

**PROMSEX**  
Salud. Sexualidad. Solidaridad.



EL **ACCESO GRATUITO**  
DE LAS MUJERES A  
**LA ANTICONCEPCIÓN ORAL**  
**DE EMERGENCIA (AOE)**  
EN EL PERÚ



EL **ACCESO GRATUITO**  
DE LAS MUJERES A  
**LA ANTICONCEPCIÓN ORAL**  
**DE EMERGENCIA (AOE)**  
EN EL PERÚ



# EL ACCESO GRATUITO DE LAS MUJERES A LA ANTICONCEPCIÓN ORAL DE EMERGENCIA EN EL PERÚ

## Editado por:

© Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex).  
Av. José Pardo 601, oficina 603-604, Miraflores, Lima, Perú.  
Teléfono: (51)(1) 447 8668

## [www.promsex.org](http://www.promsex.org)

f/promsex

x/promsex

tt/promsex

ig/promsexcomunica

## Autores:

Susana Chávez Alvarado  
Violeta Cristina Gómez Hinostroza  
Alfredo Guzmán Changanahui  
Lucía Hernández García  
Robin Sergio Cruz Culquicondor  
Isbelia Ruiz Perdomo  
Lesly Paola Díaz Aguilar  
Edith Arenaza Carbajal

Coordinación de investigación y publicación: Isbelia Ruiz y Edith Arenaza

Supervisión metodológica: Isbelia Ruiz y Edith Arenaza

Supervisión de contenidos: Isbelia Ruiz y Edith Arenaza

Supervisión comunicacional: Jorge Apolaya y Carmen Montoya

Corrección de estilo y cuidado de edición: Luz María Muñoz

Diseño y diagramación: María del Carmen "Peque" Ortiz

Fotos: iStock

1a. edición – noviembre, 2024

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º: 2024-11728

Este documento se publica bajo los términos y condiciones de la licencia Creative Commons- Atribución - No comercial - Sin Derivar 4.0 Internacional (CC BY-NC-SA)

Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos - Promsex

El acceso gratuito de las mujeres a la Anticoncepción Oral de Emergencia en el Perú

1a. ed. Lima, Perú. Promsex 2024

# ÍNDICE

|                 |          |
|-----------------|----------|
| <b>PREFACIO</b> | <b>7</b> |
|-----------------|----------|

---

## **CAPÍTULO I**

### **LA LUCHA POR LA AOE EN EL PERÚ Y EL MOTIVO DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA**

|  |          |
|--|----------|
| Reflexión sobre la lucha por la AOE en el Perú, Susana Chávez Alvarado | <b>9</b> |
|--|----------|

|  |           |
|--|-----------|
| Reflexión sobre las razones que motivaron la interposición de la demanda de amparo para lograr la distribución gratuita de la AOE, Violeta Cristina Gómez Hinostraza | <b>15</b> |
|--|-----------|

---

## **CAPÍTULO II**

### **LA AOE Y SU IMPORTANCIA EN LOS SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA**

|   |           |
|---|-----------|
| La AOE, su importancia como método anticonceptivo y sus bases científicas, Alfredo Guzmán | <b>22</b> |
|---|-----------|

|   |           |
|---|-----------|
| Las obligaciones específicas de los Estados frente a sobrevivientes de violencia sexual en el marco del derecho a la salud: el acceso a la AOE, Lucía A. Hernández García | <b>36</b> |
|---|-----------|

|   |           |
|---|-----------|
| La AOE como medio para salvaguardar la dignidad de las víctimas de violación sexual, Robin Sergio Cruz Culquicondor | <b>60</b> |
|---|-----------|

---

## **CAPÍTULO III**

### **RECORRIDO HISTÓRICO DE LOS PROCESOS JUDICIALES DE LA AOE**

|   |           |
|---|-----------|
| Litigio estratégico para casos de defensa de derechos sexuales y reproductivos, Isbelia Ruiz y Lesly Díaz | <b>76</b> |
|---|-----------|

|  |           |
|--|-----------|
| El derecho constitucional en la protección de los derechos sexuales y reproductivos: análisis de las sentencias del Tribunal Constitucional con relación a la AOE, Edith Arenaza | <b>95</b> |
|--|-----------|

---

## ANEXOS

### I. SENTENCIAS DEL AOE

|  |            |
|--|------------|
| 1. Primera Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 7435-2006/TC  | <b>109</b> |
| 2. Segunda Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 02005-2009-PA/TC  | <b>132</b> |
| 3. Tercera Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00238-2021-PA/TC, incluye:  | <b>192</b> |
| 3.1. Demanda de Amparo de fecha 18 de julio del 2014, presentada por Violeta Gómez Hinostroza  | <b>240</b> |
| 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016  | <b>255</b> |
| 3.3. Resolución N.º 3 de fecha 19 de agosto del 2016 en el Expediente 30541-2014-18-1801-JR-CI-01 que declara fundada la medida cautelar | <b>271</b> |
| 3.4 Sentencia de primera instancia de fecha 02 de julio de 2019 del Expediente 30541-2014-18-1801-JR-CI-01                               | <b>283</b> |
| 3.5. Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de septiembre del 2020   | <b>309</b> |

# PREFACIO



Esta publicación busca dar a conocer los detalles de la lucha en el Perú por la distribución gratuita de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) como política pública nacional en los centros de salud.

En el año 1999, mediante Resolución N.º 465-99-SAIDM, el Estado peruano aprobó la Norma de Planificación Familiar, un documento que integra todos los aspectos involucrados en la salud reproductiva y establece como objetivo poner a disposición de mujeres información y servicios de calidad para que puedan alcanzar sus ideales reproductivos. Asimismo, mediante la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM2, se incorporó al AOE al listado de métodos anticonceptivos que debían ser distribuidos de forma gratuita a nivel nacional.

Sin embargo, pese a estas disposiciones normativas, el Ministerio de Salud no brindaba ninguno de estos servicios ni proveía el método AOE. Por esta razón, un grupo de mujeres organizadas interpuso una acción de cumplimiento cuyo resultado fue una primera sentencia del Tribunal Constitucional, donde ordena al Ministerio de Salud distribuir el anticonceptivo de emergencia también conocido como “pastilla del día siguiente”. Ante esta sentencia, la ONG ALA Sin Componenda presentó una nueva demanda que logró una segunda sentencia del Tribunal Constitucional en el 2009, prohibiendo la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia por considerarla abortiva. Posteriormente, con nueva evidencia científica que señalaba que la AOE no tiene efectos abortivos, se interpuso una demanda de amparo y una medida cautelar que permitió su distribución gratuita en todos los centros de salud a nivel nacional. En 2023, el Tribunal Constitucional declaró que la distribución gratuita de la AOE es constitucional.

En este sentido, en reconocimiento a esa prolongada lucha por el acceso a la AOE, el capítulo I de este documento recoge los testimonios y el rol desarrollado por la sociedad civil, la demandante del caso, la parte médica y los profesionales del derecho en el litigio del AOE. El capítulo II presenta las bases científicas que demuestran que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo, explica la importancia del acceso a la AOE para garantizar la salud sexual y reproductiva de las mujeres, y destaca el papel de este método anticonceptivo en la prevención de embarazos no deseados y embarazos forzados como consecuencia de violencia sexual. Dado los altos índices de violencia sexual en el Perú, es fundamental que el Estado peruano incluya este método en el kit de emergencia entregado a las víctimas de violencia sexual.

El capítulo III describe cómo el litigio estratégico es una herramienta para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres; además, presenta un recorrido histórico de los procesos judiciales en contra y a favor de la distribución gratuita de la AOE, culminando con la última sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso, emitida en marzo del 2023 (Expediente 00238-2021-PA/TC).

La importancia de este documento radica en la sistematización de la experiencia peruana de la sociedad civil en la lucha por los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres a través de la distribución gratuita de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE).

# CAPÍTULO I

## LA LUCHA POR LA AOE EN EL PERÚ Y EL MOTIVO DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

**Reflexión sobre la lucha por la AOE en el Perú**  
**Susana Chávez Alvarado<sup>1</sup>**

---

<sup>1</sup> Fundadora y directora ejecutiva del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex) y Secretaria Ejecutiva del Consorcio Latinoamericano Contra el Aborto Inseguro (CLACAI).

## Introducción

El caso de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) es un claro ejemplo de la injusticia reproductiva en el Perú; una situación arbitraria, profundamente discriminatoria y, lamentablemente, con evidente ausencia de celeridad en sus procesos. Cuando la justicia nos da la razón, las sentencias suelen ser ignoradas y, aún peor, boicoteadas por aquellos que tienen la obligación de garantizarlas.

Aunque detractores de la AOE la señalaron como un método abortivo, la batalla legal que enfrentamos durante 20 años no se centró precisamente en esta objeción, sino en el derecho de las mujeres pobres de acceder a este insumo. Mientras el debate judicial y mediático se enfocaba en una presunta naturaleza abortiva —práctica criminalizada en el Perú, excepto por razones de salud—, los jueces tenían que decidir la accesibilidad de este insumo para las mujeres pobres. Lo que se solicitaba desde la contraparte detractora era prohibir su distribución en los servicios públicos de salud, mas no su venta. Es importante señalar que, a lo largo de estos años, el insumo nunca se dejó de vender, pero los desafíos legales impuestos resultaron en costos elevados injustificados y una falta de control sobre su calidad.

### 1. La historia no contada: una breve recapitulación del origen del veto a la AOE en la política pública

El veto a la AOE está compuesto por dos momentos cruciales. El primero ocurrió en 1996, cuando se decidió retirar de las Normas de Atención de Planificación Familiar, aprobadas ese mismo año. El segundo comenzó en 2002, durante el gobierno post transición, con Luis Solarí de la Fuente y Fernando Carbone Campoverde, ministros de salud vinculados a la jerarquía católica e integrantes de organizaciones opuestas a los derechos sexuales y reproductivos, quienes deciden bloquear la aplicación de la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, que modificó la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/SM e incorporó la AOE entre las normas de planificación familiar. Para entonces, el caso de la AOE ya había sido ampliamente documentado por la Defensoría del Pueblo (2003) en el Informe Defensorial N.º 78 y otros reportes de derechos humanos.

Respecto a la primera situación, hasta 1996, la AOE era parte de la oferta anticonceptiva que ofrecía el Estado sin generar mayor controversia. Este método de anticoncepción estaba incluido en las Normas de Planificación Familiar, donde apenas ocupaba media página y su uso estaba destinado a evitar el embarazo tras una relación sexual no protegida. Se señalaba como posibles circunstancias de desprotección la ruptura del condón, el olvido de la píldora anticonceptiva de uso diario o el no suministro del inyectable en el plazo debido. En aquel tiempo, apenas se hablaba de la violencia sexual.

La AOE de aquel entonces no era la versión conocida actualmente como un producto específico con presentación y empaque dedicados; más bien, se trataba de un método que consistía en un uso diferente de las mismas píldoras anticonceptivas diarias

(un consumo total de 8 pastillas divididas en dos tomas). Esta forma de uso de los anticonceptivos orales, conocida como método Yuzpe, implicaba administrar dosis altas de pastillas anticonceptivas estándar. El nombre del método se dio en honor al médico Albert Yuzpe, quien lo investigó.

## 2. Opciones anticonceptivas sujetas a resultados políticos y no a las necesidades de sus usuarias

Como es ampliamente conocido, el primer gobierno de Alberto Fujimori se enfocó en la planificación familiar y convirtió una estrategia sanitaria en una estrategia económica para revertir la grave crisis económica del país. En aquel entonces, la principal carga sanitaria estaba centrada en los servicios materno-infantiles, pues uno de los problemas más críticos era la mortalidad materna y neonatal, tal como todavía continúa ocurriendo en algunos lugares del país. Aunque la planificación familiar era clave para reducir estas muertes, el Perú tardó años en desarrollar una política nacional al respecto, comenzando recién en 1985 con la Ley de Política Nacional de Población (Decreto Legislativo N.º 346), en donde se incluía a la anticoncepción como parte de esta política nacional. Esta ley, progresista para su época y lograda por la participación del movimiento de mujeres de aquel tiempo, enfrentó una feroz e incesante oposición de sectores ultraconservadores y dejó pendiente la inclusión de la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria (AQVs).

Cuando Fujimori asumió la presidencia y aplicó el denominado “paquetazo”, nombre de uno de los ajustes económicos más brutales que experimentó el país—, decidió respaldar la demanda de las organizaciones de mujeres, proponiendo la inclusión de las AQVs. Este cambio coincidió con el movimiento en torno a la Conferencia Internacional de Desarrollo de Naciones Unidas, que preveía un giro histórico para dar fin a las políticas enfocadas en la reducción de la fecundidad y, en su lugar, centrarlas en el desarrollo y el empoderamiento de las mujeres, integrando el enfoque de género y el reconocimiento de los derechos reproductivos.

Aunque Fujimori parecía comprender y respaldar estas ideas en su discurso durante la Conferencia, la realidad fue muy distinta. Pese a señalar que *el destino de cada mujer tenía que estar en sus propias manos*, la verdad su visión estaba lejos de eso. Por el contrario, se ciñó a la tradicional usanza de ver la planificación familiar como un medio para reducir la pobreza, ignorando por completo el espíritu de la Conferencia de El Cairo y el Acuerdo de Beijing y el contenido de este. Como lo señala Marcos Cueto (2006), “El régimen fujimorista no tuvo en cuenta la integralidad de las estrategias de El Cairo y Beijing y se concentró en una sola técnica de regulación poblacional: la anticoncepción quirúrgica voluntaria, AQV” (p. 129).

Durante su gobierno, Fujimori dio gran importancia a dos instituciones clave. La primera fue el Ministerio de Economía, para implementar su novísimo plan económico bajo la guía del Banco Mundial y del Banco Interamericano de Desarrollo; y la segunda, el Ministerio de Salud. Tal como se ha señalado, no es que le interesara todo el Ministerio de Salud, sino específicamente dos instancias: (1) el Programa Nacional de

Planificación Familiar y (2) la Dirección General de Cooperación Externa, eligiendo así el componente operativo y el componente financiero. En este punto, el rol de la Agencia de Cooperación Internacional del Gobierno de Estados Unidos (USAID) aparece de una manera mucho más clara y ha sido objeto de sendos estudios analíticos.

### 3. La agenda doméstica de la cooperación internacional de la USAID

Como se ha señalado, la AOE formaba parte de las normativas y, aunque no era la intervención anticonceptiva más importante, estaba destinada a un pequeño grupo de mujeres que buscaban evitar embarazos tras relaciones sexuales no protegidas.

En aquel tiempo, era usual que la sociedad civil especializada y las organizaciones de mujeres y, en particular, las organizaciones feministas fueron convocadas para participar del proceso de actualización de las normas de planificación familiar. *Para sorpresa de quienes participamos en esta discusión, en la versión revisada de estas normas, la AOE ya no figuraba entre las opciones anticonceptivas.*

Cuando quienes participamos en el taller de discusión objetamos la ausencia de la AOE como método anticonceptivo, el equipo técnico del Ministerio de Salud justificó su eliminación aludiendo su “baja efectividad” en comparación con otros métodos regulares, aunque era la única opción post coital disponible. También mencionaron razones logísticas y de seguridad, argumentando que no existían presentaciones específicas y preocupaciones sobre la reducción de las posibilidades de elección de métodos más seguros. Desde una perspectiva de derechos de las mujeres, estos argumentos podrían haber sido fácilmente desmontados, pero no fue la posición mayoritaria. De haber anticipado las consecuencias futuras, seguramente otra habría sido la reacción.

En ese momento, no se hizo referencia a lo que estaba ocurriendo en los Estados Unidos respecto a la agenda de derechos reproductivos, siendo este país el principal donante de la planificación familiar en el Perú. El Presidente Clinton, del partido demócrata y receptivo a la agenda de los derechos reproductivos, dejó el cargo para ser sucedido por el Presidente George Bush del Partido Republicano. Una de sus primeras acciones fue reinstalar la Política de la Ciudad de México, conocida como la “Gag Rule” o, en castellano, “Regla de Mordaza”, que Clinton había revocado debido a los fuertes cuestionamientos que recibió.

Esta política, que toma su nombre del lugar donde fue anunciada por el Presidente Reagan (Ciudad de México), no tiene otra finalidad que *obstaculizar cualquier avance en materia del derecho al aborto legal y seguro*, obligando a las organizaciones extranjeras que reciben fondos de la USAID a abstenerse de realizar actividades vinculadas con este derecho, incluyendo la investigación, atención, información, y cambios legislativos, incluso con recursos propios.

La Política de la Ciudad de México ha sido ampliamente criticada y rechazada por organizaciones de derechos humanos, como se refleja en los comunicados de prensa

de Amnistía Internacional (2003) y Human Rights Watch (2017). En Promsex (2006), también documentamos el impacto de esta política en el acceso a la AOE, tal como se detalla en la publicación de Chávez S. y Coe, A.B. (2006).

## 4. Las razones no dichas detrás de la desaparición de la AOE de la oferta pública antes de los 2000

Como se ha mencionado, los métodos anticonceptivos de corta duración no gozaban de la preferencia del gobierno peruano y solo se mantenían en el programa por una necesidad política. En ese contexto, la AOE tenía aún menos posibilidades de ser incluida, especialmente porque ponía en riesgo a los funcionarios de la USAID, que temían ser acusados de violentar la Política de la Ciudad de México, pues para los defensores ultraconservadores del Congreso Norteamericano, la AOE era considerada abortiva.

Lejos de apelar a las evidencias científicas y reconocer la importancia de este método para las mujeres – en tanto es el único método post coital con probada eficacia anticonceptiva—, decidieron no dar la batalla y eliminar a la AOE del programa, asumiendo que esta medida les protegería de posibles ataques de quienes, en realidad, se oponían abiertamente a todos los métodos anticonceptivos.

Al eliminar la AOE de la oferta anticonceptiva es probable que asumieran que protegían la cooperación bilateral. Irónicamente, estos cuidados no se aplicaron para evitar los abusos de las esterilizaciones forzadas, denunciados pocos años después por la abogada feminista Giulia Tamayo (1999) y su equipo en el estudio *“Nada Personal. Reporte de derechos humanos sobre la aplicación de la anticoncepción quirúrgica en el Perú, 1996-1998”*.

## 5. A manera de corolario

La lucha por el acceso a la AOE no es solo por un insumo, sino por el derecho que tienen todas las personas de acceder a los avances científicos y a los recursos que la salud pública ha demostrado que son altamente beneficiosos. Al negarlos se reducen drásticamente las posibilidades de prevenir daños que podrían evitarse.

Negar un anticonceptivo por razones ideológicas o políticas, como se puede ver en este caso, tiene un impacto definitivo para las personas que lo necesitan. La pregunta que jamás podremos responder es cuántas personas fueron afectadas y tuvieron que asumir un embarazo no deseado o un aborto inseguro que puso en riesgo sus vidas, situaciones evitables de haber contado con el acceso a la AOE.

Es claro que para ellas no hay justicia que las resarza, aunque eso no significa que no haya responsables. Esa es la parte que aún nos falta avanzar. Hemos ganado un proceso y la AOE es un derecho, pero aún falta identificar a los responsables; no para encarcelarlos, sino para que reconozcan que sus decisiones y acciones tuvieron

consecuencias en la vida de muchas personas con capacidad de gestar, principalmente aquellas en situación de pobreza.

## Bibliografía

Amnistía Internacional. (2003). La discriminación y la información errónea obstaculizan la lucha contra el VIH/sida. Recuperado de <https://www.amnesty.org/es/wp-content/uploads/sites/4/2021/06/pol300292003es.pdf>

Cueto, M. (2006). La vocación por volver a empezar. Las políticas de población en el Perú. Rev. Perú Medicina Experimental de Salud Pública 23(2). Recuperado de <http://www.scielo.org.pe/pdf/rins/v23n2/a08v23n2.pdf>

Defensoría del Pueblo. (2003). Informe Defensorial N.º 78. Recuperado de: <https://www.gob.pe/institucion/defensoria/informes-publicaciones/1059209-informe-defensorial-n-78>

Human Rights Watch. (2017). Los gobiernos deben defender los derechos reproductivos. Cumbre “Ella Decide” contra la “Ley Mordaza Global” de Trump. Recuperado de <https://www.hrw.org/es/news/2017/02/28/los-gobiernos-deben-defender-los-derechos-reproductivos>

Promsex. (2006). Las migajas bajo el mantel: la política fundamentalista de USAID y el caso de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE). Recuperado de <https://promsex.org/wp-content/uploads/2006/09/aoepromsexusaid.pdf>

Poder Ejecutivo del Perú. (1985). Decreto Legislativo N.º 346, Ley de Política Nacional de Población. Promulgada el 5 de julio de 1985.

Tamayo, G. (1999). Nada Personal. Reporte de derechos humanos sobre la aplicación de la anticoncepción quirúrgica en el Perú, 1996-1998. CLADEM.

# CAPÍTULO I

## LA LUCHA POR LA AOE EN EL PERÚ Y EL MOTIVO DE LA INTERPOSICIÓN DE LA DEMANDA

**Reflexiones sobre las razones que  
motivaron la interposición de la demanda de  
amparo para lograr la distribución gratuita  
de la AOE**

**Violeta Cristina Gómez Hinostraza<sup>2</sup>**

---

<sup>2</sup> Fiscal Adjunta Provincial de la Fiscalía de Familia de San Juan de Miraflores. Abogada y egresada de la Maestría de Derecho Civil de la PUCP. Demandante del caso.

## Introducción

A finales del año 2013, debido a mi labor como Fiscal de Familia, me presenté en el Hospital María Auxiliadora por el caso de una adolescente de 14 años, presunta víctima de abuso sexual. En la emergencia del hospital, me entrevisté con la adolescente y al preguntarle qué le había ocurrido, manifestó -entre otras cosas- que el día anterior a su ingreso a emergencia tuvo relaciones sexuales con su enamorado, lo que provocó una hemorragia vía vaginal. Ante dicha información, le pregunté si había utilizado algún método anticonceptivo para evitar un embarazo, me respondió que no y que no deseaba quedar embarazada. Luego de ello, conversé con el médico que la atendía y le consulté si, en estos casos, proporcionaban a las adolescentes la AOE para evitar un embarazo no deseado. Su respuesta fue que el hospital no distribuía dicho medicamento en ningún caso.

Preocupada por la situación de la adolescente, consciente de que un embarazo a los 14 años de edad es perjudicial para la salud de una mujer y sabiendo que el anticonceptivo de emergencia - conocido como la píldora del día siguiente - puede evitar un embarazo no deseado si se toma dentro de las 72 horas posteriores a la relación sexual, informé a los padres de la adolescente de la existencia de dicho medicamento como medio para evitar un embarazo y que dicha pastilla se podía comprar libremente en las farmacias. Al conocer esta información, ambos padres procedieron a sacar las monedas de sus bolsillos para reunir los veinticinco soles que aproximadamente cuesta la píldora y salieron rápidamente del hospital para comprarla en una farmacia.

### 1. ¿Por qué no se distribuía el AOE en los centros de salud del estado?

Días después de mi visita al Hospital María Auxiliadora, comencé a investigar las razones por las cuales no se proporcionaba la AOE en los hospitales.

En julio de 2001, la AOE fue incorporada como un método anticonceptivo y, por lo tanto, debía ser difundida y distribuida gratuitamente a nivel nacional por el Ministerio de Salud. El 14 de julio de 2005 entró en vigor la Norma Técnica N.º 032-MINSA/DGSP-V.01 mediante que confirmaba el deber del Ministerio de Salud de difundir y distribuir gratuitamente la AOE como mecanismo para evitar embarazos no deseados.

Sin embargo, en el año 2005, la distribución gratuita de la AOE por parte del Ministerio de Salud fue cuestionada por una ONG contraria a los derechos reproductivos mediante un proceso de amparo ante el Poder Judicial. Este proceso culminó en última instancia con la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional, emitida el 16 de octubre de 2009, en el expediente N.º 2005-2009-PA/TC. La mencionada sentencia declaró fundada la demanda y ordenó al Ministerio de Salud abstenerse de desarrollar la distribución gratuita de la *píldora del día siguiente* (levonorgestrel) como política pública a nivel nacional. Pese a la prohibición, el tribunal permitió la venta de este medicamento en los establecimientos privados.

El Tribunal Constitucional manifestó que el inicio de la vida humana se produce en la

fecundación (ingreso del espermatozoide al óvulo) y, por tanto, ese es el momento en que comienza el derecho a la vida, según el mandato constitucional reconocido en el artículo 2. En la sentencia, el Tribunal argumentó la existencia de dudas razonables sobre si la píldora del día siguiente impedía la anidación o implantación del cigoto en el útero, lo que podría afectar al “concebido” en su proceso vital y, por tanto, podría tener un efecto abortivo, vulnerando el mandato constitucional que protege la vida humana (Fundamento 51 y otros).

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional señaló en el Fundamento 52 de la sentencia que su decisión no era inmutable y que, si en el futuro se demostraba la inocuidad de la *píldora del día siguiente* (levonorgestrel) para el concebido, tendría que cambiarse de posición y, consecuentemente, autorizar la distribución gratuita de este medicamento.

En cumplimiento de la referida sentencia, se dejó de distribuir la AOE en los centros de salud del Ministerio de Salud; sin embargo, el Tribunal Constitucional señaló la posibilidad de cambiar su criterio en el futuro si se acreditaba con certeza la inocuidad del mencionado medicamento.

## 2. Los fundamentos de la sentencia cuestionada perdieron sustento científico

Posterior a la emisión de la mencionada sentencia del Tribunal Constitucional, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) emitieron informes técnicos señalando que el principal mecanismo de acción de levonorgestrel no era abortivo, ya que no imposibilitaba la concepción, es decir, la unión de un espermatozoide con un óvulo maduro para el surgimiento de una nueva vida. Se señaló que este fármaco es efectivo antes de la expulsión del óvulo del ovario y antes que el esperma alcance el óvulo maduro. Además, una vez que el óvulo es fecundado no impide la anidación, por lo que no puede interrumpir la vida del óvulo fecundado.

Así, el argumento de la sentencia del Tribunal Constitucional, que señalaba la existencia de dudas razonables sobre si la AOE impediría la anidación o implantación del cigoto en el útero, perdió sustento científico, al ser la propia OMS y la OPS las que señalaron que el medicamento era inocuo para el concebido, ya que no tenía ningún efecto sobre el óvulo fecundado.

## 3. La vulneración de derechos fundamentales en la sentencia del Tribunal Constitucional

Al investigar los motivos por los cuales no se distribuía la AOE en los centros de salud del Estado, concluí que la prohibición de su distribución vulneraba el derecho a la autonomía reproductiva de las personas al dificultar el acceso a un método anticonceptivo. Además, al permitirse la venta de la AOE únicamente en las farmacias, se generaba una situación de discriminación indirecta por razones económicas.

El derecho a la autodeterminación reproductiva implícito en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad consiste en decidir: a) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; b) la persona con quién procrear y reproducirse, y c) la forma o método para lograrlo o impedirlo<sup>3</sup>. Este derecho, protegido por el artículo 6 de la Constitución Política del Perú, permite a las personas decidir cuándo y cuántos hijos tener, así como conocer y usar los métodos para lograrlo.

Este derecho a la autodeterminación reproductiva dice: *“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud”* (1993). Este derecho también está amparado por el artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>4</sup> (CEDAW), la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 24, inciso 2, apartado f<sup>5</sup>, entre otros tratados internacionales de derechos humanos. Asimismo, la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), Caso Artavia Murillo (caso fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica, se pronunció sobre la existencia y el contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva, y confirmó que este es una expresión del derecho a la vida privada y al derecho al acceso a servicios de salud reproductiva, permitiendo la libre elección y acceso a métodos seguros, eficaces y de fácil acceso para regular la fecundidad.

La AOE al tener el potencial de prevenir embarazos no deseados y evitar los embarazos forzados por violación, constituye un medio que permite a las personas decidir cuándo y cuántos hijos tener y, por tanto, debe estar disponible para las personas con la finalidad de hacer efectivo su derecho fundamental a la libre autodeterminación reproductiva.

El Estado, al negar la información y el acceso gratuito de la AOE - a través de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N.º 2005-2009-PA/TC -, vulneró el derecho de las personas a controlar su fecundidad, afectando directamente a

---

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 2005-2009-PA/TC Fundamento 6 y la sentencia N.º 7535-2006-PC/TC fundamento del voto del Dr. Mesía Ramírez.

<sup>4</sup> La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), artículo 16 (1). “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas [...] en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) 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”.

<sup>5</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 24 (2)(f) ha establecido que los Estados como parte de sus obligaciones vinculadas al derecho a la salud deben: “desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia”.

su autonomía reproductiva y el libre desarrollo de su personalidad<sup>6</sup>.

Respecto a la situación de discriminación económica indirecta generada por la sentencia, indicaré que la prohibición de la distribución gratuita de la AOE en los centros de salud del Estado, junto con su venta en establecimientos privados (boticas y farmacias), generó una discriminación indirecta por razones económicas. En este sentido, la prohibición de la distribución gratuita, en forma general en todos los centros de salud estatales, de este medicamento afectó principalmente a personas en situación de pobreza o pobreza extrema que no tenían acceso a la AOE debido a que el centro de salud no les informaba ni les distribuía este método anticonceptivo de emergencia y en muchos casos estas personas no podían acceder a este medicamento por falta de información de recursos económicos, en contraste con aquellos sectores más informados y con mayores recursos que podían adquirir el medicamento en establecimientos privados<sup>7</sup>.

#### 4. La decisión de presentar la demanda de amparo

Al darme cuenta de que esta situación injusta probablemente no cambiaría por descuido o indiferencia de nuestras autoridades y gobernantes, y consciente de que había importantes fundamentos para variar la decisión de la sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente N.º 2005-2009-PA/TC, decidí demandar al Estado. Mi deseo era hacer un aporte a la sociedad, especialmente en la protección de los derechos de las personas más vulnerables.

El 18 de julio de 2014, como ciudadana, presenté la demanda de amparo solicitando al Poder Judicial que ordene al Ministerio de Salud cumpla con distribuir gratuitamente la AOE en todos los centros de salud del Estado a efecto de proteger el derecho a la autonomía reproductiva de las personas y cesar la situación de discriminación indirecta por razones económicas que había causado la mencionada sentencia. Aclaró que la demanda la presenté como ciudadana porque, al ser una mujer en edad reproductiva, pertenecía a la población afectada, que no tenía acceso al mencionado anticonceptivo, lo que me brindaba legitimidad para actuar en dicho proceso.

---

<sup>6</sup>El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N.º 24, indicó que el artículo 16 párrafo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer exige que los Estados Partes aseguren que la mujer tenga los mismos derechos que el hombre a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos. Además, deben tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer esos derechos, así como dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual. El Comité manifestó que este derecho se vulnera cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

<sup>7</sup>De similar opinión fueron los constitucionalistas Landa Arroyo y Callen Hayen en el voto singular de la Sentencia expedida en el expediente N.º 2005-2009-PA/TC.

Después de que la demanda de amparo fue admitida, en el transcurso de dicho proceso, Susana Chávez Alvarado, Presidenta Ejecutiva de Promsex, se contactó conmigo y me ofreció su apoyo para impulsar la demanda, indicándome que la institución que representa tiene por objetivo la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las personas y que en un proceso judicial anterior ya habían defendido la distribución gratuita de la AOE. Apreciando el fortalecimiento e impulso que su participación daría a la demanda, acepté con la mayor alegría y esperanza, pues ya no estaba sola en ese proceso; había alguien que comprendía lo que estaba haciendo y estaba dispuesta a dar todo su apoyo.

En julio de 2016, mi persona junto a la participación de Promsex como defensa técnica, presentamos una solicitud de medida cautelar dentro del proceso, solicitando la distribución anticipada de la AOE en los centros de salud del Estado. Este pedido resultó en la emisión de la Resolución Judicial N° 3, de fecha 19 de agosto de 2016 emitida en el Expediente N.° 30541-2014 por el Primer Juzgado Constitucional de Lima, que ordenó al Ministerio de Salud distribuir provisionalmente y de forma gratuita la AOE en todos los centros de salud a nivel nacional. Esta fue nuestra primera gran victoria a nivel judicial, y la distribución gratuita del AOE comenzó aproximadamente en septiembre de 2016.

Posteriormente, el Primer Juzgado Constitucional de Lima mediante la sentencia de fecha 02 de julio de 2019 emitida en el expediente N.° 30541-2014, declaró fundada la demanda de amparo, confirmándose de esta manera la distribución gratuita de la AOE en los centros de salud del Estado a nivel nacional. Esta sentencia fue apelada por una ONG contraria a los derechos que defendíamos, y tras elevarse a la Primera Sala Civil de Lima, mediante resolución de fecha 16 de setiembre de 2020, la demanda fue rechazada y declarada improcedente, indicando que solo el Tribunal Constitucional podía variar su propio pronunciamiento respecto a la distribución gratuita del AOE en los centros de salud públicos.

Ante el rechazo de la demanda de amparo en segunda instancia, junto con Promsex, interpusimos un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional. Esto finalmente resultó en la emisión de la sentencia N.° 197-2023, en la cual el tribunal analizando los argumentos de la demanda, la nueva información científica respecto de los efectos del AOE y valorando los derechos fundamentales que estaban en discusión, decidió declarar fundada la demanda. Se concluyó que se habían vulnerado los derechos reproductivos, a recibir información y a la igualdad y no discriminación, ordenando al Ministerio de Salud desarrollar como política pública la distribución nacional gratuita del AOE.

Esta sentencia del Tribunal Constitucional constituye un gran avance en la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las personas, y pone fin a la discusión jurídica sobre la distribución gratuita de dicho medicamento, garantizando su distribución a nivel nacional, con la garantía y protección de la “cosa juzgada”. En lo personal, es una gran satisfacción y alegría haber logrado, en última y definitiva instancia, la protección de un derecho vinculado al derecho de las personas a decidir

cuándo y cuántos hijos tener, que impacta especialmente en las personas más vulnerables, que muchas veces no tienen acceso a la información suficiente o a los recursos económicos para comprar un anticonceptivo. También me siento muy agradecida con Promsex por su gran apoyo en este proceso, pues fue un camino muy largo hasta alcanzar una sentencia definitiva. Esta institución siempre estuvo pendiente impulsando el proceso hasta el final. Sumamos fuerzas por un objetivo común y eso le dio una mayor fortaleza a la demanda, la que al final logró este gran resultado.

## Bibliografía

Constitución Política del Perú. (1993). Art. 6 (29 de diciembre de 1993).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo (caso fecundación in vitro) y otros Vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)

Ministerio de Salud. (2001). Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, que incorporó el literal c “Anticonceptivos orales” del Título VIII Métodos Anticonceptivos”, el numeral 3. “Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE)”. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/255650-399-2001-sa-dm>

Naciones Unidas. (1989). Convención sobre los Derechos del Niño. Recuperado de <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-child>

Poder Judicial del Perú. (2016, 19 de agosto). Resolución Judicial N.º Tres. Expediente N.º 30541-2014, Primer Juzgado Constitucional de Lima.

Tribunal Constitucional. (21 de marzo de 2023). Pleno. Sentencia N.º 197/2023. Expediente N.º 00238-2021-PA/TC. Lima. Disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00238-2021-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (16 de octubre de 2009). Expediente N.º 02005-2009-PA/TC. Lima. Disponible en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

# CAPÍTULO II

## LA AOE Y SU IMPORTANCIA EN LOS SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

### La AOE, su importancia como método anticonceptivo y sus bases científicas

Alfredo Guzmán<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> M.D. M.P.H. FACOG. Universidad Peruana Cayetano Heredia. Médico Gineco-Obstetra, Master en Salud Pública, Past. Presidente de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, Maestro Latinoamericano de la Ginecología y Obstetricia, Consultor en Salud Pública y Salud Sexual y Reproductiva, Lima, Perú.

## Resumen

En el presente artículo, el autor desarrolla las bases teóricas y científicas de la anticoncepción oral de emergencia (AOE). Tal es así, que precisa que este método representa una alternativa para prevenir embarazos no deseados y forzados producto de una violación sexual. También describe la historia en el Perú de la incorporación de la AOE como método anticonceptivo a distribuir de manera gratuita por parte del Estado y el papel que desarrollaron las organizaciones de la sociedad civil en conjunto con las organizaciones médicas a nivel nacional e internacional para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

## Introducción

Los embarazos no deseados y no planificados constituyen un importante problema que afecta la salud de las mujeres a nivel mundial. De acuerdo con Bearak (2020), cada año se provocan cerca de 73 millones de abortos en todo el mundo. El 61% de los embarazos no deseados (y, en conjunto el 29% del total de embarazos) se interrumpen voluntariamente. De ellos 25 millones (45% de todos los abortos) son abortos realizados en condiciones inseguras. Y el 97 % de estos se producen en países en desarrollo de África, Asia y América Latina<sup>9</sup>.

Estos abortos ocasionan la muerte de alrededor de 68,000 mujeres y millones tienen complicaciones secundarias al procedimiento, algunas de ellas permanentes (infertilidad, hemorragias e infecciones). Se estima que cada año se registran cerca de 600,000 muertes maternas causadas por complicaciones del embarazo y el parto. El embarazo no deseado y el aborto en condiciones de riesgo constituyen dos problemas susceptibles de prevención que ocasionan significativos gastos en salud (Duran, 2020).

Las grandes transformaciones económicas, sociales y culturales en toda América Latina han modificado profundamente las aspiraciones de las parejas sobre el número de hijos que desean tener. En el objetivo de postergar la maternidad o tener familias más pequeñas, se ha generalizado el uso de anticonceptivos en casi todos los países. Sin embargo, la proporción de mujeres en edad fértil que usan métodos anticonceptivos modernos varía entre los países de la región, desde 31% en Haití hasta 70% en Costa Rica y Colombia (UNFPA, 2014).

En nuestro país, el uso de métodos de planificación familiar es de 78.1% en mujeres de entre 15 y 49 años. De ese porcentaje, el 57% corresponde a métodos modernos, de los cuales solo el 18% son de larga duración, como la esterilización, implantes o DIU, mientras que el 25% son métodos inyectables o anticonceptivos orales. El 21.1% restante son métodos tradicionales como la abstinencia periódica, el retiro u otros métodos tradicionales (INEI, 2020). Esta prevalencia anticonceptiva de mediana efectividad puede ser una de las razones por las cuales en nuestro país se sigan

---

<sup>9</sup> Comunicado de prensa, 28 de setiembre de 2017, Ginebra. WHO.

produciendo embarazos no deseados y no planificados, estimándose que podrían alcanzar hasta el 60% de todos los embarazos anuales.

Desde la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo de El Cairo en 1994, ha habido avances globales en lo referente a los derechos sexuales y reproductivos; sin embargo, algunos países permanecen renuentes a emitir leyes y programas para promover los derechos sexuales y reproductivos y, por el contrario, mantienen disposiciones que afectan negativamente tales derechos. En el caso de la anticoncepción de emergencia se ha observado tanto avances como retrocesos de carácter legal y/o judicial, a pesar del comprobado efecto anticonceptivo de la AOE tal como lo demuestran las evidencias científicas recientes (Cook, 2009).

Esto nos lleva a reflexionar inevitablemente que la amplia disponibilidad de la AOE podría ayudar a disminuir el número de abortos peligrosos que ocurren cada año. Considerando que el tiempo posterior al coito no protegido y el inicio temprano de su uso constituyen elementos críticos para su efectividad, esta debería ser suministrada a nivel primario de salud, en farmacias y otros establecimientos fácilmente accesibles a las consumidoras potenciales (González, 2009).

## 1. La situación en el Perú

En el Perú, durante el gobierno de transición con el Dr. Eduardo Pretell como Ministro de Salud, se dio la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM el 13 de julio del 2001, que resolvió ampliar las Normas de Planificación Familiar aprobadas por Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM del 22 de setiembre de 1999, para incorporar la AOE a los métodos anticonceptivos contemplados en las Normas del Programa de Planificación Familiar.

Sin embargo, la nueva gestión que asumió el Ministerio de Salud no implementó la norma y la AOE no se distribuía en los establecimientos de salud del Estado, configurándose una situación de discriminación y afectación hacia las mujeres más pobres y de bajos recursos. Esto ocasionó que diversas instituciones como el Colegio Médico del Perú, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, organizaciones de la sociedad civil, se pronuncien demandando la aplicación efectiva de la normativa.

En mayo del 2002, el Comité Consultivo en Anticoncepción de Emergencia presentó una queja a la Defensoría del Pueblo debido al incumplimiento por parte del Ministerio de Salud en la implementación de la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM del 13 de julio del 2001. Al respecto, la Defensoría del Pueblo solicitó en dos oportunidades información al entonces Viceministro de Salud sobre las razones por las cuales no se dio cumplimiento a la citada resolución ministerial. Dichos pedidos no tuvieron respuesta. Posteriormente, el 24 de octubre del 2002 se publicó en el Diario Oficial El Peruano la Resolución Defensorial N.º 031-2002 que aprobó el Informe Defensorial N.º 69 "La aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos. III Casos investigados por la Defensoría del Pueblo".

Esta resolución dio cuenta de las solicitudes de información realizadas al Viceministro y su falta de respuesta, por lo que se reiteró el pedido y se le recordó que como funcionario público estaba obligado a remitir la información solicitada a la Defensoría del Pueblo. Ello lo obligó a responder mediante Carta N.º 828-2002-SA-DVM el 7 de noviembre del 2002, donde informó que, si bien la AOE se había incorporado a las normas de planificación familiar, no se había previsto su protocolización ni su financiamiento adecuado; y que, dada la controversia sobre el tema, se había solicitado un informe al Colegio Médico sobre la conveniencia del uso de dicho producto.

