

EXP. N.º 02005-2009-PA/TC

LIMA

ONG “ACCIÓN DE LUCHA
ANTICORRUPCION”

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Vergara Gotelli, Presidente; Mesía Ramírez, Vicepresidente; Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con los fundamentos de voto de los magistrados Vergara Gotelli y Mesía Ramírez, que se adjunta, y con el voto singular en el que convergen los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen, que se agrega.

ANTECEDENTES

Con fecha 29 de octubre del 2004, la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga: a) de iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.

Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada “Píldora del día siguiente”, por considerarla como un método anticonceptivo necesario que debe ser distribuido en la misma condición que un fármaco para beneficio de la población menos favorecida; que este proceder sin embargo resulta seriamente cuestionable por cuanto en la citada distribución media una mala y engañosa información en cuanto a sus propiedades abortivas y a su supuesta condición de medicamento, lo cual constituye un acto de manifiesta inconstitucionalidad que genera un evidente peligro de asesinato masivo cuya apología de impunidad se está propiciando con el citado programa abortivo; y que para tratar de legitimar su proceder la ministra ha argumentado que las citadas píldoras se venden desde el año 2001 en farmacias vecinales a S/. 25.00 cada una, por lo que al permitirse su acceso a personas que ostentan medios económicos suficientes, debe también facilitarse su uso gratuito a parejas pertenecientes a poblaciones pobres dentro del programa de control de la natalidad.

Agrega finalmente la demandante que el accionar del Ministerio de Salud responde a intereses personales que solo buscan contribuir con el desarrollo de grupos económicos nacionales e internacionales (empresas biotecnológicas) que hacen de la ciencia un negocio aun a costa del resguardo y del verdadero respeto por los derechos de la humanidad.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda solicita que sea declarada improcedente y/o infundada, por

considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N.º 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto Nivel encargada de emitir un informe Científico Médico y Jurídico, y que culminadas sus labores dicho informe concluyó en que la anticoncepción oral de emergencia posee pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

Agrega que a raíz de ello es que fue expedida la Resolución Ministerial N.º 668-2004/MINSA mediante la cual se aprueban las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva” que contienen los métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud y el bienestar reproductivo; y que mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003-DP, del 18 de Diciembre del 2003, se aprobó el Informe Defensorial N.º 78 “Anticoncepción Oral de Emergencia” en el que se concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia son similares a las pastillas de uso regular.

Aduce también que el método referido actúa: i) Inhibiendo o retrasando la ovulación; ii) Dificultando la migración espermática debido al espesamiento del moco cervical; y iii) Afectando levemente el endometrio. No obstante lo cual, en ningún momento quedó acreditado que tal efecto sobre el endometrio sea suficiente para impedir la implantación, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y por tanto no es abortivo.

Sostiene por último la representante de la demandada que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados.

Con fecha 17 de agosto de 2005 el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, fundamentalmente por considerar que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del día siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el “tercer efecto” del citado fármaco. La demanda sin embargo se desestima en cuanto al extremo en el que se solicitaba la previa consulta al Congreso de la República, por parte de la demandada.

En segunda instancia y en sucesivos momentos se apersonan al proceso y solicitan ser considerados en la condición de *amicus curiae* diversas entidades y organizaciones:

- a) La Defensoría del Pueblo quien mediante escrito de fecha 15 de Noviembre del 2005 y reiterando su Informe Institucional N.º 78 y su Recomendación efectuada mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003/DP del 19 de diciembre del 2003, concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia, son similares al del resto de anticonceptivos, por lo que solo actúa sobre el proceso de ovulación y dificulta la migración espermática, y si bien altera levemente el endometrio, no impide el proceso de implantación ni tampoco tiene efecto alguno después de haberse producido éste, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y no es, por tanto, abortiva.

- b) La Academia Peruana de Salud, quien mediante escrito del 6 de diciembre del 2005 argumenta que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo científicamente reconocido, efectivo y seguro que cubre las necesidades insatisfechas de planificación familiar, evitando las consecuencias de embarazos no deseados que incrementan la mortalidad materna, especialmente en las mujeres pobres y adolescentes, por lo que garantizar su accesibilidad es un asunto de salud pública que compete al Estado.
- c) La Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud), quien mediante escrito del 14 de marzo del 2006 puntualiza que la comunidad científica internacional coincide en que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio, siendo por otro lado un asunto de salud pública, y que permite a las mujeres y sobre todo a las más pobres contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados.
- d) El Colegio Médico del Perú, quien mediante escrito del 15 de marzo del 2006 especifica que la política de Estado destinada a garantizar el acceso al anticonceptivo oral de emergencia de las mujeres pobres y extremadamente pobres constituye la respuesta más adecuada que el Estado pueda dar a la sociedad para atender el problema que suponen los embarazos no deseados y los abortos inducidos, garantizando el derecho a la planificación familiar. Añade que por lo demás la actitud de quienes se oponen a su acceso se debe a la falta de información o de actualización en la información sobre el mecanismo de acción de las hormonas del citado anticonceptivo, sólo así se explica que el supuesto teórico de acción antiimplantatoria del óvulo fecundado en el endometrio continúe siendo un tema de controversia.
- e) El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) quienes mediante escrito del 15 de marzo del 2006 arriban a la conclusión de que el anticonceptivo oral de emergencia no amenaza ni viola la vida del concebido. Agregan que las normas que obligan al Ministerio de Salud a distribuir dicho método son plenamente constitucionales y por tanto aplicables y que, al revés de ello, su no provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.
- f) La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFA), quien mediante escrito del 20 de julio del 2007, concluye en que científicamente no es posible afirmar que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos, incertidumbre que resulta suficiente para encontrar acreditada la amenaza reclamada sobre el derecho fundamental a la vida del concebido.
- g) La Population Research Institute quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 sostiene que no se puede comercializar una droga cuando existe la posibilidad de que uno de sus mecanismos de acción pueda atentar contra el derecho a la vida. La duda en todo caso favorece la vida, y en el caso concreto al embrión.
- h) La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA), quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 argumenta que la píldora del día siguiente puede prevenir la implantación en el útero de un óvulo fecundado, es decir,

de un concebido, lo cual frustra el curso regular y natural de una vida que es la que el Estado debe proteger y respetar.

- i) La Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, quien mediante escrito del 11 de septiembre del 2008 sostiene que la vida humana comienza con la fusión del óvulo y el espermatozoide, dándose con ello inicio a la concepción; y que de generalizarse el uso del anticonceptivo oral de emergencia se correría el riesgo de condenar a muerte a un vasto sector de seres humanos cuyo único delito sería no haber llegado a tiempo para implantarse en el útero de la madre.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de noviembre del 2008 y tras sucesivas discordias, revoca la sentencia apelada en el extremo en que se declara fundada la demanda, y reformándola la declara fundada sólo en parte, pero limitando la decisión en cuanto se refiere a la vulneración del derecho a la información. Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva no se ha consignado que los Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación. Por otro lado se declara infundados los otros extremos de la demanda, tanto el que señala que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener el anticonceptivo oral de emergencia carácter abortivo, como el que pedía ordenar al Ministerio de Salud excluir al citado anticonceptivo de sus programas de planificación familiar.

FUNDAMENTOS

1. De acuerdo al petitorio de la demanda, el presente proceso constitucional tiene por objeto que el Ministerio de Salud se abstenga de:
 - (i) Iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día Siguierte” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita.
 - (ii) Distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

Legitimidad procesal

2. De manera preliminar a la solución de la presente controversia y aun cuando en la sede judicial ya ha habido en su momento un pronunciamiento sobre las excepciones deducidas por la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales de la entidad demandada, este Tribunal considera importante hacer referencia a la condición procesal de la entidad demandante.
3. Por la específica cuestión controvertida que no trata de un particular interés que corresponda de manera exclusiva y excluyente a la demandante, sino que se trata de un interés jurídico general que traspasa dicho interés particular al ingresar al ámbito del interés común, podríamos afirmar que se configuraría el supuesto de un interés difuso al que se refiere el artículo 40 del Código Procesal Constitucional.

Siendo que el presente caso se encuentra referido a la distribución gratuita de un producto farmacéutico vital para la vida misma que como derecho fundamental de la persona humana obliga a su protección por el Estado, la que desde luego alcanza en general a los consumidores, corresponde asumir dicha protección conforme lo prescribe el artículo 1° de la Constitución Política del Perú, ya que se encuentran dentro del ámbito de la especial protección que corresponde asumir al Tribunal Constitucional, en aras de la afirmación desde la perspectiva antropocéntrica del principio kantiano de que la persona, es eje centro, conforme lo prescribe el art. 1 de la Constitución, que privilegia a la persona humana como el centro de la preocupación por el Estado y la sociedad en general. La postura del consumidor exige según el artículo 65° de la Constitución que El Estado defienda el interés de los consumidores y usuarios, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, en bien de la salud y la seguridad de la población.

Cuestiones a resolver

§1. Derecho a recibir información

4. En la normativa internacional se encuentra consagrado el contenido de este derecho. Así se tiene el artículo 19° de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el artículo 19° del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; y a nivel regional el artículo 13° de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. A nivel nacional, en el mismo sentido se encuentra establecido en el inciso 4), artículo 2°, de nuestra Constitución Política.
5. En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos que se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6° de la Constitución. Pero es también un auténtico principio constitucional que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, obligando a que las personas asuman a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez].

§2. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía

6. El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear

y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo.

§3. La vida como derecho fundamental

7. Dado que nuestro orden jurídico protege al ser humano desde la concepción, y se acusa a la denominada “Píldora del Día Siguiente” de afectar justamente al concebido, este Tribunal estima que en el decurso de esta sentencia deberá responderse las siguientes cuestiones:

- ✓ ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?
- ✓ ¿El embrión fecundado es el “conceptus” al que el derecho peruano le otorga protección jurídica?
- ✓ ¿La concepción se produce en la fecundación o en la anidación o también llamada implantación?
- ✓ ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano?

Sólo a partir de las respuestas que se haga a estas preguntas será posible establecer jurídicamente si es que la denominada “Píldora del Día Siguiente” afecta o no el derecho a la vida reconocido tanto por los documentos internacionales de derechos humanos como por nuestro ordenamiento jurídico interno.

3.1. El Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y el derecho a la vida

8. El reconocimiento de los derechos fundamentales, como facultades inherentes emanadas de todo ser humano y por lo tanto no pertenecientes en exclusiva a determinados grupos sociales o de personas, es una conquista del constitucionalismo y que con su proceso evolutivo ha venido a constituir lo que hoy se denomina Estado constitucional democrático y social. Los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución) [STC N.º 01417-2005-PA, fundamento 2].

9. El Tribunal Constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida que “Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de

cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.” [STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 83).

- 10 . Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que “actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.”[STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 82].

3.2. El derecho a la vida en los tratados y otros documentos internacionales de los que el Perú es parte

- 11 . El derecho a la vida, inherente a toda persona humana, ha sido consagrado también por documentos internacionales relacionados con los derechos humanos, de los que el Perú forma parte y que los vinculan especialmente en virtud de lo dispuesto por la Disposición Final Cuarta de la Constitución, en los siguientes términos: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.
- 12 . Así, por la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (artículo I) “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”; por la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (artículo 3º) “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.”; y por el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* (artículo 6º) “El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”. Igualmente, la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* –Pacto de San José de Costa Rica- dispone en su artículo 4º, inciso 1), que “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*. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente”. Este mismo documento, en su artículo 5º, inciso 1), agrega: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”; y, en el artículo 11º, inciso 1), establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su hora y al reconocimiento de su dignidad”. Asimismo, la *Declaración de los Derechos del Niño* de 1959 (párrafo 3 del Preámbulo) “Considerando que 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.”

§4. La ontogénesis humana desde la perspectiva de la ciencia

4.1. Identidad genética e individualidad biológica

- 13 . CHIERI y ZANNONI, respecto a la formación de una nueva individualidad genética, señalan que “en el caso del hombre, todas las células surgen de una inicial, el cigoto, el cual se forma a partir de la unión del óvulo procedente de la madre y el espermatozoide procedente del padre. El óvulo aporta toda la maquinaria celular, además de un núcleo que contiene la mitad de la información genética de la madre. El espermatozoide aporta

exclusivamente el núcleo con la mitad de la información genética del padre. La fusión de ambas informaciones genéticas da lugar al material genético del hijo; en consecuencia, cada nuevo individuo es único en su información genética, de aquí el término de individualidad biológica”. Prosiguen afirmando que “a su vez, esta información de la primera célula es heredada por cada una de las células que se van a desarrollar a continuación, de manera que todas tienen el mismo material genético. Es por ello que si se estudia el ADN de células(...) De cualquier parte del organismo, siempre se encuentra el mismo material genético, propio de cada individuo y diferente de cualquier otro, excepto en el caso de los gemelos monocigóticos”. [CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo A. *Prueba de ADN*. Buenos Aires: Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, 2001, p. 4].

4.2. Teorías sobre el inicio de la vida

14. Desde el punto de vista de la ciencia médica existen diversas teorías que pretenden identificar el momento en el que la vida humana empieza. Hay quienes consideran que la vida humana surge desde el instante en que se inicia la actividad cerebral (aproximadamente la sexta semana contada desde la fecundación), pues resulta lógico que si la persona llega a su fin con el estado irreversible de las funciones cerebrales, de la misma manera la actividad cerebral daría inicio a la vida. Sin embargo, las más importantes considerando el número de seguidores, y que justamente han sido ampliamente debatidas a partir del caso en cuestión, se encuentran en la llamada *Teoría de la Fecundación*, basada principalmente en la existencia, ya en esta instancia, de una nueva individualidad genética; y la *Teoría de la Anidación*, fundamentada en la viabilidad del embrión y la certeza del embarazo.

- (i) ***La Teoría de la Fecundación*** se basa, en principio, en que la concepción y por ende el inicio del proceso vital se origina en la fecundación. Sin embargo, la fecundación es un proceso que dura algunas horas, y se inicia con la penetración del espermatozoide en el óvulo, y concluye luego con la interacción bioquímica con la formación del cigoto que es la célula que resulta de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino.

De los que se adscriben a la Teoría de la Fecundación hay sectores que consideran que desde el inicio del proceso fecundatorio ya nos encontramos ante la concepción pues una vez que el óvulo ha sido fecundado por el espermatozoide, se ha dado inicio a un proceso vital irreversible. Frente a ellos, se encuentran quienes consideran que, aun cuando la concepción se produce en la fecundación, ésta se da recién en el momento de la fusión de los pronúcleos masculino y femenino (singamia), conjugándose los 23 cromosomas paternos con los 23 cromosomas maternos, surgiendo el cigoto como realidad nueva, diferenciado de la madre y del padre, y con autonomía genética para presidir su propio desarrollo; desarrollo que acaba con la muerte y que durante todo su proceso ni la madre ni ningún otro agente externo le agregan nada a su configuración genética e individualidad ya establecida.

