMEDIAT fue lo único prohibido y con su nombre comercial, y ya se había dejado de fabricar con ese nombre.
Ahora, estos iluminados que pretenden invadir las más privadas esferas del ser humano, intentaron que la justicia prohíba el DIU por considerarlo abortivo.
Pedía “la prohibición en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, de la venta, comercialización, colocación, o indicación terapéutica de los dispositivos intrauterinos de cobre ya sea en espacios de la medicina privada, o en la medicina pública, agentes de salud, hospitales públicos y dispensarios provinciales o municipales”
O bien, que se coloque en los DIU un cartel que indique: “Este producto médico puede destruir seres humanos ya concebidos, impidiendo la implantación del embrión en el endometrio de su madre”.
Y sostuvo que “las mujeres que son inducidas a colocarse Dispositivos Intrauterinos de Cobre, tienen derecho a conocer la información, pues su divulgación puede salvar a muchos niños su vida y puede salvar a muchas madres de matar a niños o de tener duda de haber matado a niños.”
A este paso, muy pronto Portal de Belén pedirá que se prohíban la masturbación y el ciclo menstrual por ser genocidios de potencias vitales…
La cuestión, como ya hemos sostenido, pasa por saber que hasta que no hay vida independiente de la madre, es el cuerpo de la madre el que está en juego, y por ende es su decisión personal la que debe prevalecer.
Es la única interpretación posible del artículo 19 de la Constitución Nacional.

No es lo que piensa la gente de Portal de Belén, que se considera capacitada para imponernos sus principios morales a todos.
Esta vez, afortunadamente, su avanzada les salió mal.
Pero cuidado, están trabajando para decidir por nosotros.

——————————————————————————————————-

EL FALLO COMPLETO
Portal de Belén Asociación Civil c/ Provincia de Córdoba s/ amparo – recurso de apelación
Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba
Sala/Juzgado: Segunda
Fecha: 22-oct-08
Cita: MJ-JU-M-39820-AR | MJJ39820
Córdoba, 22 de octubre de 2008.

Y VISTOS:
Los presentes autos caratulados “PORTAL DE BELEN ASOCIACION CIVIL C/ PROVINCIA DE CORDOBA. AMPARO. RECURSO DE APELACIÓN (EXPTE N° 1332494/36)” , venidos para resolver el recurso de apelación interpuesto por la Asociación amparista contra el proveído dictado por la Sra. Juez de Primera Instancia y 35° Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad que textualmente reza “Córdoba, 08 de febrero de 2.008. Téngase presente lo manifestado. A la medida cautelar solicitada como principal: Atento que su objeto coincide con la pretensión del amparo, y que si bien su otorgamiento no implica prejuzgamiento de magistrado interviniente, exige recaudo superior a la “verosimilitud del derecho”, lo que demanda en el juzgador “certeza suficiente” de la probabilidad de la existencia del derecho que el solicitante denuncia en autos, esto es, efecto abortivo del dispositivo intrauterino. Tal convicción no se forma en el entendimiento de la suscripta a esta altura del proceso y con los elementos acompañados, con lo cual no corresponde hacer lugar a la medida peticionada. A las solicitadas subsidiariamente, por los mismos fundamentos detallados supra y teniendo en cuenta puede a partir de la divulgación solicitada, pueden sembrarse dudas o generar sospechas en los receptores del dispositivo en cuanto a los efectos que produce en el organismo, lo cual puede afectar indirectamente pero de manera grave la prestación de un servicio público, atento lo dispuesto por el art. 2 inc. “c” de la Ley 4915, no ha lugar” el que fue concedido por la quo mediante proveído del 15 de abril de 2.008 (vide fs.561). Radicados los autos en esta Sede, y pese a tratarse de una cuestión cautelar se decide oír previamente a la Provincia de

Córdoba (vide decreto del 23 de mayo de 2.008) quien se expide solicitando se mantenga la repulsa (fs.567/569) . Dictado y consentido el proveído de autos queda la cuestión en estado de estudio y resolución.