Sin embargo, la Defensoría verificó que sí existía el protocolo y el Consejo Nacional del Colegio Médico emitió el 9 de febrero del 2003 un comunicado recomendando el cumplimiento de la Resolución Ministerial. Ese mismo día, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología emitió un comunicado afirmando que la AOE debe ser implementada y debe formar parte de los métodos de planificación familiar que se ofrecen a nivel nacional en forma libre, voluntaria e informada (Defensoría del Pueblo, 2003). El domingo 16 de febrero del 2003 en diversos diarios capitalinos, 40 instituciones increparon al Ministro de Salud por su irresponsable oposición a la AOE y a otros métodos anticonceptivos.

El Ministerio de Salud emitió una nota de prensa que señalaba respetar todas las concepciones religiosas y que su acción se enmarca en un Estado aconfesional y que no existía ninguna injerencia de la iglesia católica en las decisiones sobre las políticas de planificación familiar. Además, mencionó que los insumos de planificación familiar se distribuyen con toda normalidad y periódicamente; y, específicamente en relación a la AOE, informó que dicho producto se encuentra en la fase final de evaluación de los diversos informes enviados por las sociedades científicas nacionales e internacionales, pero que existen informaciones técnicas donde se señala que uno de los mecanismos de acción es impedir la implantación, y que la persona es persona desde la concepción y, según lo dispuesto por la Constitución, los funcionarios públicos tienen que defender la vida de peruanas y peruanos<sup>10</sup>.

El debate continuó, por lo que el Diario El Comercio, el medio más importante del país, organizó una mesa redonda llamada "La Anticoncepción Oral de Emergencia", asistieron el Ministro de Salud, el Dr. Fernando Carbone, el Dr. Enrique Varsi, abogado especialista en derecho genético, el Dr. Alfredo Guzmán, ginecobstetra y conductor del programa "Primero la Salud" de Canal N, el Dr. Miguel Gutiérrez, gineco-obstetra y Director Médico de Pathfinder International y el Dr. Álvaro Vidal Rivadeneyra, Decano Nacional del Colegio Médico del Perú. En esta mesa se evidenció que existía una amplia gama de evidencias científicas sobre el mecanismo de acción de la AOE, así como los beneficios que representaba en reducir los embarazos no deseados, evitando numerosos abortos realizados en condiciones inseguras.

---

<sup>10</sup> Ministerio de Salud desmiente pronunciamiento de organizaciones de la Sociedad Civil. Nota de Prensa 363-02. Oficina de Comunicaciones. Ministerio de Salud. 18 de diciembre de 2002.

Ante la continua exigencia por parte de una serie de instituciones, así como los mismos trabajadores de salud, el Gobierno emitió, el 11 de septiembre del 2003, la Resolución Suprema N.º 007-2003-SA, que conformó una Comisión de Alto Nivel, encargada de analizar y emitir un informe científico-médico y jurídico sobre la AOE en un plazo de 90 días calendarios desde su instalación. Esta comisión estuvo integrada por el Ministro de Salud, quien la presidió; el Ministro de Justicia; la Ministra de la Mujer y Desarrollo Social; el Defensor del Pueblo; un representante de la Conferencia Episcopal Peruana; el Decano Nacional del Colegio Médico del Perú; el Decano del Colegio de Abogados de Lima; un representante de cada una de las universidades nacionales y privadas más antiguas del Perú especializadas en derecho constitucional; el Presidente de la Asociación Peruana de Facultades de Medicina; el Presidente de la Academia Nacional de Medicina; el Presidente de la Academia Peruana de Salud; el Presidente de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología; y el Presidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad Matrimonial.

Esta Comisión elevó su informe el 9 de diciembre del 2003, el cual incluye:

- I. una definición de la AOE;
- II. los tipos de AOE;
- III. el inicio de la gestación, que ocurre con la implantación y no con la fertilización;
- IV. el mecanismo de acción de la AOE;
- V. principios fundamentales de la salud sexual y reproductiva;
- VI. inequidad en el uso de los AOE, dado que este se encuentra disponible en las farmacias privadas, pero no en los servicios del Ministerio de Salud
- VII. la concepción y el concebido como sujeto de derecho;
- VIII. análisis de Derechos Humanos;
- IX. la AOE y los problemas sociales de la mujer.

Sus conclusiones, suscritas por once de los catorce integrantes de la Comisión, incluyendo el representante del Ministerio de Salud, fueron:

- a. La evidencia científica actual ha establecido que el AOE impide o retarda la ovulación, por lo tanto, actúa antes de la fecundación.
- b. Su mecanismo de acción no tiene acción adversa sobre el endometrio.
- c. La AOE incorporada a las normas de planificación familiar posee pleno sustento constitucional y legal.
- d. La AOE debe estar disponible en los servicios del Ministerio de Salud.

Sin embargo, hubo renuencia por parte del Ministerio de Salud en cumplir con la citada norma, lo que impidió a las mujeres el goce pleno y efectivo de sus derechos reproductivos. Esto ocasionó una demanda de acción de cumplimiento interpuesta por dos ciudadanas en contra del Ministerio de Salud y la Defensoría del Pueblo actuó como *amicus curiae* en abril del 2004. No obstante, en octubre del 2004, la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" interpuso una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objetivo de que se abstenga de distribuir en forma gratuita la "píldora del día siguiente" en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios.

El 7 de agosto del 2005, el Vigésimo Juzgado Especializado Civil de Lima, declaró fundada en parte la demanda, limitando su decisión a la vulneración del derecho de información. Esto llegó hasta el Tribunal Constitucional que mediante la sentencia recaída en el Expediente N.º 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre del 2009, declaró fundada la demanda y prohibió al Ministerio de Salud la distribución gratuita de la denominada “píldora del día siguiente” para evitar la vulneración del derecho a la vida del concebido, acogiendo a la “teoría de la fecundación” y apartándose de la “teoría de la anidación”. Sin embargo, el Tribunal indicó en su sentencia, que, frente a nueva evidencia científica, podría cambiar de posición.

Esto originó un pronunciamiento de respaldo por parte de seis exministros de salud, congresistas, el Colegio Médico del Perú, los colegios profesionales relacionados a la salud, 54 organizaciones internacionales y nacionales y más de 100 destacados profesionales.

El 18 de julio del 2014, Violeta Cristina Gómez Hinostroza interpuso una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con la finalidad que cumpla con distribuir gratuitamente el AOE en todos los centros de salud del Estado. Sustentó su pretensión en la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 28 de noviembre del 2012 (Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica) y en la necesidad de tutelar los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la autodeterminación reproductiva y a la igualdad.

En febrero del 2017, me presenté como técnico y especialista individual en la formulación del amicus curiae ante el primer juzgado constitucional. Recientemente, en abril de 2023, ejercí su defensa junto a otros profesionales ante el Tribunal Constitucional que resolvió a favor de que la AOE sea distribuida en los establecimientos públicos del Ministerio de Salud.

## 2. Breve historia del AOE

Durante siglos las mujeres han utilizado diversos dispositivos y preparaciones para evitar el embarazo tras el acto sexual. Los primeros ensayos clínicos de anticonceptivos de emergencia hormonal datan de los años sesenta y se basaban en la administración de altas dosis de estrógeno. Luego se usó dosis altas de anticonceptivos orales combinados a base de etinilestradiol y levonorgestrel, conocido como el Método de Yuzpe. Más adelante, se desarrollan los primeros ensayos de un anticonceptivo de emergencia a base de levorgestrel y que es el que se usa en la actualidad.

La AOE es un método anticonceptivo que las mujeres pueden usar como respaldo y en caso de emergencia, dentro los primeros días posteriores a una relación sexual sin

protección, con el objetivo de prevenir un embarazo no deseado<sup>11</sup>. El creciente interés por la AOE llevó a que, en abril de 1995, expertos de todo el mundo se reunieron en Bellagio (Italia) y formularon una Declaración Consensual sobre Anticoncepción de Emergencia.

### 3. Fisiología de la reproducción

En la mujer en edad fértil, cada mes se produce un ciclo menstrual, mayormente de 28 días. Durante este ciclo, hay una relación estrecha entre los niveles hormonales de FSH y LH, enviados desde la glándula hipófisis al ovario, la maduración folicular a nivel del ovario, los niveles de estrógeno y progesterona producidos por el ovario y los cambios en la estructura del endometrio. A la mitad del ciclo, los picos de FSH y LH se elevan y dan lugar a la ovulación. La secreción de estrógenos y progesterona prepara al endometrio para la probable implantación de un huevo fecundado.

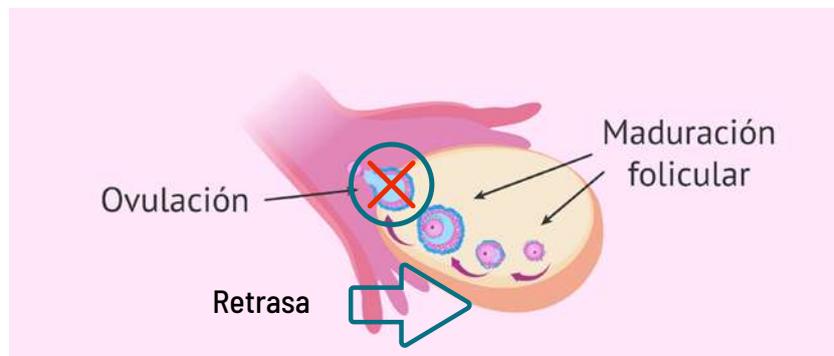


Imagen tomada de Reproducción asistida ORG<sup>12</sup>

La fecundación o fertilización se produce en el encuentro del óvulo con los espermatozoides. Estos espermatozoides en su mayoría fueron activados funcionalmente, proceso conocido llamado *capacitación*, en las criptas del cuello uterino donde permanecen unos días después de producida la eyaculación, antes de avanzar por el tracto genital hasta la trompa de Falopio. El óvulo tiene que ser fecundado pocas horas después de ocurrida la ovulación para generar un embrión. El encuentro se produce en el tercio distal de la trompa de Falopio. Esta ventana o periodo fértil se distribuye asimétricamente en torno al día de la ovulación debido a dos causas: (1) porque los espermatozoides pueden sobrevivir en el tracto genital de la mujer hasta 5 días después de la relación sexual y (2) porque el ovulo solo tiene un tiempo de sobrevivida de solo 24 horas. Por ello, el período o ventana fértil se extiende desde 5 días antes de la ovulación hasta el día de la ovulación, con diferentes porcentajes de éxito en la fertilización.

<sup>11</sup> Levonorgestrel para anticoncepción de emergencia. Nota descriptiva OMS N.º 244. Octubre 2005. Organización Mundial de la Salud.

<sup>12</sup> Disponible en el siguiente enlace:

<https://www.reproduccionasistida.org/implantacion-embionaria/>

De producirse la fecundación, se produce el transporte del óvulo fertilizado a través de la trompa hasta la cavidad uterina para producir la implantación. Durante ese transporte, con duración aproximada de seis (06) días, el óvulo fecundado se transforma primero en mórula y luego en blastocisto, que es la etapa en la que finalmente se implanta en el endometrio. Esta implantación se inicia el día 7 después de la ovulación y se completa el día 12.

La ovulación se produce en el 90% de los ciclos, la fecundación en el 50% de las ovulaciones, y solo el 60% de las implantaciones son exitosas. En síntesis, la probabilidad de embarazo en un ciclo normal es solo de 25-30%. La AOE previene o retrasa la ovulación, al inhibir el pico preovulatorio de la LH, produciendo un proceso ovulatorio disfuncional. Una vez producida la fertilización o la implantación, la AOE no tiene efecto. Asimismo, se ha demostrado que no tiene efecto sobre el endometrio. Por ello, mientras más pronto se administre la AOE durante el periodo fértil luego de una relación sexual no protegida (dentro de las 24-48 horas), mayor es la probabilidad de interferir con el proceso ovulatorio (OMS, 1998; Wilcox, 1995).

La AOE no tiene efectos después de que el óvulo ha sido fecundado, por ello, no evita la implantación

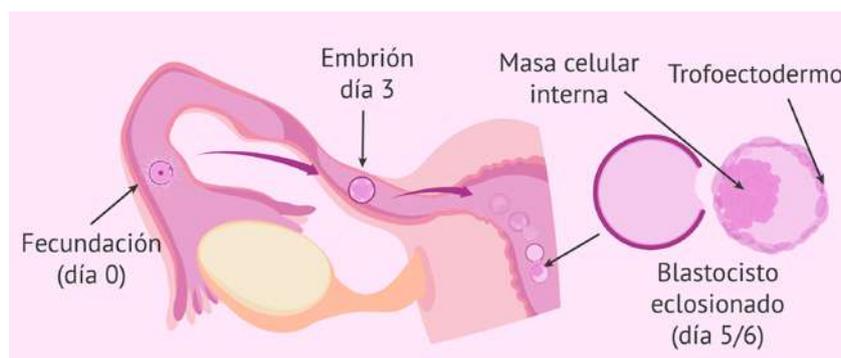


Imagen tomada de Reproducción asistida ORG<sup>13</sup>

## 4. Bases científicas del mecanismo de acción de la anticoncepción oral de emergencia.

El mecanismo de acción del levonogestrel (LNG) como AOE es retrasar e inhibir el crecimiento folicular o su ruptura. Se ha demostrado que la administración de LNG después del comienzo del pico de LH no es efectiva en inhibir la ovulación. Esto puede explicarse porque LNG es solo efectiva como AOE cuando es administrada antes, pero no después que la ovulación ha ocurrido. Otros estudios in vitro han sugerido que el LNG en concentraciones farmacológicas no tiene efecto significativo en eventos post

<sup>13</sup> Disponible en el siguiente enlace:

<https://www.reproduccionasistida.org/implantacion-embionaria/>

ovulatorios como la función espermática, fertilización o receptividad endometrial. Debe enfatizarse claramente que la AOE no es abortiva y solo es efectiva antes de ocurrir el embarazo (Li, H. W., Lo, S. S., & Ho, P. C., 2014, pp. 835- 844).

La AOE es sólo efectiva antes de que un óvulo fertilizado sea implantado porque no puede alterar un embarazo ya establecido. Mediante seguimientos ecográficos en un estudio realizado en monos *Cebus Apella*, usado como modelo animal, mostró inhibición o retraso de la ruptura folicular usando levonorgestrel de manera post coital (Ortiz M.E, Ortiz R.E, Fuentes M.A, Parraguz V. H, y Croxatto H.B 2004). El índice de efectividad del levonorgestrel promediado desde < 24 horas hasta 72 horas, después de la relación sexual, es de 85%.

Marions y colaboradores, en Estocolmo, examinaron biopsias de endometrio obtenidas de mujeres que recibieron levonorgestrel antes y después de la ovulación. Al analizar ocho (08) parámetros morfométricos al microscopio de luz, un parámetro morfológico al microscopio electrónico de barrido y cinco parámetros moleculares por histoquímica y citoquímica para valorar los receptores de progesterona e integrinas, que son indispensables en el proceso de implantación, encontraron que ninguno de estos parámetros mostró diferencias con lo observado en las biopsias obtenidas en los ciclos control (sin AOE) de las mismas mujeres.

Infinidad de factores sociales, médicos, económicos, legales, políticos y religiosos han condicionado la instauración, aceptación y accesibilidad de los métodos contraceptivos postcoitales (los que se toman inmediatamente después de una relación sexual sin protección) en un gran número de países. En muchas sociedades, influyentes sectores religiosos son los que con más fuerza se han opuesto a su implementación, por considerarlos abortivos. Sin embargo, un enorme cuerpo de evidencia científica y sus propios mecanismos de acción contradicen esta creencia (Bahamondes, 2009).

La definición legal del embarazo sigue a la médica; para la Organización Mundial de la Salud (OMS), el embarazo comienza cuando termina la implantación, que es el proceso que comienza cuando se adhiere el blastocito a la pared del útero (unos 5 o 6 días después de la fecundación), entonces este atraviesa el endometrio e invade el estroma. El proceso de implantación finaliza cuando el defecto en la superficie del epitelio se cierra y se completa el proceso de anidación, comenzando entonces el embarazo. Esto sucede entre los días 12-16 después de la fecundación (Glasier y col., 2014).

Al haberse establecido que la "concepción" se inicia con la "anidación o "implantación" y no en la fusión de los gametos paternos y materno, se puede determinar que los supuestos efectos antiimplantatorios del levonorgestrel (LNG), que ocurrirían antes de la anidación, no afecta al concebido. Esto se debe a que, desde el punto de vista jurídico, sólo podemos hablar de concebido cuando ha ocurrido la "concepción", la cual a su vez ocurre con la "implantación".

Con respecto a los niveles de glicodelina, una molécula inmunomoduladora del sistema inmunológico del endometrio, de interés por su actividad en la atenuación

de la reacción inmunológica de este, tanto durante la ventana de fertilidad como en la segunda fase de la receptividad uterina, se ha visto que el LNG no altera los niveles de glicodelina ni la proporción de espermias móviles o el moco cervical (Glasier, 2014). No hay evidencia de que interfiera con la implantación del óvulo una vez que ha sido fecundado, y la mayoría de los estudios muestra que no tiene efectos sobre el endometrio.

La administración de LNG como AOE antes del pico de LH parece que no afecta la histología, el fechado ni su maduración del endometrio. En un segundo estudio del mismo grupo, que evaluó solo mujeres ovuladoras, se observó un pico precoz de la concentración de glicodelina-A y su expresión en el endometrio cuando el LNG fue administrado antes del pico de LH. Ellos observaron que la expresión endometrial máxima de glicodelina-A fue significativamente menor cuando el LNG fue administrado en el momento del pico de LH, comparado con la administración del LNG antes del pico de LH. Así, los resultados de estos dos estudios no respaldan la idea de que el LNG como AOE causaría un efecto anti-implantatorio, pues no fueron observadas alteraciones histológicas en el endometrio en un corto plazo post administración de la medicación.

En cuanto a los patrones de expresión de glicodelina-A por la actividad anti fertilizante, el estudio de Durand y colaboradores mostró un efecto cuando fue administrado antes del pico de LH. Sin embargo, nuestros resultados no mostraron ningún efecto, cuando el LNG fue administrado antes de la ruptura folicular en ciclos espontáneos.

Con respecto a la acción del levonorgestrel sobre los espermatozoides, Corbelli y su grupo acaban de publicar un estudio con espermatozoides in vivo. En este estudio se muestran que la administración de 1,5 mg de LNG como AOE, después de diferentes lapsos de tiempo post coito y recuperación de espermatozoides de la cavidad uterina después de diferentes tiempos de la administración del fármaco (12, 24 ó 36 horas), no afectaba la calidad del moco cervical, ni la penetración de los espermatozoides expresado como el número de espermatozoides recuperados de la cavidad uterina, ni su capacidad fertilizante mostrada a través de la tasa de reacción acrosomal, que fue similar a la observada después de administrado placebo (Corbelli, 2014).

El mecanismo de acción del LNG como AOE ha sido establecido en varios estudios biomédicos. A continuación, señalamos los más relevantes:

- El más sofisticado de estos estudios fue aquel en que un grupo de voluntarios recibieron el LNG en la presencia de folículos ováricos en diferentes grados de maduración además de monitorear los niveles hormonales y la subsecuente ovulación a través de ecografía ginecológica. Se demostró que el LNG actúa retrasando o inhibiendo la ovulación únicamente si se administra antes del pico de LH. Una vez que LH alcanza su pico, el LNG ya no tiene efecto sobre la ovulación (Najera, 2016).
- Otros estudios de monitoreo del crecimiento folicular y niveles hormonales realizados en mujeres saludables, premenopáusicas y con probada fertilidad, como el de Gemzell y col. (2014) han mostrado que el LNG como AOE interrumpe el desarrollo del folículo dominante si es dado antes del comienzo del pico de LH. Dependiendo del

momento de administración del LNG, puede ocurrir retraso en el desarrollo del folículo, inhibir su crecimiento o mantenerse en un folículo sin ruptura. Si es administrado luego del comienzo del pico de LH es inefectivo para inhibir la ovulación. Si bien una acción reconocida en el uso de progestágenos en anticoncepción regular es incrementar la viscosidad del moco cervical, este efecto no se observa hasta aproximadamente 9 horas después de la administración postcoital del LNG, por lo que no puede considerarse una acción significativa de la AOE. Por otra parte, ningún estudio del tejido endometrial o marcadores sugestivos de receptividad endometrial fueron afectados significativamente por el uso de LNG como AOE administrada en día del ciclo LH+2 (Gemzell et al., 2014).

- Por su parte, Cameron y col. indican que el levonorgestrel (LNG) como anticonceptivo de emergencia actúa bloqueando el crecimiento de la hormona luteinizante (LH), lo cual inhibe el desarrollo folicular y retrasa su ruptura. Sin embargo, su efectividad disminuye si se administra después del inicio del pico de LH. Estudios in vitro han demostrado que el LNG, a concentraciones relevantes para la anticoncepción de emergencia, no tiene un efecto significativo en la función espermática, la fertilización, ni en la receptividad endometrial o la implantación del embrión (Cameron, 2017).

La AOE no causa aborto ni daña un embarazo establecido. De acuerdo con autoridades médicas como el Instituto Nacional de Salud y el American Congress of Obstetricians and Gynecologists, el embarazo se inicia con la implantación. El LNG como AOE actúa impidiendo el proceso de ovulación y la función luteal. LNG no impide la implantación del embrión y no tiene expresión en los marcadores de receptividad endometrial (Corbelli, 2014).

Igualmente la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012), en el caso Artadia Murillo y otros vs. Costa Rica, a raíz de una denuncia presentada por CIDH contra el Estado de Costa Rica por ser inconstitucional la anulación del decreto que autorizaba la realización de una de las técnicas de reproducción asistida, la fertilización in vitro, señala que “[e]l Tribunal entiende el término concepción desde el momento que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el Artículo 4 de la Convención Americana” (p.61).

Según el artículo de Nájera (2016), los insertos fuera de Estados Unidos reflejan el verdadero mecanismo del LNG como AOE. En cambio, en Estados Unidos hasta antes de diciembre del 2022 señalaban que además de prevenir la ovulación alteraban el endometrio para prevenir la implantación, sin embargo, mencionaron que una vez producida la implantación el LNG no tenía efecto. Esto causó que pacientes con una visión religiosa podrían no sentirse cómodos tomando la AOE. En diciembre del 2022, la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA) modificó la información en los

---

<sup>14</sup> Comunicado de la Administración de Alimentos y Medicamentos (FDA) del Gobierno de los Estados Unidos de fecha 23 de diciembre de 2022. Disponible en: <https://www.fda.gov/drugs/postmarket-drug-safety-information-patients-and-providers/plan-b-one-step-15-mg-levonorgestrel-information>

insertos al paciente, indicando que el mecanismo de acción sólo impide o retrasa la ovulación, sin afectar la fertilización o implantación<sup>14</sup>.

Se ha señalado claramente en los tratados internacionales de derechos humanos, que los Estados tienen la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, incluida la anticoncepción de buena calidad. Esto implica que “los productos, suministros y equipos para fines anticonceptivos, incluidos los anticonceptivos de urgencia, sean integrados en la cadena de suministro de medicamentos esenciales para aumentar su disponibilidad en los servicios sanitarios” (Cameron, 2017, pp.194).

## Conclusiones

La AOE representa una verdadera alternativa para muchas mujeres que se enfrentan a un embarazo no planificado o forzado tras una relación sexual no protegida, con todos los problemas que eso conlleva. Es especialmente crucial tenerla disponible en el kit de manejo de casos de violación sexual, especialmente en menores de edad. Su eficacia puede alcanzar el 85% de acuerdo con el día del ciclo en que fue administrada y al menor tiempo que transcurra entre el acto sexual y la toma de la dosis recomendada. Su uso es seguro y casi no tiene efectos colaterales.

Según la Organización Mundial de la Salud, la AOE debe estar dentro de los medicamentos esenciales y es responsabilidad de los Ministerios de Salud de los países que esto sea posible. En nuestro país organizaciones religiosas o personas naturales con puntos de vista religioso y dogmático quieren impedir que la AOE esté al alcance de la población a través del sistema público, aduciendo efectos abortivos que la evidencia científica actual no respalda, como lo muestra la literatura revisada.

## Bibliografía

Bahamondes L. (2009). Mecanismo de acción del levonogestrel como anticoncepción de emergencia con principal énfasis en su acción sobre los espermatozoides. *Revista de Endocrinología Ginecológica y Reproductiva*, 34-42.

Bearak J., Popinchalk A., Ganatra B., Mollera B., Tocalp O., Beavin C. et al. (2020). Unintended pregnancy and abortion by income, region and the legal status of abortion: estimates from a comprehensive model for 1990-2019. *Lancet Global Health*.

Cameron, S. T., Li, H., & Gemzell-Danielsson, K. (2017). Current controversies with oral emergency contraception. *BJOG: An International Journal of Obstetrics & Gynaecology*, 124(13), 1948-1956. <https://doi.org/10.1111/1471-0528.14773>

Chapa, J., Guevara, E., Gutiérrez, M., Pérez, C., & Ayala, F. (2019). Implicancias legales de la sentencia judicial en anticoncepción oral de emergencia. *Revista Peruana de Investigación Materno Perinatal*, 8(3), 56-61.

- Corbelli, J., & Schwarz, E. B. (2014). Emergency contraception: A review. *Minerva Ginecologica*, 66(6), 551-564.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo (caso fecundación in vitro) y otros. Vs. Costa Rica, Sentencia del 28 de noviembre. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_257\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf)
- Cook, R. J., & Dickens, B. M. (2009). Reproductive and sexual health rights: From reproductive choice to reproductive justice. *International Journal of Gynecology & Obstetrics*, 106(2), 106-109.
- Defensoría del Pueblo. (2003). La Anticoncepción Oral de Emergencia. Informe N° 78. Serie Informes Defensoriales. Defensoría del Pueblo. Diciembre del 2003. Recuperado de [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe\\_78.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_78.pdf)
- Duran-Carbajal, M. (2020). Anticoncepción de emergencia en la práctica clínica. *Ginecol Obstet México*. p. 121-130. Recuperado de <https://www.medigraphic.com/pdfs/ginobsmex/gom-2020/goms201m.pdf>
- Glasier A., Gemzell-Danielsson K., Bouchard P., Genazzani A.R., Al-Azzawi F., Berga S., Birkhaeuser M., Brincat M., De Melo N.R., Foidart J.M., Kenemans P., Lunenfeld B., Maruo T., Milewicz A., Naftolin F., Ng E.H., Schindler A., Simon C., Simoncini T., Simpson E., Siseles N., Smetnik V., Tarlatzis B., von Schoultz B. (2014). ISGE statement on oral emergency contraception. *Gynecological Endocrinology*, 30(10), 681-682. <https://doi.org/10.3109/09513590.2014.950649>
- Gonzales-Cáceres J. (2009). Anticoncepción de Emergencia. *Revista electrónica de Portales Médicos*. p. 1-17.
- Li, H.W., Lo, S.S. y, Ho, P.C. (2014). Emergency contraception. Best practice & research. *Clinical obstetrics & gynaecology*, 28(6), 835-844. <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/24898437/>
- Marions T., Hultenby K., Lindell I., Sun X., Stabi B. y, Gemzell K. (2002). Emergency Contraception with mifepristone and levonorgestrel, mechanism of action. *Obstet Gynecol*. 2002.100.65.
- Ministerio de Salud. (2002). Nota de Prensa 363-02: "Ministerio de Salud desmiente pronunciamiento de organizaciones de la Sociedad Civil". Oficina de Comunicaciones. Recuperado de <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/44825-ministerio-de-salud-desmiente-pronunciamiento-de-organizaciones-de-la-sociedad-civil>. Ministerio de Salud. 18 de diciembre de 2002.
- Naciones Unidas. (2015). Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Asamblea General del 25 de septiembre.

Najera, D. B. (2016). Emergency contraception: Focus on the facts. JAAPA.  
Organización Mundial de la Salud. (1999). Anticoncepción de Emergencia: Guía para la  
Prestación de Servicios. Recuperado de [https://salutsexual.sidastudi.org/es/registro/  
ff8081814a3bfd38014a3dc0d480008c](https://salutsexual.sidastudi.org/es/registro/ff8081814a3bfd38014a3dc0d480008c)

Organización Mundial de la Salud. (2005). Levonorgestrel para anticoncepción de  
emergencia. Nota descriptiva OMS N.º 244. Octubre 2005.

Ortiz, M. E., Ortiz, R. E., Fuentes, M. A., Parraguz, V. H., & Croxatto, H. B. (2004). Post-  
coital administration of levonorgestrel does not interfere with post-fertilization events  
in the New World monkey *Cebus apella*. *Human Reproduction*, 19(6), 1352–1356.

Organización Mundial de la Salud. (1998). *Lancet* 1998. Wilcox, *New England Journal of  
Medicine* 1995.

Shohel, M., Rahman, M.M., Zaman, A., Uddin, M.M., Al-Amin M.M. y H.M. Reza. (2014). A  
systematic review of effectiveness and safety of different regimens of levonorgestrel  
oral tablets for emergency contraception. *BMC Womens Health*.

Tribunal Constitucional. (16 de octubre de 2009). Expediente N.º 02005-2009-PA/TC.  
Lima. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

UNFPA. (2014). *Aborto Clandestino: Una realidad latinoamericana*. The Alan Guttmacher  
Institute 1994. *Salud Sexual y Reproductiva*.

# CAPÍTULO II

## LA AOE Y SU IMPORTANCIA EN LOS SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

**Las obligaciones de los Estados frente a  
sobrevivientes de violencia sexual en el marco  
del derecho a la salud: el acceso a la AOE**

**Lucía A. Hernández García <sup>15</sup>**

---

<sup>15</sup> Asesora legal del Centro de Derechos Reproductivos para Latinoamérica y el Caribe (CDR).

## Resumen

Este artículo desarrolla las obligaciones internacionales que tienen los Estados frente a las sobrevivientes de violencia sexual. De manera particular, desde el derecho internacional de los derechos humanos, explica las razones por las que el acceso a la anticoncepción oral de emergencia hace parte de la asistencia médica integral que los Estados deben brindar a las sobrevivientes para proteger su integridad tras una agresión sexual. Además, propone mecanismos que deben garantizar los estados a nivel interno para quienes se les ha negado el acceso a la AOE de manera arbitraria.

Así, el propósito de este trabajo es contribuir con argumentos jurídicos para facilitar el acceso a servicios de salud reproductiva esenciales para las mujeres y, especialmente, para las sobrevivientes de violencia sexual. Todo esto con el objetivo de favorecer los esfuerzos que se han venido haciendo en Latinoamérica y el Caribe en procura de avanzar hacia sociedades más igualitarias.

## Introducción

La prohibición de la discriminación y de la violencia basada en género contra las mujeres, niñas y adolescentes se encuentra expresamente contenida en tratados internacionales<sup>16</sup>. La necesidad de incluir explícitamente este tipo de normas internacionales es un reconocimiento de la exclusión histórica que ellas han sufrido debido a la existencia de relaciones de poder desiguales entre hombres y mujeres (CIDH, 2019). Dichas relaciones de poder inequitativas se han perpetuado mediante actitudes y prácticas discriminatorias que tienen lugar tanto en la esfera pública como en la privada. Dicho de otro modo, la superioridad masculina no es ejercida exclusivamente por los individuos en sus interacciones privadas, sino que esta suele ser reforzada por instituciones públicas mediante normas, procedimientos o prácticas que favorecen la discriminación. Las deficiencias en el acceso a servicios de salud reproductiva para mujeres son un ejemplo de la forma en la que el Estado, a través de ciertas regulaciones -en apariencia neutrales- perpetúa la discriminación y propicia la violencia de género contra las mujeres.

En Latinoamérica y el Caribe, existen Estados que, además de impedir el acceso a servicios de salud reproductiva mediante legislaciones restrictivas, especialmente al aborto y a la AOE, tampoco cumplen con su obligación de garantizar a las mujeres

---

<sup>16</sup> Al respecto, ver: Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belem Do Pará”; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

una vida libre de violencia<sup>17</sup>. Esto se traduce en un doble incumplimiento de sus obligaciones internacionales: por un lado, no garantizan una vida libre de violencia contra las mujeres y, por otro lado, tampoco ofrecen a las sobrevivientes de este tipo de violencia los servicios necesarios para mitigar los daños ocasionados por las agresiones. Además de esto, se producen violaciones a derechos humanos derivadas de su incapacidad o falta de voluntad para sancionar a los agresores.

En ese sentido, es claro que la discriminación contra la mujer por motivos de género y la violencia que desencadena resulta estructural en la medida en que “es el resultado de una situación de exclusión social o de ‘sometimiento’ de [unos grupos sociales] por otros, en forma sistemática y debido a complejas prácticas sociales, prejuicios y sistemas de creencias” (Alegre & Gargarella, 2007). Por ello, su superación requiere de esfuerzos igualmente estructurales que estén orientados tanto a la reforma legal, como al cambio de prácticas y procedimientos que favorezcan la transformación cultural; de modo que la superación de la discriminación, y con ella de la violencia, sea una realidad tangible para las mujeres, niñas y adolescentes.

Con el propósito de avanzar hacia un mundo en el que todas las mujeres sean libres para decidir si tienen o no hijos, en el que cuenten con acceso de calidad a servicios de salud reproductiva y en el que puedan tomar decisiones sobre sus vidas libres de toda coerción o discriminación en su contra, el Centro de Derechos Reproductivos (en adelante, el CDR) ha trabajado en las cinco regiones del mundo donde opera para afirmar que los derechos reproductivos son derechos humanos fundamentales que los Estados deben respetar y garantizar<sup>18</sup>. Así, en Latinoamérica y el Caribe, el CDR – junto con organizaciones aliadas – ha concentrado sus esfuerzos tanto en el litigio como en la incidencia para: **i)** generar entornos jurídicos garantistas para los derechos reproductivos de las mujeres; **ii)** fortalecer y desarrollar los marcos jurídicos que ya cuentan con ciertas garantías al respecto y; **iii)** en hacer cumplir las normas existentes en esta materia.

Para concretar estos esfuerzos, el CDR ha llevado casos representativos ante instancias internacionales y ha presentado Amicus Curiae ante tribunales nacionales con el propósito de: **i)** desarrollar nuevos y mejores estándares internacionales, mediante el litigio internacional; y de **ii)** incorporar estándares internacionales en la resolución de casos a nivel nacional, mediante el control de convencionalidad, respectivamente. Toda esta estrategia se ha adelantado siempre gracias a las alianzas estratégicas con organizaciones locales, sin ellas el trabajo del CDR no sería posible.

---

<sup>17</sup> De acuerdo con el Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe (OIG) (Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe, 2022), de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en los 26 países que reportaron datos para el año 2022 se observa que la tasa más alta de feminicidios, femicidios o muertes violentas de mujeres por razón de género se registraron en Honduras (6,0), República Dominicana (2,9), El Salvador y el Uruguay (1,6 en ambos países). Los tres primeros Estados penalizan totalmente el aborto.

<sup>18</sup> Para más información: <https://reproductiverights.org/about-us/>

Con la intención de difundir el conocimiento que hemos generado colectivamente, en este artículo presentamos los argumentos que desarrollamos desde el CDR junto con el Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex) y Paz y Esperanza en el caso de *María*<sup>19</sup>, una mujer peruana sobreviviente de violencia sexual, a quien se le violó, entre otros, su derecho a contar con asistencia médica integral con posterioridad a su ataque pues no se le dio información oportuna sobre la AOE y tampoco se le garantizó el acceso a la misma. El litigio que adelantamos persigue justicia para ella y su familia; a su vez espera que las medidas dispuestas en la resolución del caso cooperen para que situaciones como las que sufrió María no la vuelva a sufrir nadie más. Además, en este artículo exponemos otras acciones que impulsamos a nivel nacional en el Perú con el propósito de generar garantías legales para el acceso a servicios reproductivos, específicamente para el acceso a la AOE.

El presente escrito condensa las obligaciones internacionales de los Estados frente a las sobrevivientes de violencia sexual, las cuales están amparadas en la obligación general de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos sociales, especialmente, y para los efectos de este documento, del derecho a la salud. En ese orden de ideas, este artículo se divide en 4 secciones. En la primera, se exponen los hechos principales del caso de *María* para ilustrar las graves consecuencias de la denegación de servicios de salud reproductiva para sobrevivientes de violencia sexual. Seguidamente, se abordan los estándares internacionales que desarrollan las obligaciones de los Estados en materia de salud sexual y reproductiva, enfocándose en la obligación de ofrecer a las sobrevivientes los medios necesarios para su rehabilitación; principalmente, atención integral en salud, que incluye el acceso a la AOE. Posteriormente, la tercera sección presenta la obligación de los Estados de disponer en sus ordenamientos jurídicos recursos idóneos para poder acceder de manera expedita a la AOE en caso de que esta fuera denegada. Por último, se presentan las conclusiones principales y recomendaciones derivadas del análisis expuesto.

## 1. El caso de María

Para una mejor comprensión del caso de María, es preciso hacer referencia al contexto social y jurídico en el que tuvo lugar, toda vez que este tipo de violaciones a derechos humanos hacen parte de un andamiaje más amplio de exclusión. En otras palabras, los hechos de los que fue víctima María obedecen a la discriminación estructural por razones de género contra las mujeres. Por lo tanto, a continuación, se exponen: *i*) la situación de violencia basada en género contra las mujeres en Perú y la impunidad de dichos hechos; *ii*) las limitaciones de acceso a la AOE en el Perú, profundizadas por la sentencia de octubre de 2009 del Tribunal Constitucional; y *iii*) la violencia sexual que sufrió María.

---

<sup>19</sup> Para proteger los datos de nuestra representada para los efectos de este escrito nos referiremos a ella por el pseudónimo de María.

## 1.1 La situación de violencia basada en género contra las mujeres y la impunidad de dichos hechos

Los hechos del caso de María se dieron en un contexto de graves problemas de violencia en contra de la mujer en Perú. Para el año 2013, la Defensoría del Pueblo de ese país alertó que la incidencia de la violencia contra las mujeres se mantenía e inclusive tendía a agravarse en algunas de sus manifestaciones. Según la Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) del 2015, cerca del 8% de las mujeres en el Perú sufrió alguna vez en su vida una agresión sexual mientras que la Policía Nacional del Perú, durante el año 2015, recibió 5,702 denuncias de violación sexual, correspondiendo el 93% a mujeres, de las cuales el 29% afecta a mujeres adultas y el 71% a menores de edad. Específicamente en Huánuco, el lugar donde ocurrieron los hechos del caso de María, las denuncias de violencia sexual se duplicaron entre el 2010 y 2014 (Zeballos, Mujica, & Vizcarra, 2016).

Durante este periodo, diversos organismos nacionales e internacionales advirtieron sobre la existencia de graves problemas institucionales y normativos en los procedimientos establecidos. Algunas de estas fallas identificadas incluyen: i) la falta de una articulación interinstitucional; ii) las investigaciones no se realizan desde una perspectiva de género; iii) la falta de capacitación del personal que atiende a las víctimas por primera vez, desde la policía nacional hasta los que prestan atención en los establecimientos de salud, así como el personal del sistema de justicia; iv) la revictimización de las personas que denuncian estos hechos<sup>20</sup>.

Como parte de un estudio en diversas entidades públicas sobre el acceso a servicios de salud de víctimas de violencia sexual, la Defensoría del Pueblo (2012), entre sus principales hallazgos, encontró (a) la falta de espacios adecuados para la atención de víctimas de violencia contra las mujeres, (b) la falta de información por parte del servicio de salud mental sobre los casos de violencia sexual que identificaron o atendieron (Defensoría del Pueblo, 2012), (c) la omisión por parte de los establecimientos de salud para la entrega o información sobre la entrega de medicamentos para víctimas de violencia sexual, tales como la AOE, medicamentos para evitar la hepatitis B, VIH e infecciones de transmisión sexual (ITS) y (d) que, de los hospitales supervisados por la Defensoría, solo uno reportó que recaba muestras y evidencias que acreditan la violencia sexual. Aunado a esto, la Defensoría denunció la falta de capacitación al personal sobre atención de violencia contra las mujeres.

---

<sup>20</sup> Al respecto, se puede consultar: Acceso a la justicia para niños, niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual en el Perú. Informe presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en su 150.º periodo de sesiones, el lunes 24 de marzo del 2014, por Iprodes, Save the Children International y diecisiete organizaciones de la sociedad civil. Disponible en: <http://kausajusta.blogspot.com/2015/12/acceso-la-justicia-para-ninos-ninas-y.html>; Informe del 2019 presentado ante la CIDH: Niñez, Justicia y delitos sexuales en el Perú de IPRODES y UNICEF en Perú: <https://kausajusta.blogspot.com/2020/03/iprodes-ninez-justicia-y-delitos.html>

En el año 2014, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) observó que “la discriminación contra la mujer y los estereotipos de género en el Estado peruano están profundamente arraigados en las actitudes tradicionales, las prácticas institucionales y la sociedad en su conjunto, lo que priva a las mujeres del goce de sus derechos en igualdad de condiciones y contribuye a la existencia de altos niveles de violencia contra la mujer”. Asimismo, recomendó al Estado peruano adoptar “con urgencia una ley integral de prevención de la violencia contra la mujer para prevenir tales actos, proteger a las víctimas y enjuiciar a sus autores, que prevea la reparación, la imposición de sanciones, el acceso a la justicia y mecanismos integrales de protección y prestación de servicios a las víctimas aplicando un criterio intercultural” (CEDAW, 2014).