- (ii) ***La Teoría de la Anidación***, considera en principio que el inicio del ser humano sólo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al séptimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya

transformado en blastocisto empieza a adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. Según esta teoría allí recién se da la concepción, cuyo producto –el concebido– sería el embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre

§5. El concebido como sujeto de protección jurídica

5.1. Tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano

- 15 . El Código Civil de 1852, siguiendo una corriente trazada ya desde el Derecho romano, establecía en su artículo 1° que “El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”, y en el artículo 3° que “al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece”; para finalmente agregar en el artículo 4° que “El nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana”.
- 16 . El proyecto de Código Civil de 1890 era, por su parte, hasta más preciso al establecer en su artículo 149 que “el hombre, según su estado natural, es concebido o nacido”, agregando que “al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece”. Ya el Código Civil de 1936 no utiliza el término “concebido”, como se preveía en el proyecto antes glosado, sino que establecía que “El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”.
- 17 . El Código Civil de 1984, en su artículo 1° declara que “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”, agregando que “la vida humana comienza con la concepción”, y que “El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”. Por su parte, el Decreto Legislativo N.° 346 – Ley de Política Nacional de Población, establece en el artículo IV inciso I del Título Preliminar que “La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la Vida” y que “El concebido es sujeto de derecho desde la concepción”; la Ley N.° 26842 – Ley General de Salud, cuyo título Preliminar, artículo III, estipula que “toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...”, así como que “El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”. El Código Sanitario aprobado en marzo de 1969 mediante Decreto Ley N.° 17505, establecía en su artículo 17° que “Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestión comprende a la madre y al concebido”; agregaba también (artículo 31°) que “Al niño desde la concepción hasta la adolescencia le corresponde un esmerado cuidado de la salud...”; de otro lado, en el artículo 113° estipulaba que “Las acciones de salud comprenden al hombre desde la concepción hasta la muerte y deben ejercitarse en todas las etapas de conforman su ciclo vital”.
- 18 . El derogado Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Decreto Ley N.° 26102, en el artículo I del Título Preliminar definía: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad”; y, en cuanto a los derechos, señalaba en su artículo 1° que

“Todo niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental”. Ambas disposiciones se repiten prácticamente de manera literal en el vigente Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley N.º 27337.

19. Tanto por la normativa internacional como la nacional (constitucional como infraconstitucional) resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; siendo ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país, una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores.
20. Aun así, y he ahí una de las claves de la controversia, del conjunto de normas anotadas, que por cierto no agotan a todas las que en nuestro ordenamiento hacen referencia a la vida y su protección jurídica desde la concepción, se aprecia que ninguna de ellas explica o define en qué momento del proceso vital se produce la concepción. Sin embargo, debe remarcar que sí existe una norma, actualmente vigente, que de alguna manera compromete su posición respecto al momento desde el cual se debe brindar atención y protección al ser humano, fijándolo en este caso a partir de la fecundación.
21. Se trata del documento denominado “La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud”, aprobado por Resolución Ministerial N.º 729-2009-SA/DM de 20 de junio de 2003, como “**marco conceptual referencial** que establece las acciones y estrategias para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud de las personas, la familia y la comunidad”(resaltado nuestro). En este documento, cuyo cumplimiento e implementación corresponde tanto a la Dirección General de Salud de las Personas como a las Direcciones Regionales y Sub Regionales de Salud, se dispone entre otros aspectos, la implementación de programas de Atención Integral, y para ello, el punto 1.1 “Grupos Objetivo para los Programas de Atención Integral” prevé que “Cada Programa de Atención Integral de Salud por Etapa de la Vida, contiene un grupo objetivo diferenciado por cada etapa de vida los cuales se constituyen de la siguiente manera: ***Programa de Atención Integral de Salud del Niño, que comprende desde la fecundación hasta los 9 años...**” (resaltado y subrayado nuestro). La misma disposición señala la necesidad de que cada programa a fin de optimizar la atención se divida en sub grupos por etapas de la vida; y, en lo que corresponde a los niños, establece como el primero de ellos al de “**Niño por nacer: desde la fecundación hasta antes del nacimiento**” (resaltado y subrayado nuestro). En el anexo 2 del mismo documento se establecen los “Cuidados Esenciales para los Programas de Atención Integral de Salud por Etapas de la Vida”, el cual en el punto denominado “Atenciones Individuales Específicas del Niño. Estimulación Prenatal y Temprana” prevé lo siguiente: “Atención periódica durante la gestación, a fin de estimular el desarrollo psicoafectivo del niño. **Conjunto de procesos y acciones que potencian y promueven el desarrollo físico, mental, sensorial y social del ser humano desde la fecundación hasta el nacimiento...**” (resaltado y subrayado nuestro).

5.2. El concebido para la doctrina jurídica

22. Es importante, en primera instancia, indagar cómo ha sido entendido el término concepción en el mundo jurídico a través de los diccionarios jurídicos; por lo que se recurrirá a uno histórico de nuestro país y a dos de los más usados en el mundo hispano: los diccionarios de GARCÍA CALDERÓN, CABANELLAS y OMEBA,

respectivamente. Es así que estas fuentes definen el término **concepción** de la siguiente manera:

- (i) “Unión de los materiales suministrados por ambos sexos en el acto procreativo, para la formación de un nuevo ser”, y se remite, entre otros al término **preñez** [GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*, tomo I. Lima: Grijley, edición en facsímil de la segunda edición, 2003, p. 501]. En cuanto a esta última palabra, indica: “Se llama preñez o preñado el estado de una mujer que ha concebido un hijo...” [*Op. cit.* Tomo II, p. 1571].
- (ii) “El acto de la fecundación y comienzo del proceso vital”. Se agrega que fisiológicamente “La concepción se efectúa en el momento en el cual la cabeza del espermatozoide penetra en el óvulo. La concepción no es inmediata a al cópula carnal; pues a veces puede transcurrir algún tiempo desde ésta al instante en que el espermatozoide, o elemento masculino, fecunda el óvulo o elemento femenino”. En cuanto al aspecto estrictamente jurídico señala que “Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas...” [CABANELLAS, G. *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Tomo II. Buenos Aires: Heliasta, 16^o edición, 1981, p. 253].
- (iii) “Del latín (*concepto-ónis*). Acción y efecto de concebir. Biológicamente es el momento de fecundación del óvulo, que determina en el orden jurídico, el comienzo de la existencia de la persona” [*Enciclopedia Jurídica Omeba*, Ed. Bibliográfica Argentina, sine data, Tomo III, p. 578].

23 . Dentro del campo jurídico, como se encuentra glosado *supra*, si bien se reconoce reiteradamente al concebido como sujeto de derechos, la normativa no define ese estado, salvo un caso en el que, como se ha señalado, expresamente se inclina a considerar a la vida como un proceso que se inicia con la fecundación. Dentro de esa situación de controversia anotada, es posible identificar:

- (i) Un importante grupo de juristas que se han pronunciado a favor de ubicar la concepción en la etapa de la fecundación y específicamente a partir de la fusión de los pronúcleos y la formación de la nueva célula distinta a la que le dieron origen. Entre ellos se encuentran, sólo para citar a los peruanos, MARCIAL RUBIO CORREA, CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO Y ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, reconocidos juristas y especialistas en derecho constitucional, derecho civil y derecho genético, respectivamente. Esta posición considera que toda la información constitutiva del nuevo ser ya está contenida en esa primera y única célula; ella contiene el código de la vida que igualmente se encuentra en cualquier ser humano nacido. Todo lo que le ha de permitir evolucionar, toda la información necesaria y a la vez suficiente que define las características de un nuevo ser humano, único e irrepetible, surge de la unión de los 23 cromosomas femeninos con los 23 masculinos. Es un ser humano en una etapa inicial y en proceso de desarrollo, pero ello no debe implicar que se le condicione o niegue la titularidad de los derechos que surgen de su propia naturaleza, menos aún el de la vida, que es el presupuesto para el goce de todos los demás. De otro lado, condicionar los derechos dependiendo de la edad o de la etapa de desarrollo implicaría una vulneración del principio

derecho de igualdad, reconocido tanto por nuestra constitución como por todos los tratados internacionales de derechos humanos.

- (ii) Por su parte, se encuentran aquellos que consideran la anidación del óvulo fecundado en el útero materno como el inicio de la vida humana, la gestación y por ende el embarazo de la mujer. Entre ellos se encuentran LUIS BRAMONT ARIAS, LUIS BRAMONT-ARIAS TORRES, RAÚL PEÑA CABRERA, LUIS ROY FREIRE, FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS Y JOSÉ HURTADO POZO, todos juristas reconocidos en el ámbito penal, siguiendo así la corriente mayoritaria en este campo del Derecho.

24 . Corresponde a la ciencia describir y explicar el proceso de reproducción humana y cada una de las etapas del íter vital del ser humano; y, sobre esa base, apoyándose en lo que la ciencia médica señala, correspondería al mundo jurídico resolver las controversias que se le presenten. Como la ciencia médica se encuentra dividida, y no puede arribar a una respuesta definitiva, el mundo jurídico también se encuentra dividido. Es por ello que, para la solución del presente caso, adquieren singular relevancia algunos principios de interpretación de los derechos fundamentales, como el *pro homine* y el *favor débilis*.

§6. Aplicación de los principios de interpretación constitucional: La posición del Tribunal Constitucional respecto a la concepción

6.1. Principios de interpretación de la Constitución y los derechos fundamentales

25 . Si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente que al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que “comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional” [STC N.º 3330-2004-PA, fundamento 9].

26 . De allí que, para el presente caso, tan controvertido y con posiciones encontradas tanto en la ciencia médica como en la jurídica, resulta necesario acudir al criterio de interpretación constitucional denominado por la doctrina como “interpretación institucional”, y que ya ha sido utilizado y definido en la jurisprudencia de este Colegiado.

6.1.1. Interpretación institucional

27 . Este criterio interpretativo [STC N.º 0008- 2003-PI, fundamento 5] permite identificar en las disposiciones constitucionales una lógica hermenéutica unívoca, la que, desde luego, debe considerar a la persona humana como el *prius* ético y lógico del Estado social y democrático de Derecho. En efecto, las normas constitucionales no pueden ser comprendidas como átomos desprovistos de interrelación, pues ello comportaría conclusiones incongruentes. Por el contrario, su sistemática interna obliga a apreciar a la Norma Fundamental como un todo unitario, como una suma de instituciones poseedoras de una lógica integradora uniforme.

Por ello es necesario sustraerse de las posiciones subjetivas que pretendan glosar la Carta Fundamental, pues, como afirma GARCÍA PELAYO, “lo significativo para la interpretación no es la razón instrumental o la voluntad subjetiva del constituyente, sino la racionalidad y voluntad objetivas que se desprenden del texto.” [GARCÍA PELAYO, MANUEL “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución”. En: *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, a cargo de M. RAMÍREZ, Zaragoza, 1979, p. 79]. A tal propósito coadyuvan los principios interpretativos institucionales de “unidad de la Constitución”, “eficacia integradora” y “concordancia práctica”.

- 28 . Dichos principios, que no son sino muestras de un criterio de interpretación institucional superior, permiten inferir lo que PETER HÄBERLE denomina las “cristalizaciones culturales” subyacentes en todo texto jurídico, las que, sin duda, se encuentran contenidas también en la Constitución. En consecuencia, ninguna sociedad que se precie de mantener una sólida identidad con el bien común, puede soslayar que la Norma Fundamental encierra todo un complejo cultural, en el que es posible identificar un “mínimo común axiológico”, esto es, el punto de encuentro entre los valores básicos de la comunidad. Así, “la Constitución no se limita a ser un conjunto de textos jurídicos o un mero compendio de reglas normativas, sino la expresión de un grado de desarrollo cultural, un medio de autorrepresentación (...) de todo un pueblo, espejo de su legado cultural y fundamento de sus esperanzas y deseos. (...). De ahí que los propios textos de la Constitución deban ser literalmente “cultivados” (la voz “cultura” como sustantivo procede del verbo latino *cultivare*) para que devengan auténtica Constitución”. [HÄBERLE, Peter. *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*. Traducción de Emilio Mikunda. Madrid: Tecnos, 2000, pp. 34-35].
- 29 . Por todo ello, representa un mandato para este Colegiado identificar los contenidos valorativos dispuestos en la Carta Fundamental, que la erigen como la *letra viva* que plasma la propia esencia cultural de nuestra sociedad, y que son el fundamento tanto para reconocer las dificultades y contingencias del presente como para avizorar las eventuales soluciones a futuro.
- 30 . Los fundamentos axiológicos de la Constitución -cuyo presupuesto ontológico es la dignidad de la persona humana (artículo 1º)-, son la expresión y la propia proyección de nuestra comunidad. De ahí su importancia, y la necesidad inexorable de reconocerlos, desarrollarlos y ubicarlos en el contenido esencial de todos y cada uno de los derechos fundamentales.
- 31 . En efecto, el núcleo duro de los derechos fundamentales, más allá de la materia concreta sobre la que versen, y al margen de la técnica ponderativa que pueda aplicárseles, está imbuido de los valores superiores de nuestro orden constitucional. Y es que un derecho fundamental desprovisto de la raigambre ética que debe transitar nuestro sistema cultural, poco tendrá siquiera de “derecho”, pues estará condenado al repudio social.
- 32 . De otro lado, existe un conjunto de principios o directrices de aplicación e interpretación propios de los derechos fundamentales. En tal medida, para el análisis del presente caso resulta imprescindible considerar de manera especial como pauta o cauce hermenéutico el principio *pro homine* y el principio *pro debilis*, justamente porque se presenta en la circunstancia de analizar un caso donde se encuentran en cuestión el derecho a la vida y la situación o condición más débil en que podría encontrarse el ser humano: cuando

inicia su proceso vital, el primer paso en el desarrollo de su vida que acabará con la muerte.

6.1.2. Principio *pro homine*

- 33 . El principio *pro homine* es un principio hermenéutico que al tiempo de informar el derecho de los derechos humanos en su conjunto, ordena que deba optarse, ante una pluralidad de normas aplicables, siempre por aquella norma *iusfundamental* que garantice de la manera más efectiva y extensa posible los derechos fundamentales reconocidos; es decir aquella que despliegue una mayor eficacia de la norma. O como reiteradamente ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, el principio *pro homine* implica que los preceptos normativos se tengan que interpretar del modo que mejor se optimice el derecho constitucional y se reconozca la posición preferente de los derechos fundamentales [STC N.º 1049-2003-PA, fundamento 4]. Asimismo pero de manera inversa, también implica que debe preferirse la norma o interpretación más restringida cuando de los que se trata es de fijar restricciones al ejercicio de los derechos, sean éstas de carácter permanente o extraordinaria. Esta directriz de preferencia de normas o de interpretación alcanza a ser aplicable incluso en los casos de duda sobre si se presenta una situación en que se encuentran en juego derechos fundamentales u otros derechos.

6.1.3. Principio *pro debilis*

- 34 . Debe también servir como pauta interpretativa de los derechos fundamentales implicados en el presente caso el principio *favor debilis, pro debilis* o principio de protección a las víctimas, que junto con el principio *pro homine* antes anotado, configuran el *principio de centralidad del ser humano*. Este principio manda que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto, debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil, en una situación de inferioridad y no de igualdad con la otra.