Y CONSIDERANDO:
1.- En el marco de una acción de amparo mediante el cual se persigue que se declare inaplicable e inconstitucional la praxis adoptada por el Ministerio de Salud de la Provincia de repartir gratuitamente, distribuir y colocar Dispositivos Intrauterinos de cobre, cualquiera sea su denominación, marca o milimetraje que lo identifique, la Asociación Civil amparista- a través de su Presidente- solicita como medida cautelar principal que se ordene al Ministerio de Salud de la Provincia de Córdoba, "…la prohibición de que en todo el territorio de la Provincia de Córdoba, de la venta, comercialización, colocación, o indicación terapéutica de los dispositivos intrauterinos de cobre ya sea en espacios de la medicina privada, o en la medicina pública, agentes de salud, hospitales públicos y dispensarios provinciales o municipales" .
Subsidiariamente solicita se ordene a la Provincia de Córdoba, que se coloque en todos los prospectos y/o formularios de consentimiento informado de los DIUS de Cobre que se vendan, entreguen o distribuyan en nuestra Provincia, la leyenda destacada: "Este producto médico puede destruir seres humanos ya concebidos, impidiendo la implantación del embrión en el endometrio de su madre".
2.- La Sra.Dice que el fabricante del Diu Paragard T 380 A, mayor fabricante del producto del mundo, acepta que las nociones sobre el mecanismo de acción incluye…impedir que el óvulo se adhiera (implante) en el útero, y que la prestigiosa entidad Médicos Sin fronteras reconoce el efecto antiimplantatorio del Diu de Cobre T 380 A.
Afirma que la Agencia Nacional de Medicamentos y Alimentos de Argentina (A.N.M.A.T.) sostiene que las normas sobre Dispositivos Intrauterinos de Cobre T 380 A son las ISO 7439 e ISO 7857 , como asimismo que la primera textualmente dice "Introducción Si bien la presencia de cualquier objeto extraño en el útero tiene un cierto efecto anticonceptivo, el método que utilizan los DIU (Dispositivos Anticonceptivos Intrauterinos) que contienen cobre, es la liberación continua de iones de cobre. Esto afecta a algunas funciones enzimáticas, inmoviliza los espermatozoides e impide la fecundación. Además, se impiden el crecimiento y el desarrollo del óvulo, la función tubárica y la implantación además de alterarse el entorno bioquímico del útero. Todo ello contribuye a la alta efectividad de la anticoncepció n…".Denuncia que de la propia información adjuntada por la demandada (copias simples de Internet) contribuiría a verificar la verosimilitud del

derecho de la actora desde que un Grupo Científico de la Organización Mundial de la Salud estaría reconociendo la capacidad de los DIU de interferir con la implantación. ; b.- En lo concerniente a la cautelar subsidiaria sostiene que la magistrada habría también incurrido en error de hecho y de derecho, desde que carecería de todo sustento jurídico afirmar que la distribución de Dispositivos Intrauterinos de Cobre constituya un servicio público, ni que la información acerca de que existen sólidos fundamentos para tener que los dispositivos intrauterinos tengan efectos antiimplantatorios pueda afectar ningún servicio público. Afirma que la población tiene derecho a que el ESTADO NO LE MIENTA. Dice que el Estado no puede disponer de la vida de personas inocentes y engañar a sus padres ocultando información, con la excusa de prestar un servicio público.
Concluye que las mujeres que son inducidas a colocarse Dispositivos Intrauterinos de Cobre, tienen derecho a conocer la información, pues su divulgación puede salvar a muchos niños su vida y puede salvar a muchas madres de matar a niños o de tener duda de haber matado a niños.
4.- La primera consideración que debemos efectuar es que en esta ocasión no vamos a profundizar en relación a la legitimación de la amparista Portal de Belén Asociación Civil para interponer el presente amparo, pese a que este aspecto ha sido cuestionado por la Provincia en oportunidad de emitir el Informe del art. 8 de la ley 4915 (vide fs. 486), pues tal análisis corresponderá al momento de fallar el fondo de la cuestión con el debido respeto de la doble instancia, limitándonos en esta ocasión a apreciar interna y provisionalmente la concurrencia del interés tutelado, pues ingresar a la legitimación podría implicar negar el derecho lo que excede de la competencia funcional atribuida a la Alzada esta altura del proceso (cfr. en esa línea: Vénica, Oscar Hugo, “Código procesal Civil y Comercial”, Tomo IV, p. 316; C.N.Fed. Cont. Adm. IV, L.L.-1997-269/ 270; C.N. Com.Sala D., E.D., 160-554/555) .
Adelantamos opinión en el sentido que la repulsa a la cautelar principal, consistente en ordenar al Ministerio de Salud la prohibición de venta, comercializació n, colocación o indicación terapéutica de dispositivos intrauterinos de cobre, ya sea en espacio de la medicina privada, o en la medicina pública, agentes de salud, hospitales públicos y dispensarios provinciales y municipales, debe mantenerse por resultar ajustada a derecho y a la plataforma fáctica planteada en estos obrados.-