Aunado a las deficiencias en la atención a víctimas de violencia sexual, también existía un contexto de impunidad y falta de una debida investigación de los hechos en este tipo de delitos. En el 2011, sólo tres años antes de los hechos del caso de María, la Defensoría del Pueblo emitió un informe, sobre la violencia sexual en el Perú, donde señaló que, de los 48 expedientes estudiados, solo el 50% resultó en una sentencia condenatoria, mientras que el otro 50% no obtuvo condena (Defensoría del Pueblo de Perú, 2011).

Además, la Defensoría (2011) encontró que del total de penas privativas de la libertad solo el 41,6% fueron efectivas, mientras que en un 58.3% de los casos, las condenas se suspendieron y los montos por concepto de reparación civil fueron fijados de manera arbitraria sin medir el daño causado en la agraviada por el delito. Algunas de estas deficiencias estructurales en la atención de víctimas de violencia sexual fueron reconocidas por la Corte IDH en el año 2014 en el caso Espinoza Gonzáles. Esta situación también fue conocida por los Comisionados de la CIDH, en audiencia pública realizada en el año 2014<sup>21</sup>.

## 1.2 Las limitaciones de acceso a la AOE en el Perú profundizadas por la sentencia de octubre de 2009 del Tribunal Constitucional

En el Perú, la AOE fue incorporada como método anticonceptivo en el año 2001 por el Ministerio de Salud mediante Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM. Dicha resolución estableció que la AOE podía utilizarse sólo en situaciones de emergencia para prevenir un embarazo después de una relación sexual sin protección<sup>22</sup> o si una mujer ha sido forzada a tener relaciones sexuales.

---

<sup>21</sup> CIDH. Audiencia “Perú, acceso a la justicia”. Informe presentado ante la CIDH, durante su 150º período de sesiones celebrado en la ciudad de Washington, Estado Unidos el 24 de marzo de 2014. Disponible en: [https://www.youtube.com/watch?v=oWsHdghgMt8&feature=emb\\_title](https://www.youtube.com/watch?v=oWsHdghgMt8&feature=emb_title)

<sup>22</sup> Los supuestos en los que podía usarse la AOE eran porque se haya tenido coito sin protección anticonceptiva, haya habido rotura del condón, el DIU se haya salido de lugar, la mujer haya olvidado tomarse sus anticonceptivos orales durante 3 días o más, se haya retrasado más de 2 semanas en recibir su anticonceptivo inyectable o por falla de *coitus interruptus*.

En diciembre de 2003, la Defensoría del Pueblo (2003) emitió un informe sobre la AOE en el cual constató que, a pesar de haber sido incluida en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar, su distribución gratuita como parte del referido programa no se había hecho efectiva a la fecha. La Defensoría reportó que en el mes de mayo de 2002 recibió una queja del Comité Consultivo en Anticoncepción de Emergencia, por cuanto el Ministerio de Salud no había cumplido con implementar la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, de 13 de julio de 2001. En respuesta a dicha queja, la Defensoría solicitó información al Ministerio de Salud quien “hizo pública su posición, negándose a cumplir con la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, argumentando que la AOE no sería incorporada a los métodos de planificación familiar que distribuye el Ministerio de Salud, en tanto no se encontraran claros los mecanismos de acción y los efectos secundarios y peligros que este método representaba a la vida humana” (Defensoría del Pueblo de Perú, 2003).

El 9 de diciembre de 2003, la Comisión de Alto Nivel<sup>23</sup> emitió su informe científico sobre la AOE, en el cual concluyó que el mismo actúa antes de la fecundación y por lo tanto no tiene efectos abortivos. Además, el informe aseguró que la AOE tenía pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad solo para las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas, pero no en los servicios del Ministerio de Salud, causaba una severa inequidad. La Comisión afirmó que la AOE debía formar parte de los métodos de planificación familiar, ser implementada por el Ministerio de Salud y estar a disposición de las usuarias de menores recursos en los establecimientos y programas públicos de salud en forma libre, voluntaria e informada (Comisión de Alto Nivel encargada de analizar y emitir informe sobre la Anticoncepción Oral de Emergencia – AOE, 2003).

Posteriormente, el 16 de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional Peruano (TC) –órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad– prohibió la distribución gratuita de la AOE por el Ministerio de Salud, suspendiendo su distribución en los establecimientos públicos de salud. De acuerdo con la decisión del tribunal, existían dudas razonables respecto a la forma en que la AOE afecta al endometrio y, por ende, el proceso de implantación, por lo que se debía declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2009).

Dado que la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID) autorizó la venta de la AOE en farmacias, la decisión del Tribunal Constitucional restringió su

---

<sup>23</sup> El 11 de septiembre de 2003, el presidente de la República y el Ministro de Salud ordenaron la creación de una Comisión de Alto Nivel encargada de analizar y emitir un informe científico, médico y jurídico sobre este anticonceptivo. Ver Resolución Suprema N.º 007-2003-SA, Comisión de Alto Nivel encargada de analizar y emitir informe sobre la Anticoncepción Oral de Emergencia – AOE. Informe científico, médico y jurídico, del 09 de diciembre de 2003. Disponible en: [https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/282077/253843\\_RS007-2003.pdf20190110-18386-1gz0hq0.pdf](https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/282077/253843_RS007-2003.pdf20190110-18386-1gz0hq0.pdf)

acceso únicamente a mujeres sin recursos económicos para adquirirlas, quienes suelen recurrir a los establecimientos de salud del Estado para obtener gratuitamente métodos anticonceptivos.

El Tribunal Constitucional (TC) determinó también que su decisión no podría pretender ser inmutable, ya 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”<sup>24</sup>. De este modo, para el momento en el que María fue violentada, la prohibición de la distribución de la AOE en el sistema público de salud seguía vigente.

Ahora bien, después de 14 años, el 30 de marzo de 2023, el TC publicó la sentencia que ordenó la distribución gratuita de la AOE a nivel nacional. Tal como lo sostuvieron Ruiz y León (2023):

La sentencia, recaída en el Expediente 00238-2021-PA/TC, declaró fundada por mayoría la demanda de amparo que interpuso la señora Violeta Gómez Hinostriza contra el Ministerio de Salud, mediante la cual solicitaba que dicha entidad informe y distribuya gratuitamente el AOE, para así evitar que las mujeres, especialmente aquellas con escasos recursos económicos, se exponen a embarazos no deseados (p. 21).

Es preciso señalar que Promsex estuvo a cargo de la defensa y representación de la ciudadana Violeta Gómez Hinostriza y que el CDR presentó un *amicus curiae* ante el Tribunal en el que ofreció información sobre los estándares internacionales en relación con el derecho a la vida y a la distribución de la AOE, con el fin de garantizar la constitucionalidad y convencionalidad de la decisión<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> En el año 2010, mediante Resolución Ministerial, el Ministerio de Salud en acuerdo a lo señalado por la OMS, declaró que “existe certeza que el uso de levonorgestrel como AOE no es abortivo, y no produce efectos secundarios mortales o dañinos, teniendo propiedades benéficas para la salud. La resolución dispone también que la Dirección General de Salud de las Personas en coordinación con la DIGEMID efectúen lo conveniente para aplicar la N.T. N.º 032-MINSA/DGSP-V.01 Norma Técnica de Planificación Familiar, aprobada por Resolución Ministerial N.º 536-2005/MINSA, acerca del uso de levonorgestrel en la AOE en concordancia con el Fundamento 62 de la sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 2005-2009-PA/TC.

<sup>25</sup> El *amicus curiae* que presentó el Centro de Derechos Reproductivos puede ser consultado en el siguiente enlace: [https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2021/07/Amicus-Brief\\_Process-of-amparo-of-Violeta-Cristina-Gomez-Hinostriza.pdf](https://reproductiverights.org/wp-content/uploads/2021/07/Amicus-Brief_Process-of-amparo-of-Violeta-Cristina-Gomez-Hinostriza.pdf)

### 1.3 La violencia sexual que sufrió María y la falta de acceso a servicios de salud integrales

El 25 de febrero del año 2014, María, de 18 años, se dirigía a casa de su prima en la ciudad de Huánuco, cuando varios individuos la abordaron por detrás y le cubrieron la boca con un pañuelo impregnado con una sustancia que hizo que se desvaneciera y perdiera el conocimiento. María, bajo los efectos de la sedación, fue conducida hasta un lugar donde fue abusada sexualmente. Al recobrar progresivamente la conciencia, María vio sobre ella a uno de sus compañeros de escuela, el adolescente de 17 años de iniciales W.A.R., quien la amenazó diciéndole que, si denunciaba los hechos, asesinaría a sus padres y a su sobrino. Debido a las amenazas, María no interpuso denuncia ante las autoridades en esa ocasión.

Aproximadamente un mes más tarde, María fue nuevamente víctima de asalto y violación sexual en la ciudad de Huánuco. Conforme a la declaración de indagatoria de María, el domingo 23 de marzo de 2014 alrededor de las 1:20pm, María se dirigía a su casa desde su escuela, cuando fue abordada por cuatro personas, una de las cuales la sostuvo por la espalda y tapó su boca con un pañuelo impregnado con alguna sustancia, que hizo que María perdiese el conocimiento. Al despertar, María se encontraba en el mismo lugar donde fue violentada anteriormente y allí observó a sus cuatro agresores, entre los cuales logró identificar al adolescente W.A.R. quien era el único que no tenía el rostro cubierto. Los agresores estaban ingiriendo licor y al percatarse de que María había comenzado a recobrar el conocimiento, le obligaron a tomar, a la fuerza, un líquido aceitoso que ocasionó que volviese a perder el conocimiento y procedieron a violentarla sexualmente.

María fue abandonada en la vía pública, donde despertó mareada y con lesiones en el pecho y las piernas, y sentía un fuerte dolor pélvico. Posteriormente, fue encontrada por sus padres y su hermana, quienes la trasladaron al hospital público de Huánuco. Tras dos horas de espera, después de haber llegado al hospital, María fue ingresada y al comentar que había sufrido la agresión sexual le exigieron a la familia que primero presentaran la denuncia penal para poder atenderla, a pesar de no ser un requisito exigido por la ley<sup>26</sup>. Debido a los obstáculos que le impusieron, María fue atendida 7 horas después de haber llegado al hospital.

La atención que María recibió en el hospital no fue adecuada. Por un lado, durante el primer día de los tres que estuvo hospitalizada, María se vio forzada a narrar los hechos del asalto, secuestro y violación por lo menos seis (6) veces ante diferentes miembros del servicio de salud. Por otro lado, María no pudo recibir el tratamiento psicosocial necesario; por ello, sus problemas para dormir y falta de apetito, indicadores de afectación emocional y depresión compatible a la experiencia traumática de tipo

---

<sup>26</sup> La denuncia no constituye requisito para ser atendido en ningún centro de salud según las normas internas.

sexual. Esta situación ha tenido un efecto negativo en su proyecto de vida, su capacidad para superar el trauma y su bienestar emocional.

Por si ello fuera poco, María también enfrentó la falta de información oportuna, completa y comprensible sobre el tratamiento médico que estaba recibiendo. Esto se vio reflejado, cuando la obstetra que la estaba atendiendo le recetó en una orden médica ilegible Postinor 2, cuyo componente es el levonorgestrel, como método de anticoncepción de emergencia, no le explicó la forma de administración, su propósito, contraindicaciones y posibles efectos secundarios. Esta falta de información impidió que María comprenda las razones de la prescripción, la utilidad, la urgencia, su función, la manera adecuada de uso o las posibles alternativas del medicamento, y la dejó sin posibilidad de realizar preguntas relacionadas al tratamiento o sobre su salud.

Adicionalmente, debido a la decisión del TC de 2009, cuando la madre de María se dirigió a la farmacia del hospital en busca del medicamento, le indicaron que no tenían disponibilidad de la AOE, ya que se trataba de un hospital público, por lo cual tendría que comprarla en un establecimiento privado. A pesar de su precaria condición económica, la madre de María reunió el dinero para comprar el medicamento. Sin embargo, no se lo suministró conforme a las indicaciones del medicamento por falta de información al respecto.

## **2. La obligación internacional del Estado de garantizar a las sobrevivientes de violencia sexual los medios necesarios para su rehabilitación y la mitigación de los daños**

Obstaculizar el acceso a servicios de salud reproductiva a sobrevivientes de violencia sexual, como la AOE, constituye el incumplimiento de obligaciones internacionales del Estado. Para desarrollar esta premisa a lo largo de esta sección, en primer lugar, presentamos el alcance de la protección del derecho a la salud para sobrevivientes de violencia sexual siguiendo estándares internacionales. En segundo lugar, sostenemos que el derecho al progreso científico puede ser objeto de esa protección y, por último, concluimos que la obstaculización en el acceso a servicios de salud integrales para las sobrevivientes, incluyendo el acceso a la AOE, supone la inobservancia de estas obligaciones internacionales.

### **2.1 La obligación internacional de los Estados en materia de salud para sobrevivientes de violencia sexual**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018) ha reconocido como derecho humano fundamental el derecho a la salud y ha indicado que este derecho supone garantizar el disfrute del nivel de salud más alto posible. Ello significa que los Estados deben propiciar las condiciones adecuadas para que las personas puedan vivir con dignidad, no solo libres de enfermedades sino en un estado integral de bienestar físico, mental y social. Bajo este entendido, es claro que la salud sexual y reproductiva hace

parte de la salud integral de las personas. Al respecto, la Corte (2016) ha señalado que “[l]a salud sexual y reproductiva constituye ciertamente una expresión de la salud que tiene particulares implicancias para las mujeres debido a su capacidad biológica de embarazo y parto”. Además, en sus estándares sobre derecho a la salud, la Corte (2018) ha establecido criterios como la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad del servicio, los cuales son igualmente aplicables para la salud sexual y reproductiva.

De este modo, el derecho a la salud sexual y reproductiva se encuentra protegido por la Convención Americana a través del su artículo 26, y su reconocimiento implica que los Estados deben adoptar medidas tendientes a respetar y garantizar el acceso a la información sobre estos servicios; medicamentos adecuados; gratuidad del servicio de salud en lo posible y garantías de no discriminación al momento de recurrir a los establecimientos de salud, en los términos que requiere el principio de progresividad. Solo contando con estos elementos puede considerarse que un servicio de salud sexual y reproductiva se ha brindado de manera completa y conforme a los estándares mínimos que garanticen un trato digno a las personas.

Adicionalmente, ante sobrevivientes de violencia sexual, los Estados están en la obligación de implementar protocolos para la atención integral con la finalidad de resguardar su integridad y facilitar su atención médica y psicológica (Caso López Soto y otros vs. Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., 2018b). Los protocolos específicos para la atención de víctimas de violencia sexual son mecanismos o herramientas útiles para buscar el respeto y garantía de los derechos de estas víctimas, con miras a que este paso por las entidades estatales de justicia y salud no agrave la situación ya delicada por la que atraviesan, ni genere mayores daños a las mujeres que han sido gravemente afectadas por la violencia sexual (Caso Rosendo Cantú y otras vs. México, 2010).

Con respecto a la atención integral que debe proporcionarse a las víctimas de violencia sexual, la Corte IDH (2014) ha afirmado que “es necesario que: [...] se brinde atención médica, sanitaria y psicológica a la víctima, tanto de emergencia como de forma continuada si así se requiere, mediante un protocolo de atención cuyo objetivo sea reducir las consecuencias de la violación” (p. 87).

De acuerdo con un análisis comparado de distintos protocolos de atención a víctimas de violencia sexual en los países de la región<sup>27</sup> se puede concluir que actualmente

---

<sup>27</sup> Al respecto, ver: Colombia, Ministerio de Salud, (n.d.). Guía de Atención de la Mujer Maltratada. Disponible en: <https://www.policia.gov.co/sites/default/files/43-MALTRATOMUJER.pdf> ; República Dominicana, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Guía y Protocolo para la Atención Integral en Salud de la Violencia Intrafamiliar y Contra la Mujer. Disponible en: [https://observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/buenas\\_practicas/guia\\_atencion\\_integral.pdf](https://observatoriojusticiaygenero.gob.do/documentos/PDF/buenas_practicas/guia_atencion_integral.pdf); Ecuador, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Normas y protocolos de atención integral de la violencia de género, intrafamiliar y sexual por ciclos de vida. Disponible en: [https://www.mites.gob.es/mundo/consejerias/ecuador/ficheros/NormasAtencionIntegral\\_EC.pdf](https://www.mites.gob.es/mundo/consejerias/ecuador/ficheros/NormasAtencionIntegral_EC.pdf); Chile, Ministerio de Salud, (2016). Norma General Técnica para la Atención de Violencia

existe cierto consenso sobre los elementos que debe contemplar la atención integral que el Estado está en la obligación de proveer a las víctimas de este tipo de violencia. Así, la atención debe comprender ciertas dimensiones que son esenciales para respetar y garantizar la integridad de la víctima en el marco de los servicios de salud desde el momento de su recepción por parte del personal médico hasta la culminación del proceso de seguimiento de su caso.

Así, la mayoría de los protocolos de la región hacen referencia a los siguientes puntos: i) considerar la atención médica a las sobrevivientes como una urgencia médica que requiere acceso inmediato al personal de salud, salvaguardando su derechos al consentimiento informado del tratamiento; ii) la necesidad de ofrecer primeros auxilios psicológicos, así como información a las sobrevivientes sobre el proceso a seguir; iii) adelantar una evaluación médica integral con base en la cual se disponga del respectivo tratamiento médico en procura de estabilizar y rehabilitar a las sobrevivientes.

Como parte de la evaluación los protocolos han señalado que deben incluirse exámenes de laboratorio y realizarse los regímenes de prevención y profilaxis post exposición para ITS (Gonorrea, Clamidia, Tricomoniosis y Vaginosis bacteriana, Sífilis, Hepatitis B, Herpes tipo II); regímenes de prevención y profilaxis postexposición para VIH y

---

Sexual. Disponible en: [https://diprece.minsal.cl/wrdprss\\_minsal/wp-content/uploads/2016/10/NT\\_VICTIMAS-VIOLENCIA-SEXUAL\\_web.pdf](https://diprece.minsal.cl/wrdprss_minsal/wp-content/uploads/2016/10/NT_VICTIMAS-VIOLENCIA-SEXUAL_web.pdf); Argentina, Presidencia de la Nación, Ministerio de Salud, Tenemos Patria y Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, (2015). Protocolo para la atención integral de víctimas de violaciones sexuales. Disponible en: <https://centrodesalud.com.ar/descargas/1-Mrio%20salud%20NACION-%20Prot%20atencion%20integral%20de%20victimas%20de%20violaciones%20sexuales.pdf>; Uruguay, Ministerio de Salud, (2018). Atención de salud para las mujeres que han sufrido violencia de pareja o violencia sexual. Diponible en Uruguay: <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/sites/ministerio-salud-publica/files/documentos/publicaciones/Manual%20Clinico%20SNIS%20MSP%202018.pdf>; Bolivia, Ministerio de Desarrollo Sostenible y Ministerio de Salud y Deportes, (2005). Atención integral a las mujeres adolescentes y adultas víctimas de violencia sexual. Normas, protocolos y procedimientos. Disponible en Bolivia: [https://www.minsalud.gob.bo/images/Documentacion/dgss/Area\\_Continuo/dgss\\_acon\\_n\\_p34\\_mod\\_aten\\_Integral\\_a\\_victimas\\_violencia\\_sexual.pdf](https://www.minsalud.gob.bo/images/Documentacion/dgss/Area_Continuo/dgss_acon_n_p34_mod_aten_Integral_a_victimas_violencia_sexual.pdf); Guatemala, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, (2016). Protocolo de atención a víctimas/sobrevivientes de violencia sexual. Disponible en Guatemala: <https://programavihguatemala.com/download/protocolo-de-atencion-a-victimas-sobrevivientes-de-violencia-sexual/>; Costa Rica, Defensoría de los Habitantes, Poder Judicial, Ministerio de Seguridad Pública, Cruz Roja, 911, PANI, INAMU y CCSS, (n.d.). Protocolo Interinstitucional de Atención Integral a Víctimas de Violación Sexual en Edad Joven y Adulta (Primeras 72 horas de ocurrido el evento). Disponible en: <https://observatoriodegenero.poder-judicial.go.cr/images/Leyes/Obsgenero-Protocolo-Revictimizacin-MP-Atencin-72-horas.pdf>; México, Secretaría de Salud, (2009). Modelo Integrado para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y Sexual. Modelo Operativo. Disponible en: <http://cedoc.inmujeres.gob.mx/igamvlv/13.pdf>;

valoración de riesgo de transmisión para otras ITS con exámenes de laboratorio<sup>28</sup>. Aunado a eso, debe entregarse la AOE para prevención de embarazo, máximo hasta las 72 horas<sup>29</sup> después de la agresión dependiendo del medicamento que se utilice y que se le dé tratamiento a las lesiones que presente la víctima y se le preste atención psicológica<sup>30</sup>.

Durante la atención a la víctima también es esencial brindarle información detallada sobre los hallazgos, su significado y el tratamiento a seguir. Además, se debe instruir sobre el cuidado de sus lesiones y sobre los síntomas de infección y explicar los

---

<sup>28</sup> Al respecto, ver: República Dominicana, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Guía y Protocolo para la Atención Integral en Salud de la Violencia Intrafamiliar y Contra la Mujer; Ecuador, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Normas y protocolos de atención integral de la violencia de género, intrafamiliar y sexual por ciclos de vida; Chile, Ministerio de Salud, (2016). Norma General Técnica para la Atención de Violencia Sexual; Argentina, Presidencia de la Nación, Ministerio de Salud, Tenemos Patria y Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, (2015). Protocolo para la atención integral de víctimas de violaciones sexuales; Uruguay, Ministerio de Salud, (2018). Atención de salud para las mujeres que han sufrido violencia de pareja o violencia sexual; Bolivia, Ministerio de Desarrollo Sostenible y Ministerio de Salud y Deportes, (2005). Atención integral a las mujeres adolescentes y adultas víctimas de violencia sexual. Normas, protocolos y procedimientos; Guatemala, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, (2016). Protocolo de atención a víctimas/sobrevivientes de violencia sexual; Costa Rica, Defensoría de los Habitantes, Poder Judicial, Ministerio de Seguridad Pública, Cruz Roja, 911, PANI, INAMU y CCSS, (n.d.). Protocolo Interinstitucional de Atención Integral a Víctimas de Violación Sexual en Edad Joven y Adulta (Primeras 72 horas de ocurrido el evento); México, Secretaría de Salud, (2009). Modelo Integrado para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y Sexual. Modelo Operativo; Programa Mundial Conjunto sobre Servicios Esenciales para las Mujeres y las Niñas Víctimas de Violencia, Naciones Unidas, (n.d.). Paquete de servicios esenciales para mujeres y niñas que sufren violencia. Módulo 2: Servicios esenciales en el ámbito de la salud; FLASOG, (2011). Propuesta de estándares regionales para la elaboración de protocolos de atención integral y temprana a víctimas de violencia sexual; Organización Mundial de la Salud, Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, Ginebra, 2003, inter alia, pág. 63.

<sup>29</sup> Algunos protocolos de atención en la región hablan de 120 horas. Sin embargo, en específico la AOE que le fue recetada a María (Postinor 2) establece en el prospecto que tiene que ser tomada en las 72 horas siguientes a la relación sexual. Es por esto que agregamos “dependiendo del medicamento que se utilice”.

<sup>30</sup> Al respecto, ver: República Dominicana, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Guía y Protocolo para la Atención Integral en Salud de la Violencia Intrafamiliar y Contra la Mujer; Ecuador, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Normas y protocolos de atención integral de la violencia de género, intrafamiliar y sexual por ciclos de vida; México, Secretaría de Salud, (2009). Modelo Integrado para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y Sexual. Modelo Operativo; Programa Mundial Conjunto sobre Servicios Esenciales para las Mujeres y las Niñas Víctimas de Violencia, Naciones Unidas, (n.d.). Paquete de servicios esenciales para mujeres y niñas que sufren violencia. Módulo 2: Servicios esenciales en el ámbito de la salud; FLASOG, (2011). Propuesta de estándares regionales para la elaboración de protocolos de atención integral y temprana a víctimas de violencia sexual; Organización Mundial de la Salud, Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, Ginebra, 2003, inter alia, pág. 63.

síntomas de ITS<sup>31</sup>. También, debe proporcionarse información sobre la violación como delito y animarla a denunciar los hechos y brindar información sobre la forma en la cual puede realizar la denuncia<sup>32</sup>. En algunos casos se establece la obligación a los prestadores de salud de denunciar los hechos ante el Ministerio Público<sup>33</sup>. En ningún caso, se establece la obligación de la víctima de denunciar para ser atendida por parte del personal de salud, como le ocurrió a María a quien se le condicionó el acceso a servicios de salud a que ésta presentará constancia de haber denunciado los hechos. Aunado a ello, debe informársele sobre los servicios de apoyo y terapia psicológica, así como los posibles signos de trauma por la violación<sup>34</sup>, así como sobre sus opciones en

---

<sup>31</sup> Al respecto, ver: República Dominicana, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Guía y Protocolo para la Atención Integral en Salud de la Violencia Intrafamiliar y Contra la Mujer; Ecuador, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Normas y protocolos de atención integral de la violencia de género, intrafamiliar y sexual por ciclos de vida; Guatemala, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, (2016). Protocolo de atención a víctimas/sobrevivientes de violencia sexual; Programa Mundial Conjunto sobre Servicios Esenciales para las Mujeres y las Niñas Víctimas de Violencia, Naciones Unidas, (n.d.). Paquete de servicios esenciales para mujeres y niñas que sufren violencia. Módulo 2: Servicios esenciales en el ámbito de la salud; Organización Mundial de la Salud, Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, Ginebra, 2003, inter alia, pág. 63.

<sup>32</sup> Al respecto, ver: Colombia, Ministerio de Salud, (n.d.). Guía de Atención de la Mujer Maltratada; República Dominicana, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Guía y Protocolo para la Atención Integral en Salud de la Violencia Intrafamiliar y Contra la Mujer; Ecuador, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Normas y protocolos de atención integral de la violencia de género, intrafamiliar y sexual por ciclos de vida; Argentina, Presidencia de la Nación, Ministerio de Salud, Tenemos Patria y Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, (2015). Protocolo para la atención integral de víctimas de violaciones sexuales; Organización Mundial de la Salud, Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, Ginebra, 2003, inter alia, pág. 63.

<sup>33</sup> En el caso de Ecuador se establece que es una obligación de los prestadores de salud denunciar ante el Ministerio Público (Ecuador, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Normas y protocolos de atención integral de la violencia de género, intrafamiliar y sexual por ciclos de vida); En Guatemala también es una obligación del personal de salud notificar al Ministerio Público (Guatemala, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, (2016). Protocolo de atención a víctimas/sobrevivientes de violencia sexual); En el caso de Colombia, se exige al personal de salud poner en conocimiento a las autoridades en casos donde la víctima sea menor de edad. (Colombia, Ministerio de Salud, (n.d.). Guía de Atención de la Mujer Maltratada).

<sup>34</sup> Al respecto, ver: República Dominicana, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Guía y Protocolo para la Atención Integral en Salud de la Violencia Intrafamiliar y Contra la Mujer; Ecuador, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Normas y protocolos de atención integral de la violencia de género, intrafamiliar y sexual por ciclos de vida; Argentina, Presidencia de la Nación, Ministerio de Salud, Tenemos Patria y Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, (2015). Protocolo para la atención integral de víctimas de violaciones sexuales; Guatemala, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, (2016). Protocolo de atención a víctimas/sobrevivientes de violencia sexual; México, Secretaría de Salud, (2009). Modelo Integrado para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y Sexual. Modelo Operativo; Organización Mundial de la Salud, Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, Ginebra, 2003, inter alia, pág. 63.

casos de embarazo y sobre los mecanismos para la interrupción del embarazo<sup>35</sup>.

Además de la atención médica que se brinde en el momento, es indispensable que se haga un seguimiento de la paciente. Durante la etapa de seguimiento, se deben programar citas periódicas individuales por el profesional respectivo, inicialmente hasta pasar el periodo de crisis con una frecuencia determinada según el criterio del profesional. Se debe realizar también control de ITS y revisar en el seguimiento si se confirma o no el embarazo o ITS y debe referirse a la víctima a apoyo psicológico básico o remisión a tratamientos psicológicos o terapia cognitivo conductual y valorar la posibilidad de asistencia social<sup>36</sup>. La atención de las víctimas no puede estar completa si no se ha hecho referencia a los servicios de salud mental, servicio social y legal (Ortiz Mariscal & Távara Orozco, 2011).

En consecuencia, la falta de protocolos para la atención integral a sobrevivientes de violencia sexual o la falta de aplicación adecuada de estos acarrea el incumplimiento de obligaciones internacionales de los Estados frente a las víctimas. En este sentido, la Corte Interamericana (2021) ha determinado la responsabilidad internacional de un Estado al identificar falencias que no contribuyen a “mejorar el estado de salud de las personas que se trate” (p. 45).

---

<sup>35</sup> Al respecto, ver: Ecuador, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Normas y protocolos de atención integral de la violencia de género, intrafamiliar y sexual por ciclos de vida; Argentina, Presidencia de la Nación, Ministerio de Salud, Tenemos Patria y Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable, (2015). Protocolo para la atención integral de víctimas de violaciones sexuales; Uruguay, Ministerio de Salud, (2018). Atención de salud para las mujeres que han sufrido violencia de pareja o violencia sexual; Bolivia, Ministerio de Desarrollo Sostenible y Ministerio de Salud y Deportes, (2005). Atención integral a las mujeres adolescentes y adultas víctimas de violencia sexual. Normas, protocolos y procedimientos; FLASOG, (2011). Propuesta de estándares regionales para la elaboración de protocolos de atención integral y temprana a víctimas de violencia sexual.

<sup>36</sup> Al respecto, ver: Colombia, Ministerio de Salud, (n.d.). Guía de Atención de la Mujer Maltratada; República Dominicana, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Guía y Protocolo para la Atención Integral en Salud de la Violencia Intrafamiliar y Contra la Mujer; Ecuador, Ministerio de Salud Pública, (n.d.). Normas y protocolos de atención integral de la violencia de género, intrafamiliar y sexual por ciclos de vida; Uruguay, Ministerio de Salud, (2018). Atención de salud para las mujeres que han sufrido violencia de pareja o violencia sexual; Guatemala, Ministerio de Salud Pública y Asistencia Social, (2016). Protocolo de atención a víctimas/sobrevivientes de violencia sexual; México, Secretaría de Salud, (2009). Modelo Integrado para la Prevención y Atención de la Violencia Familiar y Sexual. Modelo Operativo; Programa Mundial Conjunto sobre Servicios Esenciales para las Mujeres y las Niñas Víctimas de Violencia, Naciones Unidas, (n.d.). Paquete de servicios esenciales para mujeres y niñas que sufren violencia. Módulo 2: Servicios esenciales en el ámbito de la salud; FLASOG, (2011). Propuesta de estándares regionales para la elaboración de protocolos de atención integral y temprana a víctimas de violencia sexual; Organización Mundial de la Salud, Guidelines for medico-legal care for victims of sexual violence, Ginebra, 2003, inter alia, pág. 63.

## 2.2 Las obligaciones de los Estados referentes a la garantía de la salud sexual y reproductiva incluyen el derecho a beneficiarse del progreso científico

La Corte IDH (2018a) ha reiterado que el artículo 26 de la CADH “protege aquellos derechos que derivan de las normas económicas, sociales y de educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA”, los cuales “deben ser entendidos en relación con el resto de las demás cláusulas de la Convención Americana, por lo que están sujetos a las obligaciones generales contenidas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención y pueden ser sujetos de supervisión por parte de este Tribunal en términos de los artículos 62 y 63 del mismo instrumento”. Por ello, la metodología que la Corte propone para determinar si un derecho económico, social o cultural (DESC) puede ser protegido bajo el artículo 26 de la Convención, consiste en verificar si el derecho en cuestión se encuentra protegido en la Carta de la OEA.

El progreso científico es reconocido por la Carta como un medio para alcanzar los objetivos de desarrollo de la persona, especialmente para tener acceso al mayor grado de satisfacción de salud. El desarrollo integral cristalizado en los artículos 30 y siguientes de dicho instrumento, abarca de forma específica el progreso científico. Los artículos 30 y 33 disponen que “[e]l desarrollo integral abarca los campos económico, social, educacional, cultural, científico y tecnológico, en los cuales deben obtenerse las metas que cada país defina para lograrlo”, con el fin de contribuir “a la plena realización de la persona humana”. Entre los objetivos del desarrollo integral, la Carta prevé como meta básica del ser humano la “[d]efensa del potencial humano mediante la extensión y aplicación de los modernos conocimientos de la ciencia médica”.

Bajo dicho entendido, es claro que existe una referencia con el suficiente grado de especificidad para derivar que el progreso científico se encuentra reconocido en la Carta de la OEA, alcanzando el test desarrollado por la propia Corte (2018a, 2019).

Por su parte, el sistema universal de protección de los derechos humanos a través del Comité DESC concluyó que “[l]os Estados partes deben adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para la plena realización del derecho a participar en el progreso científico y sus aplicaciones y gozar de sus beneficios”, y que “deben adoptar las medidas necesarias para eliminar las condiciones y combatir las actitudes que perpetúan la desigualdad y la discriminación a fin de que todas las personas y grupos puedan disfrutar del derecho sin discriminación alguna, en particular por razón de religión, origen nacional, sexo, orientación sexual e identidad de género, raza e identidad étnica, discapacidad, pobreza y cualquier otra condición pertinente” (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2020, p. 10).

En este orden de ideas, se debe entender que el derecho al progreso científico: a) es justiciable ante los órganos de protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; b) comprende el derecho de disfrutar de los beneficios de este progreso, libre de cualquier forma de discriminación; y c) implica que, los Estados, además de

tener la obligación de avanzar de forma expedita y eficaz hacia su efectividad, deben abstenerse de interferir desproporcionadamente en el acceso a los beneficios del progreso científico, en concordancia con el principio de progresividad.

Ahora bien, para abordar adecuadamente las obligaciones específicas de los Estados hacia las sobrevivientes de violencia sexual, y que este apartado hace referencia a la garantía de los derechos desarrollados sin discriminación, es preciso señalar que en ocasiones los Estados, basados en estereotipos de género<sup>37</sup>, diseñan e implementan normas que perpetúan desigualdades de género. Sobre ello, hay que traer a colación que, a la luz de la CEDAW y de la Convención Belém Do Pará, los Estados tienen la obligación de eliminar los patrones socioculturales que imponen roles de género sobre hombres y mujeres apelando a una noción dicotómica de inferioridad/superioridad entre éstos<sup>38</sup>.

Al respecto, la Corte IDH ha indicado que los estereotipos de género son incompatibles con el derecho internacional de los derechos humanos y se deben tomar medidas para erradicarlos (Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, 2012). Asimismo, ha establecido que su creación y uso se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales (Corte IDH, 2009, 2015, 2018). Además, la Corte (2016) ha advertido que “los estereotipos de género negativos o perjudiciales pueden impactar y afectar el acceso a la información de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva” (p. 60).

Uno de los estereotipos aplicado con mayor frecuencia en el acceso a la salud reproductiva de las mujeres, es aquel según el cual, “la función natural de la mujer en la sociedad es la de reproducirse y ser madre” (Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 2019). De manera que, con la aplicación de este estereotipo se pretende justificar que un embarazo debe llevarse a término a toda costa, incluso si es perjudicial para la salud y vida de la mujer ya que se debe priorizar la protección del feto en todos los casos.

Para explicar la importancia de la efectividad de estos derechos es conveniente retomar el caso de *María* pues ilustra que la obstaculización en el acceso a la AOE se traduce en una vulneración de las obligaciones internacionales de los Estados desarrolladas hasta ahora. En ese sentido, en su caso no solo se vulneró el derecho

---

<sup>37</sup> La Corte IDH (2016) ha definido los estereotipos de género como “una preconcepción de atributos, conductas o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente”.

<sup>38</sup> El artículo 5 literal a de la Convención establece para los Estados la obligación de: “[Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.

reforzado a la salud como sobreviviente de violencia sexual al no proveérsele la AOE como parte del protocolo de atención integral, sino que -a través de una medida que resultó discriminatoria y regresiva al prohibir la circulación y venta de la AOE en establecimientos públicos- se le impidió gozar de los beneficios del progreso científico en pie de igualdad, pues no les ocurriría lo mismo a las personas que por su condición o clase social pudieran adquirir el medicamento en establecimientos privados. Ello, sumado a la vulneración de su derecho de acceder a información, pues el Estado incumplió con su deber de transparencia activa sobre la información que se le debía brindar sobre la AOE.

Por último, para retomar la prohibición de la discriminación y con ella la perpetuación de los estereotipos de género, es preciso señalar que en lo que concierne a la AOE, el estereotipo sobre la mujer cuyo destino es la reproducción se refleja en su máxima expresión, dado que, aunque ni siquiera se haya consumado un embarazo, como existe una posibilidad de consumarlo (pues el acto sexual se realizó sin protección), se pretende dificultar su prevención, pues no solo se pretende establecer que hay un “orden natural de las cosas”, sino que se refuerza incluso en contradicción de la literatura científica, sosteniendo erróneamente que es un método abortivo.

### **3. La obligación internacional de los Estados de disponer de recursos internos idóneos para acceder a la AOE en caso de que esta sea negada**

Es fundamental destacar que la protección judicial para sobrevivientes de violencia sexual supone no solo el acceso a la justicia para investigar y sancionar a los agresores, sino además la posibilidad para las sobrevivientes de contar con un recurso judicial efectivo para tener acceso gratuito a la AOE y a las demás medidas de rehabilitación y de reducción del daño causado como consecuencia de una agresión sexual. Para desarrollar esta premisa, en esta sección, se detallan las características con las que debe contar un recurso judicial idóneo y efectivo para garantizar el acceso a la AOE frente a una negativa arbitraria del Estado de proveerla, especialmente en casos de violación sexual.

Lo primero que hay que señalar es que el tiempo es esencial en la efectividad de la AOE, la cual tiene una tasa de efectividad general del 89% si se usa dentro de las 72 horas siguientes a tener relaciones sexuales. Esta tasa aumenta al 95% si se toma dentro de las primeras 24 horas relaciones sexuales (OMS, 2021). De lo anterior se desprende que, en casos de negación u obstaculización al acceso de este medicamento, se requiere de un recurso especializado, accesible, sin formalidades procesales y con garantía de resolución expedida acorde a la etapa o tiempo particular en la que la persona que lo interpone necesita acceso al método para garantizar su efectividad.

Este es el caso, por ejemplo, del ordenamiento jurídico colombiano, donde la negativa a prestar un servicio obligatorio de salud, como la AOE o, simplemente la demora en hacer efectiva su entrega constituye una violación al derecho fundamental de la salud y la entidad o individuo que dificulte su entrega puede ser demandado a través de una acción de tutela; mecanismo expedito y eficaz que evita la continua vulneración del

derecho en mención (Sentencia T-760, 2008).

A nivel interamericano, la jurisprudencia reiterada de la Corte IDH, los derechos a las garantías y la protección judiciales consagrados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, en conjunto con los artículos 1.1 y 2 del mismo instrumento, son interpretados como el derecho de todo individuo de acceder a un tribunal cuando alguno de sus derechos haya sido violado —sea éste un derecho protegido por la Convención, la Constitución o las leyes internas del Estado—, de obtener una investigación judicial a cargo de un tribunal competente, imparcial e independiente en la que se establezca la existencia o no de la violación<sup>39</sup>.

Concretamente, respecto a la garantía de un recurso judicial efectivo que proteja el derecho a la salud, la CIDH ha aducido que el mismo debe operar de forma efectiva y ser idóneo para atender los reclamos de la presunta violación. Por ende, “su efectividad está inextricablemente ligada a la rapidez, habida cuenta de la naturaleza del reclamo planteado” (Informe de fondo N.º 27/09, Jorge Odir Miranda Cortez Y Otros vs. El Salvador, 2009). En una connotación similar, la Corte IDH (2016) ha reconocido que las mujeres en el marco de la atención médica y el acceso a los servicios de salud, “siguen siendo vulnerables a sufrir violaciones a sus derechos sexuales y reproductivos, en la mayoría de los casos a través de prácticas discriminatorias que son consecuencia de la aplicación de estereotipos en su perjuicio”, por lo cual es necesario garantizar el “acceso a recursos oportunos, adecuados y efectivos para remediar estas violaciones de forma integral y evitar la recurrencia de estos hechos en el futuro” (p. 98).

En sentido similar, el Comité DESC (2016) ha establecido que los Estados deben velar por que todas las personas tengan acceso a la justicia y a un recurso adecuado y efectivo en los supuestos en que se vulnere el derecho a la salud sexual y reproductiva. Los recursos comprenden, aunque no exclusivamente, una reparación adecuada, efectiva y rápida en forma de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, según sea el caso. El ejercicio efectivo del derecho a un recurso requiere la financiación del acceso a la justicia y la información sobre la existencia de esos recursos. También es importante que el derecho a la salud sexual y reproductiva se consagre en leyes y políticas y sea plenamente justiciable en el plano nacional, y que se conciencie a los jueces, los fiscales y los abogados de que se puede obligar a respetar ese derecho. Cuando terceros vulneren el derecho a la salud sexual y reproductiva, los Estados deben velar por que se investiguen y se enjuicien esas

---

<sup>39</sup> Al respecto, ver: Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N.º 329. Párr. 294. Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párr. 177, y Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C N.º 303, párr. 177. CIDH, Martín de Mejía, Perú, Informe N.º 5/96 (Fondo), Caso 10.970, 1 de marzo de 1996, párr. 22, citado en CIDH, CIDH. Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica, OEA/Ser.L/V/II., doc. 63, párr. 38.

violaciones, se exijan responsabilidades a los autores, y se ofrezcan recursos a las víctimas.