6.2. Análisis en concreto

- 35 . Este Tribunal considera que se debe ser sumamente cauteloso en la dilucidación de este caso, en el que existen posiciones encontradas desde la ciencia respecto a los efectos de la píldora en el cuerpo de la madre y en el proceso vital del nuevo ser. Si bien no corresponde zanjar las dudas de la ciencia o definir desde esa perspectiva cuándo es que la vida comienza, pues la *auctoritas* de este Colegiado no es científica, si le corresponde administrar sobre la duda que genera la inexistencia de consenso y certeza sobre los efectos de la píldora.
- 36 . Para ello, previamente se debe adoptar una posición evidentemente sobre fundamentos que resulten razonables y justos, y sin olvidar que lo que se está interpretando es nada menos que la norma constitucional, la cual, “no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible y casi podríamos calificarlo de “fáustico”, pero profundamente humano y digno de ser interpretado, de transformar en derecho escrito los supremos valores, la pretensión de “encerrar” de “definir” en una norma positiva, lo que por su naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto”. [CAPPELLETTI, M. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. Traduc. De Cipriano Lara y Héctor Fix Zamudio, México, 1996, p. 74].
- 37 . A este Colegiado correspondía pues, dentro del marco constitucional y sobre la base de los valores y principios que la configura, ponderar adecuadamente cada una de las

posiciones expresadas y mostradas en el expediente, respecto a lo que la ciencia médica entiende por concepción y el momento en que ésta se produce. Igualmente debe ponderar lo que dice la doctrina y normativa jurídica, que no hace sino replicar la controversia inconclusa sobre este hecho tan trascendental. Este inacabado debate, del que se ha dado sólo somera cuenta, no hace sino mostrar de manera descarnada el hecho de que el ser humano, tan orgulloso de sí por el avance científico y grado de evolución que ha logrado, todavía no es capaz de determinar, sin lugar a controversia, el instante en el que se ha creado un nuevo miembro de su especie.

- 38 . Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados *supra* respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irreplicable, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, forma parte del desarrollo del proceso vital, mas no constituye su inicio. Por lo demás, aun cuando hay un vínculo inescindible entre concebido-madre y concepción-embarazo, se trata de individuos y situaciones diferentes, respectivamente; pues es la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición de concebido.

§7. La denominada “Píldora del Día Siguiente” y sus efectos

- 39 . La abundante instrumental que corre en autos nos dice de la riqueza de la información traída al proceso por las partes y por las personas a las que se les ha permitido intervenir en las instancias precedentes, información científica que se pone de lado de una y otra posición y que aún en la incertidumbre el Tribunal está en el deber de decidir puesto que conforme a lo que prescribe el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, los jueces no pueden dejar de resolver el conflicto sometido a su determinación, ni en casos de vacíos de la ley o en ausencia de ella.

7.1. Lo que dicen los insertos en el producto, respecto a sus efectos

- 40 . Junto con lo anterior, en que, como se ha reseñado, existen posiciones encontradas en el mundo científico respecto a los efectos de la píldora, es necesario e importante determinar lo que los fabricantes y/o distribuidores del producto, que operan en nuestro país con sus correspondientes autorizaciones, refieren respecto de aquél y la forma en la que actúan.
- a. **GLANIQUE** (Levonorgestrel) 0.75 ó 1.5 mg., elaborado en Argentina por Laboratorios Blipack, S. A. En el inserto del producto se señala: “Farmacodinamia: **El mecanismo de acción de levonor-gestrel no se conoce completamente.** GLANIQUE, en dosis de dos tomas... o dosis única... bloquea la ovulación, impidiendo la fecundación si la relación sexual ha ocurrido en las 72 horas precedentes a la ovulación, es decir en el periodo durante el cual el riesgo de fecundación es el más alto. **Podría impedir igualmente la implantación de un óvulo,** pero es ineficaz si el proceso de implantación ha comenzado” . (Negrita y subrayado nuestro). (información

aparecida

en:

http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/35280.htm).

- b. **TIBEX** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Farminustria S.A. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: Levonorgestrel inhibe la secreción de la gonadotropina e la pituitaria anterior, previniendo la ovulación y la maduración folicular. **Interfiere con la fertilización y la implantación en el ciclo luteal por espesamiento del moco cervical y cambios en el endometrio**”. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: (<http://www.farminustria.com.pe/productos/222.html>)).
- c. **POSTINOR 2** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Fabricado por: Laboratorio Gedeon Richter S.A.Budapest, Hungría. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: POSTINOR 2 (levo-norgestrel) a la dosis recomendada inhibe la secreción de las gonadotropinas de la hipófisis anterior, de este modo actúa impidiendo o previniendo la ovulación y la maduración folicular. Asimismo, tiene acción anticonceptiva a través de otro mecanismo interfiriendo con el transporte espermático por espesamiento del moco cervical. **Consecuentemente, previene la fecundación e implantación en el ciclo luteal**. Por el contrario, no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la página web www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/32067.htm).
- d. **NORTREL** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Laboratorios Farmacéuticos Markos S.A. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: Mecanismo de acción/Efecto. Anticonceptivo (sistémico): La inhibición de la excreción de las gonadotropinas de la pituitaria anterior previene la ovulación y la maduración folicular y es una de las acciones anticonceptivas de levonorgestrel. En algunos pacientes que usan anticonceptivos solamente dosis bajas de progestinas, particularmente implantes subdérmico de levonorgestrel, la ovulación no se suprime consistentemente de ciclo a ciclo. **El efecto anticonceptivo de la progestina se alcanza a través de otros mecanismos que resultan en interferencia con fertilización e implantación en el ciclo luteal tal como adelgazamiento del moco cervical y cambios en el endometrio**.”. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/52934.htm>).
- e. **POST DAY** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Lafrancol. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: POSTDAY es un medicamento que inhibe y retrasa la ovulación, altera el transporte espermático mediante el espesamiento del moco cervical. **Posteriormente impide la fecundación e implantación** por lo que no se debe administrar después de dicho suceso. Una de las acciones anticonceptivas del levonorgestrel es la inhibición de la secreción de gonadotropina de la glándula pituitaria anterior previniendo la ovulación y maduración del folículo”. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la siguiente dirección electrónica <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/47894.htm>).

41 . Conforme se desprende de la glosa aparecida en el inserto de los cinco productos mostrados y autorizados en nuestro país como Anticonceptivos Orales de Emergencia, **en**

todos los casos se hace referencia al denominado “tercer efecto”, esto es expresamente refieren, según el caso, que además de inhibir la ovulación o espesar el moco cervical, **previenen, interfieren o impiden la implantación.**

42. El Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, aprobado por D.S., N.º 010-97-SA, en su artículo 49º modificado por D.S. N.º 020-2001-SA establece que “El prospecto o inserto que acompaña al producto farmacéutico deberá consignar, la siguiente información: a) Nombre del producto farmacéutico. b) denominación Común Internacional (DCI). En el caso de los productos medicinales homeopáticos se deberá consignar el nombre científico del recurso o recursos utilizados. c) Forma farmacéutica. d) Principios activos y excipientes (c.s.p.). e) Acción farmacológica. f) Indicaciones. g) Cuando corresponda, deberá indicarse las interacciones con otros medicamentos y con alimentos, contraindicaciones, precauciones incompatibilidad, reacciones adversas, advertencias y tratamiento en caso de sobredosis. h) Dosis y vía de administración. Información sobre algunos excipientes cuyo conocimiento sea necesario para un correcto uso del producto.”

De acuerdo a las Identificaciones Estándar de Datos en Salud, aprobado por D.S. N.º 024-2005-SA, “Rotulado”, se define como (ítem 20 del anexo): “Leyenda o escrito, **inserto o prospecto** que se imprime o adhiere en los envases del producto, se le adjunta o lo acompaña y que contiene la **información técnica que obra en el registro sanitario del producto**”. En el mismo cuerpo legal se define (ítem 19) Registro Sanitario como “Procedimiento de aprobación por la autoridad sanitaria competente del Perú para la comercialización de un medicamento, una vez que el mismo ha pasado el proceso de evaluación. El registro debe establecer el uso específico del medicamento, las indicaciones y contraindicaciones para su empleo”.

43. Como se desprende de esta normativa, los insertos incluidos en los envases de los productos farmacéuticos en general, y obviamente en los que corresponden a *Levonorgestrel* en sus distintas presentaciones y marcas, no sólo se trata de informaciones que los propios fabricantes consignan sobre la base de sus investigaciones y experimentaciones con el producto que colocan al acceso del público. También, y esto es sumamente importante relevar, constituyen dichos insertos un pronunciamiento de las autoridades sanitarias peruanas, pues al momento de otorgar el Registro Sanitario a un medicamento, se está aprobando su comercialización “una vez pasado el proceso de evaluación” (evaluación que –se supone- es muy rigurosa, dada la naturaleza del producto y su uso en seres humanos, debiendo establecer dicho registro el uso específico del medicamento, las indicaciones y las contraindicaciones para su empleo.
44. Aparece como contradictorio para este Colegiado que, al tiempo que el accionado Ministerio de Salud niegue cualquier efecto de los anticonceptivos orales de emergencia sobre el endometrio y la implantación, el mismo Ministerio de Salud reciba y previa evaluación apruebe registros sanitarios de dichos productos donde se expresa todo lo contrario.

7.2. Lo que dice la FDA

45. A mayor abundamiento, es necesario referir lo que respecto a los anticonceptivos de emergencia y, específicamente del producto Plan B (una de las formas como se presenta el producto en los Estados Unidos), señala la Agencia norteamericana para la

Administración de Alimentos y Drogas FDA
<http://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/PostmarketDrugSafety/InformationforPatientsandProviders/ucm109795.htm>).

a. **1. What is emergency contraception?**

Emergency contraception is a method of preventing pregnancy to be used after a contraceptive fails or after unprotected sex. It is not for routine use. Drugs used for this purpose are called emergency contraceptive pills, post-coital pills, or morning after pills. Emergency contraceptives contain the hormones estrogen and progestin (*levonorgestrel*), either separately or in combination. FDA has approved two products for prescription use for emergency contraception – Preven (approved in 1998) and Plan B (approved in 1999).

Su traducción sería :

¿Que es anticoncepción de emergencia?

La anticoncepción de emergencia es un método de prevención de embarazo, a ser usado cuando un anticonceptivo falla o luego de sexo sin protección. No es de uso rutinario. Los medicamentos (drogas) usados para éste propósito, son llamadas píldoras (pastillas) anticonceptivas de emergencia, píldoras post coito o píldoras del día siguiente. Los anticonceptivos de emergencia contienen las hormonas estrógeno y progesterona, ya sea por separado o en combinación. La FDA ha aprobado dos productos para ser usados en caso de anticoncepción de emergencia : Preven y Plan B.

b. **2. What is Plan B?**

Plan B is emergency contraception, a backup method to birth control. It is in the form of two levonorgestrel pills (0.75 mg in each pill) that are taken by mouth after unprotected sex. Levonorgestrel is a synthetic hormone used in birth control pills for over 35 years. Plan B can reduce a woman's risk of pregnancy when taken as directed if she has had unprotected sex. Plan B contains only progestin, levonorgestrel, a synthetic hormone used in birth control pills for over 35 years. It is currently available only by prescription.

Su traducción sería:

¿Qué es el Plan B?

Plan B es anticoncepción de emergencia, un método backup de control de natalidad. Se administra en forma de dos pastillas de *levonorgestrel* que se toman por vía oral, luego de haber tenido sexo sin protección. *Levonorgestrel* es una hormona sintética usada en píldoras de control de natalidad (anticonceptivos) por más de 35 años. Plan B reduce el riesgo de la mujer de quedar embarazada, cuando es ingerido tan pronto haya tenido sexo sin protección. Plan B contiene sólo *progestin, levonorgestrel*, una hormona sintética usada en píldoras de control de natalidad por mas de 35 años. Regularmente, se puede conseguir bajo prescripción (médica).

c. **3. How does Plan B work?**

*Plan B works like other birth control pills to prevent pregnancy. Plan B acts primarily by stopping the release of an egg from the ovary (ovulation). It may prevent the union of sperm and egg (fertilization). **If fertilization does occur, Plan B may prevent a fertilized egg from attaching to the womb (implantation).** If a fertilized egg is*

implanted prior to taking Plan B, Plan B will not work. (resaltado y subrayado nuestro).

Su traducción sería:

¿Cómo trabaja (actúa) Plan B?

Plan B trabaja como cualquier otra píldora de control de natalidad, para prevenir el embarazo. Plan B actúa primeramente, paralizando la liberación de un huevo (ovulo) del ovario. Puede impedir la unión entre el espermatozoide y el óvulo (fertilización). **Si ocurriese la fertilización, Plan B puede impedir que el óvulo fertilizado se adhiera en el útero (implantación).** Si el óvulo estuviera implantado antes de tomar Plan B, Plan B no trabaja.

- 46 . La misma Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas – FDA, también tiene registrado como anticonceptivo oral de emergencia al medicamento denominado Plan B One-Step fabricado por Gedeon Richter, Ltd., para Duramed Pharmaceuticals, Inc. http://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2009/021998lbl.pdf y replicado en la página web de promoción del producto (<http://www.planbonestep.com/pdf/PlanBOneStepFullProductInformation.pdf>), se indica claramente el efecto sobre la implantación por alteración del endometrio. prescribiendo: *PLAN B ONE-STEP “CLINICAL PHARMACOLOGY 12.1 Mechanism of Action Emergency contraceptive pills are not effective if a woman is already pregnant. Plan B One-Step is believed to act as an emergency contraceptive principally by preventing ovulation or fertilization (by altering tubal transport of sperm and/or ova). **In addition, it may inhibit implantation (by altering the endometrium).** It is not effective once the process of implantation has begun”.*

Cuya traducción es: “Farmacología clínica. 12.1 Mecanismo de acción. Las píldoras de anticoncepción de emergencia no son efectivas si las mujeres se encuentran embarazadas. Plan B One-Step se cree que actúa como un anticonceptivo de emergencia principalmente evitando la ovulación o la fertilización (por alteración del transporte del esperma y óvulos). **Adicionalmente, puede inhibir la implantación (por alteración del endometrio).** No es efectiva una vez que el proceso de implantación ha comenzado”.

Es importante referir que el inserto del producto PLAN B aquí glosado, ha sido revisado en **julio del 2009**, según se consigna al pie del documento.

§8. La necesidad de recurrir al principio precautorio en el caso concreto

- 47 . Junto a los principios que nos han servido de pauta interpretativa respecto al derecho a la vida; para la adopción de una posición respecto a la denominada “Píldora del Día Siguiente” y su acusada afectación al concebido con el denominado tercer efecto, que produciría cambios en el endometrio y no permitiría la anidación, será necesario utilizar el denominado por la doctrina y la legislación *principio precautorio*. Esta directriz adquiere especial relevancia en los casos donde se encuentran en controversia la posible afectación de los derechos a la salud y la vida, por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre.