Damos razones.

A través de este despacho cautelar se pretende una modificación del estado de cosas sobre lo que versa la litis principal, una verdadera innovación de ella, que

permita -en el aspecto cuestionado vinculado a los DIUS de cobre- volver a un estado anterior a la puesta en funcionamiento del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación responsable creado por Ley 25.673 , que implementa el Programa Nacional de Salud Sexual (Ley 26.150) y en el orden Provincial la Ley 9.073 creadora del Programa de Salud Reproductiva. Es decir que consiste en una verdadera tutela anticipatoria o despacho interino de fondo, ya que pretende una resolución que acoja provisoriamente, y antes de la sentencia definitiva, la pretensión ejercida, a fin de evitar un perjuicio que se pondera como irreparable.

En ese marco, aunque es cierto que la coincidencia del propósito de la medida con la pretensión principal, de por sí no invalida su viabilidad, de modo tal que no cabría rechazarla simplemente porque imp orte una resolución “ante tempus” del litigio, ya que la medida cautelar se dicta sin perjuicio de aquello que en definitiva se vaya a decidir en el momento procesal oportuno, no puede sostenerse que la juzgadora haya incurrido en error fáctico ni jurídico al denegarla.

Primero porque no es verdadero que la magistrada haya indadvertido que el otorgamiento de la cautelar no implicaría prejuzgamiento sobre la existencia del derecho sustancial invocado.Por el contrario ha dejado expresamente a salvo lo contrario, lo que resulta acertado precisamente porque la cautelar se despacha con una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria, de modo tal que puede ser modificada en la sentencia definitiva, tanto que ni el otorgamiento de la medida prejuzga sobre el mérito de la causa, ni el consentimiento de aquélla implica aceptación de la procedencia del derecho a juzgar en la sentencia definitiva (cfr. C.N.Com. – Sala C, ED 33-217).

Segundo, porque el requerimiento de mayor certeza también encuentra justificativo, ya que tratándose de una cautelar innovativa, que importa un despacho interino de fondo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria indican que su concesión obliga a una ponderación mucho más prudente de la concurrencia de los elementos exigidos, al punto que no es suficiente una prueba preconstituida, producida por una parte sin contralor de la contraria o poco severa de los requisitos, no pudiendo ordenarse sin fundamentos expresos, positivos y precisos. (cfr. CSJN, LL-2006-A-625, CSJN, L.L.-1994-B- 131; C. Fed Cba Sala B, L.L.Cba.-1998-3; C. Ap.Marcos Juárez, Auto n° 46/95, n° 53/98).

Coincidimos con esta mayor estrictez, pues la medida cautelar innovativa es una medida cautelar excepcional, ya que tiende a alterar el estado de hecho o derecho existente antes de la petición de su dictado, que se traduce en una injerencia en la

esfera de libertad de los justiciables a través de una orden de que cese una actividad contraria a derecho que, a diferencia de otras cautelares que obligan a mantener el status existente al momento de la traba de la litis, va mucho más allá, ordenando -sin que medie sentencia de mérito- que alguien deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación vigente.