En síntesis, de acuerdo con estándares interamericanos, los Estados Parte de la CADH tienen la obligación de proveer un recurso efectivo cuya efectividad quede probada con su adecuación a las especificidades de la AOE para garantizar el acceso a la salud sexual y reproductiva a todas las personas que lo necesiten, particularmente en casos de víctimas de violación sexual. Este recurso debe ser resuelto, de forma sencilla y sin formalidades, dentro de las primeras horas a partir del momento en el que se presenta la acción. De lo contrario, si se resuelve después del plazo crucial para tomar el medicamento, el recurso no cumpliría su propósito de remediar la obstrucción en el acceso a la AOE.

Así, los recursos para ser efectivos deben tener una rapidez de resolución relacionada con la naturaleza del reclamo planteado (CIDH, 2009), ser sencillos y asequibles para las personas que lo necesitan, ser capaces de proveer lo necesario para remediar la situación planteada (Corte IDH, 2009) y proporcionar una reparación<sup>40</sup>. En virtud de esto, y cuando se trata de acceso a la AOE, por tratarse de un servicio de salud sexual y reproductiva, el recurso idóneo para acceder al mismo debe ser uno sin formalidades procesales, de fácil acceso, tomando en consideración la condición de la persona que necesita acceso y el tiempo en el cual necesita acceder. Por estas características el recurso más idóneo, y el que más se asimila a estas condiciones es un recurso administrativo.

Retomando el caso de María, concluimos que ella no contó con la posibilidad de tener un recurso judicial efectivo que le permitiera acceder a la AOE, en contravención con los estándares internacionales que requieren precisamente lo contrario. En ese sentido, la negativa de información respecto a la AOE trajo consigo una negativa de información respecto a los mecanismos judiciales que podrían haberse ejercido para poder tener acceso a la AOE. Ni el personal médico ni las instituciones policiales brindaron elementos suficientes para que María conociera que tenía la posibilidad de impugnar judicialmente la negativa de acceso a la AOE. Esta omisión de la información sobre los mecanismos judiciales disponibles exacerbó su especial situación de vulnerabilidad como mujer en situación de pobreza y víctima de violación sexual.

---

<sup>40</sup> Al respecto, ver: Corte IDH. Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de noviembre de 2016. Serie C N.º 329. Párr. 294. Corte IDH, Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C N.º 172, párr. 177, y Caso Ruano Torres y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de octubre de 2015. Serie C N.º 303, párr. 177.

## Conclusiones

La superación de la discriminación y de la violencia contra las mujeres requiere de múltiples esfuerzos en distintas áreas de la vida social, una de ellas es mediante la generación de garantías legales que favorezcan la igualdad y la no discriminación en su contra. En ese sentido, uno de los escenarios en los que las mujeres, adolescentes y niñas han visto frecuentemente vulnerados sus derechos es en el acceso a servicios de salud reproductiva. Por ello, en el derecho internacional de los derechos humanos se han desarrollado obligaciones específicas encaminadas a superar la discriminación y violencia en estos escenarios.

Así, los Estados Parte de la CADH y del Protocolo de San Salvador tienen obligaciones específicas de respeto y garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres sobrevivientes de violencia sexual. Estas obligaciones están orientadas a ofrecer servicios de salud integral que permitan la rehabilitación de las sobrevivientes y la mitigación de los daños ocasionados tras las agresiones. Por lo tanto, una de las medidas que tienen la obligación de garantizar los Estados a la luz de obligaciones internacionales es el acceso a la AOE, la cual no solo supone poner el progreso científico a disposición de la superación de las desigualdades, sino además favorece la mitigación de los daños ocasionados tras una violación sexual. Además, garantizar el acceso efectivo a estos servicios de salud requiere que los Estados dispongan de recursos internos que resulten idóneos para que, a quienes les haya sido denegado el acceso, puedan buscar y demandar su protección efectiva.

Desde la sociedad civil, esta vez representada por Promsex y por el CDR, seguiremos vigilantes y activas para que el caso de María consiga acceso a la justicia, según los estándares desarrollados en este escrito, y para garantizar que no haya nunca más mujeres como María en nuestro continente ni en el resto del mundo.

## Bibliografía:

Alegre, M., & Gargarella, R. (2007). El derecho a la igualdad: aportes para un constitucionalismo igualitario. Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina y Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Caso Guachalá Chimbo y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N.º 423.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2019). Caso Muelle Flores Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C, N.º 375).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2018a). Caso Cuscul Pivaral y otros Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 359.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018b). Caso López Soto y otros vs.

Venezuela. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas., Serie C N.º 362.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2016). Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Serie C N.º 329.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Caso Velásquez Paiz y otros Vs. Guatemala (Corte Interamericana de Derechos Humanos noviembre 19, 2015).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2014). Caso Espinoza Gonzales vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica. (Sentencia diciembre 28, 2012).

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Caso González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2010). Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Serie C, N.º 351.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2019). Violencia y discriminación contr amujeres, niñas y adolescentes. Washington D.C.: OAS Cataloging in Publication Data.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2009). Informe de fondo N.º 27/09, Jorge Odir Miranda Cortez Y Otros vs. El Salvador, Caso 12.249.

Comisión de Alto Nivel encargada de analizar y emitir informe sobre la Anticoncepción Oral de Emergencia – AOE. (2003). Informe científico, médico y jurídico. Lima.

Comité CEDAW. (2014). Observaciones finales sobre los informes periódicos séptimo y octavo combinados del Perú, Lima.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2 de mayo de 2016). Naciones Unidas. Obtenido de Consejo Económico y Social: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler>.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (30 de abril de 2020). Naciones Unidas, Derechos Humanos. Obtenido de Comité de Derechos Humanos: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler>.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belém Do Pará". (9 de junio de 1994). Obtenido de <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>

Defensoría del Pueblo de Perú. (2013). Balance sobre el cumplimiento del Plan Nacional contra la Violencia hacia la Mujer 2009-2015. Lima.

Defensoría del Pueblo de Perú. (2011). Un análisis de casos judiciales. Series Informe de Adjuntía. Informe N.º 004-2011-DP/ADM. Lima: Defensoría del Pueblo.

Defensoría del Pueblo de Perú. (2003). Serie Informes Defensoriales, Informe N.º 78. Obtenido de Defensoría del Pueblo de Perú: [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe\\_78.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_78.pdf)

Defensoría del Pueblo de Perú. (s.f.). Informe presentado para el Examen Periódico Universal en los años 2012 al 2016.

Ministerio de Salud de Perú. (2001). Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM. Ampliación de las normas de planificación familiar, incorporando la Anticoncepción Oral de Emergencia. Obtenido del Ministerio de Salud de Perú 13 de julio de 2001: [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con\\_uibd.nsf/7D3C7A595E431AA905257DF000670318/\\$FILE/301\\_pdfsam\\_.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con_uibd.nsf/7D3C7A595E431AA905257DF000670318/$FILE/301_pdfsam_.pdf)

Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. (2022). Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. Obtenido del Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe. CEPAL. Naciones [https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio#:~:text=En%20los%206%20pa%C3%ADses%20de,el%20Uruguay%20\(1%2C6%20en](https://oig.cepal.org/es/indicadores/feminicidio#:~:text=En%20los%206%20pa%C3%ADses%20de,el%20Uruguay%20(1%2C6%20en)

Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. (s.f.). Documento de antecedentes sobre el papel del Poder Judicial en el abordaje de los estereotipos.

Organización Mundial de la Salud. (9 de noviembre de 2021). Anticoncepción de urgencia. Obtenido de Organización Mundial de la Salud: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/emergency-contraception>

Ortiz Mariscal, J. D., & Távora Orozco, L. (2011). Propuesta de estándares regionales para la elaboración de protocolos de atención integral temprana a víctimas de violencia sexual. Obtenido de Consorcio Latinoamericano Contra el Aborto Inseguro: <https://clacaidigital.info/handle/123456789/575>

Ruiz, Y., & León, E. (2023). Distribución gratuita del AOE: tres ideas centrales de la reciente sentencia del Tribunal Constitucional. Obtenido de IDEHPUCP: [https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/distribucion-gratuita-del-aoe-tres-ideas-centrales-de-la-reciente-sentencia-del-tribunal-constitucional/#\\_ftn1](https://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis1/distribucion-gratuita-del-aoe-tres-ideas-centrales-de-la-reciente-sentencia-del-tribunal-constitucional/#_ftn1)

Tribunal Constitucional del Perú. (2009). Sentencia del Tribunal Constitucional, 02005-2009-PA/TC.

Corte Constitucional de Colombia. (2008). Sentencia T-760, T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326.

Zeballos, N., Mujica, J., & Vizcarra, S. (2016). Problemas a la atención de víctimas de violación sexual en el Perú. Lima.

# CAPÍTULO II

## LA AOE Y SU IMPORTANCIA EN LOS SERVICIOS DE SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

**La AOE como medio para salvaguardar la dignidad de las víctimas de violación sexual**  
**Robin Sergio Cruz Culquicondor**<sup>41</sup>

---

<sup>41</sup> Abogado litigante especializada en casos de discriminación y violencia basada en género. Actualmente se desempeña como Asesor de Litigio Estratégico en Promsex.

## Resumen

Este artículo explora la noción de dignidad como un concepto en el marco del derecho, especialmente los derechos humanos de las mujeres, materializados a través de la provisión de la Anticoncepción Oral de Emergencia, llamada también AOE. Esto como salvaguarda de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Se analiza la definición jurídica de dignidad y el desarrollo constitucional de este precepto, a fin de establecer una conexión con la AOE en el contexto de las víctimas de violación sexual. Finalmente, se examina la distribución de la AOE y los desafíos que enfrentan las mujeres para su acceso a este medicamento.

## Introducción

La dignidad ha sido reconocida como un atributo inherente al ser humano en diversos documentos normativos a nivel nacional e internacional. Este principio se ha incorporado como un precepto a respetar, y del cual se desprenden diversos derechos fundamentales, como es el derecho a la salud. En el caso de las mujeres tiene un especial valor, pues no hablamos del ejercicio del derecho a la salud en cualquier ámbito, sino en salud sexual y reproductiva, que incluye el acceso al Anticoncepción Oral de Emergencia (en adelante, AOE).

En el presente artículo, en primer lugar, se desarrolla el marco conceptual de la dignidad, partiendo desde una mirada aplicada en el derecho a la salud sexual y reproductiva de las víctimas de violencia sexual, y los compromisos asumidos por el Estado en cuanto al respeto de estos derechos, los cuales están íntimamente ligados a la dignidad.

Seguidamente, se aborda la vinculación entre la dignidad y los derechos sexuales y reproductivos desde una mirada constitucional, a través del análisis de sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional (TC). Estas sentencias ilustran cómo la dignidad y los derechos sexuales y reproductivos se entrelazan de manera intrínseca, donde uno no puede existir sin el otro.

Luego, se aborda la AOE dentro del kit de emergencia para víctimas de violación sexual, en tanto que tiene como uno de sus componentes para la atención de víctimas la entrega de la AOE, destacando los obstáculos que existen para su distribución efectiva en el territorio nacional. Seguidamente, se evidencia la necesidad crucial de la AOE para las mujeres en situación de pobreza, complementando con datos estadísticos sobre su uso en escenarios de violencia a nivel nacional.

Finalmente, se encontrarán reflexiones sobre el tema abordado y las conclusiones alcanzadas en el presente análisis.

# 1. La dignidad

## 1.1 Definición jurídica

El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) no hace referencia a la dignidad, al menos no por sí misma, por el contrario, define la *dignidad de la persona* precisando como:

Cualidad propia de la condición humana de la que emanan los derechos fundamentales, junto al libre desarrollo de la personalidad, que precisamente por ese fundamento son inviolables e inalienables.

De esta manera, desde una perspectiva jurídica, la *dignidad* se define como más que una cualidad o valor; se constituye como un principio fundamental, que debe ser respetado como inherente a todas las personas.

## 1.2 La dignidad desde un punto de vista constitucional

Al más alto nivel normativo peruano, la dignidad ha sido reconocida como un “fin” que persigue la sociedad, pero sobre todo el estado, para todas las peruanas y peruanos. En ese sentido, el artículo 1 de la Constitución Política del Perú precisa que “[l]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Asimismo, el artículo 2 señala que toda persona tiene derecho, entre otras cosas “a la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar”, en esa misma línea la Constitución reconoce como el derecho a la igualdad ante la ley, según el cual nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole; con lo cual, al utilizarse estos factores para discriminar a una persona se estaría menoscabando su dignidad.

Además, el artículo 6 de la Constitución señala que la política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables, *reconociendo el derecho de las familias y de las personas a decidir*. En tal sentido, 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, situación que no ocurrió en el Caso María y Familia Vs. Perú<sup>42</sup>.

---

<sup>42</sup> Según el portal web de Promsex, la petición N.º 13.916 registrada ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el caso de María y su familia, señala que este es un caso emblemático y evidencia las consecuencias de la falta de aplicación de protocolos de atención a víctimas de violencia sexual. Además, refleja también los efectos discriminatorios de la prohibición de distribución de la AOE en el sistema público de salud y el impacto desproporcionado que tienen estas violaciones de derechos humanos cuando confluyen múltiples factores de vulnerabilidad, además del sexo y género, como la condición socioeconómica y el hecho de ser víctimas de violencia sexual.

Al respecto, el TC ha abordado el concepto de dignidad en diversas sentencias, entendida desde un punto de vista amplio que parte desde su vinculación con los derechos fundamentales, como el derecho a la salud. En particular, ha subrayado la importancia de garantizar el acceso a métodos anticonceptivos como la AOE.

| SENTENCIA   | DESARROLLO DE LA DIGNIDAD A NIVEL CONSTITUCIONAL   |
|---|--|
| Sentencia recaída en el EXP. N.º 10087-2005-PA/TC <sup>43</sup> | <p><i>“La Constitución (artículo 1) establece que “[1]a defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Esta disposición constitucional es la <b>“piedra angular” de los derechos fundamentales de las personas</b> y, por ende, de todo el ordenamiento jurídico. La dignidad de la persona humana fundamenta los parámetros axiológicos y jurídicos de las disposiciones y actuaciones constitucionales de los poderes políticos y de los agentes económicos y sociales, así como también establece los principios y, a su vez, los límites de los alcances de los derechos y garantías constitucionales de los ciudadanos y de las autoridades. [Fundamento 4 de la STC]</i></p>  |
| Sentencia recaída en el EXP. N.º 7435-2006-PC/TC <sup>44</sup>  | <p>En consecuencia, <b>el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad</b> 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. [Fundamento 3 de la STC]</p>  |
| Sentencia recaída en el EXP. N.º 2273-2005-PHC/TC <sup>45</sup> | <p>En ese sentido, este Tribunal debe establecer que <b>la realización de la dignidad humana constituye una obligación jurídica</b>, que no se satisface en la mera técnica de positivización o declaración por el Derecho (...); y es que, la protección de la dignidad es solo posible a través de una definición correcta del contenido de la garantía.</p> <p>Sólo así, <b>la dignidad humana es vinculante</b>, en tanto concepto normativo que compone el ámbito del Estado social y democrático del Derecho, aunque no comparte la naturaleza claramente determinada de otros conceptos jurídicos (...). Pues, en la dignidad humana y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el “deber ser” y el “ser”, garantizando la plena realización de cada ser humano. [Fundamento 8 de la STC]</p> |

<sup>43</sup> Fundamento 4.

<sup>44</sup> Fundamento 3.

<sup>45</sup> Fundamento 8.

|  |   |
|--|---|
| <p>Sentencia recaída en el EXP. N.º 02566-2014-PA/TC <sup>46</sup></p> | <p>De hecho, <b>el derecho a la salud tiene sustento en el principio de dignidad</b> del ser humano [posición asumida en la STC Exp. n.º 3593-2005-PA], está íntimamente conectado con el derecho a la vida, sobre todo con la vida digna (...). [Fundamento 10 de la STC]</p>  |
| <p>Sentencia recaída en el EXP. N.º 03925-2017-PA/TC</p>               | <p><b>Los derechos fundamentales participan de un presupuesto ético y jurídico cifrado en el principio-derecho de la dignidad de la persona humana</b> (artículo 1 de la Constitución Política), y orientado a la cobertura de una serie de necesidades básicas que permitan garantizar la autonomía moral del ser humano y el libre desarrollo de su personalidad (artículo 2.1 de la Constitución). [Fundamento 24 de la STC]</p> |

Como se observa en las diversas sentencias emitidas por el TC, la dignidad de la persona humana constituye en todos los casos no solo un valor, sino también un principio constitucional portador de valores constitucionales. Además de ello, funciona como un elemento que cuenta con la capacidad transformar los derechos fundamentales; sirviendo como parámetro fundamental para las actividades del Estado y de la sociedad.

En este sentido, la dignidad se convierte en un principio que regula las actuaciones de quienes conformamos la sociedad, incluido el Estado. Estas actuaciones influyen en el libre desarrollo de la persona y de sus derechos, como el derecho a la salud que, en el caso de las mujeres víctimas de violencia sexual, involucra la entrega de la AOE como salvaguarda de sus derechos sexuales y reproductivos.

### 1.3 La dignidad desde los tratados internacionales

La Declaración Universal de Derechos Humanos (1959), en su artículo 1, hace alusión a la dignidad de las personas señalando que “[t]odos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”. Asimismo, en su artículo 2 que “toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

Por su parte, la Convención señala en su artículo 25 que “toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar (...)”. Si bien es cierto la convención no utiliza el término dignidad, en este artículo,

<sup>46</sup> Fundamento 10.

podemos entender que la referencia a un “*nivel de vida adecuado*” hace alusión a una vida digna; de esta manera, se tiene que la dignidad de todas las personas no está sujeta a su sexo, orientación sexual, identidad de género o expresión de género.

Por su parte, la Convención Americana de Derechos Humanos (1959), en su artículo 5, reconoce que la dignidad es un elemento inherente al ser humano, y en razón a ello señala que “[t]oda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, y según el cual “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad será tratada con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos dedica un artículo a la protección de la honra y de la dignidad. En su artículo 11, establece que: “*Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad*”.

De otra parte, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer, conocida como “Convención De Belem Do Pará” (1996), manifiesta que la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.

En esa misma línea, la “Convención De Belem Do Pará” en su artículo 4 reconoce que “toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos” y para lo cual precisa que, entre otros derechos, figura el derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona.

La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer – CEDAW (1982)<sup>47</sup>, recuerda también que la discriminación contra la mujer viola los principios de la igualdad de derechos y del respeto de la dignidad humana, y que además dificulta su participación en las mismas condiciones que el hombre, en la vida política, social, económica y cultural de su país. Adicionalmente, señala que esta discriminación constituye un obstáculo para el incremento de los índices de bienestar social y familiar, que entorpece el pleno desarrollo de las posibilidades de la mujer para prestar servicio a su país y a la humanidad, precisando:

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia (CEDAW, 1982, art. 12)

---

<sup>47</sup> Aprobada mediante Resolución Legislativa N° 26583, Aprueban la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (1996, 11 de marzo).

Teniendo en cuenta lo mencionado, entendemos que la dignidad, como elemento inherente al ser humano, representa tanto un valor como un principio fundamental. En este sentido, ningún sujeto debe llevar a cabo actos o ejecutar acciones que menoscaben la dignidad de otra persona en ningún aspecto de su vida, especialmente en el ámbito de la salud de las mujeres. A lo largo de los años, las mujeres han sido particularmente vulneradas en su dignidad, como lo evidencian los casos de violación, acoso, hostigamiento, asesinato, restricción al acceso a abortos seguros, y la falta de acceso a medicamentos como la AOE, entre otros.

## 1.4 La dignidad en el marco de los derechos sexuales y reproductivos

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas (2024) sostiene que “los derechos sexuales y reproductivos están relacionados con la libertad de las personas a decidir sobre su sexualidad y el ejercicio libre de la misma”. En ese sentido, el artículo 16 de la CEDAW ha señalado 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 para lo cual deben asegurar en condiciones de igualdad 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.

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño (1990) destaca, en su artículo 24, en relación con el trato digno que se les debe dar a las niñas, niños y adolescentes, que los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, lo cual es fundamental para una vida digna. También especifica que los Estados deben esforzarse por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho a acceder a servicios sanitarios, lo que incluye la provisión de servicios de salud sexual y reproductiva.

La referida convención exige a los Estados integrantes asegurar la plena aplicación de este derecho mediante la adopción de medidas, entre ellas, el desarrollo de la atención sanitaria preventiva. En este contexto, la entrega de la AOE resulta indispensable; así como servicios destinados a la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia, que claramente deben contar con enfoque generacional, de género, derechos humanos e interculturalidad, salvaguardando además el Principio de Interés Superior del Niño.

## 1.5 La dignidad, los derechos sexuales y reproductivos y la entrega de la AOE

En la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (Naciones Unidas, 1994), se identificaron enormes problemas creados por las elevadísimas proporciones de niños y jóvenes en las poblaciones de muchos países en desarrollo. Para abordar estos desafíos, se establecieron objetivos como la promoción de la salud, la orientación

y la provisión de servicios de salud reproductiva de alta calidad. En cuanto a salud reproductiva, la conferencia señala que esta es un estado general de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y con sus funciones y procesos, agregando lo siguiente:

*La salud reproductiva lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y tener acceso a métodos de su elección seguros, eficaces, aceptables y económicamente asequibles en materia de planificación de la familia, así como a otros métodos de su elección para la regulación de su fecundidad, que no estén legalmente prohibidos, y el derecho de la mujer a tener acceso a los servicios de atención de la salud que propicien los embarazos y los partos sin riesgos [énfasis propio].*

El TC en la sentencia recaída en el EXP. N.º 7435-2006-PC/TC, ha señalado que “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.” (p.3).

Asimismo, el TC en la Sentencia recaída en el Expediente N.º 0238-2021-PC/TC -PC/TC, ha señalado que “(...) los derechos reproductivos analizados por el Tribunal Constitucional en la presente cuestión se circunscriben al reconocimiento de las personas, en este caso de la mujer, de decidir libre y responsablemente si desea tener hijos, la oportunidad de la reproducción, con qué frecuencia, cuántos hijos tener, elección de la persona con quien desea tener hijos, o elegir el método de anticoncepción de su preferencia” (p.70).

Lo citado anteriormente nos permite identificar que, en efecto, la dignidad de las mujeres y la protección de sus derechos sexuales y reproductivos se ve materializada, por un lado, cuando estas pueden decidir de manera libre sobre la maternidad a través de la planificación familiar; y por otro lado cuando estas en situaciones de emergencia, (violación sexual) puedan optar por la AOE, medicamento que resulta mucho más solo un método anticonceptivo, sino que se convierte en un verdadero salvavidas.

## **2. ¿Qué es la anticoncepción oral de emergencia (AOE)?**

De acuerdo con la Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios, el Levonorgestrel Stada es una anticoncepción oral de emergencia que puede utilizarse dentro de las 72 horas (3 días) siguientes a haber mantenido relaciones sexuales sin protección o si el método anticoncepción habitual ha fallado. El Tribunal Constitucional ordenó al Ministerio de Salud que cumpla con entregarlo gratuitamente, en cualquier centro de salud del Estado a nivel nacional, previa entrega de información adecuada, precisando que debe ser usada en situaciones excepcionales, por cuanto no puede sustituir a los anticonceptivos ordinarios.

Sobre este medicamento, el TC a través de la sentencia recaída en el Exp. N.º 0238-

2021-PC/TC -PC/TC, menciona que la Organización Panamericana de la Salud remitió al Ministerio de Salud la Comunicación PER/C00/010/63/03/2116-2009, de fecha 13 de noviembre de 2009, que contiene un resumen actualizado de los estudios científicos llevados a cabo. Dichos estudios resaltan que “[1]a AOE con Levonorgestrel no es abortiva. La anticoncepción de emergencia sólo es efectiva antes de que el óvulo sea expulsado por el ovario y antes que el esperma alcance el óvulo maduro. Una vez que el óvulo es fecundado no impide la anidación y por tanto no puede interrumpir la vida de un óvulo fecundado, haya estado anidado o no”. (pp.16-17)

## **2.1 La AOE como parte del kit de emergencia para víctimas de abuso sexual**

Mediante la Resolución Ministerial N.º 227-2019/MINSA de fecha 07 de marzo de 2019, el Estado peruano aprobó la Directiva Sanitaria N.º 083-MINSA/2019/DGIESP, Directiva Sanitaria para el Uso del Kit para la Atención de Casos de Violencia Sexual, con el objetivo establecer acciones que deben seguir los establecimientos de salud para asegurar el armado, la disponibilidad y el acceso a los kits para la atención de casos de violencia contra la mujer – violencia sexual. Entre las características que revisten estos kits, resaltan, por un lado, que estos se deben encontrar disponibles en todos los establecimientos de salud de primer nivel de atención y hospitales, y, por otro lado, que su distribución es de carácter gratuito. Cabe resaltar que todos los kits de emergencia que entrega el Estado contienen 1 blíster con dos tabletas de levonorgestrel de 0.75 mg.

## **2.2 Obstáculos en la entrega de la AOE en el kit**

Uno de los principales obstáculos con los que se ha enfrentado la AOE para su distribución son los grupos anti derechos que, sin base científica, han tratado de señalar en distintas oportunidades que la AOE es abortiva. Estos grupos llegaron al extremo de demandar a nivel judicial su prohibición en el sistema público de salud, demanda que fue ganada en 2009, resultando en su prohibición en el sistema público y su eliminación como suministro de los protocolos de atención a víctimas de violación sexual, dejando a las mujeres y niñas en situaciones de mayor vulnerabilidad sin protección de sus derechos fundamentales.

En esa misma línea la defensoría del Pueblo (2023), a través del Informe Defensorial N.º 0002-2023-DP/ADMP, denominado Supervisión a los Servicios de Planificación Familiar en las regiones de Áncash, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Huánuco, Huancavelica, Junín, Ica, Loreto, Pasco y Puno, ha señalado que para que las víctimas de violencia accedan a la AOE es necesario que pasen por una consulta de planificación familiar antes de recibir el kit que contiene la anticoncepción oral de emergencia. Cabe resaltar que esta situación se agudizó durante la pandemia por el COVID-19.

## **2.3 La AOE y su vinculación con las mujeres de escasa pobreza**

La Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (1994) planteó como

objetivo primordial el acceso universal a los servicios de salud reproductiva, incluyendo la planificación familiar y la salud sexual; poniendo de manifiesto que la pobreza persistente y generalizada y las graves desigualdades sociales entre hombres y mujeres tienen una influencia considerable en los factores demográficos, tales como el crecimiento, la estructura y la distribución de la población, y que, a su vez, se ven influidas por éstos. En particular, recalcó que, a nivel mundial, las mujeres suelen ser el sector más pobre entre los pobres.

Sobre este punto, en 2021, el TC en la Sentencia recaída en el Exp. N.º 0238-2021-PC/TC-PC/TC, señaló que la abstención del Estado de distribuir de manera gratuita la AOE viola el derecho fundamental a la igualdad, pues, sin su intervención, solamente podrán acceder a la AOE únicamente quienes tienen el dinero para adquirirlo, señalando lo siguiente:

Tal situación, a criterio de este Tribunal Constitucional, resulta discriminatoria, pues permitiría que, en los hechos, el acceso a la AOE se convierta en un privilegio de quienes puedan adquirirla en el mercado. Así pues, y como ha sido expuesto, la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no significa que el Estado deba tratar igual a todas las mujeres, adolescentes y niñas independientemente del estrato socioeconómico al que pertenezcan; por el contrario, exige que implemente todas aquellas medidas que resulten necesarias para que esa falta de recursos económicos no les impida decidir si desean exponerse a un embarazo que claramente no han planificado y que, en definitiva, alterará sus proyectos de vida (p. 25).

Ahora bien, en el Perú, de acuerdo con información proporcionada por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) hasta el año 2022, la pobreza monetaria afectó al 27,5% de la población del país, siendo un total de 9 millones 184 mil personas que viven en situación de pobreza. El INEI también señaló que la pobreza monetaria afectó al 41,1% de la población que reside en el área rural y al 24,1% del área urbana; sumado a esto, la Encuesta Nacional de Hogares (ENAHOG) reveló que, en 2022, la pobreza extrema alcanzó al 5,0% de la población del país.

Por otro lado, en cuanto al género como un elemento a considerar de manera especial en la pobreza, el INEI ha señalado que, en el año 2022, el 27,8% de la población femenina y el 27,2% de la población masculina del país fueron afectados por la pobreza.

De estas cifras habría que cuestionar cuántas mujeres no pudieron acceder a este medicamento mientras su entrega no se realizó de manera gratuita desde el Estado. De igual forma, habría que preguntarse cuántas mujeres han expuesto su vida a abortos en condiciones clandestinas al no poder acceder al medicamento.

Actualmente, la AOE es un medicamento de venta libre y distribuido en farmacias del país a un precio que oscila entre los S/ 14.90 (Catorce con 90/100 Soles) y S/ 18.190 (Dieciocho con 90/100 Soles), y las presentaciones en las que se puede adquirir este medicamento son Safex, Damiocyn, Marylin, Postinor, Vika, entre otras. Si bien el

costo del medicamento no es excesivamente elevado, muchas mujeres en situación de pobreza o pobreza extrema en el país no pueden acceder a este medicamento justamente por su costo.

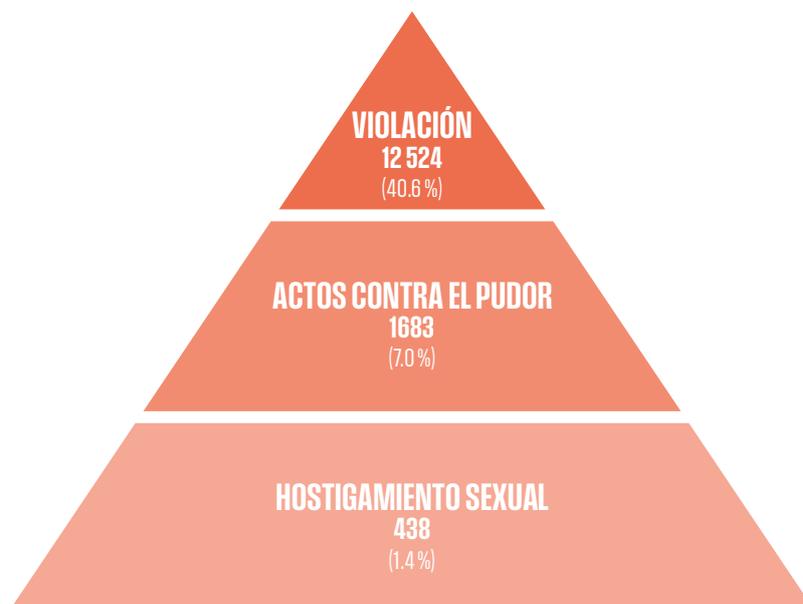
En la sentencia emitida por el TC recaída en el Exp. N.º 2005-2009-PA/TC, se ha precisado que la Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud), además de haber señalado que la AOE no es abortiva ha indicado que su entrega es un asunto de salud pública. Esto permite a las mujeres, especialmente a aquellas que viven en situación de pobreza, contar con un método de anticoncepción científicamente reconocido que contribuye a evitar embarazos no deseados o planificados, como es el caso de las mujeres víctimas de violación sexual. Asimismo, ha señalado que la entrega de la AOE forma parte de las políticas de Estado orientadas a garantizar su acceso a mujeres que viven en pobreza y/o pobreza extrema, *y que 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 (p. 3).*

La adquisición de la AOE, durante algunos años, resultó un reto significativo para aquellas mujeres en situación de pobreza o pobreza extrema. La prohibición de la entrega gratuita del medicamento a este tipo de mujeres representó un trato discriminatorio, menoscabando la dignidad de aquellas niñas, adolescentes y mujeres que fueron víctimas de violación sexual. Esta situación subraya que el acceso a la AOE tiene el potencial de cambiar vidas, especialmente para aquellas mujeres que enfrentan violencia y se encuentran en situaciones de vulnerabilidad económica.

### **3. La AOE y su uso en escenarios de violencia sexual**

La Defensoría del Pueblo (2003), en el informe N.º 78 de la serie “La Anticoncepción Oral de Emergencia”, ha señalado que “la restricción en el acceso a la AOE se convierte en un asunto de salud pública, en tanto se impide a las mujeres contar con un método científicamente reconocido para evitar las consecuencias de los embarazos no deseados” (p.41)

En el Perú, de acuerdo con cifras oficiales brindadas por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a través del Portal Estadístico del Programa Nacional Aurora, durante el año 2023, un total de 30 837 personas han sido atendidas por haber sido víctimas de violencia sexual, por algún Centro de Emergencia Mujer (CEM). De esta cifra, el 94.0% son mujeres, es decir, un total de 28 991 casos. Las manifestaciones más frecuentes de violencia sexual son las siguientes:



Fuente: Elaboración propia, a partir del Portal Estadístico del Programa Nacional Aurora

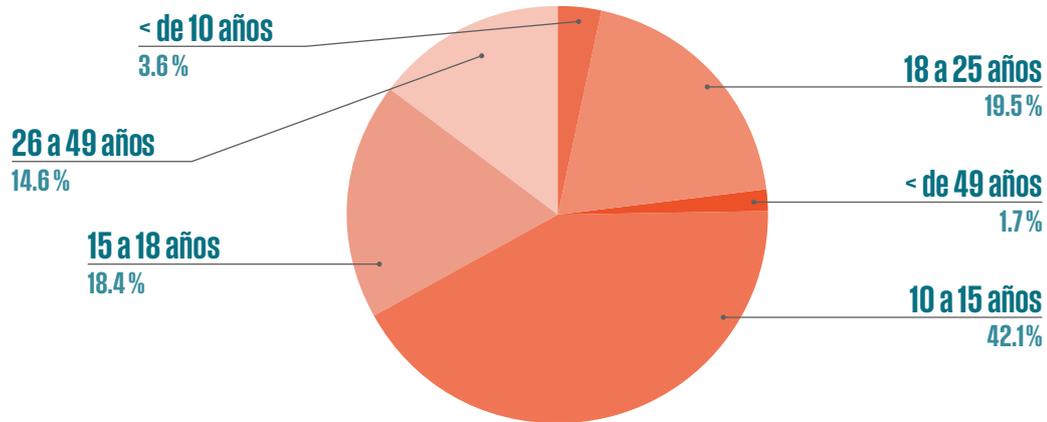
La pirámide revela que la violencia sexual en el Perú tiene un rostro femenino. Ante esta situación, el Reglamento de la Ley N.º 30364, Ley para prevenir sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 009-2016-MIMP, da cuenta de los recursos para atención de casos de violación sexual contra mujeres niñas y adolescentes, señalando que “[e]l Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses los establecimientos de salud cuentan con insumos, equipos de emergencia para casos de violación sexual e informan sobre el derecho a recibir tratamiento frente a infecciones de transmisión sexual, antirretrovirales, Anticoncepción oral de emergencia y otros, los cuales se suministran a la víctima, previo consentimiento informado [énfasis propio]” (artículo 59).

El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables, a través del Observatorio Nacional de la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar<sup>48</sup>, respecto de la entrega de kits de emergencia a víctimas de violencia sexual. Según el informe del Minsa, durante el año 2023 se ha realizado la entrega de un total de 3849 kits, lo que implica una entrega equivalente de AOE. La información proporcionada precisa que el 42.1% de entregas han sido a niñas entre los 10 y 15 años, tal como se muestra a continuación:

---

<sup>48</sup> Disponible en <https://www.gob.pe/47207-observatorio-nacional-de-la-violencia-contra-las-mujeres-y-los-integrantes-del-grupo-familiar>

## GRUPO DE EDAD A DICIEMBRE 2023



Fuente: Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables – Periodo enero-diciembre del 2023.

Asimismo, el Observatorio Nacional de la violencia ha señalado que, en enero de 2024, se han entregado un total de 314 kits de emergencia. Al igual que en el año 2023, el mayor número de entregas de estos kits se ha realizado a niñas de entre 10 y 15 años, quienes representan el 37.9% de entregas.

## 4. Reflexiones

La dignidad y la AOE tienen una especial vinculación, ya que la disponibilidad de este medicamento garantiza el respeto a la dignidad de las mujeres víctimas de violencia sexual, especialmente aquellas en situación de pobreza o pobreza extrema.

La AOE es un medicamento de anticoncepción, más no abortivo según la base científica. Más allá de su comprobación, la AOE representa una segunda oportunidad en la vida de miles de mujeres en este país que a diario sufren de violencia sexual.

El TC, como máximo intérprete de la Constitución, debe velar que los fallos que emita en realidad se implementen de manera efectiva, evitando que se cumpla a medias o se ignore, a pesar de las posibles justificaciones de entidades como como en el Minsa.

Es deber del Minsa garantizar la entrega de la AOE en todos los casos de la AOE, especialmente cuando se trata de niñas y adolescentes víctimas de violencia sexual. Proteger la dignidad de las mujeres es un deber fundamental, y para cumplir con ello, el Minsa debe proporcionar servicios de salud sexual y reproductiva adecuado.

## Conclusiones

La dignidad humana es un principio fundamental en los derechos humanos, que asegura el respeto a la integridad física, psíquica y moral de todas las personas, en especial de las mujeres en situaciones de vulnerabilidad. En el ámbito de los derechos sexuales, esta dignidad se respeta cuando se facilita el acceso a servicios de salud reproductiva y sexual como la AOE.

El Estado peruano reconoce el derecho de todas las mujeres a tomar decisiones que no afecten su vida ni su salud, incluyendo la elección del método anticonceptivo de su preferencia, como la AOE. Varios tratados internacionales reafirman que todas las personas, incluidas las mujeres, son libres e iguales en dignidad y derechos.

La AOE, de acuerdo con el TC, no es un medicamento abortivo; por el contrario, es un tema de salud pública y, por ende, su entrega debe ser gratuita en todos los centros de salud del Estado a nivel nacional. Sin embargo, la simple entrega del medicamento no asegura su uso adecuado; es esencial proporcionar una información adecuada sobre su uso.

La AOE forma parte de los medicamentos que, de acuerdo con normas del Minsa, forma parte del kit de emergencia para la Atención de Casos de Violencia Sexual, y es responsabilidad del Minsa garantizar la disponibilidad de estos kits.

Existe una mayor cantidad de atenciones de víctimas de violencia sexual; sin embargo, las cantidades de casos atendidos desde el Estado no coinciden con las cifras reportadas de casos atendidos.

Finalmente, cabe señalar que la anticoncepción oral de emergencia es un medio para salvaguardar la dignidad de las víctimas de violación sexual en el Perú, proporcionando una opción vital para proteger los derechos de aquellas personas en situación de extrema vulnerabilidad.

## Bibliografía

Agencia Española de Medicamentos y Productos Sanitarios (AEMPS). (2019). Prospecto: información para el usuario. Levonorgestrel Stada 1,5 mg comprimido EFG. Disponible en: [https://cima.aemps.es/cima/dochtml/p/78911/P\\_78911.html](https://cima.aemps.es/cima/dochtml/p/78911/P_78911.html).

Constitución Política del Perú. (29 de diciembre de 1993).

Congreso de la República del Perú. (9 de diciembre de 1959). Resolución Legislativa N.º 13282, Aprueban la Declaración Universal de Derechos Humanos.

Congreso de la República del Perú. (25 de marzo de 1996). Resolución Legislativa N.º 26583, Aprueban la "Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer".

Congreso de la República del Perú. (5 de marzo de 1982). Resolución Legislativa N.º 23432, Aprueban la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer.

Congreso de la República del Perú. (4 de agosto de 1990). Resolución Legislativa N.º 25278, Aprueban Convención sobre los Derechos del Niño.

Congreso de la República del Perú. (5 de junio de 1982). Resolución Legislativa N.º 23432, Aprueban Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo.

Defensoría del Pueblo. (2003). Series Informe Defensoriales, Informe N.º 78. La anticoncepción oral de emergencia. Recuperado de [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe\\_78.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_78.pdf)

Defensoría del Pueblo. (2023). Informe Defensorial N.º 0002-2023-DP/ADM, Supervisión a los Servicios de Planificación Familiar en las regiones de Áncash, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Huánuco, Huancavelica, Junín, Ica, Loreto, Pasco y Puno. Recuperado de [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/05/SUPERVISIÓN-DEFENSORIAL-A-LOS-SERVICIOS-DE-PLANIFICACIÓN-FAMILIAR\\_Final.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/05/SUPERVISIÓN-DEFENSORIAL-A-LOS-SERVICIOS-DE-PLANIFICACIÓN-FAMILIAR_Final.pdf)

Defensoría del Pueblo. (2003). Informe Defensoría N.º 78 “La Anticoncepción Oral de Emergencias”. Serie Informes Defensoriales. Recuperado de [https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe\\_78.pdf](https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_78.pdf)

Instituto Nacional de Estadística E Informática. (11 de mayo de 2023). Pobreza monetaria afectó al 27,5% de la población del país en el año 2022. Recuperado el 24 de febrero de 2024. Disponible en. <https://www.gob.pe/institucion/inei/noticias/755874-pobreza-monetaria-afecto-al-27-5-de-la-poblacion-del-pais-en-el-ano-2022>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (s/f.). Casos de Violencia Sexual 2023. Programa Nacional Aurora. Recuperado de <https://portalestadistico.aurora.gob.pe/formas-de-la-violencia-2023/>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2016). Decreto Supremo N.º 009-2016-MIMP, Reglamento de la Ley N.º 30364, Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar.