8.1. Principio precautorio

- 48 . El principio precautorio inicialmente creado para la protección del hábitat de animales y después en general para la protección de la ecología y el medio ambiente, ha pasado ya también a ser pauta o recurso para el análisis de actividades, procesos o productos que puedan afectar a la salud del ser humano. La salud humana es uno de los ejes fundamentales del recurso a este principio.
- 49 . Al principio precautorio se le pueden reconocer algunos elementos. Entre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc. Una característica importante del principio anotado es el de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medio ambiente.
- 50 . Respecto de este principio el Tribunal Constitucional ha señalado que “b) El “principio precautorio” o también llamado “de precaución” o “de cautela” se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este” [STC N.º 3510-2003-PA]. Adicionalmente ha señalado en la misma sentencia que “c) Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones”.
- 51 . Por lo expuesto, atendiendo a que, según lo evidenciado en autos, el mundo científico se encuentra fisurado respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación; es necesario ponderar cada una de las posiciones expresadas, a fin de definir jurídicamente si tales efectos existen. Dada esta realidad, y sin desconocer la validez e importancia de las opiniones presentadas durante el proceso, este Tribunal considera que hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital. Esta decisión se adopta fundamentalmente sobre la base de la información expresada en los insertos de cada una de las presentaciones de los anticonceptivos orales de emergencia, que en su totalidad hacen referencia a tal efecto.
- 52 . No obstante ello, la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable, pues como reiteradamente se ha señalado, ésta ha debido ser tomada aun cuando hay

importantes razones del lado de la demandada, importantes pero no suficientes, para vencer la duda razonable aludida, por lo menos hoy en día. Más aún, atendiendo justamente a esa situación, debe quedar claro que si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la inocuidad del *levonorgestrel* para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición.

8.2. Dilucidación de la controversia

- 53 . Por lo anteriormente expuesto, y teniendo en cuenta, por un lado, que la concepción se produce durante el proceso de fecundación, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación; y, por otro, que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada “Píldora del Día Siguiente” afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto. En consecuencia, el extremo de la demanda relativo a que se ordene el cese de la distribución de la denominada “Píldora del Día Siguiente”, debe ser declarado fundado.
- 54 . Respecto al extremo de la demanda en el que se pide que una decisión del Poder Ejecutivo dependa de una eventual y previa consulta al Congreso de la República, éste debe ser declarado infundado, pues de acuerdo a su configuración político constitucional, el Perú es un Estado que se sustenta, entre otros, en el principio de división, balance y control de poderes (artículo 43° de la Constitución), en los que el Poder estatal es ejercido de acuerdo a las funciones, atribuciones y competencias que la propia Constitución establece, con las consecuencias y responsabilidades propias de su función.

§9. Algunas consideraciones en torno a la venta de la denominada “Píldora del Día Siguiente”

- 55 . Sobre la base de las consideraciones expuestas *supra*, se ha fundamentado la inconstitucionalidad de la distribución gratuita como método anticonceptivo del Programa Nacional de Planificación Familiar del AOE. Sin embargo, este Colegiado estima necesario plantear algunas valoraciones sobre la venta y expendio del producto en farmacias privadas y establecimientos comerciales, no obstante no formar parte del petitorio de la demandante. Y ello porque los posibles efectos derivados de la libre comercialización desinformada de la AOE representan una amenaza concreta respecto de la cual no es posible permanecer indiferentes.
- 56 . Todos estos elementos de análisis no se afincan en el ámbito de un pretendido perfeccionismo moral ni en el de la tutela dispensada por un Estado paternalista, Los términos de por sí complejos de la controversia exigen que se tome posición; conviene subrayar por ello que frente al relativismo moral y ético de las sociedades actuales, la Constitución establece “un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana” [ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997. pp. 183 y ss.]. Este Colegiado está convencido de que este consenso mínimo se encuentra en la afirmación de la protección que se exige a los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales de la persona humana, y de las distintas dimensiones en las que concurre de manera concreta en un mercado libre de intercambio de bienes y servicios. En efecto, todos los seres humanos somos

consumidores y usuarios, y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades.

- 57 . Dentro del espectro de garantías de la tutela de los consumidores, en lo que a materia del presente caso corresponde, se emitirá pronunciamiento sobre el manejo de la información sobre los productos (de importancia para la salud pública y para una adecuada toma de decisión de consumo).
- 58 . Así, en el fundamento 9 de la STC N.º 3315-2004-AA/TC, se ha interpretado que el artículo 65 de la Constitución se sustenta en un conjunto de principios, dentro de los cuales se encuentra el principio *in dubio pro consumidor*. El cual, en sí mismo, implica un mandato para los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado (entre ellos este supremo Tribunal) para que realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las normas. En puridad, alude a una proyección del principio *pro consumidor*.
- 59 . De allí que si había duda sobre los efectos reflejada en los insertos del producto, ésta ha debido merecer, antes del otorgamiento del Registro Sanitario respectivo que autorizó su expendio en nuestro país, una evaluación y, a partir de allí, una aprobación por parte de las autoridades de Salud, conforme a lo previsto en la normativa del sector. Se exige por tanto la realización directa de la inspección técnica o técnico-sanitaria y de los correspondientes controles y análisis, en la medida en que se cuente con medios para su realización, o promoviendo, colaborando o facilitando su realización por otras entidades u organismos. De lo contrario, los consumidores quedarán en situación de indefensión por una deficiencia del Estado en su deber de cautelar los productos que ingresan al mercado, atendiendo sobre todo a la importancia que tienen en la salud y la vida humana misma. A esta situación se añade la comercialización indiscriminada, que no se encuentra acompañada de la correspondiente prescripción, o del necesario control médico previo y posterior en los supuestos extraordinarios de su ingesta, o de la frecuencia de ella. Asimismo, se oferta como un método anticonceptivo, siendo que ni siquiera los sectores médicos más entusiastas pueden darle dicho carácter. Todo lo cual configura una situación de irregularidad inconstitucional.
- 60 . Por ello, este Colegiado considera que el presente caso permite revalorizar el *status* de consumidor no como el de ser sujeto pasivo de la economía que observa con indiferencia o impotencia el modo como los agentes económicos y las entidades del Estado competentes desarrollan sus actividades o entran en disputa, sino el de ser destinatario fundamental de las relaciones que la sustentan y, por supuesto, de aquellas que la justifican en el marco del Estado social y democrático de Derecho. Corresponde pues establecer límites fundamentados en la relevante posición que ocupa, lo que supone que no se puede permitir el acceso al mercado de productos cuyos efectos no se encuentran debidamente establecidos, por los riesgos inminentes que representa no sólo para la vida del concebido, sino incluso por los efectos secundarios que pueden presentarse en la propia mujer que las ingiere.
- 61 . Entonces surge la interrogante sobre la legitimidad del Estado para intervenir de alguna manera frente a esta situación. El razonamiento económico alega que en los “mercados perfectos” se debe permitir a los compradores y vendedores interesados llevar a cabo sus transacciones comerciales sin interferencia del gobierno. Pero los productos farmacéuticos y la atención de salud son diferentes de otros bienes de consumo, por lo que varias consideraciones apoyan la necesidad de participación del gobierno. Uno de estos supuestos habilitantes es el desequilibrio de información, pues a entender de este

Colegiado queda acreditado que las mujeres destinatarias, y a menudo los profesionales de la salud, tienen dificultades para tener información completa acerca de la calidad, inocuidad, eficacia e idoneidad de este producto.

62. En consecuencia, todo ello exige que el consumidor disponga de información suficiente sobre la seguridad y efectividad del producto. Son las autoridades competentes las que deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen tales exámenes y autoricen el fármaco sin grados de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan (inversión de la carga de la prueba).

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda; en consecuencia, ordénase al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguiente”.
2. Ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada “Píldora del Día Siguiente” incluyan en la posología la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA**

**EXP. N.º 02005-2009-PA/TC
LIMA
ONG “ACCION DE LUCHA
ANTICORRUPCION”**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO VERGARA GOTELLI

Emito el presente fundamento de voto por las siguientes consideraciones:

1. Con fecha 29 de octubre de 2004 la ONG recurrente interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud, con la finalidad de que se abstenga i) de iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los que se pretenda su entrega gratuita, ii) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método Anticonceptivos Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República, puesto que con ello se vulnera el derecho a la vida del concebido.
2. Traído el proyecto a mi Despacho –proyecto con el que concuerdo– considero que es necesario realizar algunas precisiones en relación a un pronunciamiento anterior relacionado con la pretensión que se resuelve en autos.
3. En un caso anterior –Exp. N° 07435-2006-PC/TC– declaró fundada la demanda de cumplimiento y en consecuencia ordenó el cumplimiento de las resoluciones vigentes. En este caso la pretensión del actor estaba dirigida a que se dé cumplimiento a las resoluciones Ministeriales N° 0465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM, y se garantice la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo.
4. En tal sentido, al haberse emitido dicho pronunciamiento que tendría relación con la pretensión que se nos presenta por medio del proceso de amparo, es necesario precisar las diferencias que existe entre el objeto del proceso de cumplimiento y el proceso de amparo. El primero persigue que un funcionario o autoridad pública renuente acate una norma legal o ejecute un acto administrativo, debiéndose evaluar en este caso sólo si el mandato cumple con los requisitos establecidos en la STC N° 0168-2005-PC/TC, es decir deberá contar con los siguientes requisitos mínimos comunes tales como:
 - a) Ser un mandato vigente.
 - b) Ser un mandato cierto y claro, es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal o del acto administrativo.
 - c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares.
 - d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento.
 - e) Ser incondicional.

Excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria.

Adicionalmente, para el caso del cumplimiento de los actos administrativos, además de los requisitos mínimos comunes mencionados, en tales actos se deberá:

- f) Reconocer un derecho incuestionable del reclamante.
- g) Permitir individualizar al beneficiario.

Este proceso constitucional tiene como principal finalidad la defensa y la eficacia de las normas legales y actos administrativos. El segundo tiene como finalidad reponer las cosas al estado anterior a la vulneración del derecho fundamental conculcado, es decir, en este caso se analiza el fondo de la controversia para verificar si existe vulneración de algún derecho fundamental, actuando como defensor y protector de éstos. En tal sentido la labor del juez constitucional en uno y otro proceso es diferente, puesto que en uno sólo se

verifica el cumplimiento obligatorio de un acto administrativo o norma legal, mientras que en el otro se evalúa y analiza la controversia buscando la plena protección del derecho fundamental.

5. Es por tal sentido que si bien declaramos fundada la demanda de cumplimiento, esto fue en atención a la naturaleza del proceso en el que la pretensión del demandante perseguía no la vuelta al estado anterior a la vulneración o amenaza de un derecho fundamental sino el cumplimiento de un acto administrativo –Resoluciones Ministeriales–, evaluándose solamente si el mandato del cual se exigía su cumplimiento cumplía los requisitos exigidos en la citada jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En consecuencia no se podría señalar que realizamos un pronunciamiento fondal que pudiera contradecir nuestra actual posición, puesto que en el caso presente sí se ha evaluado plenamente si la distribución de la denominada “Píldora del Día siguiente” puede atentar contra un derecho fundamental de primer orden como es el derecho a la vida.
6. Por lo expuesto he considerado necesario realizar las precisiones de manera que se eviten confusiones y se tilde nuestro pronunciamiento como contrario a uno anterior.
7. Pero además quiero agregar que el Estado como ente encargado de garantizar la vigencia efectiva de los derechos fundamentales, no sólo debe encargarse de distribuir, por medio de los centros de salud, métodos anticonceptivos, que en muchos casos, por desconocimiento, pueden encontrarse al límite con otros derechos, como en este caso el derecho a la vida, sino que también debe realizar programas de difusión y educación sexual –conforme a políticas establecidas– en los centros educativos, universidades y otros entes, de manera que se pueda crear conciencia en la colectividad para llevarla a decisiones de responsabilidad con mejor conocimiento y libertad.

Por lo expuesto mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de amparo.

SS.

VERGARA GOTELLI

**EXP. N.º 02005-2009-PA/TC
LIMA
ONG “ACCION DE LUCHA
ANTICORRUPCION”**

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

En la sentencia recaída en el Exp. N.º 07435-2006-PC/TC, compartí la tesis del Tribunal Constitucional en el sentido que la llamada “*Píldora del Día Siguiente*” tenía efectos anticonceptivos. He cambiado de opinión. Un Tribunal de justicia puede decidir “problemas jurídicos” con apoyo en la ciencia si es que ésta se encuentra en capacidad de ofrecerle

verdades indiscutibles e indubitables. Pero no es el caso de la llamada “*Píldora del Día Siguiente*” (en adelante, la PDS), toda vez que aún se observa en el ámbito de la embriología un arduo debate sobre si tiene, o no, efectos abortivos.

1. El derecho no puede ni debe sustituir a la embriología ni los jueces tienen que resolver los problemas de los científicos, ya que se corre el riesgo de afirmar sin demostrar o de argumentar sin convencer. En otras palabras, la sola afirmación de que la píldora es anticonceptiva no la provee de contundencia apodíctica, en la medida que el debate científico sobre sus efectos no está cerrado, por lo menos para quien suscribe el presente fundamento de voto. *Contrario sensu*, si se declarara con el mismo tono fundamentalista que la PDS tiene efectos abortivos, tal aserto tampoco agotaría un debate que por sus connotaciones jurídicas, filosóficas y éticas más parece una aporía.

Lo dicho hasta aquí no significa que el derecho no pueda resolver el “formidable problema” que subyace en la presente *litis*. Afirmar lo contrario significaría despojar a la Constitución de su cualidad de norma omnicompreensiva y omnisapiente. No hay vacíos en el ordenamiento jurídico. La Constitución tiene respuesta a todas las incertidumbres que la realidad de los derechos humanos le pueda plantear. Incluso en aquellos casos en que no sea posible encontrar apoyo en la ciencia.

Desde esta perspectiva, aun cuando tengo dudas sobre los efectos de la PDS, considero que es necesario reafirmar mi posición en defensa de los derechos fundamentales de la mujer, tal como quedó expresado en los siguientes términos en mi fundamento de voto recaído en el Exp. N.º 07435-2006-PC/TC.

El derecho a recibir información

2. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, en su artículo 19º, ha establecido que toda persona tiene derecho a “investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en su artículo 19.º, señala que la persona tiene derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13.º, dice que toda persona tiene derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

A este elenco de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, se suma el inciso 4) del artículo 2º de la Constitución. En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos es el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6º de la Constitución. Pero es, al mismo tiempo, un auténtico principio constitucional, que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, y para que se asuma a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos

constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable.

Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito al libre desarrollo de la personalidad

3. Considero que el derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método anticonceptivo para lograrlo o para impedirlo.
4. Por consiguiente, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo. Así lo tiene establecido la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer en su artículo 16º: “Todas las personas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos (...)”. Este es un asunto que principalmente le compete a ella y constituye el núcleo duro de su autonomía personal; es la manifestación excelsa de su dignidad humana y de su potencialidad para ser madre. De ahí que, como principio y como derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad, y, particularmente, el derecho a la autodeterminación reproductiva es un límite a la actuación del Estado, lo que comporta la interdicción de cualquier política normativa destinada a impedir la decisión sobre la elección del momento de ser madre.

Derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de la mujer

5. Constituye un derecho de la mujer, según el artículo 10º inciso h), de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, el “acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”. No cabe duda que la PDS puede jugar en materia de planificación familiar un papel importante. Incluso podría tratarse de una alternativa excepcional a tomarse en cuenta por las políticas públicas de salud, de cara a las obligaciones del Estado de impedir la muerte de mujeres pobres que se someten a prácticas abortivas en condiciones de insalubridad. Sin embargo, lo que puede ser bueno y oportuno desde las razones de la política, tiene que ser compatible con el techo ético de la Constitución. Es decir, como lo han dicho los jueces Brennan, Powell, Marshall, Douglas, Stewart y Burger en el caso *Roe Vs. Wade* (1973) “nuestra tarea es resolver la cuestión desde criterios constitucionales al margen de las inclinaciones personales y las pasiones”.

En este orden de ideas, soy consciente que la PDS puede servir para posibilitar un sistema de indicaciones a fin de evitar abortos traumáticos de la mujer o embarazos no deseados en los siguientes casos:

- a) *Motivaciones terapéuticas o médicas*; para evitar que el embarazo ocasione un grave daño para la vida o salud de la madre.
 - b) *Motivación criminológica*; para evitar el embarazo por violación sexual.
 - c) *Motivaciones eugenésicas*; cuando es probable que el concebido conlleve al nacimiento graves taras físicas.
6. En esa misma línea sigo pensando que la violación sexual constituye un trato cruel, inhumano y degradante, que atenta contra la integridad de la persona y vulnera no sólo la Constitución, sino también los distintos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 5.º prescribe: “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Contraviene, también, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prescribe que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

Ese es mi punto de vista. Pero creo que si la PDS es abortiva, su utilización como parte de la política estatal relacionada con la planificación familiar no debería estar permitida. Es más, en tal supuesto sería necesaria una profunda reforma constitucional, toda vez que la Constitución expresa con absoluta claridad su voluntad de que el Estado y la sociedad protejan la vida humana en todas las etapas de su desarrollo. A ese mandato no podemos oponernos los jueces, independientemente de la posición que tengamos en relación con el aborto y los efectos de la PDS.

7. Pero su prohibición como parte de una política general en caso de que sea abortiva no ha de suponer tampoco una interdicción absoluta, ya que el juez debe estar siempre en la posibilidad de evaluar caso por caso, proceso por proceso, las situaciones de extrema gravedad, en que ya no sea posible a la mujer exigirle un sacrificio de sus propios derechos fundamentales. Para ello no es necesaria ni siquiera la intervención del legislador. La solución puede obtenerse por la vía pretoriana.

La posición constitucional del concebido

8. El *nasciturus*, en el marco de la Constitución, posee dignidad humana y, por ende, es también titular de derechos. Nuestra Constitución –a diferencia de otros países– declara expresamente que el concebido es sujeto de derechos. Esta posición principista obliga a que se establezca un trato de igualdad entre el *nasciturus* y la mujer. Otorgarle al concebido el *status* de sujeto con derechos implica:
- a) Que el *nasciturus* no es para la Constitución un proyecto de vida o vida potencial. Es un sujeto con derechos.
 - b) No es un *bien jurídicamente protegido*, sin derechos fundamentales, según el conocido pronunciamiento del Tribunal Constitucional de España.
 - c) Nuestra Constitución no otorga a la mujer el derecho de abortar de un modo libre.

9. Pero si los derechos fundamentales de la persona no son absolutos, sino relativos, consecuentemente también lo son los del *nasciturus*. Constituye doctrina unánimemente aceptada que el ejercicio de los derechos puede estar sujeto a diversos límites:

- *Los establecidos por la ley de acuerdo con mandatos constitucionales y con la finalidad de preservar otros derechos:* (artículo 2º, inciso 5 de la Constitución, el derecho de acceso a la información pública, con excepción de la que afecta la intimidad personal y las que expresamente se excluyen por ley o por razones de seguridad).
- *Los establecidos por la ley de acuerdo con mandatos constitucionales y con la finalidad de proteger algunos bienes constitucionalmente valiosos:* (artículo 2º inciso 11, la libertad de tránsito puede limitarse por razones de sanidad, mandato judicial o por aplicación de la Ley de Extranjería; el derecho de reunión, artículo 2º inciso 12, por motivos probados de seguridad o sanidad pública).
- *Los establecidos directamente por la propia Constitución:* (artículo 34º, los miembros de las Fuerzas Armadas no pueden elegir ni ser elegidos).

En este orden de ideas, es probable que en la “relación fáctica” los derechos del *nasciturus* entren en colisión con los derechos a la vida, a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer embarazada. En tales supuestos, la interrupción del embarazo puede estar permitido si su continuación representa para la mujer un grado tan extremo de sacrificio de sus derechos que no pueda esperarse más de ella (*criterio de no exigibilidad de otra conducta*).

Sin embargo, por la posición relevante que el *nasciturus* posee en nuestra Constitución, el determinar con criterios de generalidad la solución de los casos en que pueda producirse una colisión de derechos, no es tarea que les corresponda a los jueces o al legislador ordinario. Desde nuestro punto de vista, el constituyente es el único que puede autorizar al legislador la adopción de un sistema de indicaciones más allá del aborto terapéutico; sin perjuicio, claro está, de lo que expreso en el numeral siete del presente fundamento.

10. Pero si los efectos de la PDS son inciertos, entonces al Estado le corresponde salvaguardar al *nasciturus* siempre que sus derechos no entren en conflicto con los derechos de la madre. Y, aun en este hipotético caso, el aborto debe ser la *última ratio*. Para que esto sea factible es necesario la puesta en marcha de una política pública que permita – siempre bajo la decisión del juez – impedir hasta donde sea posible la interrupción del embarazo. Eso podría ser materializado si antes de una decisión de tal trascendencia la madre puede recibir por parte del Estado apoyo moral, consejo jurídico y ayuda psicológica, de manera que el nacimiento del niño no deseado se haga realidad. El Estado debe sentar las bases de una política que permita la adopción por padres responsables de los niños que son fruto de embarazos no deseados. O la instauración de instituciones públicas o privadas que tengan como expresa misión procurar viabilidad a los derechos de un niño por nacer.

En la línea de salvaguarda de los derechos del *nasciturus*, que también obtiene protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la PDS no puede repartirse, porque es una regla de insoslayable cumplimiento estatal el principio “*in dubio pro homine*”. En caso de duda hay que estar por el derecho de la persona y si se desconoce los

efectos de la PDS, el Estado no debe incluirla entre sus políticas de planificación familiar en los establecimientos públicos.

Son estas las principales razones las que me llevan a declarar **FUNDADA** la demanda.

11. Sentado ello, las particulares razones de orden dogmático doctrinario por las que no comparto los fundamentos de la sentencia, pero si su parte resolutive son las siguientes:

a. No comparto las interrogantes planteadas en el fundamento 7, toda vez que no han sido formuladas por la demandante como temas a dilucidar para resolver la pretensión planteada; y, en segundo término, porque el tema central de la controversia, en mi consideración, se centra únicamente en determinar si la PDS vulnera de forma flagrante el derecho a la vida por tener un efecto abortivo.

Además, porque algunas de las preguntas que se han planteado en el fundamento referido no encuentran respuesta en la fundamentación de la sentencia, como por ejemplo, ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano? Y ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?

b. El fundamento 13 me parece innecesario porque se apoya en doctrina respetable, pero solo se aboca a describir un hecho natural desde la perspectiva médica o genética, lo cual, obviamente, no aporta elementos de juicio objetivos para resolver la controversia planteada.

c. No comparto el fundamento 14, porque considero que la resolución del presente caso no plantea una discusión sobre qué teoría debe elegirse para determinar el inicio de la vida; el conflicto constitucional concreto exige determinar si la PDS vulnera de forma flagrante el derecho a la vida. Además, porque las teorías sobre el inicio de la vida planteadas en el fundamento referido lo que aportan son cuestiones relacionadas con la medicina o la genética, que en mi consideración no deben ser ponderadas para resolver la controversia planteada.

d. Las bases del fundamento 21 no son sólidas, debido a que sobre la base de una resolución ministerial se resuelve un tema médico como un hecho jurídico cierto; en otras palabras, señalar que la palabra “fecundación”, al encontrarse reconocida en la resolución ministerial, supone que en nuestro ordenamiento se ha adoptado la teoría de la fecundación, implica adscribirse a una teoría médica, lo que, como he señalado, no resuelve el conflicto constitucional planteado.

e. No me parece razonable el fundamento 22, porque un Tribunal Constitucional no puede argumentar ni fundamentar sus decisiones haciendo referencia a diccionarios jurídicos, por muy respetados y autorizados que sean los autores, como es el caso de Francisco García Calderón. En mi opinión, un Tribunal Constitucional debe tener como primera fuente de argumentación o fundamentación el texto mismo de la Constitución, o en todo caso los diarios de debate de la Constitución que plasman la razón, intención y pensamiento del constituyente, o su propia jurisprudencia o la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la de otros tribunales constitucionales.

- f. Discrepo del fundamento 23, en la medida que las posiciones doctrinarias descritas son fundamentalistas y no resuelven el debate sobre el inicio de la vida, sino que lo soliviantan. Además, porque el inicio de la vida no es un tema que corresponda ser dilucidado por un juez, pues desde la perspectiva médica o genética aún es un hecho incierto.
- g. Los fundamentos 24, 26, 27 y 28 son erráticos, en la medida que en la sentencia la interpretación institucional no ha sido utilizada para resolver la pretensión planteada, pues el aspecto sociológico no ha sido tomado en cuenta, y tampoco no se ha concretizado ninguna disposición de algún artículo de la Constitución.

Además, porque doctrinariamente considero que los principios interpretativos de unidad de la Constitución, de eficacia integradora y de concordancia práctica, no pueden ser atribuidos como únicos y exclusivos de la teoría institucional, debido a que tienen su origen en la teoría general de la interpretación jurídica, aunque son configurados por el Derecho Constitucional.

- h. Los fundamentos 32 y 34 son contradictorios con el fundamento 47, ya que el principio citado en este último fundamento (principio precautorio) es el que parece servir de *ratio decidendi*, y no los principios *pro homine* y *pro debilis*.

Además, porque en el presente caso no existe un conflicto de disposiciones normativas para que pueda utilizarse el principio *pro homine* a fin de aplicar la interpretación más favorable al destinatario de la norma, sino un aparente silencio constitucional sobre el momento en que se inicia la vida. En todo caso, el principio de interpretación que debió aplicarse es el de *favor libertatis*, a fin de desplegar la mayor eficacia del derecho a la vida.

En sentido similar, considero que la aplicación del principio *pro debilis* es imprecisa, pues no señala quién es la parte más débil o la que se halla en inferioridad de condiciones y que la haga más vulnerable, ni quién es el adversario. En todo caso, debe tenerse presente que, bajo determinadas circunstancias, que le corresponden al juez dilucidar, la mujer puede encontrarse en una situación de vulnerabilidad especial mayor a la del *nasciturus*.

- i. No estoy de acuerdo con el fundamento 38, pues soy consciente de las limitaciones de un juez frente a las complejidades que aún no resuelve la medicina o la genética; por ello, no creo que al Tribunal Constitucional le competa determinar el momento exacto a partir del cual se inicia la vida humana, pues ello es un problema al cual se han dado varias respuestas, no sólo desde distintas perspectivas como la genética, la médica, la religiosa, o la moral, entre otras, y cuya evaluación considero que no le corresponde al Tribunal Constitucional en esta decisión.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

EXP. N.º 02005-2009-PA/TC
LIMA
ONG “ACCION DE LUCHA
ANTICORRUPCION”

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y CALLE HAYEN

Con el debido respeto por la opinión vertida por nuestros colegas magistrados, emitimos el siguiente voto singular, por cuanto no estamos de acuerdo con los argumentos ni con el fallo de la sentencia en mayoría.

Con fecha 29 de Octubre del 2004, la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga a) de iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido.

Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada “Píldora del día siguiente”, por considerarla como un método anticonceptivo necesario que debe ser distribuido en la misma condición que un fármaco para beneficio de la población menos favorecida, proceder que sin embargo, resulta seriamente cuestionable por cuanto en la citada distribución media una mala y engañosa información en cuanto a sus propiedades abortivas y a su supuesta condición de medicamento, lo cual constituye un acto de manifiesta inconstitucionalidad que genera un evidente peligro de asesinato masivo cuya apología de impunidad se esta propiciando con el citado programa abortivo. Lo sorprendente es que para tratar de legitimar su proceder la Ministra argumenta que las citadas píldoras se venden desde el año 2001 en farmacias vecinales a S/. 25.00 cada una, por lo que al permitirse su acceso a personas que ostentan medios económicos suficientes, debe también facilitarse su uso gratuito a parejas pertenecientes a poblaciones pobres dentro del programa de control de la natalidad.

Agrega finalmente la demandante que el accionar del Ministerio de Salud, responde a intereses personales que solo buscan contribuir con el desarrollo de grupos económicos nacionales e internacionales (empresas biotecnológicas) que hacen de la ciencia un negocio aún a costa del resguardo y del verdadero respeto por los derechos de la humanidad.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, caducidad y falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda, solicita que la misma sea declarada improcedente y/o infundada fundamentalmente por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N° 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto Nivel, encargada de emitir un informe Científico Médico y Jurídico. Culminadas las labores de la misma dicho informe concluyó en que la anticoncepción oral de emergencia posee pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad en los servicios del

Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

A raíz de ello es que fue expedida la Resolución Ministerial N° 668-2004/MINSA mediante la cual se aprueban las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva” que contienen los métodos, técnicas y servicios que contribuyen con la salud y el bienestar reproductivo. Agrega asimismo que mediante Resolución Defensorial N° 040-2003-DP del 18 de Diciembre del 2003, se aprobó el Informe Defensorial N° 78 “Anticoncepción Oral de Emergencia” en el que se concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia son similares a las pastillas de uso regular.

El tal sentido, el método referido actúa: i) Inhibiendo o retrasando la ovulación; ii) Dificultando la migración espermática debido al espesamiento del moco cervical; y iii) Afectando levemente el endometrio. No obstante lo cual, en ningún momento quedó acreditado que tal efecto sobre el endometrio sea suficiente para impedir la implantación; lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y por tanto no es abortivo.

Sostiene por último la demandada que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados.

Con fecha 17 de agosto de 2005, el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declara infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, fundamentalmente por considerar que por el desempeño de la demandada en cuanto a la ejecución del Programa de Distribución Pública de la denominada píldora del día siguiente, se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado en forma palmaria el “tercer efecto” del citado fármaco. La demanda sin embargo se desestima en cuanto al extremo en el que se solicitaba la previa consulta al Congreso de la República, por parte de la demandada.

En segunda instancia y en sucesivos momentos se apersonan al proceso y solicitan ser considerados en la condición de *Amicus Curiae* diversas entidades y organizaciones:

- j) La Defensoría del Pueblo quien mediante escrito de fecha 15 de Noviembre del 2005 y reiterando su Informe Institucional N° 78 y su Recomendación efectuada mediante Resolución Defensorial N° 040-2003/DP del 19 de Diciembre del 2003 concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia, son similares al del resto de anticonceptivos, por lo tanto solo actúa sobre el proceso de ovulación y dificulta la migración espermática y si bien altera levemente el endometrio, no impide el proceso de implantación ni tampoco tiene efecto alguno después de haberse producido éste, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y no es, por tanto, abortiva.
- k) La Academia Peruana de Salud, quien mediante escrito del 06 de Diciembre del 2005 argumenta que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo científicamente reconocido, efectivo y seguro que cubre las necesidades insatisfechas de planificación familiar, evitando las consecuencias de embarazos no deseados que incrementan la mortalidad materna, especialmente en las mujeres pobres y

adolescentes, por lo que garantizar su accesibilidad es un asunto de salud pública que compete al Estado.