De allí que su procedencia esté condicionada a que la verosimilitud surja en forma patente y manifiesta de los elementos obrantes en la causa, o sea que se requiere algo más que un “fumus bonis juris” porque el dictado importa el anticipo de una eventual sentencia favorable.

Es por ello que su despacho implica una muy seria responsabilidad que -aunque no compromete la opinión definitiva del juzgador- puede provocar un desequilibrio en la situación de las partes tan negativo como el que se pretende paliar, de modo que su concesión debe ser evaluada con mayor celo. (C.S.J.N., L.L.-1999-E- 940).

Si analizamos la pretensión cautelar de marras a la luz de estos lineamientos, coincidimos en que el indeseable efecto antiimplantatorio conllevaría la aplicación del Diu de cobre que distribuye el Ministerio de Salud de la Provincia no puede colegirse ligeramente de la prueba arrimada a este proceso o incorporada a la investigación efectuada por el Sr.Juez de menores, sino que requiere de una prolija y adecuada valoración que exorbita el ámbito propio de este estadio cautelar.

Nótese que toda la prueba a que hace referencia la apelante para sostener la pretendida demostración indubitable del efecto abortivo del Dispositivo intrauterino de cobre, hace referencia a opiniones científicas, de laboratorios u Organismos especializados en Salud y medicamentos, que dan cuenta de la coexistencia de teorías encontradas en punto a la acción meramente anticonceptiva del Dispositivo intrauterino o a la que admite el efecto antiimplantatorio del huevo fecundado en el útero materno.

Prueba de ello es que el Médico forense informante en el proceso de investigación llevado por el Sr. Juez de Menores, luego de reseñar las distintas opiniones, concluye. “Por lo anterior cabe concluir que constan en autos dos afirmaciones en cuanto al mecanismo de acción: una que dice que el DIU medicado con cobre no tiene efectos en la implantación del huevo, otra que no se conoce totalmente el mecanismo de acción incluyendo en la hipótesis el impedir la implantación” (vide fs. 384/385).

Así las cosas, la interpretació n de los hechos y la valoración de los elementos probatorios constituyen aspectos cuyo análisis excede, el limitado ámbito de discusión de las medidas cautelares de modo tal que justifique el despacho cautelar, ya que su acogimiento en estas condiciones configuraría una alteración del estado de cosas existente con violación a las garantías constitucionales de la defensa en juicio e igualdad ante la ley consagrados en los arts. 16 y 18 de la Carta Magna (Gueller, Isidoro “Ambito de aplicación de la medida cautelar de prohibición de innovar” L.L., 1989, A, 196), C.S.S.Fe, D.J.1997-2-123) .

Similares consideraciones justifican el mantenimiento de la repulsa de la medida solicitada en subsidio, consistente en ordenar al Ministerio de Salud de la Provincia que coloque en todos los prospectos y/o formularios de consentimiento informado de los Dius de cobre que se vendan, entreguen o distribuyan en nuestra Provincia la leyenda destacada: “Este producto médico puede destruir seres humanos ya concebidos, impidiendo la implantación del embrión en el endometrio de su madre”.

Es cierto que, conforme dictamina el Sr. médico forense Fontaine en el marco de la investigación realizada por el Sr. Juez de menores, la información que brindan la Provincia y la Municipalidad de Córdoba a los pacientes receptoras del Dispositivo intrauterino de cobre, no contiene el supuesto efecto antiimplantatorio que podría producir el producto médico en las pacientes.