Ministerio de Salud. (2021). Directiva Sanitaria para el uso del kit para la atención de casos de violencia sexual (Resolución Ministerial N.º 227-2019/MINSA). Recuperado de <https://bvs.minsa.gob.pe/local/MINSA/5191.pdf>

Naciones Unidas (1994). Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 al 13 de septiembre. Recuperado de [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd\\_spa.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf)

Presidencia de la República. (1959). Decreto Ley N.º 22231, Aprueban la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

RAE. (s. f.). Diccionario Panhispánico del Español Jurídico. Término: dignidad de la persona. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/dignidad-de-la-persona>

Ramirez, M. (22 de junio de 2023). ¿Cuánto cuesta la pastilla del día siguiente en Perú?: lista de PRECIOS. La República. Recuperado de <https://larepublica.pe/sexualidad/2023/06/21/cuanto-cuesta-la-pastilla-del-dia-siguiente-en-el-peru-precio-marcas-y-efectividad-en-diferentes-farmacias-pastilla-del-dia-despues-nspe-746529>.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de México. (s.f). Derechos sexuales y reproductivos. Recuperado el 24 de febrero de 2024. Disponible en <https://hchr.org.mx/historias-destacadas/derechos-sexuales-y-reproductivos-2/>.

Presidencia de la República. (1959). Decreto Ley N.º 22231, Aprueban la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Soto, B. G. (07 de noviembre de 2023). Violencia sexual en el Perú: solo un 10% de víctimas recibió un kit de emergencia en los centros de salud. Infobae. <https://www.infobae.com/peru/2023/11/07/violencia-sexual-en-el-peru-solo-un-10-de-victimas-recibio-un-kit-de-emergencia-en-los-centros-de-salud/>

Tribunal Constitucional del Perú. (21 de marzo de 2023). Sentencia 00238-2021-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00238-2021-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (16 de octubre de 2020). Sentencia 03925-2017-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2021/03925-2017-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (04 de octubre de 2018). Sentencia 02566-2014-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/00266-2014-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (16 de octubre de 2009). Sentencia 02005-2009-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (18 de septiembre de 2007). Sentencia 10087-2005-PA/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (13 de noviembre de 2006). Sentencia 07435-2006-AA/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (20 de abril de 2006). Sentencia 02273-2005-HC/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html>

# CAPÍTULO III

## RECORRIDO HISTÓRICO DE LOS PROCESOS JUDICIALES DEL AOE

### Litigio estratégico para casos de defensa de derechos sexuales y reproductivos

Isbelia Ruiz<sup>49</sup> y Lesly Diaz<sup>50</sup>

---

<sup>49</sup> Coordinadora de Litigio de Promsex. Licenciada en Derecho por la Universidad Politécnica de Nicaragua, con estudios finalizados de la Maestría en Derechos Humanos y Democratización en América Latina y el Caribe por la Universidad Nacional de San Martín, Argentina. Actualmente, es maestrante en la Maestría de Estudios de Género de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).

<sup>50</sup> Especialista en Incidencia y Políticas Públicas de Promsex. Abogada por la Universidad César Vallejo y becaria del Diplomado Superior en Educación Sexual Integral, Género y Derechos Humanos por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales en Argentina.

## Resumen

El Estado peruano ha suscrito distintos tratados internacionales en favor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en su diversidad. No obstante, la situación actual dista de ser favorable para el ejercicio de estos derechos. En vista de ello, el objetivo del artículo es analizar el uso del litigio estratégico como herramienta para la continuidad de la lucha feminista en defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en su diversidad, a partir de la experiencia del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (Promsex) en la obtención de la Sentencia N.º 197/2023, que respalda el acceso a la anticoncepción oral de emergencia (AOE). La conclusión señala al litigio estratégico como una herramienta jurídica y feminista, pues no sólo examina un caso específico de violación de derechos, sino que desafía al sistema judicial y a las diversas entidades estatales con competencia para atender la violencia en contra de las mujeres. Esto se debe a que reconoce la discriminación estructural que afecta gravemente el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

En ese sentido, la Sentencia N.º 197/2023 constituye una experiencia exitosa en la aplicación del litigio estratégico. Esta sentencia permitió reconocer a nivel constitucional el derecho de las mujeres a acceder a la AOE sin discriminación, con información previa y de forma gratuita, en cualquier centro de salud a nivel nacional. Además, subrayó la importancia de la AOE en los casos de violación sexual y su distribución entre las mujeres en condición de pobreza económica.

## Introducción

El Estado peruano a lo largo del tiempo ha asumido distintos compromisos internacionales en favor de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, mediante la ratificación de tratados internacionales e interamericanos de derechos humanos. Por ejemplo, con la ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>51</sup>, el Estado asume la obligación de “garantizar la atención de la salud física y mental a las víctimas de la violencia sexual [...], en particular el acceso a servicios de prevención posterior a las agresiones, [incluidos] **anticonceptivos de emergencia** y servicios de aborto sin riesgo (énfasis agregado)” (Naciones Unidas, 2016, párr. 45). Esta obligación garantiza el derecho a la salud sexual y reproductiva —que forma parte del derecho a la salud recogido en el artículo 12 del citado Pacto— en favor de las mujeres y las personas con capacidad de gestar<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> Aprobado por Decreto Ley N.º 22129, Adoptan Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aceptado por la ONU (1978, 28 de marzo).

<sup>52</sup> Según la Organización Mundial de la Salud (en adelante, OMS), la mayoría de las investigaciones sobre aborto atienden casos de mujeres cisgénero, sin embargo, bajo el principio rector de igualdad de género e inclusividad también se requiere reconocer que “los hombres transexuales, las personas

Por su parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (en adelante, Comité CEDAW) prevé que, con la ratificación de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>53</sup>, los Estados asuman la obligación de adoptar medidas de protección para las mujeres víctimas de violencia de género, mediante el acceso a servicios médicos que posibiliten la recuperación de la salud mental, sexual y reproductiva, incluyendo la dispensa oportuna de anticonceptivos de emergencia (párr. 31). Mientras que, con la ratificación de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, “Convención Belém do Pará”<sup>54</sup>, los Estados se obligan a “adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia [de género]” (art. 7).

Sin embargo, en el Perú, aún está pendiente el efectivo cumplimiento de los compromisos internacionales antes mencionados y otros, vinculados a los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y diversidades, especialmente en lo que respecta al acceso libre y gratuito a la anticoncepción oral de emergencia (en adelante, AOE). No fue hasta el año 2023, luego de un proceso de más 20 años en distintos fueros nacionales, mediante la aplicación del litigio estratégico, que se logró que el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) reconozca que la AOE no es abortiva y deber ser distribuida “libre y gratuitamente a nivel nacional para todas las mujeres sin discriminación y como parte de la política pública de planificación familiar” (Sentencia N.º 197/2023, párr. 39).

Por lo expuesto, este artículo tiene el objetivo de analizar el uso del litigio estratégico como herramienta para la continuidad de la lucha feminista en defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en su diversidad<sup>55</sup>. Se basa en la experiencia del Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (en adelante, Promsex) y su éxito en la obtención de la Sentencia N.º 197/2023 en favor de la AOE. Consecuentemente, se inicia con el análisis conceptual del litigio estratégico

---

no binarias, de género fluido e intersexuales con aparato reproductor femenino y capaces de quedarse embarazadas pueden requerir atención abortiva [traducción propia]” (2023, p.4).  
Texto original: “transgender men, nonbinary, gender-fluid and intersex individuals with a female reproductive system and capable of becoming pregnant may require abortion care” (OMS, 2023, p.4).  
OMS. (2023). Clinical practice handbook for quality abortion care. Licence: CC BY-NC-SA 3.0 IGO.  
Disponible en: <https://www.who.int/publications/i/item/9789240075207> .

<sup>53</sup> Aprobada por Resolución Legislativa N.º 23432, el Congreso aprueba la “Convención sobre Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer” (1982, 1 de junio).

<sup>54</sup> Aprobada mediante Resolución Legislativa N.º 26583, Aprueban la “Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer” (1996, 11 de marzo).

<sup>55</sup> Según la Política Nacional de Igualdad de Género (2019), el término de mujeres en su diversidad: Incluye a las niñas, adolescentes, adultas y adultas mayores; mujeres indígenas, nativas, originarias, afrodescendientes y mestizas; mujeres urbanas y rurales; mujeres heterosexuales, mujeres lesbianas, bisexuales, trans e intersex; mujeres con discapacidad física o mental; mujeres migrantes, refugiadas y desplazadas internas; mujeres viviendo con VIH; mujeres privadas de libertad; mujeres que trabajan en la prostitución; entre otras (p. 45).

como herramienta para la transformación social. Luego, se identifica la importancia del litigio estratégico en el caso del reconocimiento de la AOE ante el TC. Finalmente, se distingue al litigio estratégico como una herramienta que materializa los métodos jurídicos feministas.

## 1. El litigio estratégico como herramienta para la transformación social

El litigio estratégico puede ser comprendido como un recurso a nivel judicial que busca modificar el *status quo* de vulneración a los derechos humanos de las personas, a causa de fallas reiteradas y estructurales en el sistema público (Ramírez, 2016, p.89). Por esta razón, incluye acciones individuales y colectivas que consideran estrategias a nivel judicial, administrativo y de políticas públicas, incluyendo a la administración pública y a la sociedad civil. El objetivo del litigio estratégico es articular esfuerzos para afrontar graves violaciones a los derechos humanos, mediante el uso integrado de “instrumento [sic] administrativos, políticos y judiciales [...] para el cambio de un determinado patrón de violación” (Didier y Zaneti, 2019, p.58).

En ese sentido, para Promsex, citando a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en México, el litigio estratégico debe ser entendido como aquel litigio de alto impacto, en el que se represente un interés público, a partir de un caso particular, con el propósito de promover la transformación social mediante la aprobación, reforma o creación de políticas públicas y/o medidas legislativas (2020, p.31). Inclusive, el litigio estratégico es una herramienta que permite a las organizaciones de la sociedad civil reformar situaciones, a nivel judicial, que no pueden ser modificadas por la incidencia política. La incidencia, o *advocacy*, se define como una estrategia de persuasión colectiva dirigida hacia las autoridades, desde la ciudadanía organizada, con el propósito de formular e implementar políticas públicas (ONU Mujeres, 2023, p. 35).

El problema público que atiende el litigio estratégico no se limita a la inadecuada aplicación de una norma o a la falta u omisión de funciones por parte de una autoridad; por el contrario, también contempla “el cuestionamiento de la norma misma, por considerarla contraria a estándares de derechos humanos, de justicia o de dignidad personal” (Promsex, 2020, pp. 31-32). Un ejemplo de ello es la reciente Sentencia N.º 197/2023 del Tribunal Constitucional en favor de la AOE, la cual declaró la vulneración de “los derechos reproductivos, a recibir información y a la igualdad y no discriminación de doña Violeta Cristina Gómez Hinostraza” (punto resolutivo 1) y dispuso al Ministerio de Salud desarrollar “como política pública, la distribución nacional gratuita del AOE—levonorgestrel” (punto resolutivo 3).

Entonces, dado que el litigio estratégico siempre está orientado a generar cambios jurídicos que reformen situaciones injustas para algunos grupos poblacionales históricamente excluidos como las mujeres<sup>56</sup> o la población LGBTI<sup>57</sup>, las acciones a desarrollarse durante el litigio requieren previa atención minuciosa al diseño de la estrategia. Por ende, en este tipo de litigio se requiere considerar varios factores que podrían estar fuera de la esfera de control de la persona litigante, como la crisis

económica, sanitaria o política, y prever presupuestos para procurar controlar su influencia en el resultado, como la forma de presentación del testimonio de la víctima, el relato del caso dirigido a la sociedad civil, entre otros (Promsex, 2020).

## 1.1 Teoría de las condiciones para realizar el litigio estratégico

Vinculado a la magnitud y aplicación de la herramienta de estudio en este documento, Roa y Klugman (2019) proponen la “Teoría de las cuatro condiciones”<sup>56</sup>, presentadas a continuación, para viabilizar el desarrollo del litigio estratégico:

- a) Un marco de derechos existente.
- b) Un poder judicial informado y dispuesto.
- c) Defensores legales con la capacidad de litigar y enmarcar problemas sociales como violaciones de derechos.
- d) Una red de individuos y organizaciones de la sociedad civil para apoyar y aprovechar las oportunidades que ofrecen los litigios.

Consecuentemente, se desarrolla cada una de las condiciones que propicia la transformación social duradera mediante el litigio estratégico.

---

<sup>56</sup> El Comité CEDAW (2022), a partir del análisis del marco jurídico nacional peruano, estima positiva la amplia legislación destinada a la eliminación de la discriminación contra las mujeres. No obstante, expresa su preocupación por las dificultades para “la aplicación efectiva de esa legislación y esas políticas, así como la lentitud con la que se introducen los cambios institucionales” (párr. 11) para lograr su cumplimiento, presentándose niveles desproporcionados de violencia entre grupos que sufren discriminación interseccional e histórica, tales como, “las mujeres indígenas y afroperuanas, las mujeres con discapacidad, las mujeres lesbianas, las mujeres bisexuales y transgénero, y las personas intersexuales, las mujeres rurales, las mujeres refugiadas y migrantes y las mujeres y niñas detenidas” (2022, párr. 9). Comité CEDAW. (2022, 1 de marzo). Observaciones finales sobre el noveno informe periódico del Perú. CEDAW/C/PER/CO/9. Disponible en: [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FPER%2FCO%2F9&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2FC%2FPER%2FCO%2F9&Lang=es)

<sup>57</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), en el caso *Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*, establece que “las personas LGBTI han sido históricamente víctimas de discriminación estructural, estigmatización, diversas formas de violencia y violaciones a sus derechos fundamentales” (2020, párr. 90). Por lo que, la Corte IDH concluye que en la “sociedad peruana existían y continúan existiendo fuertes prejuicios en contra de la población LGBTI, que en algunos casos llevan a la violencia” (2020, párr. 51).

Posteriormente, en el caso *Olivera Fuente vs Perú*, la Corte IDH reiteró “la situación histórica de discriminación que ha sufrido y sufre la población LGBTIQ+ en dicho país [Perú]” (2023, párr. 90).

<sup>58</sup> La Teoría fue construida a partir de la tesis de “Condiciones para la revolución de derechos”, propuesta por Charles R. Epp, en su libro *The Rights Revolution: Lawyers, Activists, and Supreme Courts in Comparative Perspective*.

## a) El marco de derechos existentes

La condición del marco de los derechos existentes comprende la revisión de la legislación nacional o el marco jurídico constitucional y de los tratados internacionales en materia de derechos humanos celebrados por el Estado<sup>59</sup>, a fin de determinar que los problemas sociales a cuestionar en el litigio sean susceptibles de calificarse como violaciones de los derechos (Roa y Klugman, 2019).

Así, por ejemplo, en materia de derechos sexuales y reproductivos, algunos dispositivos legales vigentes son los tratados antes mencionados en la introducción y la legislación citada en la Sentencia N° 197/2023 del Tribunal Constitucional (párr. 31-32):

- La Constitución Política del Perú que reconoce los derechos sexuales y reproductivos como derechos fundamentales (art. 6) y protege el derecho a la igualdad, mientras prohíbe cualquier forma de discriminación hacia las personas (num. 2, art. 2).
- La Ley N° 26842, Ley General de Salud que recoge el derecho a la libre elección de métodos anticonceptivos (art. 6).

Empero, la calificación previa del problema social, de acuerdo con el marco jurídico nacional vigente, no impide que los jueces o juezas de su potestad utilicen fuentes del Derecho Internacional o estándares internacionales de derechos humanos como criterios orientativos de sus propias calificaciones (Promsex, 2020). Puesto que, los magistrados y magistradas deben aplicar el “control de convencionalidad”, es decir, asegurarse de que la aplicación e interpretación del marco jurídico nacional no sea contraria a los derechos y obligaciones establecidas para el Perú, como Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2006, párr. 124).

## b) Un poder judicial capacitado y dispuesto

El poder judicial capacitado y dispuesto es una condición centrada y esencial para generar confianza en la administración de justicia nacional. Esta confianza debe ser percibida de la actuación del sistema nacional de administración de justicia, en base a sus antecedentes de transparencia e independencia para tomar decisiones con libertad y emitir fallos sin injerencia de otros poderes públicos, que determinen sobre el resultado de un caso en litigio (Roa y Klugman, 2016).

Asimismo, es fundamental que las autoridades judiciales posean el conocimiento pertinente sobre derechos humanos y se encuentren en la capacidad de aplicarlo de forma transversal al análisis de diferentes ramas de estudio del Derecho (Promsex, 2020). Puesto que, este conocimiento también permitirá a los jueces o juezas comprender la constante necesidad de cambio social y evolución interpretativa que

---

<sup>59</sup> El artículo 55 de la Constitución Política del Perú reconoce que los tratados celebrados por el Estado peruano en materia de derechos humanos son parte del derecho nacional.

requieren los derechos humanos, viabilizando el ejercicio del litigio estratégico por parte de los abogados y abogadas (Roa y Klugman, 2016).

### **c) Defensores legales litigantes**

La condición de defensores legales litigantes está relacionada a la capacidad de estas personas para “formular problemas concretos dentro de un marco de derechos, diseñar un caso, construirlo y llevarlo ante los tribunales, independientemente de cuán exigente sea el tema en cuestión” (Roa y Klugman, 2019, p. 58).

Adicionalmente, los equipos legales deben realizar el análisis de los perfiles de jueces o juezas, a fin de considerar los prejuicios personales o la resistencia al activismo que estos funcionarios puedan tener, más aún en casos de derechos sexuales y reproductivos. Este análisis permitirá construir argumentos persuasivos que, incluso al considerar el contexto sociopolítico, posibilitará a los magistrados y magistradas tomar decisiones con comodidad y confianza en la aceptación social del fallo, que reconoce violaciones a los derechos (Roa y Klugman, 2016).

### **d) Red de apoyo**

La red de apoyo es una condición que permite la sostenibilidad del litigio estratégico, debido a que involucra a personas y organizaciones sociales en el desarrollo del proceso para que compartan y sensibilicen con el público en general los temas discutidos en el fuero judicial. En torno a ello, se propicia la construcción de mensajes claves para la comunicación eficaz del problema de interés público y la difusión de las soluciones propuestas por el litigio estratégico (Roa y Klugman, 2019).

Cabe destacar que, en este contexto, se fomenta el involucramiento de donantes, quienes requieren estar comprometidos y comprender la complejidad y el tiempo prolongado que toma el desarrollo de los litigios estratégicos para lograr fallos favorables a las peticiones planteadas o no. Entonces, asegurar una red de apoyo como condición, implica contar con financiamiento suficiente y sustentable (Roa y Klugman, 2019).

## **1.2 Litigio estratégico exitoso**

En atención a la sección anterior, un litigio estratégico podría considerarse exitoso cuando se obtiene una sentencia que resuelve el fallo favorable a los intereses defendidos o cuando se acoge el petitorio presentado para iniciar el proceso de transformación social a nivel judicial, no obstante, el litigio estratégico abarca más que la victoria del caso. Su éxito se determina tras la evaluación de tres elementos interrelacionados:

[i.] [...] El logro de la incidencia pública que se buscaba en los tribunales. Sin embargo, no siempre ganar será lo que marcará el éxito del proceso [...].

- [ii.] La satisfacción de la víctima y el logro de alguno de sus objetivos personales (como un acto de desagravio o indemnización, por ejemplo)[...].
- [iii.] El cambio social. Este tiene vinculación con los casos en los que, a pesar de no obtener el resultado esperado inicialmente, se logró cambiar algunas estructuras sociales que impedían el cambio normativo (Promsex, 2020, p. 34).

Entonces, entre las estrategias que construyen los equipos de litigio también se contemplan contextos intensamente conservadores que podrían propiciar fallos desfavorables para la protección de los derechos sexuales y reproductivos. Empero, para Promsex (2020), “litigar un caso puede lograr despertar indignación social, acelerar cambios en la selección de autoridades judiciales o una mayor vigilancia sobre los antecedentes, en materia de diversidad sexual, de los postulantes a la carrera judicial” (p.34). Incluso, ante el agotamiento de la jurisdicción interna, la Constitución Política del Perú permite que las personas en el Perú recurran a la jurisdicción supranacional<sup>60</sup>.

### 1.3 Pasos para el éxito del litigio estratégico

Promsex (2020) identifica los siguientes pasos para alcanzar un litigio estratégico exitoso:

| PASOS   | CONTENIDO   |
|---|---|
| <b>Identificación del problema, causas y soluciones</b> | <p>En este paso se pretende descomponer el problema e identificar sus causas y efectos. Por ello, se identifican subproblemas y responsables de su acontecimiento. Entonces, se recomienda identificar:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La causa del problema.</li> <li>• Los factores que permiten la existencia y continuidad del problema.</li> <li>• Las personas afectadas con el problema.</li> <li>• Los aspectos y efectos del problema (Promsex, 2020, p. 35).</li> </ul> |

<sup>60</sup>El artículo 205 de la Constitución Política del Perú establece que “agotada la jurisdicción interna, quien se considere lesionado en los derechos que la Constitución reconoce puede recurrir a los tribunales u organismos internacionales constituidos según tratados o convenios de los que el Perú es parte”.

|  |  |
|--|--|
| <p><b>Elección de la acción</b></p>                    | <p>Supone la elección de la causa del problema que se atenderá mediante el litigio estratégico, por ello, para determinar su viabilidad se consideran los siguientes criterios de priorización:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Rango de la norma que se busca cuestionar.</li> <li>• Vía judicial adecuada para declarar el problema.</li> <li>• Identificación de la víctima o accionantes en el caso.</li> <li>• Competencias del órgano jurisdiccional.</li> <li>• Posición de las autoridades jurisdiccionales sobre el problema.</li> <li>• Consenso entre organizaciones.</li> <li>• Número de personas beneficiadas directamente.</li> <li>• Viabilidad jurídica del caso.</li> <li>• Impactos adversos (Promsex, 2020, p 38).</li> </ul> |
| <p><b>La identificación y el rol de la víctima</b></p> | <p>Tiene como partida la identificación del perfil de la víctima, el cual es un factor clave para las aspiraciones del litigio estratégico. Entonces, se requiere que la víctima comprenda la trascendencia del caso para la colectividad. Además, se tiene como criterios de selección:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La identificación con el caso y el colectivo que se ve representado.</li> <li>• La conciencia de la complejidad y dureza del caso.</li> <li>• No tener necesidad inmediata de dinero, que sea susceptible de transar para evitar el juicio.</li> <li>• Disponibilidad de tiempo (Promsex, 2020, pp. 38-39).</li> </ul>   |
| <p><b>Mapeo de personas actoras</b></p>                | <p>Contempla la identificación de personas que cumplen roles de actuación en el desarrollo de litigio estratégico. Así que, se necesita conocer su perfil, decisiones previas, conocimientos en derechos sexuales y reproductivos y demás elementos que nos permitan identificarlas como “personas aliadas, opositoras o quienes se ubican en una franja intermedia” (Promsex, 2020, p.42). Por ende, se puede estudiar el perfil de jueces u otras organizaciones con las que se pretenda generar alianzas (Promsex, 2020, p.43).</p>   |
| <p><b>Estrategia mediática</b></p>                     | <p>Consiste en el plan de medios para visibilizar el litigio estratégico y debe considerar los siguientes objetivos: “i) informar sobre el estado del proceso, ii) que la sociedad empatice con nuestra posición sobre el caso y, de esa manera, iii) influir en quién va a decidir nuestro caso” (Promsex, 2020, p.43).</p> <p>Además, siempre se debe considerar que los medios de comunicación tienen sus propias agendas, entonces, se necesitan identificar aliados. En esa línea, será necesario que en la estrategia mediática se consideren:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Alianzas previas con medios.</li> <li>• Vocerías claras, es decir, identificar a quienes responderán ante llamados de la prensa.</li> </ul>                  |

|  |  |
|--|--|
|  | <ul style="list-style-type: none"> <li>• Interlocutores identificados, consiste en identificar a quienes solo buscan contactar con las víctimas o el equipo legal para desprestigiarlos.</li> <li>• Formatos planificados, es decir, la selección del mejor formato para la declaración de la víctima ante medios, evitando situaciones de revictimización o violencia.</li> <li>• <i>Media training</i> o entrenamiento en medios, que supone la preparación para un óptimo desenvolvimiento en entrevistas o eventos, mediante respuestas claras y sencillas (Promsex, 2020, p.44).</li> </ul> |
|--|--|

Fuente: Elaboración propia, a partir de la Guía de capacitación y formación sobre litigio estratégico en derechos LGBTI (Promsex, 2020).

## 2. El litigio estratégico a través de la lucha a favor de la AOE

En 1994, el Estado peruano, al ser parte de la aprobación del Programa de Acción de El Cairo<sup>61</sup>, reconoció que los derechos sexuales y reproductivos son derechos humanos, previamente reconocidos en diversos tratados internacionales. En ese sentido, estos derechos tienen como base el derecho de las personas, en forma individual y en pareja, a decidir libremente el número de hijos que quieren tener, el “derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva” y otros (Naciones Unidas, 1994, párr. 7.3.). Adicionalmente, entre otros compromisos, el Perú asumió que los programas de planificación familiar deben suministrar productos anticonceptivos de la más alta calidad (Naciones Unidas, 1994, literal c), párr. 7.23).

Sin embargo, recién en el 2001, se emite la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, que incorpora en las normas de planificación familiar la distribución gratuita de la AOE en las instalaciones del Ministerio de Salud (Minsa). Empero, la AOE no fue distribuida hasta que, en 2006, un grupo de mujeres obtuvo un fallo favorable del TC. La sentencia contenida en el Expediente N.º 07435-2006-PC/TC declaró fundada la acción de cumplimiento presentada y ordenó que el Minsa cumpla con las resoluciones que disponían la distribución de la AOE (p. 16). Sin embargo, en 2009, la Sentencia del Expediente N.º 02005-2009-PA/TC ordenó que el MINSa se abstenga de distribuir gratuitamente la AOE alegando dudas razonables sobre el efecto abortivo del referido anticonceptivo. Esta disposición se condicionó al descubrimiento de futuras evidencias científicas.

---

<sup>61</sup> Documento aprobado por el Estado peruano durante la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo desarrollada entre el 5 y 13 de septiembre de 1994 en la ciudad de El Cairo, Egipto. El Programa de Acción del Cairo fue aprobado en 1994 por 179 gobiernos. No obstante, el Estado solo presentó su reserva respecto a la párr. 8.25. del Capítulo VIII, sobre la prohibición de promover el aborto como método de planificación familiar.

Frente a ese contexto que, en el 2016, la ciudadana Violeta Gómez Hinojosa, acompañada por Promsex, interpone una demanda de amparo en contra del Minsa, con el propósito de que se le ordene informar y distribuir gratuitamente la AOE en todos los centros de salud públicos.

En 2019, el proceso obtiene un primer fallo favorable por parte del Primer Juzgado especializado en lo constitucional de Lima que aplicó el control de convencionalidad y advirtiendo efectos desproporcionados en las mujeres que no pueden acceder gratuitamente al AOE, ordenó la inaplicación del fallo del TC. Ante este resultado, el Minsa se abstuvo de apelar la decisión que le ordenaba distribuir la AOE; sin embargo, la organización ALA Sin Componenta, incorporada como al proceso, apeló el fallo por considerar que la AOE era abortiva (Promsex, s.f.).

En 2020, el recurso fue elevado a segunda instancia, donde la Primera Sala Civil de Lima declaró la improcedencia de la demanda y estimó que el TC era el único competente para revisar el caso. Ante ello, Promsex interpuso un recurso de agravio constitucional que fue concedido y envió el caso al TC a inicios de 2021 (Promsex, s.f.).

En marzo de 2023, el TC emitió la Sentencia N.º 197/2023, donde reconoce el derecho de las mujeres a acceder, sin discriminación, con información previa y de forma gratuita a la AOE en cualquier centro de salud a nivel nacional, con particular atención a la situación de las mujeres víctimas de violencia sexual y en situación de pobreza económica. Además, el TC ordena al Minsa que desarrolle una política pública para la distribución gratuita de la AOE.

## 2.1 La AOE como elemento garantizador de los derechos sexuales y reproductivos

Según la OMS (2022), la AOE es un anticonceptivo que actúa impidiendo la ovulación, lo que significa que no actúa cuando la mujer ya está embarazada y, por lo tanto, no tiene el efecto de provocar abortos. Por esta razón, se recomienda su uso inmediato, luego de una situación que implique riesgo de embarazo, en una mujer o persona con capacidad de gestar, por una agresión sexual, una relación sexual sin protección o errores en el uso de otros anticonceptivos. A propósito de esta definición, en Perú, la discusión sobre la distribución de la AOE se centró en determinar si era abortiva, lo que provocó un impedimento en su distribución gratuita impidiéndole desde el 2009. Esto limitó su acceso solo quienes tenían conocimiento de su existencia y los medios económicos para comprarla en un establecimiento privado.

Es así como, el litigio estratégico realizado por Promsex en favor del AOE resulta trascendental porque el Tribunal Constitucional no sólo reconoce que la AOE no tiene efectos abortivos, sino que desarrolla otros supuestos que ayudarán a garantizar los derechos sexuales y reproductivos en el país:

- a. El TC ratifica que la AOE es un método de planificación familiar y requiere ser distribuido a nivel nacional de manera libre y gratuita para que todas las mujeres sin

discriminación puedan acceder a ella. El TC considera que la distribución gratuita se justifica en permitir que las personas accedan al AOE, independiente de su situación económica. En ese sentido, la distribución se realizará como parte de la política pública de planificación familiar a cargo del Minsa.

b. El TC precisa que el Estado, en el cumplimiento del artículo 6 de la Constitución, debe asegurar el acceso a los medios de planificación familiar y a la información adecuada sobre los métodos anticonceptivos, puesto que, el derecho a la información es el “presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer de modo libre, consciente y responsable” (párr. 49). Adicionalmente, el TC considera que es insuficiente la sola divulgación de información por páginas web institucionales y señala que es imperativo para el Minsa informar sobre el AOE, mediante campañas destinadas a publicitar su suministro gratuito. Sin embargo, el TC también debió optar por referirse a la necesidad de informar sobre la AOE como parte de los contenidos de la Educación Sexual Integral, que propicia conocimientos sobre los derechos sexuales y reproductivos, con bases científicas y adecuadas para cada etapa del desarrollo de niños, niñas y adolescentes (Unesco, 2018).

c. El TC respalda la inclusión del AOE en el kit para la atención de casos de violencia sexual hacia niñas y adolescentes, se sustenta en el artículo 6 de la Ley N.º 26843, Ley General de Salud, sobre la libre elección de los métodos anticonceptivos. Asimismo, el TC reconoce que el AOE incide en evitar embarazos no deseados producto de violación sexual en contra de niñas, adolescentes y mujeres (párr. 34), reiterando que “el libre acceso gratuito a la AOE de aquellas víctimas mujeres menores de edad, puede evitar que queden embarazadas por una violación sexual, lo que repercutirá favorablemente en su vida personal y en su proyecto de vida” (párr. 38). Aunque el TC evita pronunciarse sobre los efectos negativos de los embarazos producto de violación sexual en niñas y adolescentes, esta representaba una valiosa oportunidad para que el Tribunal cite entre sus fundamentos el Dictámen de L.C. vs. Perú<sup>62</sup>, ya que antes de la fecha de publicación de la Sentencia N.º 197/2023 aún no era emitido el Dictamen de Camila vs. Perú<sup>63</sup>. Los referidos dictámenes resultan importantes porque reconocen la afectación a derechos sexuales y reproductivos de mujeres menores de 18 años que fueron obligadas a continuar con embarazos producto de violación sexual.

d. El TC reconoce que los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres son derechos fundamentales. Estos derechos incluyen la capacidad de “decidir libre y responsablemente si desea tener hijos, la oportunidad de la reproducción, con

---

<sup>62</sup> LC vs. Perú. Negativa de aborto terapéutico a niña víctima de violación. Disponible en: <https://incidenciainternacional.Promsex.org/casos/l-c/>

<sup>63</sup> Camila vs. Perú. Persecución penal a niña embarazada por violación e inaplicación del Protocolo de Aborto Terapéutico. Disponible en: <https://incidenciainternacional.Promsex.org/casos/camila/>

qué frecuencia, cuántos hijos tener, elección de la persona con quien desea tener hijos, o elegir el método anticonceptivo de su preferencia” (párr. 41). Además, el TC indica que es imperativo para las mujeres tener “a su alcance toda la información y todos los métodos anticonceptivos que el Estado les pueda suministrar para que, en ejercicio de dicha libertad, puedan elegir de modo responsable e informado” (párr. 41).

En atención a los fundamentos expuestos por el TC, se advierte que el avance para la efectiva distribución gratuita del AOE, a partir de su reconocimiento constitucional, es significativo. Sin embargo, se identifican oportunidades de mejora en el desarrollo de los fundamentos de la sentencia, a saber, la ausencia de diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos que han desarrollado el contenido de los derechos sexuales y reproductivos.

Pese a estas limitaciones, el litigio estratégico en favor de la AOE ha iniciado un proceso de transformación social que permitirá la aceptación de otros derechos sexuales y reproductivos que actualmente se encuentran en controversia, como el acceso al aborto para los casos de violación, el reconocimiento de los matrimonios entre parejas del mismo sexo, entre otros.

### **3. El litigio estratégico como herramienta en la lucha feminista**

El litigio estratégico enfocado en materias de género ha surgido por iniciativa de los movimientos de mujeres en contra de las situaciones de violencia de género que las afectan en sus comunidades. Por lo que, desde la década de los 90 se ha registrado el uso del derecho como herramienta de los movimientos feministas para atender, reparar y visibilizar las graves violaciones a los derechos humanos que sufren las mujeres (Naciones Unidas, 2021).

Desde ese entonces, el derecho empieza a ser usado por las mujeres para cuestionar y lograr la realización sus derechos, pero es mediante el uso del litigio estratégico que se busca alcanzar los ideales feministas, puesto que, es una herramienta para la transformación social que materializa los métodos jurídicos feministas propuestos por Katharine T. Barlett.

#### **3.1 El litigio estratégico como método feminista**

Bartlett (2008), en su propuesta de los tres métodos feministas, establece los objetivos de la práctica feminista. En este contexto, el litigio estratégico, bajo el análisis de los citados métodos, demuestra su compatibilidad con los ideales feministas y la posibilidad de ser reconocido como un método en sí mismo por su capacidad transformadora y orientada a materializar los postulados de cada método. A continuación, se presentan los tres métodos propuestos:

## ▪ **Método 1: Introducción de la “pregunta por la exclusión”**

Este método se centra en cuestionar la neutralidad de las situaciones, a fin de identificar aquellos elementos que propician en las legislaciones o doctrinas la exclusión de la mujer, junto a otros grupos históricamente excluidos (Bermúdez, 2021). Entonces, ante una determinada normativa o regulación se pretende identificar cómo una aparente neutralidad puede excluir por el género o cualquier otro aspecto a las personas (Jimena, 2020).

Un ejemplo se observó en la Sentencia N.º 197/2023, cuando el litigio estratégico permitió evidenciar que, mientras el TC ha esperado los estudios científicos que reconociera como válidos para dilucidar su duda sobre el supuesto efecto abortivo de la AOE, en el Perú millones de mujeres se encontraron en una grave situación de desprotección por discriminación. Razón por la que, la prohibición de la distribución gratuita de la AOE sólo limitó su acceso a las mujeres pobres, mientras quienes tenían los recursos económicos podían seguir accediendo a ella sin verse afectadas por la prohibición.

## ▪ **Método 2: El razonamiento práctico feminista**

Este método incluye al primero, en la medida de considera las perspectivas de las mujeres sobre una situación jurídica, basándose en sus intereses y experiencias, pues busca visibilizar las perspectivas ignoradas (Bermúdez, 2021); en tanto, es un razonamiento con sensibilidad hacia las situaciones, atendiendo sus particularidades y el contexto de su desarrollo, a fin de expandir las “nociones tradicionales de razonamiento jurídico para hacer al proceso decisorio sensible a las características de un caso aún no reflejadas en la teoría legal” (Jimena, 2020, p. 123).

Así, por ejemplo, el litigio estratégico para la emisión de la Sentencia N.º 197/2023 logró posicionar en la petición para el inicio del proceso, la necesidad de distribuir gratuitamente la AOE, considerando el limitado o nulo acceso que tienen las mujeres en situación de pobreza económica a este anticonceptivo. Asimismo, otro objetivo alcanzado fue el reconocimiento constitucional de los derechos sexuales y reproductivos e identificación de la trascendencia de la distribución de la AOE, entre niñas, adolescentes y mujeres que lo requieran para evitar embarazos forzados, incluidos aquellos productos de violación sexual (Promsex, s.f.). En este sentido, se subraya que para el éxito del litigio estratégico se requiere que las víctimas comprendan el rol protagónico e impacto que generarán en la colectividad.

## ▪ **Método 3: La concientización, “memoriales de voces”**

Este método busca aumentar la toma de conciencia, mediante la propia experiencia, generando un conocimiento compartido y colectivo al identificar situaciones excluyentes y discriminatorias (Bermúdez, 2021). Luego, se expande la percepción hacia la sociedad para convertirse en una percepción pública que requiere la atención de

los eventos que se compartan, como la violencia hacia las mujeres (Jimena, 2020). En atención a ello, el litigio estratégico es una herramienta centrada en la transformación social, para atender al interés público, que se evidencia en casos como el de la Sentencia N.º 197/2023, que logró posicionar a nivel constitucional la protección de la distribución gratuita e informada de la AOE.

Al considerar los supuestos antes expuestos, se establece que el litigio estratégico es un método feminista que contribuye a alcanzar los ideales de igualdad, por su utilidad en futuros casos destinado a la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y las personas con capacidad de gestar.

### 3.2 Trascendencia del litigio para la defensa de derechos sexuales y reproductivos

El litigio estratégico es una herramienta feminista porque no solo atiende un caso particular de vulneración a derechos, sino que cuestiona a la administración de justicia y las diferentes entidades estatales competentes para la eliminación de la violencia en contra de las mujeres. Reconoce que las mujeres en su diversidad enfrentan una situación de discriminación estructural que afecta en gran medida el goce y ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

En ese sentido, se evidencia que el Estado tiene la obligación de adoptar las medidas pertinentes que busquen “eliminar las condiciones y luchar contra las actitudes que perpetúan la desigualdad y la discriminación [...] a fin de permitir que todas las personas y grupos disfruten de la salud sexual y reproductiva en condiciones de igualdad” (Naciones Unidas, 2016, párr. 35). Inclusive, la Política Nacional de igualdad de Género, aprobada en el 2019 por el Decreto Supremo N.º 008-2019-MIMP, identifica como problema público la “discriminación estructural contra las mujeres”<sup>64</sup>.

No obstante, el escenario nacional aún limita el reconocimiento de distintos derechos de las mujeres. Por citar algunos ejemplos, no se permite acceder al aborto terapéutico, se mantiene la criminalización del aborto en casos de embarazo por violación sexual, no existe legislación para la prohibición de la violencia obstétrica, se niega el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violación sexual, entre otros. En consecuencia, el

---

<sup>64</sup>En el marco de la igualdad de género, la Política Nacional de igualdad de Género ha definido a la discriminación estructural como:

[...] El conjunto de prácticas reproducidas por patrones socioculturales instalados en las personas, las instituciones y la sociedad en general. Esta discriminación se expresa en prácticas y discursos excluyentes y violentos que son avalados por el orden social, donde hombres y mujeres se relacionan a nivel social, político, económico y ético. Así también, esta discriminación se evidencia en las diferentes oportunidades de desarrollo y de consecución de planes de vida de las personas debido al hecho biológico de ser hombres o mujeres (2019, p.10).

litigio estratégico se emplea como herramienta feminista para posicionar en el debate público la defensa de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, a partir de casos particulares que adquieren trascendencia colectiva, debido a que sus sentencias cambian el reconocimiento mismo de las mujeres como sujetas de derecho, tal como se logró con la Sentencia N.º 197/2023 en favor de la AOE.

En adhesión a lo anterior, Roa y Klugman (2016) recomiendan formular las siguientes preguntas para un mejor litigio de los derechos sexuales y reproductivos:

¿Garantiza el Estado los derechos que podrían ser aplicables a la salud reproductiva?, ¿están informados los jueces acerca de los complejos debates técnicos y legales sobre derechos reproductivos? Los activistas, ¿son capaces de construir casos basados en estos derechos que sean atractivos para los jueces?, ¿pueden enviar mensajes claros y atractivos a la comunidad y crear oportunidades para conectarse con otros movimientos sociales?, ¿existen organizaciones dispuestas a movilizarse alrededor del proceso de litigio? (p. 114)

Las preguntas citadas no solo ayudan a evaluar las condiciones existentes en el ámbito judicial, sino que también convocan a las propias organizaciones en defensa de estos derechos a evaluar en sí mismas sus capacidades para la continuidad del litigio. Puesto que, con el litigio estratégico se busca, entre otros objetivos: i) permitir que la víctima o víctimas accedan a la justicia y logren la reparación que buscan; ii) crear precedentes para evitar casos similares; y, iii) lograr la transformación social.