- l) La Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud) quien mediante escrito del 14 de Marzo del 2006 puntualiza que la comunidad científica internacional coincide en que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio, siendo por otro lado, un asunto de salud pública, en tanto que permite a las mujeres y sobre todo a las más pobres, contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados.
- m) El Colegio Médico del Perú, quien mediante escrito del 15 de Marzo del 2006 especifica que la política de Estado destinada a garantizar el acceso al anticonceptivo oral de emergencia de las mujeres pobres y extremadamente pobres constituye la respuesta más adecuada que el Estado pueda dar a la sociedad para atender el problema que suponen los embarazos no deseados y los abortos inducidos, garantizando el derecho a la planificación familiar. Por lo demás, la actitud de quienes se oponen a su acceso se debe a la falta de información o de actualización en la información sobre el mecanismo de acción de las hormonas del citado anticonceptivo, solo así se explica que el supuesto teórico de acción antiimplantatoria del óvulo fecundado en el endometrio continúe siendo un tema de controversia.
- n) El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMXEX) quienes mediante escrito del 15 de Marzo del 2006 arriban a la conclusión de que el anticonceptivo oral de emergencia no amenaza ni viola la vida del concebido. Agregan que las normas que obligan al Ministerio de Salud a distribuir dicho método son plenamente constitucionales y por tanto aplicables y que, al revés de ello, su no provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.
- o) La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFSA) quien mediante escrito del 20 de Julio del 2007, concluye en que científicamente no es posible afirmar que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos, incertidumbre que resulta suficiente para encontrar acreditada la amenaza reclamada sobre el derecho fundamental a la vida del concebido.
- p) La Population Research Institute quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008, sostiene que no se puede comercializar una droga cuando existe la posibilidad de que uno de sus mecanismos de acción pueda atentar contra el derecho a la vida. La duda en todo caso favorece la vida, y en el caso concreto al embrión.
- q) La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA), quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008, argumenta que la píldora del día siguiente puede prevenir la implantación en el útero de un óvulo fecundado, es decir, de un concebido, lo cual frustra el curso regular y natural de una vida que es la que el Estado debe proteger y respetar.

- r) La Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008 sostiene que la vida humana comienza con la fusión del ovulo y el espermatozoide, dándose con ello inicio a la concepción. Por otra parte y de generalizarse el uso del anticonceptivo oral de emergencia se correría el riesgo de condenar a muerte a un vasto sector de seres humanos cuyo único delito sería no haber llegado a tiempo para implantarse en el útero de la madre.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de Noviembre del 2008 y tras sucesivas discordias, revoca la sentencia apelada en cuanto al extremo en que se declara fundada la demanda, por lo que reformándola la declara fundada en parte, pero solo en cuanto se refiere a una vulneración sobre el derecho a la información. Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva, no se ha consignado que los Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación. Por lo demás se declaran infundados los otros extremos de la demanda, tanto el que señalaba que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener el anticonceptivo oral de emergencia, carácter abortivo, como el que pedía ordenar al Ministerio de Salud excluir al citado anticonceptivo de sus programas de planificación familiar.

FUNDAMENTOS

Petitorio

- 1) Conforme aparece del petitorio de la demanda, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que el Ministerio de Salud se abstenga de: **a)** iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, **b)** distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.
- 2) La controversia se centra en la constitucionalidad o no del denominado “Anticonceptivo Oral de Emergencia” (AOE en adelante) y a la prohibición o no que el Estado ha de asumir frente al mismo. Estos aspectos se explicitan en lo siguiente: **a)** La protección del Estado al derecho a la vida, sus contenidos y sus eventuales límites, **b)** La posición constitucional del concebido en el ordenamiento jurídico peruano y la determinación del proceso de la concepción, **c)** El Estado Social de Derecho, la política nacional de población, la planificación familiar y el uso de métodos anticonceptivos, **d)** El Anticonceptivo Oral de Emergencia. Utilización y efectos o incidencias en su administración gratuita.

Legitimación Procesal

- 3) De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y al margen de que la sede judicial se haya pronunciado sobre las excepciones en su momento deducidas por la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, consideramos necesario puntualizar, particularmente por lo que respecta a la condición procesal de la demandante, que esta última tiene plena legitimidad para plantear el presente proceso constitucional, habida cuenta de los alcances de la pretensión

planteada que, al margen de que pueda o no resultar legítima, incide sobre el derecho fundamental a la vida, que no sólo puede ser invocado a título subjetivo sino que tiene el carácter de un valor objetivo o de trascendencia general que, como tal, puede ser reclamado en forma totalmente abierta y no restringida, como lo pretende la demandada.

El Derecho a la Vida. Sus contenidos formal y material y sus eventuales límites.

- 4) La vida de un ser humano constituye el presupuesto indispensable para que el Estado lo reconozca como persona, según se puede inferir del artículo 1° de la Constitución. Su reconocimiento es el fundamento del goce y ejercicio de su dignidad y demás derechos fundamentales, constituyéndose en fines esenciales del Estado, la sociedad, así como, también, de la economía y la naturaleza. Motivo por el que el ordenamiento jurídico y, en particular, el ordenamiento constitucional, le prestan atención preferente.
- 5) Desde que el Estado reconoce la vida en dignidad como un derecho natural, se impone delimitar sus contenidos o alcances. La vida digna se constituye a través de la existencia somática y psíquica del ser humano, la cual es la base del proyecto de vida, que se expresa en la autonomía y libertad de cada individuo que lo hace único e irrepetible.
- 6) El derecho a una vida digna procura la integración y el desarrollo humano en una doble dimensión: una *dimensión existencial* en la que la vida tiene un reconocimiento y protección progresiva, en tanto impone la presencia de garantías para preservar su existencia; y una *dimensión social* en la que la vida requiere satisfacer necesidades básicas compatibles con el desarrollo humano.
- 7) El que la regla general sea la defensa y desarrollo de la vida en dignidad no significa que ésta se produce en abstracto, sino de forma concreta y cotidiana. Así, puede existir y de hecho existen circunstancias en las que tal derecho puede verse afectado o limitado de manera natural, accidental o criminal, donde el Estado regula, proscribe, procesa y sanciona a los responsables, de conformidad con la ley.
- 8) Importa entonces considerar que la Constitución de 1993 ha regulado el derecho fundamental a la vida digna, garantizándola; pero, poniéndolo en cada caso, en concordancia directa con otros derechos fundamentales, así como, valores y principios constitucionales. Sólo así será posible dar una respuesta, lo más razonable posible, a eventuales circunstancias conflictivas no deseadas, pero existentes, sea que involucren la vida de la persona humana o del concebido.

La posición jurídica del concebido en el ordenamiento jurídico peruano y la determinación del momento de la concepción.

- 9) El mensaje que la Constitución incorpora al reconocer el derecho fundamental a la vida se dirige a considerar que dicho atributo se refiere tanto a la persona humana como sujeto de derecho individualizado a partir de su nacimiento, como el reconocimiento constitucional de la existencia del concebido, en cuanto sujeto de derecho que está por nacer. El Artículo 2°, inciso 1) de nuestra norma fundamental es concluyente al respecto al reconocer no solo que “*Toda persona tiene derecho: ...A la vida*” sino que “*El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece*”.

- 10) Por otra parte y en concordancia con la directriz establecida en la Disposición Final Cuarta de nuestra norma fundamental (*“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*), cabe añadir, que el Artículo 4º, inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica ha previsto no solo que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”* sino que *“Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción”*.
- 11) A nivel infraconstitucional, son diversas las normas que se pronuncian sobre el tema. De todas ellas merecen destacarse, por su adecuado enfoque y por su correcto manejo de los términos: **a)** El Código Civil de 1984, cuyo Artículo 1º reconoce que *“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”* que *“La vida humana comienza con la concepción”* y que *“El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”*; **b)** El Decreto Legislativo 346 o Ley de Política Nacional de Población del 06 de Julio de 1985, cuyo Título Preliminar, Artículo IV, inciso I establece que *“La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: A la Vida”* y que *“El concebido es sujeto de derecho desde la concepción”*; o **c)** La Ley General de Salud del 20 de Julio de 1997 (Ley N° 26842), cuyo Título Preliminar, Artículo III, prevé que *“Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...”* así como que *“El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”*.
- 12) De las glosadas disposiciones constitucionales y legales, se aprecia, que el Estado está obligado a proteger la vida en cuanto atributo le corresponde, tanto sobre la condición de la persona ya nacida, como sobre la condición del sujeto de derecho que está por nacer (claro está, con sus evidentes alcances y correspondientes límites), pero, no se infiere de dicho bloque constitucional que el ordenamiento haya definido en si mismo el instante preciso en que acontece la concepción.
- 13) Debates científicos de larga data han intentado dar respuesta al tema, optando por diversas posiciones o teorías, de las cuales dos son las más difundidas **a)** La Fecundación y **b)** La Anidación.

Para la Teoría de la Fecundación, la vida se inicia en el instante posterior a la relación coital en que el espermatozoide (en cuanto elemento masculino) penetra en el óvulo (en cuanto elemento femenino). A partir del momento en que quedan fusionadas ambas células se configura una unidad autónoma y totalmente distinta (cigoto) capaz de desarrollarse por si misma, en tanto las condiciones que le ofrece la naturaleza sean las óptimas o adecuadas. Si por consiguiente, se trata de delimitar el inicio de la concepción, el referente no sería otro que la fecundación, ya que lo que viene después, simplemente es su desarrollo.

Para la Teoría de la Anidación, en cambio, la fecundación es importante, pero no determinante del inicio de la concepción, pues el cigoto necesita no solo desarrollarse durante un periodo determinado de días (aproximadamente siete) sino que requerirá obligatoriamente implantarse (anidarse) en la capa interna del útero (el endometrio) que es donde recién podrá gozar de las condiciones necesarias que hagan plenamente

viable un embarazo. Durante la fase en que el cigoto aún no se encuentra anidado no se puede asegurar la existencia del embarazo ya que no se han dado las condiciones naturales para ello; prueba de lo señalado, es que muchos de los óvulos fecundados (casi el 60%), nunca llegan a implantarse y se pierden antes de la ovulación sin que la propia persona se percate de ello. La determinación del inicio de la concepción y, en consecuencia, de la subjetividad de la protección constitucional en todo cuanto le favorezca, no es entonces algo que dependa de la fecundación, sino de la anidación, incluso con límites. Esto en la medida que la misma ciencia ha determinado que parte de los óvulos fecundados que logran implantarse, tampoco aseguran su existencia y desarrollo por diversos motivos naturales.

- 14) El Tribunal Constitucional a nuestro entender, no debe pretender solucionar debates científicos ni mucho menos definir lo que solo las especialidades respectivas están llamadas a dilucidar y responder; pero sí es su responsabilidad ser el intérprete constitucional, con el auxilio que cada ciencia o disciplina le proporciona en cada caso, en el espacio y tiempo pertinente. Naturalmente y para tal efecto la ciencia jurídica deberá sustentar sus posiciones de acuerdo con fundamentos que resulten razonables (justos o compatibles con el sentido común) lo que supone por correlato, la exclusión de posturas que resulten típicamente decisionistas o de argumentos carentes de un mínimo o elemental respaldo. El derecho, en suma, no va a definir lo que es propio de las otras ciencias, pero sí puede tener en cuenta todas aquellas respuestas suficientemente sustentadas que le ofrecen estas.
- 15) Al respecto cabe señalar que la Organización Mundial de la Salud (OMS), quien en su condición de organismo internacional de las Naciones Unidas, especializado en la materia, se ha orientado hacia la teoría de la anidación al considerar que el embarazo sólo comienza cuando se completa la implantación y por tanto hay aborto cuando se interrumpe el embarazo; a esta postura, por lo demás, se han sumado otras entidades especializadas como el Comité de Ética de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología y en nuestro medio, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, sin perjuicio de haber sido también recogida por instituciones autorizadas en la temática de los derechos humanos, como la Defensoría del Pueblo (Cfr. La Anticoncepción Oral de Emergencia. Informe Defensorial N° 78, Defensoría del Pueblo, Lima Junio del 2004, Págs. 30-32)
- 16) Adicionalmente a lo expuesto es de considerar, por ser especialmente significativo en el plano jurídico, que en el ámbito del derecho penal, escenario donde como bien se sabe, se protege de manera intensa los bienes jurídicos esenciales la determinación de la existencia del delito de aborto, toma como referencia directa el inicio de la gestación. Los artículos 115°, 118°, 119° y 120° del Código Penal no dejan dudas al respecto, al referirse en todos estos casos, a la “gestante” al “embarazo”, o simplemente a la “embarazada”. No existe a nivel de la jurisprudencia penal, un solo caso en el que se haya sancionado a una persona por el citado delito, sin que exista constancia o acreditación a ciencia cierta, del estado de embarazo, gestación o concepción.
- 17) No obstante, con las afirmaciones precedentes, es de absoluta relevancia puntualizar que no estamos afirmando que el estatus de un embrión fecundado pero no anidado no se encuentre ligado a un tema concerniente con la vida y **tampoco estamos tomando**

posición respecto al debate de la ciencia respecto de las teorías del inicio de la concepción. Sin embargo, atendiendo a la relevancia de la materia, es que consideramos necesario recomendar que el Estado, a través de sus órganos competentes, estime debatir una legislación que responda al tratamiento que el derecho debe dar al embrión antes de su anidación.

Por lo pronto se encuentran vigentes el Código de los niños y adolescentes (Ley 27337); la Ley General de Salud (Ley 26842 y el Reglamento de Ensayos Clínicos aprobado por Decreto Supremo N.º 017-2006-SA que establecen la prohibición de la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación; la Resolución Ministerial N.º 373-2008-TRA dictada en el marco de la Ley 28048 que aprueba el listado de los agentes físicos, químicos, biológicos, ergonómicos y psicosociales que generan riesgos para la salud de la mujer gestante y/o el desarrollo normal del embrión y el feto, sus correspondientes intensidades, concentraciones o niveles de presencia y los períodos en los que afecta el embarazo; el listado de actividades, procesos, operaciones o labores, equipos o productos de alto riesgo; y, los lineamientos para que las empresas puedan realizar la evaluación de sus riesgos; el Decreto Supremo N.º 009-97-EM que aprueba el Reglamento de Seguridad Radiológica en el marco del Decreto Ley N.º 21875, Ley Orgánica del Instituto Peruano de Energía Nuclear-IPEN (en especial su artículo 39º que dispone que “Se evitarán los procedimientos de diagnóstico o de terapia que ocasionen exposición en el abdomen de una mujer embarazada o probablemente embarazada, a menos que existan fuertes indicaciones clínicas, en cuyo caso se deben tomar todas las medidas de protección para reducir las dosis al embrión o feto”)

El Estado Social de Derecho, la política nacional de población, los derechos reproductivos y el uso de métodos anticonceptivos.