También es verdadero que ordenar a la Provincia de Córdoba que informe debidamente a las eventuales receptoras de los DIUS de Cobre en torno a los efectos que puede producir la colocación de tales dispositivos intrauterinos, no tendría entidad para comprometer directa o indirectamente la regularidad, continuidad y eficacia de la prestación de un servicio público o el desenvolvimiento de las actividades esenciales del Estado que impida su despacho favorable (art. 2, inc. c, Ley 4915). Una información acabada acerca de los efectos que conlleva la colocación de un Dispositivo intrauterino de cobre, solo complementarí a el Programa que se viene llevando a cabo en la Provincia, adecuándolo a la exigencia de consentimiento informado que garantice adecuadamente que la paciente decida sin ocultamientos ni manipulación de ningún tipo en un marco de plena libertad y respeto de sus derechos fundamentales.

Empero, la cautelar subsidiaria se enfrenta al mismo valladar que la principal, ya que no es posible ordenar a la Provincia que coloque en los prospectos y/o formularios de consentimiento informado una leyenda que rece:”Este producto médico puede destruir seres humanos concebidos, impidiendo la implantación del

embrión en el endometrio de su madre", sencillamente porque en este estado del proceso, es imposible afirmar que la colocación del dispositivo intrauterino de cobre "puede destruir seres humanos concebidos" ya que ello importaría pronunciarse sobre el fondo de la cuestión lo que corresponde a la sentencia final.

Nótese que la afirmación que resulta de la utilización del indicativo ("puede") en la leyenda que se propicia incluir en los prospectos y/o formularios de consentimiento informado, daría pie a que las eventuales receptoras interpreten que el efecto antiimplantatorio está científicamente comprobado en el estado actual de avance de la ciencia médica, lo que a esta altura del proceso no se puede negar, pero tampoco afirmar.

En esta fase inicial del proceso no se está en condiciones de pronunciarse con el grado de certeza y ni siquiera de fuerte probabilidad al respecto, de modo que no concurren los requisitos mínimos que autoricen a inmiscuirse en el Plan de Salud sexual y reproductiva implementado por la Provincia de Córdoba.

En suma, no surgiendo palmaria, inequívoca, ni manifiestamente demostrado el efecto antiimplantarios del Diu de cobre, no se impone como razonable hacerlo conocer a las receptoras en ámbitos públicos y privados, pues si bien el consentimiento informado recala en uno de los aspectos más salientes de la libertad personal de modo tal que tanto el fabricante, como el médico interviniente en su colocación y el Estado que los distribuye gratuitamente, están obligados a hacer conocer a la receptora toda la verdad acerca de los efectos derivados de la colocación del producto, en ese ámbito se debe actuar con extrema delicadeza, circunspecció n y sentido de la responsabilidad, para evitar males mayores a los que se pretende paliar.

No se nos escapa el rol sistémico del Poder Judicial en pro de la preservación y persistencia del sistema constitucional, mediante vetos a la actuación de otros Poderes y la adopción de decisiones de aplicación y desarrollo constitucional, pues es a la judicatura a quien le corresponde dar "fuerza normativa a la Constitución" . Tampoco que el desempeño deficiente de ese rol, conduciría a privar a la Constitución de realidad existencial, transformándola en mera constitución nominal, máxime cuando está en juego el derecho fundamental sobre el que se asientan todos los restantes constitucionalmente protegidos, como es el derecho a la vida.

Sin embargo, en un andarivel paralelo, los jueces debemos valorar celosamente si realmente concurren las razones que justifican inmiscuirse en decisiones que

adoptan otros Poderes del Estado, lo que no significa tomar una vía de escape que lo transforme en juez fugitivo de su obligación constitucional, sino en aras de no decidir cuestiones de tanta trascendencia sin tener adecuado respaldo en el terreno de los hechos y las pruebas, sino en el de las meras probabilidades y conjeturas.

Por todo ello,

SE RESUELVE:

1.- Rechazar la apelación de la actora y en consecuencia mantener el proveído atacado en todo cuando decide y ha sido motivo de agravios, sin costas atenta la naturaleza de lo resuelto.

2.- Protocolícese y hágase saber.

Silvana María Chiapero. Vocal.

Mario Raúl Lescano. Vocal.

Marta Nélida Montoto de Spila. Vocal.