Respecto al primer objetivo, el litigio estratégico se constituye como un conjunto de acciones que permiten el acceso a la justicia y medidas de reparación efectivas para la víctima o víctimas del caso que se presenta ante el fuero judicial. Por otro lado, el litigio estratégico, en casos de violación a los derechos sexuales y reproductivos, busca crear precedentes que eviten similares violaciones a los derechos humanos de las mujeres en su diversidad; inclusive, este litigio permite crear estrategias de incidencia con la sociedad civil para posicionar el caso durante el proceso judicial.

Seguidamente, cuando se indica que el litigio estratégico busca la transformación social, se enfatiza en el uso de la incidencia política como estrategia para visibilizar y organizar al equipo legal y a la sociedad civil en la presentación pública del caso. Según Bermúdez (2021), la mayoría de los casos sobre protección a los derechos de las mujeres, en el ámbito constitucional, han sido promovidos por las mujeres, lo cual se puede extrapolar a los litigios de derechos sexuales y reproductivos de mujeres en su diversidad. Así, el litigio estratégico como herramienta feminista requiere incorporar al debate público estos casos de vulneración a los derechos para propiciar el cambio en la percepción social sobre el sentido de urgencia en la atención de la discriminación estructural contra las mujeres.

Además, en casos donde la sentencia del proceso judicial sea contraria al resultado esperado del litigio, iniciar un debate público sobre el reconocimiento de determinados derechos sexuales y reproductivos de las mujeres puede facilitar cambios mediante

otras formas de intervención como la creación de nuevas normativas o políticas públicas.

## Conclusiones

Promsex define al litigio estratégico como aquel de alto impacto que, a partir de un caso específico, representa un interés público. Se trata de una herramienta jurídica que propicia la transformación social mediante la aprobación, reforma o creación de políticas públicas y/o medidas legislativas. En ese sentido, el litigio estratégico permite a las organizaciones de sociedad civil impulsar procesos que reformen aquellas situaciones que no son factibles de cambio mediante la incidencia.

Consecuentemente, la Sentencia N.º 197/2023, en la cual el Tribunal Constitucional establece que la AOE no es abortiva, es un ejemplo claro de la aplicación de un litigio estratégico para garantizar los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. La aplicación del litigio estratégico permitió reconocer a nivel constitucional el derecho de las mujeres a acceder a la AOE, sin discriminación, con información previa y de forma gratuita, en cualquier centro de salud a nivel nacional, visibilizando la importancia de la distribución gratuita de la AOE en los casos de violación sexual y entre las mujeres en condición de pobreza económica.

De lo antes señalado, se destaca que el litigio estratégico es una herramienta feminista para la continuidad del reconocimiento y protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en su diversidad. Por consiguiente, el litigio estratégico no sólo examina un caso específico de violación de derechos, sino que desafía al sistema judicial y a las diversas entidades estatales que tienen la competencia para prevenir, investigar, castigar y eliminar la violencia en contra de las mujeres, al reconocer que las mujeres en su diversidad enfrentan una situación de discriminación estructural que afecta gravemente el ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

## Bibliografía

Bermúdez, V. (2021). Género y derecho. Fondo Editorial PUCP: Lima.

Bartlett, K. (2008). Métodos Legales Feministas. Seminario de Integración en Teoría General del Derecho: Feminismo y Derecho. Recuperado de <https://www.pensamientopenal.com.ar/doctrina/89141-metodos-legales-feministas>

Didier F. y Zaneti H. (2019). Proceso Colectivo. Capítulo 1: Introducción al estudio del proceso colectivo (pp. 43-87). Palestra: Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (4 de febrero de 2023). Caso Olivera Fuentes vs. Perú. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_484\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_484_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (12 de marzo de 2020). Caso Azul Rojas Marín y otras vs. Perú. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_402\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_402_esp.pdf)

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de septiembre de 2006). Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Recuperado de [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_154\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf)

Corporación Humanas Colombia. (2015). Por una justicia para las mujeres: Litigio estratégico como apuesta feminista. Recuperado de [https://humanas.org.co/wp-content/uploads/2020/12/40.Litigio\\_final\\_completo.pdf](https://humanas.org.co/wp-content/uploads/2020/12/40.Litigio_final_completo.pdf)

Jimena, M. (2021). Violencia de Género y “Métodos Legales Feministas”: El caso de los amicus curiae (pp. 107-136). Recuperado de <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/185211>

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (4 de abril de 2019). Decreto Supremo N.º 008-2019-MIMP, Decreto Supremo que aprueba la Política Nacional de Igualdad de Género. Diario Oficial El Peruano.

Ministerio de Salud. (13 de julio de 2001). Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM. Disponible en: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/normas-legales/255650-399-2001-sa-dm>

Naciones Unidas. (2021). Litigio Estratégico en Violencia de Género: Experiencias de América Latina. Recuperado de <https://www.ohchr.org/sites/default/files/LE-AmericaLatina-SP.pdf>

Naciones Unidas. (2 de mayo de 2016). Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general núm. 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). E/C.12/GC/22. Recuperado de [https://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FGC%2F22&Lang=es](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=E%2FC.12%2FGC%2F22&Lang=es)

Naciones Unidas. (26 de julio de 2017). Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm.19. CEDAW/C/GC/35. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/11405.pdf>

Naciones Unidas. (13 de septiembre de 1994). Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994. A/CONF.171/13/Rev.1z. Recuperado de [https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd\\_spa.pdf](https://www.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/icpd_spa.pdf)

ONU Mujeres, CIM (2023). Guía para el litigio estratégico de casos de violencia contra las mujeres en la vida pública y política. América Latina y el Caribe. Recuperado de <https://lac.unwomen.org/es/digital-library/publications/2023/08/guia-para-el-litigio-estrategico-de-casos-de-violencia-contras-las-mujeres-en-la-vida-publica-y-politica>

Promsex. (s.f.). Caso AOE. Hoja resumen. Recuperada el 25 de enero de 2024 de <https://incidenciainternacional.Promsex.org/wp-content/uploads/2023/04/HojaResumenCasoAOE.pdf>

Promsex. (2020). Guía de capacitación y formación sobre litigio estratégico en derechos LGBTI. Recuperado de <https://Promsex.org/wp-content/uploads/2021/10/GuiaDeCapacitacionYFormacionSobreLitigioEstrategicoEnDerechosLGBTI.pdf>

Ramírez, B. (2016). El estado de cosas inconstitucional y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de derecho público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. Disponible en: <http://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/175395>

Roa, M. y Klugman, B. (2016). Considerar el litigio estratégico como una herramienta de promoción y defensa: un estudio de caso de la defensa de los derechos reproductivos en Colombia. Recuperado de [https://diassere.org.pe/wp-content/uploads/2019/06/rhm9\\_11.pdf](https://diassere.org.pe/wp-content/uploads/2019/06/rhm9_11.pdf)

Roa, M. y Klugman, B. (2019). El cambio social y los tribunales. Opciones en el conjunto de herramientas de los activistas para la promoción y defensa de los derechos. Cali: Editorial Universidad Icesi. DOI: <https://doi.org/10.18046/EUI/aceh.10.2019>

Tribunal Constitucional. (13 de noviembre de 2006). Expediente N.º 7435-2006-PC/TC. Lima. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.pdf>

Tribunal Constitucional. (16 de octubre de 2009). Expediente N.º 02005-2009-PA/TC. Lima. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

Tribunal Constitucional. (21 de marzo de 2023). Pleno. Sentencia N.º 197/2023. Expediente N.º 00238-2021-PA/TC. Lima. Disponible en: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00238-2021-AA.pdf>

UNESCO. (2018). Orientaciones técnicas internacionales sobre educación en sexualidad. Un enfoque basado en la evidencia. Recuperado de <https://www.who.int/es/publications/m/item/9789231002595>

World Health Organization Department of Sexual and Reproductive Health and Research (WHO/SRH) and Johns Hopkins Bloomberg School of Public Health/ Center for Communication Programs (CCP). (2022). Family Planning: A Global Handbook for Providers. Baltimore and Geneva: CCP and WHO. Recuperado de <https://fphandbook.org/sites/default/files/WHO-JHU-FPHandbook-2022Ed-v221114b.pdf>

# CAPÍTULO III

## RECORRIDO HISTÓRICO DE LOS PROCESOS JUDICIALES DEL AOE

**El derecho constitucional en la protección de los  
derechos sexuales y reproductivos: análisis de  
las sentencias del Tribunal Constitucional con  
relación a la AOE**

**Edith Arenaza Carbajal<sup>65</sup>**

---

<sup>65</sup> Abogada con estudios de Maestría en Derecho Constitucional en la PUCP. Investigadora y litigante especializada en casos de discriminación y violencia de género. Profesora en la Academia de la Magistratura. Actualmente se desempeña como Asesora de Litigio Estratégico de Promsex, siendo la abogada a cargo del caso AOE.

## Resumen

El artículo examina la situación actual de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en Perú a la luz de la jurisprudencia constitucional emitida por el Tribunal Constitucional en el caso denominado Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) durante el año 2023. El análisis de la jurisprudencia abarca todos los procesos judiciales seguidos a favor y en contra de la distribución gratuita del AOE. Utilizando un enfoque de género y de derechos humanos, se analizan los retrocesos y avances en las sentencias. En este marco, la autora describe los estándares desarrollados en materia de los derechos sexuales y reproductivos a través de jurisprudencia constitucional. Finalmente, reflexiona sobre los desafíos y retos para la implementación de los fallos ordenados por los órganos jurisdiccionales.

## Introducción

A través de diversos procesos constitucionales se han interpuesto demandas con el objeto de limitar y/o lograr la distribución de la anticoncepción oral de emergencia (AOE). Como resultado de estas demandas, las cortes constitucionales han emitido diversas sentencias mediante las cuales desarrollaron estándares y alcances de los derechos reproductivos de las mujeres en el Perú y su relación con la entrega del AOE.

En el presente artículo como primer punto se desarrolla el marco conceptual y el alcance de los derechos sexuales y reproductivos. Para tal fin, se emplea la doctrina, la base legal y jurisprudencial nacional e internacional que señalan que a través de los derechos sexuales y reproductivos se reconoce la facultad de las mujeres de decidir de forma libre e informada en todos los aspectos relacionados sobre el ejercicio de su sexualidad y reproducción

Seguidamente se aborda la discriminación contra la mujer y su impacto en los derechos sexuales y reproductivos, concluyéndose que la discriminación de género tiene un impacto en los derechos sexuales y reproductivos en la medida que impide o limita el servicio de salud sexual y reproductiva, a una educación sexual, el acceso a métodos anticonceptivos, como el AOE, entre otros.

Dado la afectación en los derechos sexuales y reproductivos que limitan el acceso a las mujeres más pobres y vulnerables a métodos anticonceptivos como el AOE, en el artículo se desarrolla el rol de la justicia constitucional en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Señalando que ante una amenaza o vulneración de dicho derecho -como es la limitación o el impedimento del acceso al AOE-, el juez constitucional a través de los procesos constitucionales tiene la obligación velar y tutelar por la plena vigencia del derecho y ordenar así las medidas concernientes a eliminar la amenaza o lesión de los derechos fundamentales en juego.

Además, en el artículo se desarrolla la importancia y necesidad de la distribución gratuita del AOE debido a su función de evitar un embarazo no deseado como

consecuencia de la falla de otro método o de una violación sexual. Finalmente, en el documento se analizan los avances y retrocesos en los estándares de los derechos sexuales y reproductivos que se han desarrollado en las sentencias del Poder Judicial y del Tribunal Constitucional.

## 1. Definición y alcance de los derechos sexuales y reproductivos

En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo se definió a los derechos reproductivos como derechos que ya están reconocidos en leyes nacionales y otros documentos internacionales sobre derechos humanos. Se señaló que estos derechos se fundan en el derecho básico de las personas de decidir si desean tener descendencia, el número de hijos e hijas, el espaciamiento de los nacimientos, entre otros (ONU, 1997).

En virtud de esta definición, estos derechos incluyen las siguientes dimensiones: a) ejercer la sexualidad de manera independiente de la reproducción sin ser víctima de violencia y/o discriminación, b) ejercer la reproducción sin discriminación y/o violencia, c) contar con una educación sexual y reproductiva, d) acceder a servicios médicos de calidad en salud sexual y reproductiva, d) acceder a métodos de planificación familiar y anticoncepciones de emergencia, e) contar con atención en temas de fertilidad (reproducción asistida) y otros conexos (ONU 1997, p. 37).

La actual Constitución Política del Perú de 1993 reconoce los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres a través de los derechos a la vida, a la salud, al desarrollo de la personalidad, a la igualdad y no discriminación y otros derechos fundamentales conexos señalados en el artículo 2 de esta carta magna.

El Tribunal Constitucional del Perú a través de su jurisprudencia también se ha referido a la salud sexual y reproductiva, señalando que

[el] derecho a la salud se relaciona con el ámbito sexual y reproductivo, es decir, con aquellos propiedades, entre otras, que permitan al hombre y a la mujer el ejercicio normal de su actividad sexual, la protección de su integridad física y psíquica, la autodeterminación en cuanto a las posibilidades de reproducción, la atención médica prenatal y postnatal (atenciones de salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos independientemente de su condición social o ubicación geográfica). Así como, relacionado con los derechos a la información y a la educación, el acceso rápido y eficaz a la información y educación sexual (TC, 2012, Fundamento 86).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH), cuyos pronunciamientos son vinculantes para el Perú de conformidad con el artículo 55 y de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se ha pronunciado sobre los derechos sexuales y reproductivos. Este organismo señaló que

[e]l derecho a la salud sexual y reproductiva es parte del derecho a la salud. El derecho a la salud sexual y reproductiva se relaciona, por una parte, con la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo y su salud sexual y reproductiva, libre de toda violencia, coacción y discriminación. Por el otro lado, se refiere al acceso tanto a servicios de salud reproductiva como a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos (Corte IDH, 2021, fundamento 192).

En este marco, se puede señalar que los derechos sexuales y reproductivos tienen como fundamento los derechos reconocidos en la Constitución y los tratados en materia de derechos humanos. Estos derechos también han sido reconocidos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la Corte IDH. En todos estos instrumentos, mediante los derechos sexuales y reproductivos, se reconoce la facultad de las mujeres de decidir de forma libre e informada en todos los aspectos relacionados sobre el ejercicio de su sexualidad y reproducción. Por esta razón, los Estados tienen el deber de tomar todas las medidas necesarias a fin de garantizar este derecho humano.

## **2. La discriminación y violencia contra las mujeres y su impacto en los derechos sexuales y reproductivos**

Las sociedades tradicionalmente han asignado roles de género, también denominadas normas de género, en base al sexo asignado. A las personas de sexo femenino se les atribuye las siguientes cualidades y roles como atracción por los hombres, delicadeza, sentimentalismo, sacrificio, maternidad y tareas de cuidado. A las personas de sexo masculino se les asigna las siguientes cualidades y roles como atracción por las mujeres, fortaleza, ser proveedores del hogar y racionales (Castillo, 2019).

De esta manera, cuando las mujeres no siguen estas normas culturalmente asignadas a su sexo, sufren discriminación y/o violencia (psicológica, física, sexual o económica). Esta violencia es ejercida en distintos espacios como la familia, la sociedad y el propio Estado. Estas prácticas discriminatorias y violentas tienen como objetivo sancionar el incumplimiento de normas sociales y/o corregirlas al estándar aceptado socialmente. De este modo, esta discriminación y violencia es cotidiana, normalizada, institucionalizada y estructural (Corte IDH, 2020).

Dicha discriminación y/o violencia se da también en el ámbito sexual y reproductivo, cuando se quiere imponer a las mujeres el llevar un embarazo que pone en grave riesgo su salud y/o vida, cuando se exige a las mujeres sacrificar su salud y/o vida por la continuidad de un embarazo, y cuando se otorga el derecho a terceras personas a decidir sobre el cuerpo y o salud de la gestante. Asimismo, cuando se niega a las mujeres el acceso a métodos anticonceptivos como la AOE.

La Corte IDH ha visibilizado otros estereotipos de género frecuentemente sufridos por las mujeres en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, los mismos que constituyen

graves violaciones a su autonomía: “i) las mujeres son identificadas como seres vulnerables e incapaces de tomar decisiones confiables y consistentes, lo que conlleva a que profesionales de la salud nieguen la información necesaria para que las mujeres puedan dar su consentimiento informado; ii) las mujeres son consideradas como seres impulsivos y volubles, por lo que requieren de la dirección de una persona más estable y con mejor criterio, usualmente un hombre protector, y iii) las mujeres deben ser quienes deben llevar la responsabilidad de la salud sexual de la pareja, de modo tal que es la mujer quien dentro de una relación tiene la tarea de elegir y usar un método anticonceptivo” (Corte IDH, 2016, p.187).

Por tales razones, esta discriminación y violencia por razones de género en el ámbito sexual y reproductivo tiene un gran impacto negativo en los derechos humanos de las mujeres, como el derecho a la vida, salud, igualdad y no discriminación, entre otros derechos conexos.

### 3. El rol de la justicia constitucional en la garantía de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres

En la Constitución Política del Perú de 1993 se han establecido garantías constitucionales como mecanismos para proteger el ejercicio efectivo de un derecho constitucional, como los derechos sexuales y reproductivos, ante la amenaza o vulneración de estos por parte de un tercero o mediante la aprobación de una norma. Así, en el Título V de la Carta Magna se establecen los procesos constitucionales y los órganos jurisdiccionales encargados de garantizar la vigencia de los derechos fundamentales.

Cuando existe una amenaza o vulneración de un derecho fundamental proveniente de un acto u omisión de un tercero o funcionario(a), la constitución establece los siguientes procesos constitucionales como garantía:

- a) **Proceso de hábeas corpus**, que procede cuando se vulnera o amenaza los derechos a la libertad de tránsito, integridad y otros conexos.
- b) **Proceso de amparo**, que procede contra la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación, a la educación y otros conexos que no son siguen en el proceso de habeas corpus.
- c) **Proceso de hábeas data**, que procede contra la amenaza o vulneración del derecho a la información y la autodeterminación informativa.

Estos procesos son conocidos por el Poder Judicial en primera y segunda instancia, y pueden ser de conocimiento del Tribunal Constitucional en última y definitiva instancia mediante la figura de recurso de agravio constitucional.

Cuando mediante la aprobación de un reglamento o ley se amenace o viole un extremo de la constitución, se prevén las siguientes garantías constitucionales:

- d) **Proceso de inconstitucionalidad**, que procede contra cualquier norma con rango de

ley que vulnera algún extremo de la constitución. Este proceso es conocido únicamente por el Tribunal Constitucional.

e) **Proceso de acción popular**, que procede contra un reglamento que vulnera algún extremo de una ley o la constitución. Este proceso es conocido únicamente por el Poder Judicial en última instancia.

f) **Proceso de acción de cumplimiento**, que procede contra cualquier autoridad o funcionario(a) renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. Este proceso es conocido por el Poder Judicial en primera y segunda instancia y puede ser de conocimiento por el Tribunal Constitucional ante un recurso de agravio constitucional.

De esta manera, la constitución ha otorgado al Tribunal Constitucional y el Poder Judicial la competencia de conocer y resolver procesos constitucionales en última y definitiva instancia en las materias descritas. Por lo tanto, sus decisiones realizadas en el marco de la Constitución son vinculantes a toda la esfera del Estado y la sociedad.

Al resolver casos, los órganos jurisdiccionales constitucionales realizan una interpretación constitucional que puede traer como resultado una actividad creativa, ya que pueden determinar el significado o alcance de algún aspecto relevante que no está claro o es indeterminado en una disposición de la Constitución. Por este motivo, la interpretación añade algo nuevo, previamente no reconocido, a lo que se interpreta. Al conocer y resolver casos, el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional como resultado de la interpretación realizada pueden establecer estándares jurídicos para la mejor eficacia de los derechos fundamentales (Atienza, 1997).

En este sentido, para garantizar la vigencia y ejercicio efectivo de los derechos sexuales reproductivos de las mujeres, frente a cualquier amenaza o vulneración, la Constitución propone como herramienta la justicia constitucional, compuesta por el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en los términos y condiciones establecidos en la Carta Magna y el Código Procesal Constitucional-. Estos tribunales constitucionales, al conocer los casos, tienen el deber de garantizar los derechos que se encuentran en amenaza o vienen siendo vulnerados y, además, tienen la competencia para desarrollar estándares jurídicos en materia de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

## 4. La AOE y la necesidad de su distribución gratuita

La AOE es un método anticonceptivo creado para prevenir un embarazo no deseado luego de una relación sexual. Las píldoras anticonceptivas de urgencia impiden el embarazo evitando o retrasando la ovulación; razón por la que no pueden provocar un aborto, en tanto nunca se produjo un embarazo. La AOE puede utilizarse en diferentes situaciones después de una relación sexual: (a) En caso no se haya utilizado ningún método anticonceptivo, (b) en caso de agresión sexual cuando la mujer no estaba protegida por un método anticonceptivo eficaz, y (c) en caso de sospecha de falla del método anticonceptivo regular por uso inadecuado o incorrecto (OMS, 2021).

Según cifras del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), cada año, alrededor de 50.000 niñas y adolescentes de hasta 19 años se convierten en madres en

el Perú. En 2020, aproximadamente 1158 menores entre 10 y 14 años experimentaron una maternidad temprana, cifra que se incrementó en 2021 a 1437 equivalente a un 24% (UNFPA, 2022). Además, entre el 2020 y 2022, más de 15000 casos de delitos de violencia sexual a nivel nacional, fueron atendidos por la Defensa Pública del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Las cifras más altas de dichos casos corresponden a delitos de violencia sexual contra menores de edad, con un total de 1060 casos<sup>66</sup>.

Dada la alta tasa de violencia sexual en nuestro país, con énfasis en niñas y adolescentes, resulta importantísimo que las mujeres puedan acceder a la AOE de forma gratuita.

## 5. Procesos constitucionales en contra y a favor de la AOE

### 5.1 Proceso de cumplimiento: Primera sentencia del Tribunal Constitucional

En 1999, mediante Resolución N.º 465-99-SAIDM, el Estado peruano aprobó la Norma de Planificación Familiar, documento que integraba todos los aspectos involucrados en la salud reproductiva y que establecía como objetivo contribuir a poner a disposición de mujeres y hombres del Perú la más amplia información y servicios de calidad para que puedan alcanzar sus ideales reproductivos.

Asimismo, mediante la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, publicada el 17 de julio de 2001, se incorporó la AOE al listado de métodos anticonceptivos que debían ser distribuidos de forma gratuita a nivel nacional a fin de prevenir embarazos no deseados (numeral 01) o forzados (numeral 02).

Sin embargo, pese a estas normativas aprobadas, el Ministerio de Salud no brindaba ninguno de estos servicios ni proveía el método de emergencia. Esto configuraba un incumplimiento de las citadas normas por parte del ente rector en salud, interfiriendo en el goce de varios derechos reconocidos en la Constitución, en tratados de derechos humanos y en la ley. La falta de implementación de lo ordenado por dichas resoluciones tiene consecuencias discriminatorias, ya que las mujeres con recursos económicos podían acceder a la AOE en servicios de salud privados, mientras que aquellas que dependían del sistema público, administrado por el Ministerio de Salud, se veían privadas de este método.

En este contexto, en 2002, la ciudadana Susana Chávez y otras personas interpusieron una demanda de cumplimiento en contra del Ministerio de Salud. Como petitorio de la

---

<sup>66</sup> Fuente RPP. Disponible: <https://rpp.pe/peru/actualidad/mas-de-15-000-victimas-de-violencia-sexual-fueron-patrocinadas-por-defensores-publicos-durante-anos-de-la-pandemia-noticia-1429477>

demanda se solicitó que esta institución cumpla con las Resoluciones Ministeriales N.º 465-99-SAIMD y N.º 399-2001-SAIMD que garantizan la provisión y entrega de la AOE en todos los establecimientos de salud.

El caso fue conocido en primera instancia por el Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. Mediante una resolución con fecha 16 de junio de 2004, el juzgado declaró fundada la demanda y ordenó que el Ministerio de Salud “cumpla con lo establecido en la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, Normas de Planificación Familiar, y garantice la provisión e información de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) incorporada por la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SAIMD, en todos los establecimientos de salud a su cargo” (TC, 2006, p. 2). En su fundamentación, el juez destacó que las disposiciones contenían un mandato claro y cierto y expresó que, al no haberse acreditado el cumplimiento de la referida normativa, la demanda resulta fundada.

Ante el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio de Salud, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución con fecha 23 de marzo de 2006, resolvió la apelación planteada declarando la sustracción de la materia sin pronunciarse sobre el fondo. La fundamentación de la Sala fue que, mediante Resolución Ministerial N 536-2005-MINSA, del 18 de julio de 2005, se ha dejado sin efecto la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM. En consecuencia, señaló que no existía un mandato vigente como requisito indispensable para amparar la demanda de cumplimiento.

El 16 de junio de 2006, las demandantes interpusieron recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional peruano, señalando que la nueva norma no derogaba el mandato, sino que lo explicitan y desarrollan, estableciendo que la AOE debía ser objeto de información y provisión para todas las personas que accedieron a los servicios de salud del Estado. “[Además especifica su mecanismo de acción, tasa de eficiencia, indicaciones, características, modo de uso, contraindicaciones, manejo de reacciones secundarias y programación de seguimiento, datos que en la norma anterior no aparecían” (TC, 2006, p. 3). También, señalaron que, al declarar el archivamiento de la causa, la Sala no ha resuelto la controversia planteada, puesto que el problema seguía latente, por lo que se solicitó que el petitorio en cuestión debería ser *contextualizado y actualizado* conforme lo prevé el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. De modo que, al mantenerse vigente el mandato que no ha sido aún cumplido por el Ministerio de Salud, no se habría producido la sustracción de la materia.

Diversas instituciones, como la Defensoría del Pueblo, la Organización Mundial de la Salud, la Organización Panamericana de la Salud, el Fondo de Población de las Naciones Unidas, la Sociedad Peruana de Ginecología y Obstetricia, el Colegio Médico del Perú y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, presentaron amicus y escritos ante el Tribunal Constitucional apoyando la distribución de la AOE.

En 2006, el Tribunal Constitucional del Perú por primera vez emitió una sentencia sobre el AOE, recaída en el Expediente TC N.º 7435-2006/TC. En dicha sentencia declaró fundada la acción de cumplimiento y ordenó al Ministerio de Salud distribuir la AOE de forma efectiva e informada de acuerdo con las normas de planificación

familiar vigentes. Los argumentos del tribunal fueron que la argumentación de la Sala sólo privilegió el aspecto formal del mandato, porque si bien las normas que lo contenían fueron derogadas; sin embargo, la obligación seguía vigente porque la nueva norma mantuvo las mismas obligaciones que se derivan del mandato. Por lo tanto, no se presentaba el supuesto de sustracción de la materia (Fundamento 7). Así, el tribunal señaló que en estricto acatamiento de las normas y de sus mandatos vigentes, del mandato constitucional de eficacia de las normas legales y de los actos administrativos, al haberse probado que el Ministerio de Salud no cumple el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos de la AOE de manera gratuita y otros métodos anticonceptivos de manera gratuita (Fundamento 21).

## 5.2 Proceso de amparo: Segunda sentencia del Tribunal Constitucional

En 2004, la ONG religiosa ALA Sin Componenda inició un proceso en contra del Ministerio de Salud. El petitorio de la demanda tenía como objetivo prohibir la distribución de la Anticoncepción Oral de Emergencia por considerarla abortiva.

El 17 de agosto de 2005, el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado de Lima declara fundada en parte la demanda, argumentando que al ejecutar el Programa de Distribución Pública de la denominada *píldora del siguiente* se podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no descartarse la posibilidad del “tercer efecto” del fármaco.

Ante la apelación del Ministerio de Salud, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de noviembre de 2008 y tras sucesivas discordias, revocó la sentencia en el extremo en que se declara fundada la demanda y reformándola la declara fundada sólo en parte. La Sala argumentó su decisión 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, no siendo determinante para impedir la implantación en el útero. El colegiado declaró infundados los otros extremos de la demanda respecto a que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener un supuesto carácter abortivo.

En el 2009 el Tribunal Constitucional emite la sentencia del caso, bajo el Expediente TC N.º 02005-2009-PA/TC. En este proceso, el tribunal declara fundada la demanda interpuesta y ordena al Ministerio de Salud no distribuir el AOE en los centros de salud públicos del país. El colegiado tomó esta decisión al considerar que correspondía aplicar el principio precautorio, al tener dudas sobre los efectos del AOE “(...) *el mundo científico se encuentra fisurado respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación (...) Dada esta realidad (...) 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 (...)*” (Fundamento 51). Por tal razón, advierte que la decisión adoptada no era inmutable “(...) *la decisión de ninguna*

*manera podría pretender ser inmutable (...), 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” (Fundamento 52).*

Sin embargo, el Tribunal Constitucional si bien prohibió la distribución gratuita en los centros de salud, no prohibió la venta de AOE en farmacias privadas y en establecimientos comerciales. Tal es así, que el colegiado constitucional señaló que *“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 (...)” (Fundamento 55).*

### **5.3 Proceso de amparo: Tercera sentencia del Tribunal Constitucional**

El 18 de julio de 2014, Violeta Cristina Gómez Hinostriza acompañada y representada por Promsex interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el fin que dicha entidad informe y distribuya gratuitamente el denominado AOE en todos los centros de salud estatales, a fin de que todas las mujeres puedan acceder, de manera libre e informada, a dicho producto y, de este modo, puedan evitar exponerse a embarazos no deseados y/o forzados. Esta pretensión es amparada en la conculcación de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la información, a la autodeterminación reproductiva, entre otros. También, se alegó que la demandante tiene el derecho a acudir a la vía judicial en su condición de mujer en edad reproductiva y al haber sido afectada con la prohibición de no poder acceder gratuitamente al AOE en los centros de salud del Estado, además de que se está ante un caso de protección de intereses difusos.

Durante la tramitación del proceso de amparo, la parte demandante solicitó una medida cautelar a efectos de que se ordene la distribución gratuita de la AOE de manera provisional en los centros de salud del Estado. El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte de Justicia de Lima, a través de la Resolución 3, de fecha 19 de agosto del 2016, concedió la medida cautelar de no innovar, ordenando al Minsa reactivar la distribución gratuita del AOE en cumplimiento de lo dispuesto.

El Primer Juzgado Constitucional mediante resolución 47 de fecha 2 de julio de 2019, declaró fundada la demanda y, en consecuencia, ordenó al Ministerio de Salud informar y distribuir en forma gratuita la AOE en todos los establecimientos de salud del Estado. El juzgado sustentó su decisión en lo siguiente: a) conforme lo señala la OMS y la OPS, la AOE no es abortiva; b) la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica ha descartado que el embrión califique como concebido; y c) solamente se encuentran imposibilitadas de acceder a la AOE las personas de escasos recursos económicos, por lo que resulta discriminatoria.

Ante la apelación interpuesta por ONG Acción de Lucha Anticorrupción Sin Compenenda, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante

Resolución 9 de fecha 16 de septiembre de 2020, declaró improcedente la demanda al considerar que no procede el amparo contra amparo contra un pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional.

Frente a la sentencia de segunda instancia, la demandante interpuso un Recurso de Agravio Constitucional. El caso escaló al Tribunal Constitucional que, en 2023, emitió una nueva sentencia sobre el AOE, recaída en el Expediente N.º 00238-2021-PA/TC. En esta nueva sentencia, el tribunal declara fundada la demanda interpuesta y ordena al Ministerio de Salud desarrollar como política pública la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia.

Al analizar el caso, el TC advierte preliminarmente que en el presente caso no se está frente a un supuesto de amparo contra amparo. Sino ante una demanda constitucional que tiene por objeto adaptar la jurisprudencia constitucional a la evidencia científica actual. Situación prevista por el Tribunal Constitucional en el Fundamento 52 de la Sentencia N.º 02005-2009-PA/TC (fundamento 11).

El Tribunal Constitucional declara fundada la demanda bajo los siguientes argumentos. Si bien el derecho a la vida es un bien jurídico tutelado por excelencia, la evidencia científica y las conclusiones - a las que han arribado el Minsa, la OMS, la OPS y la FDA - demuestra que la AOE no es abortiva. Así, en virtud de que el *“(...) libre acceso gratuito a la AOE de aquellas víctimas mujeres menores de edad, puede evitar que queden embarazadas por una violación sexual (...). Por consiguiente, es importante que la AOE continúe siendo parte del kit para la atención de casos de violencia sexual, y que se refuerce las acciones correspondientes para su distribución”* (Fundamento 38). Además, ampara la demandada, con base en los derechos reproductivos de las mujeres, que reconocen el derecho a decidir libre y responsablemente si desean procrear, la oportunidad de la reproducción y la frecuencia. Por esta razón, resulta indispensable que el Estado provea a las mujeres toda la información y los métodos anticonceptivos, entre los cuales se encuentra la AOE (Fundamento 41). Finalmente, declara fundada la demanda en virtud de la obligación del Estado de asegurar el acceso a la AOE de forma gratuita, pues de no ser así se estaría excluyendo del acceso a este método a aquellas personas que, por su condición económica, no puedan comprarla. La abstención del Estado de distribuirla gratuitamente violaría el derecho fundamental a la igualdad y no discriminación (Fundamento 45).

## 6. Reflexiones

La jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional sobre la AOE ha sido cambiante. Inicialmente, en el proceso de cumplimiento, el colegiado constitucional ordenó, en 2006, que el Ministerio de Salud distribuya este método anticonceptivo de emergencia en los centros de salud como parte de la política de planificación familiar. Tres años después, en 2009, el Tribunal Constitucional emite una sentencia cuestionable, mediante la cual prohíbe la distribución de este método por parte del Estado por tener dudas sobre un posible efecto abortivo. Finalmente, en 2023, luego de comprobar que la píldora no tiene efectos abortivos, el TC ordenó al Ministerio de Salud

que distribuya la AOE y la incorpore como política pública.

La sentencia emitida por el TC, en 2009, en la que prohíbe la distribución del AOE por parte del Minsa, sin duda representó un grave retroceso para los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en nuestro país. Esto fue especialmente perjudicial debido a los altos índices de embarazo adolescente y casos de violencia sexual. Esta sentencia también afectó otros derechos fundamentales de las mujeres como el derecho a la igualdad y no discriminación, pues si bien prohibió la distribución gratuita de la AOE por parte del Estado, sí permitió que el este método siga siendo comercializado, creando una práctica discriminatoria contra las mujeres de escasos recursos, que no podrían acceder a este método al no poder pagarlo. Siendo así, solo las mujeres con capacidad económica podrían acceder a la AOE para prevenir un embarazo no deseado o forzado.

Pasaron siete años para que las mujeres de escasos recursos puedan acceder a la AOE, posible gracias a la medida cautelar ordenada por el Primer Juzgado de Lima en 2016. Este proceso finalmente llegó al Tribunal Constitucional y, en 2023, declaró fundada la demanda confirmando la constitucionalidad de la medida cautelar.

Mediante la sentencia del 2023, el colegiado constitucional da por concluido el cuestionamiento de inconstitucionalidad de la distribución gratuita del AOE por parte del Ministerio de Salud. Así también, mediante esta sentencia, se desarrollan estándares jurídicos en materia de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres. Tal es así, que se establece, con base a la evidencia científica, que la píldora anticonceptiva no es abortiva. Se determina con base a los derechos reproductivos de las mujeres, que el Estado tiene la obligación de proveer todos los métodos disponibles, como la AOE. Se reconoce la trascendencia de la AOE en la prevención del embarazo producto de una violación y la importancia de este método en la garantía del derecho al libre desarrollo de la personalidad de las víctimas de abuso sexual. Y por último, se destaca que limitar el acceso a este método anticonceptivo en virtud de la capacidad económica de las mujeres, constituye una vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación en conexión con los derechos reproductivos.

## **7. Retos y desafíos en la ejecución en la sentencia de la AOE**

La sentencia del 2023 de la AOE es definitiva y tiene la calidad de cosa juzgada. Esto quiere decir que no es posible reabrir la discusión jurídica que originó la interposición de la demanda. Por tal motivo, el Ministerio de Salud -que es la parte demandada- tiene la obligación de implementar el fallo del Tribunal Constitucional y establecer como política pública la distribución nacional gratuita del anticonceptivo oral de emergencia.

En este marco, resulta oportuno señalar que establecer como política pública la distribución gratuita de la AOE implica que la entidad demandada desarrolle las siguientes acciones:

- a) Garantizar el presupuesto necesario para dotar a todos los centros de salud a

nivel nacional de este método anticonceptivo.

b) Garantizar la disponibilidad de este método anticonceptivo en todos los centros de salud.

c) Garantizar procedimientos y protocolos que regulen la entrega del AOE.

d) Garantizar la capacitación a los y las profesionales que brindarán asesoría en materia de salud sexual y reproductiva y entregarán el AOE.

e) Garantizar una educación sexual integral sin prejuicios y con base en la evidencia científica.

En ese sentido, el Ministerio de Salud debe garantizar el cumplimiento de todas las acciones descritas a fin de dar cumplimiento real al fallo del Tribunal Constitucional, ya que de lo contrario no se podrá garantizar la distribución gratuita de la anticoncepción oral de emergencia de manera libre e informada para las personas con capacidad de gestar.

## Conclusiones

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N.º 00238-2021-PA/TC deja en claro que la distribución gratuita de la AOE por parte del Estado es una medida constitucional. El TC tomó esta decisión al considerar que forma parte de los derechos reproductivos, el acceder y gozar de los métodos anticonceptivos disponibles, razón por la cual, las mujeres tienen el derecho de acceder de manera libre e informada a la anticoncepción oral de emergencia. Asimismo, al reconocer que la AOE ayuda a prevenir embarazos forzados resultantes de una violación sexual, motivo por el cual, resulta necesario la distribución gratuita de la AOE por parte del Estado debido a los altos índices de violencia sexual en el país. Finalmente, el colegiado constitucional señaló que el Estado tiene la obligación de proporcionar de forma gratuita este método anticonceptivo, ya que limitar su acceso con base a la disponibilidad económica de las personas con capacidad de gestar, vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación y otros derechos conexos de las mujeres de escasos recursos.

De presentarse nuevas demandas o proyectos de ley que busquen restringir los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres, limitando el acceso gratuito a la AOE, estas serían contrarias a la jurisprudencia constitucional vinculante y deberían ser archivadas.

## Bibliografía

Aguilo, J. (2004). La Constitución del Estado Constitucional. Lima: Palestra.

Atienza, M. (1997). Los límites de la interpretación constitucional. Isonomía N.º 6.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (30 de noviembre de 2016). Sentencia del Caso I.V. Vs. Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (12 de marzo de 2020). Sentencia del Caso

Azul Rojas Marín y otra Vs Perú.

Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de noviembre de 2021). Sentencia del Caso Manuela y otros Vs. El Salvador. Excepciones preliminares. Fondo, Reparaciones y Costas.

Clacai. (2021). Aborto en América Latina: Abogacía, Trabajo en Red y Estándares de Protección.

Díaz, I., Rodríguez, J. y Valega, C. (2019). "Feminicidio: interpretación de una violencia basada en género". Lima.

Díaz, J. y Ramírez, B. (2013). El aborto y los derechos fundamentales.

Organización Mundial de la Salud. (2021). Nota informativa sobre Anticoncepción de urgencia.

Naciones Unidas (1994). Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. El Cairo, 5 a 13 de septiembre de 1994.

Pérez, A. (2001). Derechos humanos, Estado de derecho y constitución. Madrid: Tecnos, 7ª edición.

Villanueva, R. (2006). Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos. Revista IIDH.

Abad, S. (2008). La validez constitucional del aborto terapéutico. A propósito de un protocolo que pretende establecer criterios uniformes. Avocatus 18-2008-I, Universidad de Lima.

Tribunal Constitucional de Perú. (13 de noviembre de 2006). Sentencia N.º 7435-2006-PC/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (16 de octubre de 2009). Sentencia N.º 02005-2009-PA/TC. Recuperada de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (12 de diciembre de 2012). Sentencia N.º 00008-2012-PI/TC. Recuperado de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.pdf>

Tribunal Constitucional del Perú. (21 de marzo de 2023). Sentencia N.º 00238-2021-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00238-2021-AA.pdf>

UNFPA. (26 de setiembre de 2022). Se debe visibilizar el embarazo y la maternidad adolescentes para construir un mejor futuro para las niñas y adolescentes del Perú. Recuperado de <https://peru.unfpa.org/es/news/>

# ANEXOS

## I. SENTENCIAS DEL AOE

### 1. Primera Sentencia del Tribunal Constitucional N.° 7435-2006/TC



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 7435-2006-PC/TC  
LIMA  
SUSANA CHÁVEZ ALVARADO Y OTRAS

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de noviembre de 2006, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto adjunto, del magistrado Mesía Ramírez

#### ASUNTO

Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por doña Susana Chávez Alvarado y otras contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 143, su fecha 23 de marzo de 2006, que sin pronunciarse sobre el fondo de la demanda interpuesta declaró la sustracción de la materia y el archivo de la causa.

#### ANTECEDENTES

##### a) La demanda

Con fecha 18 de setiembre de 2002, las recurrentes interponen demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud a fin de que en cumplimiento de las Resoluciones Ministeriales N.ºs 465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM se garantice la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo. Sostienen que en virtud de la primera resolución el Ministerio de Salud aprobó las normas de planificación familiar, teniendo como objetivo el de “Contribuir a poner a disposición de mujeres y hombres del Perú la más amplia información y servicios de calidad para que puedan alcanzar sus ideales reproductivos”; que mediante la segunda, en cambio, se ampliaron las normas de planificación familiar incorporándose el AOE como uno de los métodos anticonceptivos.