- 18) El Estado Social de Derecho, como lo ha precisado nuestro Colegiado en más de una oportunidad, es el modelo por el que opta el ordenamiento constitucional peruano. Por tal modelo de Estado, los roles abstencionistas típicos del constitucionalismo liberal, se ven integrados y más aún, redimensionados, por la asunción de deberes y obligaciones positivos o prestacionales, estos últimos, legitimados sobre la base de objetivos sociales plenamente reconocidos en nuestro ordenamiento. De acuerdo con estos últimos, el Estado no se limita a ser un garante de las libertades, sino un propulsor de derechos. Su misión, antes que vigilante es promotora, especialmente sobre aquellos derechos cuya realización requiera de condiciones materiales para su plena efectividad.
- 19) Aunque los niveles de actuación que pueda tener un Estado Social, no son iguales en todos los casos, dependiendo ello de la naturaleza de los derechos eventualmente involucrados y por sobre todo, de un adecuado equilibrio entre estos y los objetivos o finalidades que la Constitución proclama, queda claro que en ninguna circunstancia se puede objetar, la necesidad de legitimar conductas positivas y de establecer políticas estatales que las sustenten.
- 20) En el contexto descrito, cuando el Artículo 6º, primer párrafo, de nuestra Constitución Política proclama que “*La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables*” que “*Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir*” y que “*...el Estado asegura los programas*

de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud”, lo que está queriéndose indicar es que con independencia de la libre voluntad de procreación que tienen las personas y las familias, es necesario fomentar una cultura de responsabilidad en las mismas que resulte compatible con el equilibrio demográfico del país. A tales efectos la política nacional de población, no solo se limita a trazarse como una estrategia de acción, sino que comprende aspectos educativos, informativos y materiales que sin afectar derechos esenciales como la vida o la salud, permita consolidar los objetivos de responsabilidad en el rol de las personas.

- 21) En rigor, son esencialmente dos los mensajes centrales que encierra el citado dispositivo, y que aún cuando se encuentran intervinculados entre si, vale la pena, analizarlos por separado.
- 22) La Política Nacional de Población, es un tema de libre opción del legislador y del ejecutivo pero dentro del marco de la Constitución. Sin embargo, también debe tener en cuenta las falencias económico-sociales que nos acompañan y de la incidencia de las mismas sobre la población (especialmente sobre aquella con menores recursos). Es necesario el diseño de una estrategia que permita la superación de situaciones como las descritas en forma paralela al crecimiento o desarrollo del país. En tales circunstancias, el equilibrio demográfico no es una meta que pueda considerarse cuestionable, sino una manera de asegurar el disfrute de condiciones por parte de todos los peruanos haciendo viable el concepto de una auténtica vida digna.
- 23) Ahora bien, el equilibrio demográfico en el contexto de un Estado no solo social, sino y por sobre todo, Democrático, no puede de ninguna manera suponer imposiciones o intromisiones en la esfera autodeterminativa del individuo, sino fórmulas inteligentes y por demás legítimas de cara a los valores y bienes constitucionales. La Constitución, se esfuerza en ello y por lo mismo predica que la manera de entender como legítima la actuación del Estado frente a la sociedad es a través de la paternidad y maternidad responsables, concepto este último que como ya se ha adelantado busca generar, dentro del mas irrestricto respeto por la libertad y autonomía personal, un clima de responsabilidad o toma de conciencia en las familias o personas que decidan procrear.
- 24) Correlato en la existencia de la citada política nacional de población, es sin embargo y como ya se ha visto, el reconocimiento del derecho que tienen las familias y personas de decidir el número de hijos que desean tener. Se ingresa así al escenario de los llamados derechos reproductivos, que permiten, entre otras cosas, reivindicar la libertad responsable para disponer sobre la propia capacidad reproductiva (como, cuándo y cuántos hijos tener), a optar por el método de control anticonceptivo legal que resulte de preferencia, y al de gozar de la información y los medios necesarios destinados a dicho cometido.
- 25) Los llamados derechos reproductivos no son absolutos, sino relativos; en la medida que tienen una doble naturaleza, son derechos subjetivos en cuanto la decisión sobre su puesta en ejercicio no requiere ningún tipo de intervención que no sea la estrictamente personal, y son al mismo tiempo objetivos, en tanto su plena realización sólo se consigue en el marco de las regulaciones jurídicas proporcionadas desde el Estado, particularmente de aquellas normas prohibitivas, como permisivas. Dentro de estas últimas, las que garantizan la información y el acceso a métodos o fórmulas que

permitan hacer viable la autodeterminación reproductiva, sea en un sentido positivo (voluntad de procrear) sea en un sentido negativo (voluntad de no procrear).

- 26) En el contexto descrito es donde cobra especial protagonismo la presencia de métodos anticonceptivos como fórmulas de control de la natalidad. Para nadie es un secreto que si lo que se busca es garantizar la paternidad y maternidad responsables son diversas y muy variadas las fórmulas tendientes a lograr dicho cometido; ellas pueden inspirarse en técnicas propiamente naturales (abstención, control temporal, etc.), como también en fórmulas artificiales, creadas ex profeso para dicho propósito (instrumentos, sustancias o medicamentos anticonceptivos). Como es evidente, en el acceso a los citados métodos adquiere un papel gravitante el Estado, sea para informar adecuadamente de su existencia y alcances, sea para garantizar su disponibilidad a las personas interesadas, principalmente, a aquellas con menores o más escasos recursos.
- 27) Respetando la libertad de creencias y los enjuiciamientos que algunos sectores han formulado sobre los métodos anticonceptivos de tipo artificial, consideramos viable su utilización en tanto cumpla con los estándares médicos de calidad, eficiencia, seguridad e información. Igualmente consideramos legítimos los llamados métodos naturales. El sustento constitucional de tal premisa es pues y como ya se ha visto, el fomento de una adecuada como necesaria paternidad y maternidad responsables.

El Anticonceptivo Oral de Emergencia. Utilización y efectos o incidencias en su administración.

- 28) El llamado Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE), en el escenario descrito, se encuentra referido a *“determinados métodos usados por las mujeres después de pocas horas o pocos días de haber tenido una relación sexual sin protección, con la finalidad de prevenir el embarazo”*, definición esta última que ha sido adoptada por el Consorcio para la Anticoncepción de Emergencia y que se encuentra integrado por más de 25 organizaciones internacionales e instituciones no gubernamentales y gubernamentales que vienen trabajando en el campo de la salud, educación y derechos sexuales y reproductivos, encontrándose integrado al mismo, la propia Organización Mundial de la Salud
- 29) Existe uniformidad de criterio en estimar que la razón por la que se hace legítimo contar con la existencia de los AOE radica en el hecho de prevenir, urgentemente, embarazos no deseados. Determinar en todo caso, las motivaciones por las que se opta por tal decisión, puede responder a diversas circunstancias que a nuestro juicio dependen de la estricta autonomía personal. A diferencia de la polémica que suele suscitarse cuando se trata de la interrupción voluntaria del embarazo (es decir, del proceso de concepción ya iniciado) donde la determinación de las motivaciones que lo acompañan, puede resultar y de hecho resulta un asunto gravitante a considerar, no ocurre lo mismo, cuando se trata de prevenirlo. En tal contexto es solo la persona o, desde una perspectiva más amplia, la pareja, la que decide en total e irrestricta autonomía.
- 30) Se acepta a nivel internacional la existencia de dos formas de Anticonceptivos de Emergencia. Unos son de tipo hormonal y otros de tipo no hormonal. Los de tipo hormonal se aplican a través de dos posible planes o métodos: el método Yuzpe que supone la ingesta de una combinación de estrógenos (etinil estradiol) y progestágenos

(levonorgestrel, norgestrel, gestodeno o desogestrel) o la ingesta de sólo progestágenos. Entre los anticonceptivos de emergencia no hormonales, encontramos a los dispositivos intrauterinos post coitales o también a la denominada Píldora RU 486. Es pertinente precisar que no todos los anticonceptivos considerados de emergencia, son los autorizados en nuestro país como parte de los programas de planificación familiar, sino específicamente los de tipo hormonal.

- 31) De acuerdo con la información científica de la que se dispone, existe consenso en señalar que es el anticonceptivo de emergencia no hormonal conocido como Píldora RU 486, el que puede considerarse como de efectos típicamente abortivos; sin embargo también es conveniente anticipar que no es sobre éste último que se realiza el presente análisis, toda vez que, como ya se anticipó, se encuentra totalmente excluido de los programas de planificación familiar existentes en nuestro país.
- 32) Tomando en cuenta que el presente análisis se circunscribe a los anticonceptivos de emergencia de carácter oral, que si han sido autorizados en los programas de planificación familiar existentes en el Perú, debe precisarse, en primer término, que si se examina sus diversos componentes, es perfectamente posible acreditar que estos últimos son, en la práctica, los mismos que conforman los anticonceptivos de uso normal, con la única variante que son administrados en dosis mayores y en forma posterior a la relación sexual; en otras palabras, la ingesta de anticonceptivos de uso normal en dosis mayores (por ejemplo 0.75mg en dos tomas sucesivas de levonogestrel) y luego de la relación sexual tendrá el mismo efecto que los AOE.
- 33) Si se trata en consecuencia de precisar la ubicación de los AOE, en el ámbito de la política de control de la natalidad, una primera conclusión, sería entonces la de considerarlos como métodos de anticoncepción absolutamente regulares.
- 34) Determinar sin embargo los efectos o incidencias de los AOE, es lo que a pesar de todo y por largo rato ha estado en el centro del debate. La comunidad científica, en un principio, ha venido considerando uniformemente que son dos los efectos o incidencias de los mismos **a)** Un efecto sobre el proceso de ovulación, el mismo que es inhibido o retrasado, y **b)** Un efecto sobre el proceso de migración espermática, el que se ve interrumpido o dificultado al volverse inusualmente espeso el moco cervical. En uno u otro caso no existiría mayor observación, desde que incidencias como las descritas, son típicas de todo método anticonceptivo y no tienen nada de irregulares, tanto más si se producen en el período anterior a la fecundación.
- 35) Posteriormente se ha mencionado la existencia de un tercer efecto, que al incidir directamente sobre el endometrio o capa interna del útero, podría alterar el proceso de implantación del embrión y por tanto podría resultar abortivo. Sobre el particular la comunidad científica acepta que junto con los dos efectos antes descritos, también se podrían producir determinadas alteraciones sobre el endometrio. Sobre esta base, consideramos que el punto central del debate consistiría entonces en determinar, si las aceptadas alteraciones endometriales, por muy leves que resulten, serían tan gravitantes como para provocar una afectación decisiva en la existencia del cigoto, sea para impedir o inhibir su anidación, sea para fomentar su desprendimiento. Sin embargo, el ingreso a este debate sólo se puede dilucidar con el apoyo de la ciencia acudiendo a sus postulados relevantes y consistentes en el actual espacio y tiempo.

- 36) La respuesta, de acuerdo con la información de la que se dispone, no permite considerar como válidas las observaciones formuladas al uso de los AOE. En primer lugar, cuando se trata de un embrión ya implantado, la comunidad científica acepta pacíficamente que no se va a producir desprendimiento alguno, por lo menos a instancias del fármaco. Basta con revisar la posología del cualquier AOE para acreditarlo (inclusive la demandante ha acompañado una de estas posologías a fojas 610-A, en la que se deja claramente establecida esta consideración). En segundo lugar, consideramos, atendiendo a la posible afectación del derecho a la vida o, en todo caso, al bien jurídico constitucionalmente protegido constituido por la vida del embrión contenido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, que es pertinente pronunciarse respecto de si la inhibición de su implantación implica la afectación del derecho-bien a la vida humana; No obstante, acudiendo nuevamente al estado actual de la ciencia debe verificarse si este efecto se encuentra presente o si se han despertado dudas razonables de su existencia.

Al respecto es importante referir que si bien en un comienzo no estaba acreditado el nivel de incidencia que los AOE generaban sobre el endometrio y por tanto había quienes señalaban una eventual consecuencia en el proceso de anidación o implantación —como lo advirtió la propia Organización Mundial de la Salud al referirse a los estudios realizados con relación al método Yuzpe pero en condiciones de aplicación regulares post coitales, es decir no en situaciones de emergencia, y con dosis mayores y no controladas como las que se postulan en la actualidad— al afirmarse que *“No se ha establecido claramente el mecanismo de acción de las píldoras anticonceptivas de emergencia. Varios estudios indican que pueden inhibir o retrasar la ovulación. También se ha pensado que pueden impedir la implantación, alterando el endometrio. Sin embargo, las pruebas de estos efectos endometriales son confusas y no se sabe si las alteraciones del endometrio observadas en algunos estudios bastan para impedir la implantación. Es posible también que impidan la fecundación el transporte de los espermatozoides o los óvulos, pero no hay datos sobre esos posibles mecanismos. Las píldoras anticonceptivas de emergencia no interrumpen el embarazo, por lo que no constituyen en absoluto un tratamiento abortivo”* (Cfr. Publicación de la OMS de 1999: “Anticoncepción de Emergencia: Guía para la Prestación de Servicios (WHO/FRH/FPP/98.19”).

Sin embargo, luego de varios estudios que profundizaron en la investigación de los efectos del AOE el Programa Especial de Investigación, Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana (HRP) concluye que *“Se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas de emergencia (PAE) que contienen levonorgestrel, previenen la ovulación y que no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación. Las PAE no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado y no provocarán un aborto”* (ver Boletín de la HRP de octubre de 2005). Ahora bien, el HRP es el Programa Especial PNUD/UNFPA/OMS/BANCO MUNDIAL de Investigaciones, Desarrollo y Formación de Investigadores sobre Reproducción Humana creado por la Organización Mundial de la Salud (OMS) en 1972 y desde esa fecha, reúne a planificadores de políticas, científicos, prestadores de servicios de salud, clínicos, consumidores y representantes de la comunidad con el fin de identificar las prioridades en materia de salud sexual y reproductiva y de encontrar soluciones sostenibles. El HRP es el único órgano del sistema de las Naciones Unidas que tiene el mandato mundial de dirigir

investigaciones en materia de reproducción humana, función sancionada por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud y el Banco Mundial (Cfr. http://www.who.int/reproductivehealth/publications/general/hrp_brochure_sp.pdf)

- 37) Al respecto, resulta muy ilustrativo constatar lo que Gedeon Richter Ltd., fabricante del producto cuestionado y citado por la propia demandante como fuente de respaldo a la existencia del tercer efecto (fojas 610-A, escrito de fojas 617 a 620), menciona expresamente: “...*los resultados de estudios recientemente publicados demuestran que el endometrio permanece intacto y que no se produce ninguna alteración en la receptividad endometrial después de tomar 0.75 mg de levonorgestrel. Los resultados de otros estudios mostraron cambios en factores que probablemente solo juegan un rol en la receptividad endometrial. En un estudio se observó la alteración de la superficie endometrial únicamente cuando se ingirió intencionalmente altas dosis de levonorgestrel, a saber 3 mg del esteroide. Sin embargo, es poco probable que se detecte estos cambios cuando se administra la dosis recomendada*”. Por lo demás “*También se sabe que el levonorgestrel no es eficaz una vez que comienza el proceso de implantación*” (Fojas 211 a 213 de los autos).