Añaden que “pese a las disposiciones señaladas, actualmente ninguno de los servicios del Ministerio de Salud informa o provee el método de Anticoncepción Oral de Emergencia”. De este modo, señalan las demandantes, se configuraría un incumplimiento que interfiere en el goce de varios derechos reconocidos en la Constitución, en los tratados de derechos humanos y en la ley. Sostienen que la falta de implementación de lo ordenado por dichas resoluciones tiene consecuencias discriminatorias, ya que “(...) aquellas mujeres con recursos económicos suficientes pueden acceder a ella acudiendo a un servicio de salud privado. Sin embargo, este método disponible para algunas mujeres se les niega a aquellas



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que no pueden pagar un servicio privado de salud y se ven obligadas a acudir a los servicios públicos de salud que dependen del Ministerio” de salud.

### b) Inadmisibilidad de la demanda

Con fecha 25 de octubre de 2002, la demanda fue declarada inadmisibile por el Sétimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima debido a que algunas de las demandantes no subsanaron algunos defectos formales (firma de la demanda por algunas de las demandantes) dentro del plazo otorgado por el Juzgado, ordenándose el archivamiento de la causa (fojas 45). Las recurrentes apelaron esta decisión y, mediante resolución de fecha 23 de octubre de 2003, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima declaró nulo el auto que ordenó el archivamiento de la causa y dispuso que se vuelva a calificar la demanda, debido a que la omisión de algunas demandantes no podía afectar a las otras.

Mediante resolución de fecha 15 de enero de 2004, el Sétimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima dispuso la admisión a trámite de la demanda y el correspondiente traslado a la parte emplazada.

### c) Contestación de la demanda

Con fecha 10 de febrero de 2004 (fojas 92), el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente. Manifiesta que las demandantes no adjuntaron las normas administrativas cuyo cumplimiento se exige, de manera que “no existe el título expreso e inobjetable de orden legal para tal efecto”.

Del mismo modo, el Procurador Público sostiene que “(...) la llamada píldora anticonceptiva oral de emergencia no ha sido implementada porque existe incertidumbre científica respecto a los mecanismos de acción del mismo y antes de propender a su utilización el Ministerio de Salud ha solicitado información técnica adecuada puesto que el producto requiere de un alto nivel de información para ser utilizado en forma segura, sus contraindicaciones son numerosas y puede provocar reacciones adversas de moderada intensidad que requieren un uso profesional supervisado (...)”. En consecuencia, considera que no existe incumplimiento o inercia de parte del Ministerio de Salud, sino más bien cautela y mesura en su implementación.

### d) Resolución judicial de primera instancia

El Sétimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, mediante Resolución de fecha 16 de junio de 2004, declaró fundada la demanda y ordenó que el Ministerio de Salud “cumpla con lo establecido en la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, Normas de Planificación Familiar, y garantice la provisión e información de la anticoncepción oral de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

emergencia (AOE) incorporada por la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, en todos los establecimientos de salud a su cargo”. En su fundamentación, el *a quo* recuerda que las disposiciones cuyo cumplimiento se solicita tienen un mandato cierto y expreso, el mismo que está contenido en el punto IV, rubro Ámbito, de las normas del programa de planificación familiar, que en su segundo párrafo, establece: “El cumplimiento de las obligaciones aquí descritas es obligatorio para las Direcciones Departamentales de Salud, Establecimientos del Ministerio de Salud, EsSalud, Fuerzas Armadas y Policía Nacional y las Organizaciones No Gubernamentales registradas en el Ministerio de Salud que realicen actividades de planificación familiar”, por lo que al no haberse acreditado el cumplimiento de la referida normativa, la demanda resulta fundada.

### e) Apelación

La Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud apela la sentencia argumentando que la resolución cuyo cumplimiento se solicita “ya ha sido cumplida por el sector salud, al expedir, con fecha 28 de junio del 2004, la Resolución Ministerial N.º 668-2004/MINSA, de fecha 21 de junio del presente año, que aprueba las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Reproductiva”. Sostiene que al haberse incluido el método anticonceptivo oral de emergencia dentro del documento aludido, en “una primera fase” y de “acuerdo a la disponibilidad presupuestal” se repartirán 8 mil ejemplares de las Guías Nacionales, por lo que considera que en el caso de autos se habría producido la sustracción de la materia.

### f) Resolución judicial de segunda instancia

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 23 de marzo de 2006, resolvió la apelación planteada declarando la sustracción de la materia y, sin pronunciarse sobre el fondo, dispuso el archivamiento de la causa. La Sala estimó que mediante la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, se ha dejado sin efecto la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, cuyo cumplimiento se demanda, al haberse aprobado la Norma Técnica de Planificación Familiar (NT N.º 032-MINSA/DGSP-V01), cuya finalidad es actualizar la normatividad aprobada por la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM. En consecuencia, concluye la Sala, en el caso de autos no existe un mandato vigente como requisito indispensable para que la demanda de cumplimiento sea amparada.

### g) Recurso de agravio constitucional

Mediante recurso de agravio constitucional (fojas 191) de fecha 16 de junio de 2006, las recurrentes argumentan que la Sala se equivoca puesto que la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA mantiene el mismo mandato contenido en las Resoluciones Ministeriales cuyo cumplimiento se solicitaba en la demanda. En su opinión, “la nueva norma, lejos de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

derogar el mandato, lo explicita y desarrolla”, en la medida [en] que no sólo establece que la Anticoncepción Oral de Emergencia debe ser objeto de información y previsión para todas las personas que accedan al servicio de salud del Estado, sino porque “además especifica su mecanismo de acción, tasa de eficiencia, indicaciones, características, modo de uso, contraindicaciones, manejo de reacciones secundarias y programación de seguimiento, datos que en la norma anterior no aparecían”.

Señalan asimismo que, al declarar el archivamiento de la causa, la Sala no ha resuelto la *litis* planteada, puesto que el problema sigue latente, por lo que solicitan que el petitorio en cuestión “debe ser contextualizado y actualizado” conforme lo prevé el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. De modo que al mantenerse vigente el mandato que no ha sido aún cumplido por el Ministerio de Salud, a criterio de los demandantes, no se habría producido la sustracción de la materia.

### **h) Posiciones institucionales sobre el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE)**

#### **h.1.) Amicus Curiae**

Ante esta instancia se han presentado, en calidad de *amicus curie*, las siguientes instituciones:

#### **La Defensoría del Pueblo**

La Defensora del Pueblo mediante informe presentado con fecha 25 de setiembre de 2006, se ratificó en las conclusiones del Informe Defensorial N.º 78 “La anticoncepción oral de emergencia” y señaló que la anticoncepción oral de emergencia no tiene efecto alguno después de haberse producido la implantación. Por lo tanto, no afecta el embarazo ya iniciado y, en ese sentido, no es abortiva. De acuerdo con la bibliografía científica la Defensoría estima que la anticoncepción oral de emergencia tiene dos efectos: prevenir la ovulación y espesar el moco cervical para dificultar la migración espermática, es decir, actúa antes de la fecundación. En ese sentido, por Resolución Defensorial N.º 040-2003/DP, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de diciembre de 2003, la Defensoría del Pueblo recomendó al Ministerio de Salud distribuir la anticoncepción oral de emergencia.

#### **Asociación Acción de Lucha Anticorrupción “Sin componenda”**

La mencionada Asociación mediante escrito de 29 de setiembre de 2006, hace conocer su rechazo a la distribución de la “píldora del día siguiente” y al aborto, así como su posición contraria a la Defensoría del Pueblo.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5

## **La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS)**

El Representante de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en el Perú, mediante informe presentado el 12 de octubre de 2006, señaló:

“La comunidad científica internacional coincide plenamente en que la AOE no es abortiva y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio. Esta afirmación está respaldada por el trabajo de instituciones científicas de amplio prestigio internacional. No existe un solo estudio científico que demuestre que la AOE tiene un efecto abortivo.

El acceso a la AOE es 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 y sus consecuencias.

Como queda claramente sentado, la AOE actúa antes de que se produzca la fecundación. En virtud de ello, en el proceso de incorporación de la AOE en los servicios de salud o en la distribución comercial, resultan del todo innecesarias las discusiones sobre el momento en que se inicia la vida humana, o sobre el momento en que el producto de la fecundación es objeto de derechos. De la misma manera, en lo relativo a la AOE resulta irrelevante la definición de embarazo y en todo caso cualquier discusión sobre el aborto”.

## **Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)**

El Representante del Fondo de Población de las Naciones Unidas en el Perú mediante informe presentado el 12 de octubre de 2006 coincidiendo con la posición de la OMS y de la OPS concluyó lo siguiente:

“El acceso a la AOE es un asunto de derechos humanos pues los derechos reproductivos garantizan que las personas cuenten con la información y puedan acceder a la más amplia gama de métodos anticonceptivos; y, como se ha señalado, la salud sexual y reproductiva es un elemento esencial del derecho a la salud regulado en el artículo 12º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Cabe asimismo señalar que internacionalmente existe consenso en considerar que “la falta de atención de los derechos reproductivos de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

6

la mujer limita gravemente sus oportunidades en la vida pública y privada, incluidas las oportunidades de educación y pleno ejercicio de sus derechos económicos y políticos.”

### **Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología**

Mediante informe de fecha 23 de octubre de 2006, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología señala que la anticoncepción oral de emergencia contribuye en el ámbito de la salud pública a reducir la mortalidad materna y a prevenir las consecuencias de los embarazos no deseados. Igualmente, consideran que con base en la evidencia científica de nuestra época el AOE no tiene efectos sobre endometrio o que tenga efectos abortivos.

### **h.2.) Colegio Profesional**

#### **Colegio Médico del Perú**

El Colegio Médico del Perú, mediante carta N.º 1074-SI-CMP-2006, de fecha 10 de octubre de 2006, a solicitud de este Colegiado, señaló:

“El Colegio Médico del Perú considera que la incorporación de la AOE en los Programas de Planificación Familiar que desarrolla el Ministerio de Salud resulta médica y legalmente procedente, en razón de que los estudios han ratificado que la AOE no tiene carácter abortivo”.

### **h.3.) Posiciones institucionales puestas en conocimiento del Tribunal por los *Amicus Curae***

#### **Ministerio de Salud**

El Ministerio de Salud constituyó mediante Resolución Suprema 007-2003-SA, de fecha 11 de setiembre de 2003, una Comisión de Alto Nivel encargada de analizar y emitir un informe científico-médico y jurídico sobre la anticoncepción oral de emergencia. Dicha Comisión, con fecha 9 de diciembre de 2003, concluyó:

“1. La evidencia científica actual ha establecido claramente que los mecanismos de acción de la anticoncepción hormonal oral de emergencia impiden o retardan la ovulación e impiden la migración de los espermatozoides por espesamiento del moco cervical. Por lo tanto, actúan antes de la fecundación.

2. Se ha probado que tales mecanismos no tienen acción adversa alguna sobre el endometrio, por lo que no se puede asignar efecto abortifaciente a la anticoncepción hormonal oral de emergencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7

3. La anticoncepción oral de emergencia, incorporada a las Normas de Planificación Familiar mediante Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, posee pleno sustento constitucional y legal.

4. La disponibilidad de la anticoncepción hormonal oral de emergencia en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria e informada, idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas de todo el país con el correspondiente registro sanitario”.

### Ministerio de Justicia

El Ministerio de Justicia, mediante Oficio N.º 516-2004-JUS/ DM, de fecha 10 de junio de 2004, dirigido al Ministerio de Salud, emite un informe sobre la incorporación de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) como método anticonceptivo en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar. En este Informe se señala:

“Que si el estado actual de la medicina ha determinado que los únicos efectos de la AOE hormonal son anticonceptivos y si existen estudios suficientes y actuales que demuestren que la AOE –ingerida en la dosis recomendada- no ocasiona cambios en el endometrio que impidan la anidación o la implantación, puede concluirse que se trata de un método no abortivo y que su inclusión en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar es constitucional.

Estando a lo anterior, la AOE hormonal no violaría norma constitucional o legal alguna toda vez que, según indica el Ministerio de Salud, los mecanismos de acción de la AOE hormonal son anteriores a la fecundación (pacífica y unánimemente entendida en la ciencia médica como la unión de un óvulo y un espermatozoide). Es decir, la AOE hormonal no pondría en peligro el derecho y el respeto a la vida y menos aún podría ser considerada abortiva.

Las opiniones legales no pueden –ni deben- cuestionar los resultados y conclusiones provenientes del ámbito científico ya que el objeto de la disciplina del Derecho no es el conocimiento científico y técnico de los hechos biológicos. Esa tarea le compete a la ciencia médica especializada, con vista a los avances que se van dando en ese campo.

Por las consideraciones anteriores, el Ministerio de Justicia es de la opinión de que el uso de la AOE hormonal, en tanto no afectaría la implantación del óvulo ya fecundado (es decir el anidamiento del huevo fecundado), no sería inconstitucional ni ilegal pues no atentaría contra el derecho y el respeto a la vida consagrado en la Constitución Política del Perú, y recogido en el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley General de Salud, la Ley de Política



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

8

Nacional de Población y las declaraciones y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos. En tal sentido, la incorporación de la AOE hormonal a las Normas del Programa de Planificación Familiar es conforme con el ordenamiento jurídico nacional”.

#### **h.4.) Posiciones institucionales de las Iglesias**

Si bien el artículo 50.º de la Constitución reconoce la independencia y autonomía del Estado frente a las iglesias, esto es, el carácter laico del Estado Peruano, este Colegiado consideró oportuno solicitar y considerar las posturas de algunas Iglesias.

#### **La Iglesia Católica**

La Encíclica *Evangelium vitae*, del Papa Juan Pablo II, del 25 de marzo de 1995, señaló:

“Se afirma con frecuencia que la anticoncepción, segura y asequible a todos, es el remedio más eficaz contra el aborto. Se acusa además a la Iglesia católica de favorecer de hecho el aborto al continuar obstinadamente enseñando la ilicitud moral de la anticoncepción. La objeción, mirándolo bien, se revela en realidad falaz. En efecto, puede ser que muchos recurran a los anticonceptivos incluso para evitar después la tentación del aborto. Pero los contravalores inherentes a la « mentalidad anticonceptiva » —bien diversa del ejercicio responsable de la paternidad y maternidad, respetando el significado pleno del acto conyugal— son tales que hacen precisamente más fuerte esta tentación, ante la eventual concepción de una vida no deseada. De hecho, la cultura abortista está particularmente desarrollada justo en los ambientes que rechazan la enseñanza de la Iglesia sobre la anticoncepción. Es cierto que anticoncepción y aborto, desde el punto de vista moral, son males específicamente distintos: la primera contradice la verdad plena del acto sexual como expresión propia del amor conyugal, el segundo destruye la vida de un ser humano; la anticoncepción se opone a la virtud de la castidad matrimonial, el aborto se opone a la virtud de la justicia y viola directamente el precepto divino « no matarás ».

A pesar de su diversa naturaleza y peso moral, muy a menudo están íntimamente relacionados, como frutos de una misma planta. Es cierto que no faltan casos en los que se llega a la anticoncepción y al mismo aborto bajo la presión de múltiples dificultades existenciales, que sin embargo nunca pueden eximir del esfuerzo por observar plenamente la Ley de Dios. Pero en muchísimos otros casos estas prácticas tienen sus raíces en una mentalidad hedonista e irresponsable respecto a la sexualidad y presuponen un concepto egoísta de libertad que ve en la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

9

procreación un obstáculo al desarrollo de la propia personalidad. Así, la vida que podría brotar del encuentro sexual se convierte en enemigo a evitar absolutamente, y el aborto en la única respuesta posible frente a una anticoncepción frustrada.

Lamentablemente la estrecha conexión que, como mentalidad, existe entre la práctica de la anticoncepción y la del aborto se manifiesta cada vez más y lo demuestra de modo alarmante también la preparación de productos químicos, dispositivos intrauterinos y « vacunas » que, distribuidos con la misma facilidad que los anticonceptivos, actúan en realidad como abortivos en las primerísimas fases de desarrollo de la vida del nuevo ser humano.”

### **La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días**

La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, mediante carta de fecha 2 de noviembre de 2006, a solicitud de este Colegiado, expresó que si bien su Iglesia no tiene una posición oficial sobre el AOE, las autoridades eclesiásticas han aconsejado a sus miembros que “sólo bajo inusuales y extenuantes circunstancias el uso de este método anticonceptivo puede ser justificado. Tales circunstancias podrían ser que la relación sexual sea el resultado de una violación o incesto o para salvar la vida de la madre”. Añaden además que “la decisión con respecto a cuántos hijos tener y cuando tenerlos es extremadamente íntima y privada y debe ser entre los esposos y el Señor”.

### **La Asociación de los Testigos de Jehová**

La Asociación de los Testigos de Jehová, mediante carta de fecha 3 de noviembre de 2006, a pedido del Tribunal, señaló:

“Siendo que la Biblia muestra que la vida de una persona empieza después de la concepción, una cristiana evitaría cualquier anticonceptivo que impida el desarrollo de un óvulo fertilizado. Como su nombre da a entender, un AOE consiste en el uso, posterior al coito, de una droga para evitar un embarazo. Si el AOE permite la fertilización pero evita la implantación del óvulo fertilizado, es básicamente abortiva. Un indicativo de que el AOE permite la fertilización, pero evita la implantación es el significativo aumento de embarazos ectópicos (en las trompas de falopio) entre las que usan AOE.

Algunas cristianas usan píldoras anticonceptivas para prevenir la fecundación o concepción, ya que los fabricantes afirman que estas tienen varios mecanismos para evitar un embarazo, como detener la



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

ovulación y alterar el transporte del espermatozoides para evitar la fertilización.

Como organización, la Asociación de los Testigos de Jehová no participa en campañas de promoción u oposición a iniciativas legislativas. La Biblia señala que “cada uno llevará su propia carga de responsabilidad” (Gálatas 6:5). En consecuencia, creemos que cada cristiano debe resolver incluso preguntas privadas y personales evaluando cuidadosamente el mecanismo de un AOE a la luz del respeto que muestra la Biblia por la santidad de la vida”.

### FUNDAMENTOS

#### §1. Delimitación del petitorio

1. Las recurrentes solicitan, mediante el presente proceso, el cumplimiento de la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, así como de la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, que al aprobar las normas sobre planificación familiar, dispusieron la incorporación del AOE como uno de los métodos anticonceptivos, así como su difusión y reparto en los hospitales y centros de Salud bajo la dirección del Ministerio de Salud.

Al interponer el respectivo recurso de agravio constitucional, han solicitado a este Colegiado que el mandato cuyo cumplimiento se solicita sea actualizado, en la medida en que aquellas normas que dieron lugar a la interposición de la presente demanda ya no se mantienen vigentes, y que similares contenidos se encuentran en la Resolución N.º 536-2005/MINSA de modo mucho más preciso.

#### §2. Sustracción de la materia y vigencia del mandato desde la perspectiva material

2. Antes de dar solución al caso concreto, este Colegiado debe determinar si se ha producido sustracción de la materia como sostiene la recurrida, o si es posible, por el contrario, un pronunciamiento sobre el fondo.
3. La recurrida estimó que mediante la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, se ha dejado sin efecto la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, de manera que, habiendo sido derogada la norma cuyo cumplimiento se demanda, se ha producido la sustracción de la materia porque ya no existe un mandato vigente.
4. Al respecto, debe tenerse presente que la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, del 25 de setiembre de 1999, aprobó las “Normas de Planificación Familiar”, las que en su numeral VII.A.1.a) señalan: “Se asegurará la libre elección y acceso informado de la



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

persona en la opción anticonceptiva que quieran tomar. Bajo ninguna circunstancia se aplicará algún método, sea temporal o definitivo, sin su consentimiento”.

Asimismo, en el numeral VII.A.1.k), se dispuso: “La atención y provisión de información y/o de insumos de métodos anticonceptivos son gratuitas en las instituciones del sector público”.

Igualmente, el numeral IV de las referidas normas dispone que “El cumplimiento de las obligaciones aquí descritas es obligatorio para las Direcciones Departamentales de Salud, Establecimientos del Ministerio de Salud, Essalud, Fuerzas Armadas y Policía Nacional y las Organizaciones No Gubernamentales registradas en el Ministerio de Salud que realicen actividades de planificación familiar”.

5. Mediante la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, del 17 de julio de 2001, se ampliaron las normas de planificación familiar (aprobadas por Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM), incorporándose la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) como un método anticonceptivo en el numeral VIII. C.3., sobre métodos anticonceptivos orales.

En base a las normas citadas las recurrentes solicitan que el Ministerio de Salud garantice la provisión e información de la anticoncepción oral de emergencia en todos los establecimientos de salud a su cargo.

6. Este Colegiado estima que la opción de la recurrida privilegió sólo el aspecto formal del mandato, porque si bien las normas que lo contenían fueron derogadas, desde la perspectiva material o sustancial la obligación seguía vigente porque la nueva norma mantuvo las mismas obligaciones que se derivaban del mandato. En efecto, la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, que aprueba la “Norma Técnica de Planificación Familiar”, establece lo siguiente:

Numeral VI. A.1. a): “Se asegurará la libre elección y acceso informado de la persona en la opción anticonceptiva que quieran tomar. Bajo ninguna circunstancia se aplicará algún método sea temporal o definitivo, sin su consentimiento libre e informado”.

Numeral VI.A.1.j): “La atención y provisión de información y/o de insumos de métodos anticonceptivos son gratuitas en las instituciones del sector público”.

Numeral VIII. I: Reconoce como uno de los métodos anticonceptivos la anticoncepción oral de emergencia.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Numeral IV.: “El cumplimiento de las disposiciones aquí descritas es obligatorio para las Direcciones Regionales de Salud, establecimientos de salud públicos y privados que realicen actividades de Planificación Familiar”.

7. De una simple comparación de las normas citadas se advierte que el mandato y las obligaciones que de ella se derivan para el Ministerio de Salud subsisten y en la práctica siempre se mantuvieron. Por ello, este Colegiado considera que, en el presente caso, no se presenta el supuesto de sustracción de la materia, porque esta no sólo debe ser formal sino material, es decir, que para que aquella resulte aplicable el mandato debe ser derogado en su integridad (material y formalmente), supuesto que no se ha dado en el caso de autos.

Adicionalmente a la razón expuesta, debe considerarse que la tramitación de la demanda fue objeto de una innecesaria dilación, por la aplicación de un excesivo formalismo del *a quo*, corregido por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. Sin embargo, este hecho produjo que después de un año, dos meses y quince días, la demanda recién fuera admitida. En tal sentido, persistir en la tesis de la sustracción llevaría a que las recurrentes, después de cuatro años de litigio, tuvieran que iniciar una nueva demanda de cumplimiento para exigir lo mismo que en la presente demanda, lo cual no se condice con la finalidad de los procesos constitucionales.

Sobre la base del principio de economía procesal y teniendo en cuenta que el mandato materialmente sigue vigente, este Colegiado estima que no hay sustracción de materia y que corresponde un pronunciamiento de fondo acerca de los mandatos contenidos y actualizados en la “Norma Técnica de Planificación Familiar”, aprobada por la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA.

### § 3. Análisis del caso concreto

10. El artículo 200º, inciso 6), de la Constitución Política del Perú establece que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. El Código Procesal Constitucional, por su parte, señala, en su artículo 66.º, que el proceso de cumplimiento tiene por objeto: 1) Ordenar que el funcionario o la autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; y, 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. El caso de autos se refiere al primer supuesto al tratarse del cumplimiento de normas legales.
11. Conforme al artículo 69.º del Código Procesal Constitucional, para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá que el demandante haya reclamado, por medio de documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo y que la



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. A fojas 10 obra la carta notarial dirigida por las recurrentes al Ministro de Salud solicitando el cumplimiento de lo demandado en el presente proceso, la cual no fue objeto de respuesta. Por tanto, las recurrentes han cumplido con este requisito de procedibilidad.

12. La Procuraduría del Ministerio de Salud alega que las demandantes no adjuntaron las normas legales cuyo cumplimiento se exige. Al respecto, este Colegiado advierte que tales normas han sido publicadas en el diario oficial “El Peruano” y en el portal electrónico del Ministerio de Salud, de manera que son de conocimiento público. Por ello, tal argumento debe rechazarse.

13. De otro lado, tratándose el presente caso del cumplimiento de normas legales de carácter general, conforme al artículo 67.º del Código Procesal Constitucional, las recurrentes tienen plena legitimidad por tratarse de la defensa de intereses difusos.

14. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 0168-2005-PC/TC, señalamos que el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. No sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces. Por tanto, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos (fundamentos 8 y 10).

15. Tal es la cuestión central en el presente caso, determinar si los mandatos de las normas legales cuyo cumplimiento se exige han sido eficaces o no. En el precedente citado, Exp. N.º 0168-2005-PC/TC, establecimos los siguientes requisitos que debía satisfacer el mandato previsto en una norma legal, para que pudiera ordenarse su cumplimiento: “(...) a) Ser un mandato vigente; b) Ser un mandato cierto y claro; es decir, debe inferirse indubitablemente de la norma legal; c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y, e) Ser incondicional, excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria”.

Las recurrentes alegan que los mandatos cuyo cumplimiento se exige son:

a) Asegurar la libre elección y acceso informado de la persona en la opción anticonceptiva que quiera tomar.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- b) La atención y la provisión de información y/o de insumos de métodos anticonceptivos son gratuitas en las instituciones del sector público.
- c) La anticoncepción oral de emergencia (AOE) es uno de los métodos anticonceptivos reconocidos por la norma técnica de Planificación Familiar.
- d) El cumplimiento de las disposiciones descritas es obligatorio para las Direcciones Regionales de Salud y establecimientos de salud públicos y privados que realicen actividades de Planificación Familiar.

Este colegiado considera que los mandatos cumplen con los requisitos mínimos exigidos en el precedente constitucional citado.

16. La Procuraduría Pública de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud sostiene que tales mandatos ya fueron cumplidos toda vez que, con fecha 28 de junio del 2004, mediante la Resolución Ministerial N.º 668-2004/MINSA, se aprobaron las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Reproductiva”. Al respecto, sostiene que al haberse incluido información referida al método anticonceptivo oral de emergencia, dentro del documento aludido, en “una primera fase” y de “acuerdo a la disponibilidad presupuestal” se repartirán 8 mil ejemplares, por lo que los mandatos exigidos ya fueron cumplidos. De otro lado, la Defensoría del Pueblo, ha señalado que en el 2005 se inició la distribución gratuita del AOE, pero que en la actualidad el Ministerio de Salud no está cumpliendo con la distribución de aquella en los centros de salud a nivel nacional<sup>1</sup>.

17. Este Colegiado estima que si bien las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Reproductiva” han sido aprobadas en junio de 2004, y pueden ser consultadas en el portal electrónico del Ministerio de Salud, es un documento de 272 páginas y, evidentemente, la información a que se refiere el mandato cuyo cumplimiento se exige, en rigor no se refiere a tales Guías, ya que estas están dirigidas a los profesionales del Sector Salud que atienden y reciben consultas de los pacientes y de las personas sobre el AOE. La información a que se refiere el mandato, evidentemente, es la que debe ser puesta a disposición de las ciudadanas y ciudadanos que lo soliciten.

18. En efecto, en una primera etapa, mayo de 2002 (fojas 13 y 14), el Ministerio de Salud, a través de un comunicado oficial, señaló sus reparos a la implementación del AOE, y si bien en junio de 2004 aprobó las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Reproductiva”, que incluye la guía que deberán usar los profesionales de la salud para informar adecuadamente a las personas sobre el uso del AOE, el Ministerio de Salud no ha probado que en la actualidad dicha información sea asequible a las personas que solicitan información sobre el AOE.

<sup>1</sup> Informe *Amicus Curiae* de la Defensoría del Pueblo.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

19. Con relación al segundo extremo del petitorio, referido a que el Ministerio de Salud deberá poner a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, las recurrentes han acreditado, por escrito de fecha 26 de marzo de 2006 (fojas 175), que varios hospitales<sup>2</sup> dependientes del Ministerio de Salud carecían de los insumos correspondientes al anticonceptivo oral de emergencia. Es de destacar que tal información es importante toda vez que no se trata de postas médicas sino de hospitales nacionales. Del mismo modo, la Defensoría del Pueblo ha constatado que, durante el período de abril a agosto de 2006, diversos centros de Salud de los Departamentos de Ayacucho, La Libertad y Piura no contaban con el AOE<sup>3</sup>. Esta muestra comprueba que la desatención es a nivel nacional.

20. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 09754-2005-PC/TC, este Colegiado señaló que la omisión formal se manifiesta cuando la administración no efectúa acto alguno a fin de dar cumplimiento al mandato establecido. La omisión material, en cambio, implica la realización por parte de la administración de cierta actividad, sin que con ello se cumpla el mandato de la norma. Tales actos, solo en apariencia demuestran el cumplimiento del mandamus, no pudiendo ser considerados, en consecuencia, como actos destinados a efectivizar la norma (fundamento 25). En el presente caso, la mínima actividad del Ministerio de Salud, de un lado, repartir las Guías Nacionales -que en rigor no satisfacen el requisito de la información masiva- y de otro lado, iniciar un reparto que luego es detenido, evidencian una omisión material.

21. En efecto, este Colegiado estima que el primer extremo del petitorio debe ser amparado, en el sentido de que el Ministerio de Salud debe poner la información sobre el AOE al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos. Igualmente, las recurrentes también han probado que el Ministerio de Salud no cumple el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos.

22. Por tanto, este Colegiado, en estricto acatamiento de las normas debidamente aprobadas por el Ministerio de Salud, de sus mandatos vigentes, del mandato constitucional de eficacia de las normas legales y de los actos administrativos, teniendo en cuenta los

<sup>2</sup> Hospitales Arzobispo Loayza, Casimiro Ulloa, Emergencias, Hermilio Valdizán, San Bartolomé, Hipólito Unanue, Sergio Bernales, Hospital Belén de Trujillo, Hospital Docente de Trujillo, Hospital Carlos Monge Medrano de Juliaca. Comunicaciones de los mencionados hospitales remitidas a las recurrentes (durante los meses de junio, julio y agosto de 2005, fojas 147 a 174).

<sup>3</sup> Informe *Amicus Curiae* de la Defensoría del Pueblo, donde se detalla: Ayacucho: Centro de Salud de Los Licenciados, Puesto de Salud de Huaschahura, Puesto de Salud de Rancho, Puesto de Salud de Santa Rosa de Cochabamba, Puesto de Salud de Luyanta, Centro de Salud de Ocos, Centro de Salud de Vinchos, Puesto de Salud de Ocollo, Puesto de Salud de Santa Ana. La Libertad: Hospital César Vallejo, Hospital Tomás Lafora, Hospital Regional Docente de Trujillo. Piura: Puesto de Salud de Malingas, Puesto de Salud I-2 KM 50.



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

diversos informes *amicus curiae* así como de las instituciones involucradas (los cuales han determinado que en el estado actual de la medicina los efectos del AOE son anticonceptivos), estima que las pretensiones de las recurrentes deben ser amparadas, toda vez que se ha evidenciado que, después de cinco años y tres meses de vigencia de los mandatos exigidos, el Ministerio de Salud se ha mostrado renuente a su cumplimiento.

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

### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de cumplimiento; y en consecuencia, cúmplase con las resoluciones vigentes a la fecha materia de la presente demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA  
GONZALES OJEDA  
ALVA ORLANDINI  
VERGARA GOTELLI  
LANDA ARROYO  
MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 7435-2006-PC/TC  
LIMA  
SUSANA CHÁVEZ ALVARADO Y  
OTRAS

## FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Si bien comparto, en su integridad, los fundamentos jurídicos y la decisión adoptada por el Pleno del Tribunal, estimo que la sentencia pudo ser complementada y reforzada con un pronunciamiento desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

### 1. Los derechos constitucionales y el presente caso

Si bien es verdad que en el expediente N.º 2002-2006-PC/TC, el Tribunal Constitucional determinó que en un proceso de cumplimiento no se evalúa la violación de derechos constitucionales, también lo es que indirectamente se puede alcanzar su tutela cuando el mandato claro, concreto y vigente, dispuesto en la ley o en el acto administrativo se encuentre indisolublemente ligado al ejercicio de determinados derechos fundamentales.

En tales supuestos, el Tribunal no emite un pronunciamiento de fondo sobre tales derechos, sino que procede a un análisis del caso concreto, teniendo como referente los derechos constitucionales implicados.

En el presente caso, las accionantes han hecho patente esta estrecha vulneración cuando refieren que el incumplimiento del *mandamus* contenido en las normas cuyo cumplimiento se exige, estaría afectando diversos derechos de las mujeres que acuden a los centros hospitalarios del Estado.

### 2. Derecho de igualdad

Las demandantes manifiestan que la renuencia del Ministerio de Salud a cumplir con las Resoluciones Ministeriales conlleva una discriminación en perjuicio de las mujeres más pobres que no pueden acceder al uso del AOE mediante su compra en las farmacias. No comparto dicho criterio porque la decisión estatal de no repartir el AOE no se dirige a un sector determinado de la población sino que tiene un alcance general. No es una negativa a entregar la pildora a cierta clase de mujeres, sino que constituye una decisión de no repartirla a nadie.

No obstante, no encuentro razonable que si el AOE se vende libremente en las farmacias, el Estado se niegue a entregarlas en las dependencias estatales a las mujeres de toda condición social, económica y cultural, previa información en el marco de las políticas nacionales de



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

salud y de planificación familiar. Más aún cuando existe normatividad vigente que obliga a ello.

La negativa del Estado de informar y poner a disposición los insumos del AOE a las personas que los necesitan puede significar, en ciertos casos, un trato injusto que puede ser conjurado con su simple expedición. En efecto, sin que se trate de un acto discriminatorio, la renuencia estatal puede tener un grado de inequidad, por decir lo menos, si se tiene en consideración:

- a) Que las mujeres de escasos recursos económicos no pueden acceder a este método en los establecimientos privados de comercialización ni en los establecimientos públicos de salud.
- b) Que se impide a las mujeres niñas, adolescentes y jóvenes con escasa o ninguna información acceder al conocimiento sobre los alcances y las bondades de los diversos métodos de planificación familiar.

### 3. Derecho a recibir información

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 19.º 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 2.º 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 6.º 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 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3

parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable.

#### **4. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía**

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 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 quien procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo.

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. Así lo tiene establecido la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en su artículo 16.º: “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 que conlleva la interdicción de cualquier política normativa destinada a impedir la decisión sobre el momento de ser madre.

No pretendo con estas interpretaciones legalizar el aborto, ya que es obvio que existen diferencias sustanciales entre el uso del AOE, que se ingiere en un lapso de incertidumbre porque la mujer no sabe a ciencia cierta si está o no embarazada; y una conducta típica, antijurídica y culpable, como es el aborto, que se consume con la expulsión violenta del no nato. Se trata, pues, de situaciones que tienen una connotación y alcance distinto y que deben recibir del derecho penal y del orden constitucional también un tratamiento diferente.

La utilización o no del AOE es un asunto de libertad de conciencia, situación ante la cual el Estado no puede intervenir. No obstante, se puede restringir su uso en los establecimientos públicos de salud, condicionándolo a un sistema de indicaciones que es competencia del legislador determinar. Este sistema puede estar basado en los siguientes acontecimientos:



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- *Motivaciones terapéuticas o médicas;* para evitar que el embarazo ocasione un grave daño para la vida o salud de la madre.
- *Motivación criminológica;* para evitar el embarazo por violación sexual.
- *Motivaciones eugenésicas;* cuando es probable que el concebido conlleve al nacimiento graves taras físicas.

Considero que no se puede dejar de lado una una realidad social y económica que representa también un grave atentado contra la dignidad. Según información proporcionada por la ENDES 2004 (Encuesta Demográfica y de Salud Familiar), el grupo más numeroso del total de mujeres en edad fértil está integrado por aquellas que frisan entre 15 y 20 años de edad y que constituyen el 19% de las mujeres en edad reproductiva. Anualmente el 12.7% de las adolescentes son madres o se encuentran por primera vez en estado de gravidez. Según datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática, en Lima Metropolitana, en el resto de la costa así como en la selva, la maternidad adolescente ha aumentado en el período 2000-2004. Las cifras de la ENDES demuestran que el nivel educativo de las mujeres embarazadas se distribuye según los siguientes porcentajes: 33.3% sin ningún tipo de educación, 33.4% con educación primaria, el 10% tiene estudios secundarios y sólo el 3.8% tiene estudios superiores. Estas cifras demuestran la relación directamente proporcional entre embarazos no deseados y niveles educativos bajos o personas con escasa o mínima información. Tampoco cabe duda de que esta relación también tiene vinculación con mujeres pobres, ya que esta condición es el primer obstáculo para el disfrute de los derechos fundamentales a la educación y a la información.

Como dato adicional habría que señalar que en el Perú una madre adolescente en estado de gravidez corre más riesgo de experimentar una muerte posparto, hemorragias, anemia, desnutrición, retraso en el alumbramiento, bajo peso del niño. Asimismo, según fuente del Ministerio de Salud, 185 madres peruanas mueren por cada 100 mil nacidos vivos, y de este total el 15% son adolescentes.

De acuerdo con cifras recientes del Instituto Nacional de Estadística e Informática, en el año 2005 hubo 6.268 denuncias de violación de la libertad sexual, cifra promedio que se ha mantenido en los últimos siete años pero que, en comparación con 1998 ha aumentado, dado que sólo se registraron 4.677 casos. El 73% de mujeres víctimas de violación sexual son menores de 18 años de edad frente al 21% que ya alcanzaron la mayoría de edad.

Esta situación social y económica que coloca a la mujer en grave estado de indefensión no puede escapar al intérprete de la Constitución. Los derechos de la mujer no pueden defenderse en sede de la justicia constitucional si quien está llamado a defenderlos no toma en cuenta los aspectos sociales, económicos y culturales que los determinan. Los derechos fundamentales como principios que inspiran el ordenamiento jurídico, sólo adquieren su



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

5

concretización como verdaderos derechos subjetivos, cuando el intérprete de la *lex legum* resuelve conflictos sociales que directamente les atañen. La Constitución no es un texto vacío, sino que es realidad social, derecho viviente. La declaración de un atributo de la persona es un simple principio que sólo adquiere contenido cuando el texto escrito de la Ley Suprema se enfrenta con la realidad. El texto muerto de la Constitución cobra vida y se actualiza cuando su intérprete resuelve problemas concretos.

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

La vida y la integridad de la mujer se ven seriamente amenazadas por embarazos no deseados que terminan en abortos practicados en condiciones clandestinas sin el cumplimiento de las más elementales reglas de higiene. La Organización de las Naciones Unidas ha señalado que la tasa de mortalidad materna podría disminuir entre 20% y 35% si se previenen embarazos involuntarios mediante el acceso a la planificación familiar, toda vez que constituye un derecho de las personas, tal como se regula en el artículo 10.º, inciso h), de la Convención sobre 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”.

La realidad social le impone al Estado la obligación objetiva de hacer todo cuanto esté a su alcance para evitar que las mujeres mueran por abortos clandestinos. El AOE puede jugar en ese sentido un papel gravitante. Esto no significa, sin embargo, que las políticas públicas de salud en materia de planificación familiar tengan que estar basadas fundamentalmente en la utilización de este método, sino que se trata de una alternativa excepcional, cuya utilización no le corresponde al Tribunal señalar, sino a los profesionales de la salud, y cuya decisión recae en las personas involucradas.

Desde esta perspectiva, el AOE constituye, frente a los abortos terapéuticos o criminológicos, una alternativa aceptable de cara a las repercusiones que produce en la integridad física, psíquica y moral de la mujer la expulsión violenta del feto.

Considero que la violación sexual constituye un trato cruel, inhumano y degradante que atenta contra la integridad de la persona y viola 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”. Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En consecuencia, si la violación sexual afecta la esfera psíquica, social y existencial, el aborto criminológico puede obviarse como un daño adicional al grave trauma que significa un trato sexual no deseado, si se permite el uso del



## TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

AOE. No es razonable, en consecuencia, que el Estado permita un doble padecimiento a las mujeres cuyo poder adquisitivo insuficiente no les permite acudir a las farmacias donde el AOE se expende libremente con la aquiescencia de la administración pública. No se justifica, en el libre juego del mercado, la venta lícita de un método anticonceptivo con la propia negativa del Estado a poner la información del AOE y sus insumos al alcance de las personas en los supuestos descritos.

### 6. Derecho a la salud

Creo, finalmente, que el derecho a la salud se encuentra directamente vinculado con el derecho a la vida, cuando la política estatal de planificación familiar soslaya una realidad manifiestamente palmaria, como es la práctica de abortos indiscriminados, clandestinos e insalubres, que conllevan un incumplimiento del artículo 11.º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que a la letra dice: “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales”.

También constituyen atentado a la salud los embarazos que ponen en riesgo la vida de la madre, los que conllevan una malformación congénita incompatible con la vida uterina; aquellos que son el resultado de un abuso sexual, o los que tienen lugar por inseminación artificial o transfusión de óvulos no consentidos, en la medida en que representan una vulneración de la integridad física, psíquica y moral.

Estos son diversos aspectos que pudieron ser desarrollados en el presente caso y si bien la mayoría estimó innecesario plantearlos, los pongo en consideración de la ciudadanía como una contribución al tema de los derechos reproductivos desde la óptica del Derecho Constitucional.

Sr.