Dilucidación de la Controversia.

- 38) Como ya se ha señalado, la demandante sostiene que el uso de los AOE resulta abortivo y por tanto contrario al derecho a la vida del concebido. En tales circunstancias solicita que el Estado, a través de sus entidades competentes no lo distribuya gratuitamente así como que tampoco se distribuya bajo la forma de etiquetas promocionales. Asimismo señala que el Poder Ejecutivo no podrá aprobar ningún proyecto bajo la forma de Método AOE, sin previa consulta del Congreso de la República.
- 39) Con relación al alegado efecto abortivo del AOE consideramos, conforme los Fundamentos 14, 36, y 37 de la presente Sentencia que, en primer lugar, de acuerdo al estado actual de la ciencia y atendiendo al presente espacio y tiempo, se ha probado que el AOE no solo no es abortivo pues no produce el desprendimiento del embrión anidado sino que además no afecta al embrión pues los efectos comprobados teniendo en cuenta la dosis apropiada y la frecuencia de su uso solo tiene efectos antiovulatorios y antifecundatorios; y, en segundo lugar, no ha sido probada la inconstitucionalidad de su distribución con información actualizada. Por lo demás, somos concientes que lo que pretende la demandante es paralizar una medida de política de salud reproductiva cuya ejecución ya fue valorada y decidida en anterior oportunidad. En efecto, consta de la Sentencia emitida en el Expediente N° 7435-2006-PC/TC (Caso: Susana Chávez Alvarado y otras) que el Tribunal Constitucional se pronunció a favor del cumplimiento de determinadas Resoluciones Ministeriales que precisamente disponían la provisión y la información sobre los AOE en todas las entidades de salud a cargo del Estado. En aquella oportunidad, el Colegiado, señaló que el Ministerio de Salud debía poner la información sobre el AOE al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos. Igualmente, dispuso que el Ministerio de Salud debía poner a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos, así como los métodos naturales.

40) En relación al extremo de la demanda en el que se pide que un acto administrativo del Poder Ejecutivo dependa de una eventual y previa consulta al Congreso de la República, consideramos inaceptable tal propuesta. La razón por la que existen Ministerios en el Poder Ejecutivo, es justamente para diseñar y ejecutar medidas legislativas propias de su campo. Si todos los actos de la administración y los actos administrativos propios de un Ministerio, se sometieran a una preliminar consulta o aprobación por parte del Congreso quebraría el principio constitucional de la división de poderes. En el presente caso, la materia discutida tiene que ver con un tema de la ejecución de la política de salud reproductiva y por consiguiente resulta plenamente constitucional la actuación del Poder Ejecutivo a través del sector correspondiente. Naturalmente lo dicho en nada descarta o imposibilita el que *a posteriori* y en la lógica de regular un tema tan relevante como el presente, el Congreso pueda intervenir por vía de sus competencias fiscalizadoras.

Consideración Especial. El AOE como fórmula para evitar la discriminación.

41) Un aspecto adicional a tomar en consideración y que en el presente caso merece especial referencia, es **el que se refiere a la discriminación que podría generarse de haberse optado por acoger la demanda**. Como es bien sabido, la venta y uso del AOE se encuentra plenamente garantizado por el Ministerio de Salud en tanto que sus componentes no se encuentran prohibidos ni daña la salud de las mujeres; ello equivale a sostener que quien goza de recursos económicos, y cuenta con la autorización médica respectiva, y no requiere de la atención de los centros de salud estatales, no tiene ni tendrá jamás impedimento alguno para su adquisición en las farmacias y su uso extraordinario.

42) Lo que sin embargo objeta la parte demandante es que sea el Estado el que a través de su política de salud establezca programas de distribución gratuita del AOE. Estos últimos como es bien sabido, no están diseñados para quienes cuentan con recursos económicos y no necesitan por tanto medidas estatales de tipo prestacional. El diseño de los programas estatales de salud reproductiva, en realidad y sin perjuicio de su carácter universal, está diseñado preferentemente para los sectores poblacionales más necesitados; es decir, aquellos que no cuentan con recursos económicos y aquellos que tienen escasa educación. **En tales circunstancias, resulta contradictorio, por decir lo menos, que la parte demandante pretenda que la única manera de poder acceder a los AOE sea contando con recursos económicos que demandan la asistencia médicas o de otro tipo privadas y la compra de píldoras anticonceptivas en las farmacias privadas y esté vedado para aquellos que por imposibilidad de contar con los recursos económicos o que no estén adecuadamente instruidos puedan ejercitar de manera libre e informada su derecho a escoger el método anticonceptivo de su elección.**

Esta posibilidad no es aceptable en el Estado Constitucional, por el evidente contenido intrínseco discriminador de la propuesta, pues el Estado tiene el deber de actuar en su propósito de promover y permitir el ejercicio de los derechos fundamentales para aquellos que por las circunstancias fácticas de pobreza educacional o material se encuentran marginados y que, en el Perú, representan un considerable porcentaje de la población, así, para el 2008, la incidencia de la pobreza total es del 36, 2 % y la incidencia de la pobreza extrema es del 12,6 % (*cfr.* con los datos estadísticos elaborados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática; Perú en cifras:

Indicadores de pobreza en www.inei.gob.pe); de otro lado, no cabe duda que la falta de instrucción, el analfabetismo y la falta de información sumadas a los escasos servicios de planificación son causas preponderantemente asociadas a la pobreza que abonan en la procreación no deseada, por ello, si bien estos factores de pobreza se han reducido —entre 1950 y 1965 la tasa de fecundidad por mujer era de 6.85 hijos (ver INEI, Perú: Estimaciones y Proyecciones de Población 1950-2050)— ello no implica que se abandonen o se dejen de implementar políticas públicas de acceso a los métodos anticonceptivos legales pues de lo contrario no sólo se estaría desprotegiendo a la población mas vulnerable, sino que se estaría regresionando a épocas felizmente ya superadas.

- 43) Como hemos señalado, nuestro Estado Social de Derecho impone la presencia de conductas positivas que garanticen plenamente la consolidación de los objetivos constitucionales. En tal contexto, el asegurar el acceso del AOE a quienes carecen de recursos económicos no tiene nada de arbitrario sino que es un modo sensato, directo e indiscutible de hacer viable la igualdad material como objetivo esencial del ordenamiento. Queda claro, por lo demás, que el acceso del que aquí se habla necesariamente debe ir acompañado con una adecuada como pertinente educación e información responsable de la población; así como la debida orientación médica que deberá prestarse en los centros de salud pública. Es tal el compromiso que asume el Estado y debe ser cumplido de la manera más efectiva.
- 44) Sin perjuicio de todo lo dicho, consideramos que en la medida que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (Artículo 2º inciso 24 literal a CP), es pertinente exhortar al Poder Ejecutivo y a sus autoridades competentes a promover y/o difundir dentro de un clima de absoluto respeto por la libertad y la autonomía de la voluntad personal, una política de paternidad y maternidad responsables comprometida con los objetivos del desarrollo social del país. Esta política, como es de esperar, no debe ser simplemente un tema de coyuntura, sino compromiso constante o permanente que alcance a la educación pública y privada impartida en los colegios y universidades; así como que se proyecte sobre todos y cada uno de los ámbitos de nuestra vida social; debiendo impulsar el Estado una permanente investigación científica sobre la materia.
- 45) No habiéndose acreditado amenaza ni vulneración de ningún derecho fundamental y siendo plenamente legítima la política de salud pública destinada a garantizar el acceso a los Anticonceptivos Orales de Emergencia y a la información adecuada en torno a ellos, así como políticas de salud basadas en métodos naturales, la presente demanda deberá desestimarse. Queda claro, en todo caso y de conformidad con lo señalado en los fundamentos 31 y 32 de la presente sentencia, que los AOE al que nos referimos, son los de carácter hormonal que se encuentran debidamente contemplados en los programas de planificación familiar aprobados por el Estado.

Salvaguarda del derecho de información de los consumidores y en especial el derecho de la mujer a decidir el número de los hijos

- 46) La información sobre los métodos anticonceptivos y su implicancia en la salud sexual y reproductiva tiene especial relevancia para la dilucidación del presente caso pues resulta medular en la eficacia del derecho de una persona a decidir cuándo, con quién, cómo y cuántos hijos va ha tener; este derecho es central para la mujer pues es ella la

que al convenir en su deseo de procrear tendrá, por la causa natural del proceso de gestación, las responsabilidades que supongan el cuidado del *naciturus*; esta responsabilidad reposa además en una obligación del Estado en brindar de toda la información posible respecto de los métodos anticonceptivos, además de la protección de la mujer gestante y del concebido, así como de la protección regulada por el Estado de la etapa post parto.

En este sentido, la mujer en especial tiene el derecho de recibir la información completa que le permita tomar la decisión respecto del ejercicio de sus derechos reproductivos dentro del cual se encuentra como ya se afirmó, de manera central el de decidir cuándo, cómo y con quién tendrá hijos y cuántos tendrá. Es en este ámbito que se inserta la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer aprobada por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 23432 publicada el 5 de junio de 1982 que establece en su artículo 16° numeral 1 inciso e) que, los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres en lo referente a los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

- 47) A este respecto, consideramos importante que en salvaguarda del derecho a la información de productos farmacéuticos al que deben tener los usuarios potenciales del AOE, el Ministerio de Salud, con la adecuada supervisión médica, debe de distribuirlos garantizando el derecho a la información acerca del uso adecuado del AOE lo que implica necesariamente que el suministro del AOE sea el adecuado atendiendo a las dosis y frecuencia recomendadas. Asimismo se debe informar acerca de la existencia de una posición que estima la presencia del denominado “tercer efecto” y de aquella posición que es la asumida por el derecho, acorde con el estado actual de la ciencia y con la información de la que se dispone, que no permite considerar de forma concluyente las observaciones formuladas al uso de los AOE; pues, cuando se trata de un embrión ya implantado, la comunidad científica acepta pacíficamente que no se va a producir desprendimiento alguno y que su uso no habitual y en las dosis recomendadas no produce una detectable alteración del endometrio. Por otro lado, se deben tomar las medidas para que su distribución no se realice mas allá de lo estrictamente necesario para el logro del efecto anticonceptivo pues de lo contrario la política adoptada por el Estado estaría poniendo en riesgo la salud no sólo de la mujer sino que podría afectar al cigoto.

En efecto, aún cuando hay posiciones científicas que postulan la existencia de un posible efecto inhibitorio de implantación, esta duda no desvirtúa la posición que establece que no se inhibe la implantación del embrión en el endometrio **siempre que se use el AOE de forma adecuada, es decir en las dosis recomendadas y atendiendo no a su uso regular y continuo sino a su uso estrictamente en caso de emergencia**. En consecuencia también se debe informar de manera intensa sobre los efectos dañinos, sean estos probados o solo riesgos que produce el uso regular del AOE, fuera de circunstancias excepcionales de emergencia, así como la ingesta de dosis mayores a la establecida en los estudios científicos corroborados por la HRP (*cfr.* Fundamento 37 *supra*) . Queda claro, acudiendo al lenguaje de la ciencia actual

que mientras los programas de salud pública reproductiva suministren la AOE en forma debida, no provoca un efecto detectable sobre el endometrio y no evita el proceso de anidación o peor aún el desprendimiento del embrión. Sus efectos como ya se dijo, son de dos tipos y en ellos, no existiría ningún tipo de paralelo con la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, esta misma exigencia de información debida y completa se debe hacer extensiva a los particulares, en especial a los profesionales de la salud que brindan las recetas y a los establecimientos que expenden el AOE, quienes también deberán informar de manera completa al consumidor potencial del AOE conforme las exigencias médicas, y lo especificado en este fundamento; por ello se debe exigir se cumpla con insertar en la literatura que acompaña a la venta de los AOE la misma información que se inserta en su país de origen, consideración, esta última, que debería hacerse extensiva a todos los productos farmacéuticos que se suministran legalmente en nuestro país.

Principio precautorio como última *ratio* para determinar la constitucionalidad del uso de la píldora del día siguiente

- 48) En relación a la necesidad de recurrir al principio precautorio previsto para la protección ambiental como un símil del principio de prevención, en cuanto al posible tercer efecto de la píldora, es decir, a la posible producción de cambios en el endometrio e impedimento de la anidación, es del caso señalar que este principio precautorio, que el voto de la mayoría utiliza a fojas 47 a 52 en última instancia para estimar la demanda, ha ido evolucionando en la jurisprudencia constitucional.

Así, en un principio se señaló que: “(...) c) Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables” (STC Exp. N° 3510-2003-PA/TC). Pero, posteriormente, el propio Tribunal Constitucional ha diferenciado el principio precautorio del principio de prevención, en la medida que: “no siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones” (STC Exp. N° 4223-2006-PA/TC).

- 49) En consecuencia, no se puede derivar de la aplicación del principio precautorio como dispone el fallo en mayoría, que la medida a adoptar sea la prohibición absoluta de la distribución de la píldora del día siguiente, en el marco de la política de salud pública; por cuanto, el principio precautorio debe fundamentarse no sólo en una duda razonable sobre la supuesta violación de derechos constitucionalmente protegidos; sino que requiere de un test mínimo de razonabilidad o proporcionalidad consagrado en la jurisprudencia constitucional (STC N° 06089-2006-AA, STC N° 045-2004-AI, STC N° 0012-2006-AI, STC N° 00007-2006-AI); en el cual se realizan los tres sub juicios:

1.- Verificar si la medida de restringir la provisión gratuita de la píldora del día siguiente (AOE) en los servicios de salud públicos, es *adecuada*, tanto a los derechos a la salud sexual y reproductiva de las usuarias como a la protección de los bienes constitucionales protegidos por la salud pública.

2.- Evaluar si es *necesario* prohibir el derecho de las mujeres que se atienden en los servicios de salud públicos, usualmente las de menores recursos económicos, de acceder a la píldora del día siguiente, por no haber otra medida que la haga menos gravosa.

3.- Optar razonadamente por la medida estrictamente *proporcional* al logro de la tutela de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; mediante la graduación de la intensidad de la limitación al acceso de la píldora del día siguiente; más aún, cuando es constitucional el expendio de la misma en las farmacias y los servicios de salud privados.

Así; tal como se ha acreditado por la ciencia en su actual espacio y tiempo, la graduación de la dosis del AOE, así como la graduación de la frecuencia en su uso hacen desvanecer la duda que sí se presenta, cuando su uso es inadecuado; de allí, que la prohibición del expendio informado y controlado del referido producto, resulta desproporcionada y carente de razonabilidad.

Por estos fundamentos, nuestro voto es porque:

1. Se declare **INFUNDADA** la demanda de amparo interpuesta por ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”; autorizándose la distribución de los Anticonceptivos Orales de emergencia legalmente aceptados por el Estado mediante Resolución Ministerial N° 536-2005-MINSA/DGSP siempre que se cumpla con lo contemplado en nuestros fundamentos 46 y 47 de la presente sentencia.
2. Invocar al Órgano Legislativo, se sirva dictar las normas pertinentes a que se refiere el fundamento N° 17 del presente.

Publíquese y Notifíquese.

SS

LANDA ARROYO
CALLE HAYEN