MESÍA RAMÍREZ

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra  
SECRETARIO RELATOR (e)

# ANEXOS

## I. SENTENCIAS DEL AOE

### 2. Segunda Sentencia del Tribunal Constitucional N.° 02005-2009-PA/TC



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02005-2009-PA/TC  
LIMA  
ONG "ACCIÓN DE LUCHA  
ANTICORRUPCIÓN"

### 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 Siguiente” 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS 499

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS 500

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 1º de la Constitución) [STC N.º 01417-2005-PA, fundamento 2].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



artículo 5°, inciso 1), agrega: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”; y, en el artículo 11°, 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



- (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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS  
504

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.° 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,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
OTDS  
FOJAS... 0 505

una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores.

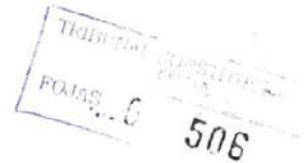
20. Aun así, y he ahí una de las claves de la controversia, del conjunto de normas anotadas, que por cierto no agotan a todas las que en nuestro ordenamiento hacen referencia a la vida y su protección jurídica desde la concepción, se aprecia que ninguna de ellas explica o define en qué momento del proceso vital se produce la concepción. Sin embargo, debe remarcarse 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,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 la 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, 16ª 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS 507

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*.

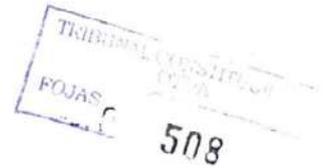
### §6. Aplicación de los principios de interpretación constitucional: La posición del Tribunal Constitucional respecto a la concepción

#### 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].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 *príus* 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].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 1°)-, 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.° 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 *autoritas* 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 irrepetible, 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 “Pildora 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
OTDA  
FOLIO 512

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

b. **TIBEX** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Farminindustria 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.farminindustria.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](http://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>).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS 513

e. **POST DAY** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Lafracol. 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



*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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
OTM  
FOJAS 515

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:

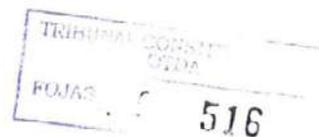
¿Cómo trabaja (actúa) Plan B?

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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](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

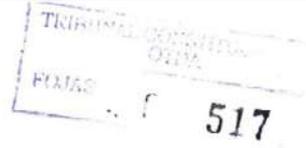
47. Junto a los principios que nos han servido de pauta interpretativa respecto al derecho a la vida; para la adopción de una posición respecto a la denominada "Píldora del Día Siguiente" y su acusada afectación al concebido con el denominado tercer efecto, que produciría cambios en el endometrio y no 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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.

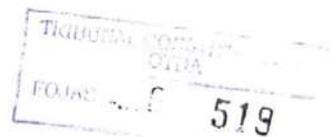
### §9. Algunas consideraciones en torno a la venta de la denominada “Píldora del Día Siguiente”

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.° 02005-2009-PA/TC  
LIMA  
ONG "ACCIÓN DE LUCHA  
ANTICORRUPCIÓN"

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 Siguierte".
2. Ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen la denominada "Píldora del Día Siguierte" 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

**Lo que certifico**

**FRANCISCO MORALES SARAVIA**  
SECRETARIO GENERAL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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.º 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.º 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.º 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
OTDA  
FOJAS 0 524

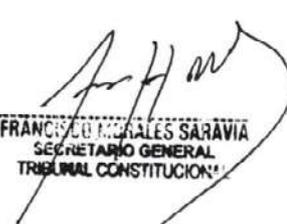
conciencia en la colectividad para llevarla a decisiones de responsabilidad con mejor conocimiento y libertad.

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

SS.

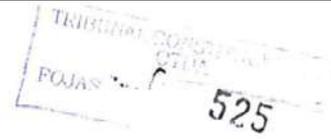
  
**VERGARA GOTELLI**

**Lo que certifico**

  
 **FRANCISCO MORALES SARAVIA**  
SECRETARIO GENERAL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 02005-2009-PA/TC  
LIMA  
ONG ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCIÓN  
SIN COMPONENTA Y OTRO

### 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 omnicomprensiva 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOIAS  
529

- *Los establecidos directamente por la propia Constitución:* (artículo 34°, 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.

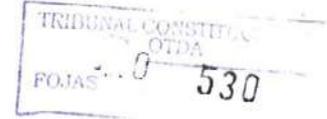
En la línea de salvaguarda de los derechos del *nasciturus*, que también obtiene protección de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la PDS no puede repartirse, porque es una regla de insoslayable cumplimiento estatal el principio “*in dubio pro homine*”. En caso de duda hay que estar por el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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



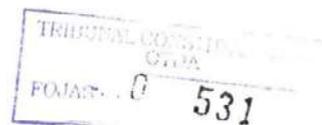
- a. No comparto las interrogantes planteadas en el fundamento 7, toda vez que no han sido formuladas por la demandante como temas a dilucidar para resolver la pretensión planteada; y, en segundo término, porque el tema central de la controversia, en mi consideración, se centra únicamente en determinar 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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.

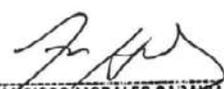
En sentido similar, considero que la aplicación del principio *pro debilis* es imprecisa, pues no señala quién es la parte más débil o la que se halla en inferioridad de condiciones y que la haga más vulnerable, ni quién es el adversario. En todo caso, debe tenerse presente que, bajo determinadas circunstancias, 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.

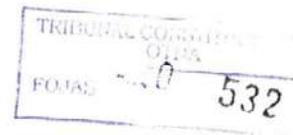
**MESÍA RAMÍREZ**

**Lo que certifico**

  
**FRANCISCO MORALES SARAVIA**  
SECRETARIO GENERAL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



2005-2009-PA/TC  
LIMA  
ONG "ACCIÓN 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.

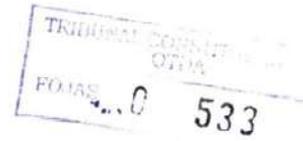
Especifica la recurrente que el Ministerio de Salud, a través de doña Pilar Mazzeti (ex titular de dicha cartera), dispuso la distribución masiva y gratuita de la denominada "Píldora del día siguiente", por considerarla como un método anticonceptivo necesario que debe ser distribuido en la misma condición 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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.

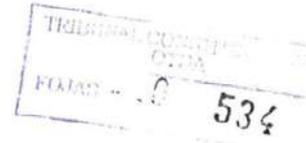
Sostiene por último la demandada que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido para evitar embarazos no deseados.

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:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



- a) 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.
- b) 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.
- 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, 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.
- 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. 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.
- 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
OFICINA  
FOJAS 535

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.

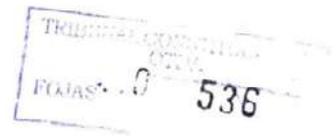
- f) La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAF) quien mediante escrito del 20 de Julio del 2007, concluye en que científicamente no es posible afirmar que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos, incertidumbre que resulta suficiente para encontrar acreditada la amenaza reclamada 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 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



### 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

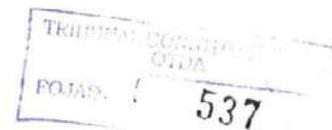
- 3) De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y al margen de que la sede judicial se haya pronunciado sobre las excepciones en su momento deducidas por la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, consideramos necesario puntualizar, particularmente 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 1º 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



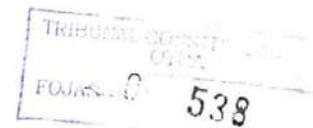
- 5) Desde que el Estado reconoce la vida en dignidad como un derecho natural, se impone delimitar sus contenidos o alcances. La vida digna se constituye a través de la existencia somática y psíquica del ser humano, la cual es la base del proyecto de vida, que se expresa en la autonomía y libertad de 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 4°, inciso 1) de la Convención Americana



### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 sí 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 sí 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJA 539

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.

- u  
:-
- 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 115º, 118º, 119º y 120º



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOIAS 540

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 6°, 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 intervencionales entre sí, 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



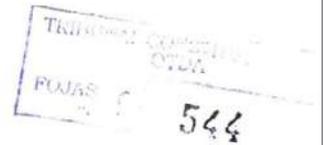
premisa es pues y como ya se ha visto, el fomento de una adecuada como necesaria paternidad y maternidad responsables.

### **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 Pildora 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 Pildora RU 486, el que puede considerarse como de efectos típicamente abortivos; sin embargo también es conveniente anticipar que no es sobre éste



### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 periodo 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS 545

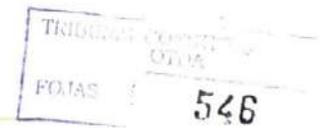
primer lugar, cuando se trata de un embrión ya implantado, la comunidad científica acepta pacíficamente que no se va a producir desprendimiento alguno, por lo menos a instancias del fármaco. Basta con revisar la posología del cualquier AOE para acreditarlo (inclusive la demandante ha acompañado una de 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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](http://www.who.int/reproductivehealth/publications/general/hrp_brochure_sp.pdf))

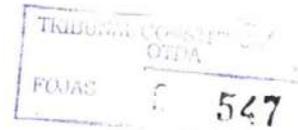
- 37) Al respecto, resulta muy ilustrativo constatar lo que Gedeon Richter Ltd., fabricante del producto cuestionado y citado por la propia demandante como fuente de respaldo a la existencia del tercer efecto (fojas 610-A, escrito de fojas 617 a 620), menciona expresamente: *"...los resultados de estudios 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



información actualizada. Por lo demás, somos conscientes 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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](http://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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



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 2° 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 a 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS 550

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 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 (*cf.* 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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS 551

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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
FOJAS 552

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

**Lo que certifico**

FRANCISCO MORALES SARAVIA  
SECRETARIO GENERAL  
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

# ANEXOS

## I. SENTENCIAS DEL AOE

### **3. Tercera Sentencia del Tribunal Constitucional N.º 00238-2021-PA/TC, incluye:**

3.1. Demanda de Amparo de fecha 18 de julio del 2014 presentada por Violeta Gómez Hinostroza

3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

3.3. Resolución N.º 3 de fecha 19 de agosto del 2016 en el Expediente 30541-2014-18-1801-JR-CI-01 que declara fundada la medida cautelar

3.4 Sentencia de primera instancia de fecha 02 de julio de 2019 del Expediente 30541-2014-18-1801-JR-CI-01

3.5. Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de septiembre del 2020

### 3. Tercera Sentencia del Tribunal Constitucional N.° 00238-2021-PA/TC, incluye:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

#### Pleno. Sentencia 197/2023

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

Firmado digitalmente por:  
MORALES SARAIVA Francisco  
Humberto FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 30/03/2023 10:02:35-0500

Firmado digitalmente por:  
REATEGUI APAZA Flavio  
Adolfo FAU 20217267618 soft  
Motivo: Doy fe  
Fecha: 30/03/2023 14:22:01-0500

#### RAZÓN DE RELATORÍA

Firmado digitalmente por:  
PACHECO ZERGA LUZ IMELDA  
FIR 02860240 hard  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 30/03/2023 10:06:30-0500

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de marzo de 2023, los magistrados Morales Saravia, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez (con fundamento de voto) y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse vulnerado los derechos reproductivos, a recibir información y a la igualdad y no discriminación de doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza.
2. **ORDENAR** al Ministerio de Salud que cumpla con otorgar a doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza el anticonceptivo oral de emergencia [AOE] – *levonorgestrel* en cualquier centro de salud del Estado a nivel nacional y previa entrega de información adecuada relacionada con su uso.
3. **DISPONER** que el Ministerio de Salud desarrolle, como política pública, la distribución nacional gratuita del anticonceptivo oral de emergencia [AOE] —*levonorgestrel*.
4. **EXONERAR** al Ministerio de Salud del pago de costos procesales.

Por su parte, los magistrados Pacheco Zerga y Gutiérrez Ticse emitieron votos singulares que declaran infundada la demanda de amparo.

La presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza  
Secretario Relator

SS.

MORALES SARAIVA  
PACHECO ZERGA  
GUTIÉRREZ TICSE  
DOMÍNGUEZ HARO  
MONTEAGUDO VALDEZ  
OCHOA CARDICH

Firmado digitalmente por:  
GUTIERREZ TICSE Luis  
Gustavo FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 30/03/2023 10:19:10-0500

Firmado digitalmente por:  
OCHOA CARDICH Cesar  
Augusto FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 30/03/2023 10:10:47-0500

Firmado digitalmente por:  
MONTEAGUDO VALDEZ Manuel  
FAU 20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 30/03/2023 10:32:00-0500

Firmado digitalmente por:  
DOMINGUEZ HARO Helder FAU  
20217267618 soft  
Motivo: En señal de  
conformidad  
Fecha: 30/03/2023 10:26:33-0500



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

### SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes marzo de 2023, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Monteagudo Valdez y los votos singulares de los magistrados Pacheco Zerga y Gutiérrez Ticse, que se agregan.

#### ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Violeta Cristina Gómez Hinostrroza contra la Resolución de fojas 1826, de fecha 16 de septiembre de 2020, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

#### ANTECEDENTES

##### *Demanda*

Con fecha 18 de julio de 2014 [cfr. fojas 170], doña Violeta Cristina Gómez Hinostrroza interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud [Minsa]. Plantea, como petitorio, que dicha entidad informe y distribuya gratuitamente el denominado anticonceptivo oral de emergencia o anticoncepción oral de emergencia [en adelante AOE] —*levonorgestrel*— en todos los centros de salud estatales, a fin de que todas las mujeres puedan acceder, de manera libre e informada, a dicho producto y, de este modo, puedan evitar exponerse a embarazos no deseados y embarazos forzados. Denuncia la conculcación de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la información, a la autodeterminación reproductiva, entre otros. La demandante alega que tiene el derecho a acudir a la vía judicial en su condición de mujer en edad reproductiva, al haber sido afectada con la prohibición de no poder acceder gratuitamente al AOE en los centros de salud del Estado, además de que se está ante un caso de protección de intereses difusos.

En síntesis, la parte demandante sostiene que, a diferencia de hace algunos años, actualmente existe consenso científico en que la AOE no es abortiva; en consecuencia, lo decretado en la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC debe adecuarse al nuevo consenso científico, que ahora descarta que la píldora sea abortiva.

Refiere que en la sentencia citada el Tribunal Constitucional ordenó al Minsa abstenerse de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la AOE [primer punto resolutivo] debido a que, en aquel momento, existían dudas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

razonables en torno a si ese producto era abortivo o no lo era [cfr. fundamento 51]; dicho pronunciamiento contempló la posibilidad de que se revise tal decisión, en caso, en el futuro, se descarte que fuera abortiva [cfr. fundamentos 52 y 62].

Entonces, una vez descartado que la AOE sea abortiva, enfatiza que negar su distribución gratuita tiene como consecuencia que solamente pueda ser utilizada por las mujeres, adolescentes y niñas que tengan el dinero para comprarla, lo que, en su opinión, resulta discriminatorio, pues, en la práctica, solamente se encuentran expuestas a quedar embarazadas ante relaciones sexuales sin protección o fallas del método anticonceptivo, las mujeres que no tienen dinero para adquirirla.

#### ***Contestación de la demanda del Minsa***

Mediante escrito de fecha 18 de abril de 2016 [cfr. fojas 258], el Minsa se apersona y contesta la demanda esgrimiendo que, en cuanto a la alegada transgresión del derecho fundamental a la información, a través de su portal institucional web, viene informado a la población sobre el uso de la AOE. Más puntualmente, detalla los siguientes puntos: ¿en qué consiste?, ¿cuál es su finalidad?, ¿cuándo debe usarse?, ¿qué tan efectiva es?, ¿cuáles son sus efectos secundarios? ¿dónde adquirirlo? Es más, incluso en relación con esto último, refiere que “La AOE puede adquirirse en cualquier farmacia o botica autorizada. Es esfuerzo del Ministerio de Salud estudiar el acceso gratuito a través de cualquier establecimiento de salud, para las ciudadanas de bajos recursos”.

Ahora bien, en lo que respecta la distribución gratuita de la AOE, sostiene que se ha limitado a acatar lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 02005-2009-PA/TC, pese a disentir de lo resuelto en aquel pronunciamiento, toda vez que considera que no es abortiva.

#### ***Auto de integración de la relación jurídico procesal***

El Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 27 [cfr. fojas 1183], de fecha 13 de junio de 2017, integró a la relación procesal a la ONG Acción de Lucha Anticorrupción “Sin Componenda”, en calidad de litisconsorte necesario pasivo, al tener la calidad de *parte demandante vencedora* en el Expediente 02005-2009-PA/TC.

#### ***Contestación de la demanda de la ONG Acción de Lucha Anticorrupción “Sin Componenda”***

Mediante escrito de fecha 11 de septiembre de 2017 [cfr. fojas 1282], la ONG Acción de Lucha Anticorrupción “Sin Componenda” contesta la demanda solicitando la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

inmutabilidad de la posición del Tribunal Constitucional plasmada en la sentencia dictada en el Expediente 02005-2009-PA/TC, en la que se determinó que la AOE es abortiva.

### ***Sentencia de primera instancia***

El Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 47 [cfr. fojas 1488], de fecha 2 de julio de 2019, declaró fundada la demanda y, en consecuencia, ordenó al Minsa informar y distribuir en forma gratuita la AOE en todos los establecimientos de salud del Estado. En resumen, sustentó su posición en lo siguiente: [i] conforme lo señala la OMS y la OPS, la AOE no es abortiva; [ii] la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* ha descartado que el embrión califique como concebido; y, [iii] solamente se encuentran imposibilitadas de acceder a la AOE las personas de escasos recursos económicos, por lo que resulta discriminatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante mencionar que, durante la tramitación del presente proceso de amparo, la parte demandante solicitó una medida cautelar a efectos de que se ordene la distribución gratuita de la AOE de manera provisional en los centros de salud del Estado. El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte de Justicia de Lima, a través de la Resolución 3, de fecha 19 de agosto del 2016, concedió la medida cautelar de no innovar. En tal virtud, el Minsa reactivó la distribución gratuita del AOE en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado referido y hasta la fecha continúa haciéndolo.

### ***Sentencia de segunda instancia***

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 9 [cfr. fojas 1826], de fecha 16 de septiembre de 2020, declaró improcedente la demanda, tras considerar que no resulta procedente el *amparo contra amparo* contra pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

### ***Escritos presentados por los amicus curiae admitidos por el Tribunal Constitucional a favor de la posición de la parte demandante***

La Defensoría del Pueblo, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, el Colegio Médico del Perú y el médico Juan Alfredo Guzmán Changanqui informaron, de modo escrito y oral, que, en las actuales circunstancias, tanto la OMS como la OPS sostienen, basándose en evidencia científica, que la AOE no es abortiva ya que se limita a prevenir la ovulación, a fin de impedir que los espermatozoides fertilicen al óvulo, tal como ocurre con el resto de anticonceptivos. Por consiguiente, no tiene la capacidad de interrumpir ni de interferir un embarazo en curso, pues únicamente tiene la capacidad de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

prevenirlo.

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas [ONU], a través de la Coordinación Residente del Sistema de Naciones Unidas en el Perú [OCR], el Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA], la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujeres [ONU Mujeres] y el Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH y Sida [ONU Sida], informaron por escrito que el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso universal a la AOE, al haber suscrito y ratificado [i] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [ii] el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, [iii] la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [iv] la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, [v] la Convención sobre los Derechos del Niño y [vi] la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —“Convención de Belém do Pará”—. Sus alegaciones son enteramente jurídicas y se basan en la observancia de tales tratados.

***Escritos presentados por los amicus curiae admitidos por el Tribunal Constitucional a favor de la posición de la parte demandada***

El Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de Piura sostiene, de modo oral y escrito, que, según la Food and Drug Administration [FDA] de los Estados Unidos de Norteamérica, la AOE puede inhibir la implantación al alterar el endometrio. Por lo tanto, no es demostrable, con evidencia certera, que el efecto antiimplantatorio haya desaparecido. Es más, pone de relieve que “[l]a declaración de la FDA no deja lugar a dudas sobre el potencial efecto antiimplantatorio de este medicamento”.

A su vez, don Luis Solari de la Fuente sostiene, de modo oral y escrito, que, según el vademécum farmacológico de referencia mundial, Prescribers Digital Reference – PDR, la AOE afecta el endometrio y, en ese sentido, puede perjudicar la implantación, por lo que sería abortiva, ya que la gestación comienza con la fusión de un óvulo y un espermatozoide dentro del tracto reproductor femenino.

#### **FUNDAMENTOS**

##### ***Delimitación del petitorio***

1. Conforme aparece del petitorio contenido en la demanda interpuesta, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que el Minsa cumpla con informar y distribuir gratuitamente la AOE —comúnmente denominado como *píldora del día del siguiente [levonorgestrel]*— en todos los centros de salud del Estado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

**Cuestión procesal previa: ¿se está realmente frente a un proceso de amparo contra amparo?**

2. En la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución 47, de fecha 2 de julio de 2019 [cfr. fojas 1488], se expuso que en el caso se configura un supuesto de “amparo contra amparo, específicamente promovido contra lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC” [cfr. fojas 1497]; “que si bien no es atendible un proceso de amparo, (...) se presenta una situación especial (...) [señalada] en el fundamento jurídico 52 de la sentencia (...) recaída en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, ya que con los nuevos elementos (...) [sobre] los presuntos efectos abortivos y (...) los criterios interpretativos (...) [de] la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible un cambio de posición en esta materia” [cfr. fojas 1499].
3. Por su parte, en la Resolución 9, de fecha 16 de septiembre de 2020 [cfr. fojas 1826], que revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima sostuvo que “la posibilidad de que se tramite una demanda de amparo contra una sentencia de amparo que culminó con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, está prohibida no sólo porque así lo establezca el precedente vinculante adoptado en la sentencia N° 4853-2004-PA/TC, sino porque así se reafirma la garantía constitucional del efecto de las decisiones que adopta el máximo intérprete de la Constitución, en sede de última instancia (...)” [cfr. fojas 1831]; sin embargo, la misma Sala Superior “admitió la presente demanda de amparo al considerar que el presente caso es un caso sui generis, al entender que se encontraba subsumido en el supuesto excepcional planteado por el fundamento jurídico 52 de la sentencia de amparo, Expediente No. 2005-2009-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional (...)” [cfr. fojas 1831]. “Al respecto, es de advertir que no existe normativa alguna ni pronunciamiento alguno del Tribunal Constitucional que haya previsto, cómo actuar ante casos como el presente, en que un ciudadano interponga una demanda de “amparo contra amparo”, cuestionando una sentencia del propio Tribunal Constitucional, en la cual se invoque el propio dicho del Tribunal Constitucional expresado en la propia sentencia de amparo que se cuestiona en la vía de amparo contra amparo” [cfr. fojas 1834].
4. De los fundamentos citados y que en esencia son la glosa de lo resuelto por primera y segunda instancia respecto del tema procesal planteado, se advierte por principio, que tanto el *a quo* como el *ad quem*, no obstante diferir en sus conclusiones, consideran que se configura un *sui generis* proceso de amparo promovido contra otro amparo resuelto en última instancia por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

Ello, sin lugar a dudas, exige un previo esclarecimiento de este Colegiado sobre la situación procesal graficada, pues de ser cierto lo que dicen las resoluciones judiciales precedentes, se estaría entonces, en el contexto de la demanda planteada, ante una solicitud de cambio jurisprudencial, en particular de una de las reglas establecidas en el precedente recaído en el Expediente 04853-2004-PA/TC y su ulterior desarrollo jurisprudencial [la regla según la cual no cabe el *amparo contra amparo* contra las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional]. Al contrario, y de no ser exacto lo que afirma el Poder Judicial en sus dos instancias, este Colegiado debe delimitar el petitorio por lo que este en el fondo realmente implica o presupone.

5. Lo primero que hay que recordar es que de acuerdo con la sentencia recaída en el Expediente 04853-2004-AA/TC, y bajo el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional, así como de su posterior desarrollo jurisprudencial, el proceso de *amparo contra amparo*, así como sus demás variantes [amparo contra *habeas data*, amparo contra cumplimiento, etc.] es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional cuya procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos o criterios, a saber: **a)** Su procedencia sólo se da en los casos en que la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta; **b)** Su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad, **c)** Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales estimatorias como contra las desestimatorias; **d)** Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales independientemente de la naturaleza de los mismos; **e)** Procede en defensa de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; **f)** Se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias no pudo acceder al agravio constitucional; **g)** Procede como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, y **h)** No procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional; **i)** Procede cuando el proceso cuestionado se toma inconstitucional en cualquiera de sus fases o etapas [subrayado es nuestro].
6. Sin embargo, aunque está claro que conforme a la jurisprudencia precitada no sería procedente la interposición de un proceso de amparo contra lo resuelto por este Supremo Intérprete de la Constitución, este Colegiado está persuadido que el *a quo* y el *ad quem* han incurrido en un error de percepción, pues en el escrito de la demanda [cfr. fojas 173 a 186] no se advierte en momento alguno que la recurrente cuestione la decisión adoptada en la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC [expedida en tiempo y circunstancias determinadas]. En todo caso y como luego se verá, las eventuales discrepancias sobre parte de la fundamentación contenida en la citada ejecutoria y que se dejan



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

en claro en la demanda, no significan que se le pretenda desacatar, sino más bien adaptarla a un nuevo contexto, a la luz de lo dispuesto en su propia fundamentación.

7. Si la intención de la demandante hubiese sido plantear una demanda de *amparo contra amparo*, el trámite procesal de la presente causa hubiera sido uno distinto, empezando por el hecho de que se hubiese tenido que demandar a este Tribunal Constitucional mediante el presente proceso, lo que hubiese supuesto que se tenga que notificar a su procurador público, lo cual simplemente no ha ocurrido ni podría ocurrir, dado el alcance de la pretensión planteada. La demandante expresamente ha demandado sólo al Minsa, porque considera que es este quien le viene vulnerando, actualmente, los derechos alegados [cfr. fojas 170].
8. Algo que debe quedar perfectamente establecido y que va de la mano con lo señalado precedentemente es que cuando este Colegiado [con anterior composición de magistrados] decidió por mayoría y mediante ejecutoria recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, prohibir el reparto gratuito de la AOE, dicha decisión fue emitida en inobjetable voluntad condicional. En efecto, en el fundamento 52 de la citada sentencia, que ordenó al Minsa abstenerse de la distribución de la también denominada píldora del día siguiente, expresó enfáticamente que “la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable (...). 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”. Dicho fundamento, por lo demás, obedecía a la particularidad del caso resuelto, el cual se encontraba relacionado con estudios médico científicos respecto del *levonorgestrel*, cuyos avances futuros llevarían a disipar las dudas que se tenían en ese momento sobre sus efectos.
9. La hoy demandante alega, entre otras cosas, que en la actualidad se ha demostrado incuestionablemente que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos; por lo tanto, solicita al Minsa cumplir con informar y distribuirla gratuitamente en todos los centros de salud del Estado. Es pues debido -y como se dice en la demanda-, al transcurso del tiempo y al avance médico científico, que han variado las circunstancias en que fue emitida la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, por lo que siguiendo su propio tenor [el de la citada sentencia] corresponde adaptarla, lo que en el fondo evidencia que no se la está cuestionando, sino más bien contextualizándola ante circunstancias y actos lesivos diferentes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

10. Resta por añadir, como ya se anticipó, que el que se cuestione específicos aspectos contenidos en la fundamentación de la citada ejecutoria, no significa que se trate de una impugnación vía proceso de amparo, pues de lo que se trata en la presente controversia es de decidir si la actual prohibición de reparto gratuito de la AOE vulnera los derechos fundamentales invocados, o no.
11. Sobre la base de lo expuesto, hay que decirlo enfáticamente, no se está, en el caso, ante un supuesto de *amparo contra amparo*, sino ante una demanda constitucional que tiene por objeto adaptar lo que en su día fue dispuesto por este Tribunal Constitucional, en atención a la condicionalidad que estableció en su propia argumentación [sentencia emitida en el Expediente 02005-2009-PA/TC, fundamentos 52 y 62].

***Actuaciones del Minsa posteriores a la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC y lo dispuesto en fase de ejecución de la misma***

12. Por ser importante para la presente controversia, conviene que este Colegiado recuerde que, mediante sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, se ordenó “al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada ‘Píldora del Día Siguiente’”. En el fundamento 51 de la referida sentencia se expresó 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”. En tal sentido, en el punto 8.2 de la misma sentencia, denominado “[d]ilucidación de la controversia” se expresó que “teniendo en cuenta (...) 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”.
13. No obstante, en el fundamento 62 de la misma sentencia se expresó que “[s]on 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)”.
14. En este contexto y con posterioridad a la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, el Minsa, con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

fecha 10 de noviembre de 2009, en su condición de autoridad competente, solicitó a la OMS y a la OPS la información científica actualizada sobre el medicamento *levonorgestrel*–Anticonceptivo Oral de Emergencia, LNG-AOE, específicamente sobre su supuesto efecto abortivo. Como resultado de ello y con fecha 16 de noviembre de 2009, la OPS remitió al Minsa la Comunicación PER/COO/010/63/03/2116-2009, referida a los estudios científicos actualizados realizados sobre la pastilla LNG-AOE, a través del cual se concluye que esta no es abortiva.

15. En concordancia con lo concluido por la OPS, el Minsa consideró oportuno instaurar procedimientos de difusión y publicidad que aseguren la debida promoción de carácter permanente de los servicios de planificación familiar, incluida la referida al *levonorgestrel* para la AOE, la cual no produce efectos dañinos o mortales, ni es abortiva. Es más, mediante Resolución Ministerial 167-2010-MINSA, de fecha 8 de marzo de 2010, dicha entidad estatal resolvió:

**Artículo 1.-** Hacer de conocimiento público que de conformidad con los informes técnicos científicos expedidos posteriormente a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, por parte de la OMS/OPS y de las autoridades competentes, Dirección General de Medicamentos Insumos y Drogas y la Dirección General de Salud de las Personas, ambas del Ministerio de Salud, así como del Instituto Nacional de Salud, existe certeza, que el uso de *levonorgestrel* como anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo, y no produce efectos secundarios mortales o dañinos, teniendo propiedades benéficas para la salud.

**Artículo 2.-** Disponer que la Dirección General de Salud de las Personas en coordinación con la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, efectúen lo conveniente para aplicar la N.T. N° 032-MINSA/DGSP-V.01: Norma Técnica de Planificación Familiar, aprobada por Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, acerca del uso del *levonorgestrel* en la anticoncepción oral de emergencia en concordancia con el fundamento 62 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 02005-2009-PA/TC.

16. A pesar de las actuaciones realizadas por el Minsa que concluyeron con la emisión de la Resolución Ministerial 167-2010-MINSA, el juez encargado de la ejecución de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, mediante Resolución 23, de fecha 17 de mayo de 2010, resolvió requerir al Minsa para que, en el plazo de dos días, cumpla con ejecutar la parte resolutive de la referida sentencia. Dicha resolución fue confirmada por el *ad quem*, mediante Resolución 7, de fecha 25 de mayo de 2011. La apelación contra la referida Resolución 23, fue concedida sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida por la Resolución 29, de fecha 18 de junio de 2010; por lo que, mediante Resolución 31, de fecha 4 de agosto de 2010, el *a quo* requirió al Minsa, por última vez, para que cumpla con lo resuelto en la mencionada sentencia, lo cual



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

motivó la expedición de la Resolución Ministerial 652-2010-MINSA, de fecha 19 de agosto de 2010, que resolvió:

**Artículo 1.-** Disponer que la Dirección General de Salud de las Personas y la Dirección de Medicamentos, Insumos y Drogas se abstengan de realizar cualquier actividad referida al uso del Levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia, en concordancia con el punto 1 de la parte resolutive de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N.º 02005-2009-PA/TC, y en cumplimiento a lo ordenado por la Resolución N.º 31, recaída en el expediente N.º 2004-72276-28 J.E.C.L., emitida por el 28 Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima”.

#### ***Análisis sobre el cambio de las circunstancias que motivaron la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC***

17. Como ya se expresó *supra*, atendiendo al fundamento jurídico 62 de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, posteriormente a su emisión, el Minsa solicitó a la OMS y a la OPS la información científica **actualizada** sobre el medicamento *levonorgestrel*–Anticonceptivo Oral de Emergencia, LNG-AOE, específicamente sobre su supuesto efecto abortivo. Ante dicho requerimiento la OPS remitió al Minsa la Comunicación PER/COO/010/63/03/2116-2009, de fecha 13 de noviembre de 2009, que contiene un resumen actualizado de los estudios científicos llevados a cabo hasta la fecha de su emisión. En esta línea, expuso:

**Efecto sobre la ovulación:** Numerosos estudiosos han demostrado que el LNG-AOE previene o demora la ovulación. Si se ingiere antes que la ovulación ocurra, el LNG-AOE inhibe el incremento preovulatorio de la hormona luteinizante (LH), impidiendo el desarrollo del folículo y la maduración o liberación del óvulo. Este es el mecanismo fundamental –y probablemente el único mecanismo de acción– del LNG-AOE como anticonceptivo (Referencias 1 al 7).

**Efecto sobre el espermia:** Pudiera interferir con la motilidad de los espermatozoides, espesando el moco cervical, impidiendo así que los espermatozoides alcancen el óvulo y por tanto la fertilización (8, 9). También podría afectar la adhesión del espermatozoide al óvulo (10) (todos estos hallazgos no son tan concluyentes como el efecto sobre la ovulación).

**No hay efecto sobre la implantación:** El LNG-AOE sólo tiene efecto si se ingiere antes de la ovulación (11). Si el LNG-AOE se ingiere el día de la ovulación o días después entonces no se podrá prevenir el embarazo. Estudios demostraron que el LNG-AOE no tenía efecto sobre el endometrio (1, 2, 12). Otro estudio (in vitro) demostró que el LNG –AOE no impidió la anidación del huevo fecundado en el endometrio (13). Estudios en animales demostraron que el LNG-AOE no impidió la implantación del huevo fecundado en animales (14, 15).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

Otros elementos: El AOE con levonorgestrel NO ES ABORTIVO. La contracepción de emergencia sólo es efectiva antes de que el óvulo sea expulsado por el ovario y antes que el esperma alcance el óvulo maduro. Una vez que el óvulo es fecundado NO IMPIDE LA ANIDACIÓN y por tanto no puede interrumpir la vida de un óvulo fecundado, haya estado anidado o no (16 y 17).

(...)

El LNG-AOE no interrumpe el embarazo (interpretado este como el óvulo fecundado (...)).”

18. Asimismo, y también con posterioridad a la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, la OMS publicó, en el año 2010, la *Hoja informativa sobre la seguridad de las Píldoras Anticonceptivas de Emergencia de Levonorgestrel solo (PAE-LNG)* de cuyo texto se advierten las siguientes consideraciones:

**¿Pueden las PAE-LNG causar un aborto?**

Las PAE-LNG no interrumpen un embarazo en curso ni dañan un embrión en desarrollo. La evidencia disponible actualmente muestra que el uso de las PAE-LNG no impide que un huevo fecundado se implante en la capa que recubre la cavidad uterina. El principal mecanismo de acción de las PAE-LNG es bloquear o alterar la ovulación; su uso también puede impedir el encuentro del espermatozoide y el óvulo. [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: [WHO RHR HRP 10.06 spa.pdf?jsessionid=46A942450125698E9424EED66B08C462](https://www.who.int/rhr/10.06_spa.pdf?jsessionid=46A942450125698E9424EED66B08C462), revisado el 20 de marzo de 2023].

19. En esa misma línea, debe precisarse que la Nota Descriptiva n.º 244 de la OMS, revisada en octubre de 2005, expresa que las píldoras anticonceptivas que contienen *levonorgestrel* previenen la ovulación y no tienen efecto detectable sobre el endometrio [revestimiento interno del útero] o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación, no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado, y no provocan aborto. Después de la emisión de la sentencia emitida en el Expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, dicha nota descriptiva fue revisada y actualizada, reafirmando en su misma postura. Así en el año 2016 detalló que:

La anticoncepción de emergencia solo es eficaz en los primeros días posteriores a la relación sexual, antes de la salida del óvulo del ovario y antes de que ocurra la fertilización por un espermatozoide. La anticoncepción de emergencia no puede interrumpir un embarazo establecido ni dañar al embrión en desarrollo. (...) Las píldoras anticonceptivas de emergencia de levonorgestrel (...) previenen el embarazo impidiendo o retrasando la ovulación. También pueden impedir la fertilización de un óvulo por su efecto sobre el moco cervical o la capacidad del espermatozoide de unirse al óvulo. (...) [N]o son eficaces una vez que ha comenzado el proceso de implantación y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

no pueden provocar un aborto. [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: <https://www.rets.epsjv.fiocruz.br/es/anticoncepcion-de-emergencia>, revisado el 20 de marzo de 2023]

De igual forma, en el año 2018 reafirmó que

[l]as píldoras anticonceptivas de urgencia impiden el embarazo al evitar o retrasar la ovulación y no pueden provocar un aborto. (...) La anticoncepción de urgencia no puede interrumpir un embarazo establecido ni dañar al embrión en desarrollo. [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/emergency-contraception>, revisado el 20 de marzo de 2023].

20. A mayor abundamiento, resulta pertinente recordar que en el fundamento 51 de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC se argumentó que la 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 (...)”. En la referida sentencia el Tribunal Constitucional consignó que:

40. (...) [E]xisten 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](http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/35280.htm)).
- b. **TIBEX** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Farmaindustria S.A. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: Levonorgestrel inhibe la secreción de la gonadotropina y 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.farmaindustria.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 (Ievo-norgestrel) a la dosis recomendada inhibe la secreción de las gonadotropinas de la hipófisis anterior, de este modo actúa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

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](http://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 subdérmicos 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: POSTDA y 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.**

(...)

43 (...) [L]os 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” (...).”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

21. Actualmente, sin embargo, se advierte que los anticonceptivos orales de emergencia, dentro de los cuales se encuentran algunos de los citados previamente por el Tribunal Constitucional en su antes referida sentencia, ya no mencionan o vuelven a hacer referencia al denominado “tercer efecto”, esto es, a la prevención, interferencia o impedimento de la implantación. Así puede verificarse por ejemplo en los casos de:

*a. GLANIQUE 1 [Levonorgestrel 0.75 mg.]*

**Mecanismo de acción Levonorgestrel, anticonceptivo emergencia.**

Evita ovulación y fertilización si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria (posibilidad de fertilización más elevada).

Anticonceptivo de emergencia dentro de las 72 h siguientes haber mantenido relaciones sexuales sin protección o al fallo de un método anticonceptivo.

[...]

No debe administrarse a mujeres embarazadas. La administración de levonorgestrel no interrumpirá el embarazo. En el caso de que el embarazo continúe, los limitados datos epidemiológicos de que se dispone no indican efectos adversos sobre el feto, no obstante, no existen datos clínicos sobre las consecuencias potenciales si se toman dosis mayores de 1,5 mg de levonorgestrel.  
[.]

[Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: [glanique tablet 0.75 mg de Perú \(vademecum.es\)](http://glanique-tablet-0.75-mg-de-peru.vademecum.es), revisado el 20 de marzo de 2023].

*b. TIBEX [Levonorgestrel 1.5 mg.]*

**Mecanismo de acción Levonorgestrel, anticonceptivo emergencia**

Evita ovulación y fertilización si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria (posibilidad de fertilización más elevada).

Anticonceptivo de emergencia dentro de las 72 h siguientes haber mantenido relaciones sexuales sin protección o al fallo de un método anticonceptivo.

[...]

No debe administrarse a mujeres embarazadas. La administración de levonorgestrel no interrumpirá el embarazo. En el caso de que el embarazo continúe, los limitados datos epidemiológicos de que se dispone no indican efectos adversos sobre el feto, no obstante, no existen datos clínicos sobre las consecuencias potenciales si se toman dosis mayores de 1,5 mg de levonorgestrel.  
[...]

[Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: [TIBEX 1,5 mg Tab. de Perú \(vademecum.es\)](http://tibex-1.5-mg-tab-de-peru.vademecum.es), revisado el 20 de marzo de 2023].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

c. **POSTINOR 1** [Levonorgestrel 1.5 mg.]

Evita ovulación y fertilización si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria (posibilidad de fertilización más elevada).

Anticonceptivo de emergencia dentro de las 72 h siguientes haber mantenido relaciones sexuales sin protección o al fallo de un método anticonceptivo.

[...]

No debe administrarse a mujeres embarazadas. La administración de levonorgestrel no interrumpirá el embarazo. En el caso de que el embarazo continúe, los limitados datos epidemiológicos de que se dispone no indican efectos adversos sobre el feto, no obstante, no existen datos clínicos sobre las consecuencias potenciales si se toman dosis mayores de 1,5 mg de levonorgestrel.

[...]

[Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: [postinor 1 comprimido 1,5 mg de Perú \(vademeccum.es\)](http://postinor_1 comprimido 1,5 mg de Perú (vademeccum.es)), revisado el 20 de marzo de 2023].

d. **POSTDAY** [Lenonorgestrel 0.75 mg. o 1.5 mg.]

POSTDAY<sup>®</sup> es un anticonceptivo de emergencia (Postcoital) únicamente, está indicado después de cualquier coito no protegido incluyendo:

- Cuando no se usó algún anticonceptivo.
- El método anticonceptivo pudo haber fallado por:
  - Rotura, deslizamiento o mal uso del condón.
  - Desplazamiento, rotura o remoción anticipada de un diafragma o de un capuchón.
  - Falla del coito interrumpido.
  - Falla en el cálculo de un método de abstinencia periódica.
  - Expulsión de un dispositivo intrauterino.
  - Olvido de tres o más píldoras anticonceptivas en un ciclo.
  - Cuando ocurrió una violación.

[...]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

Los estudios realizados para determinar el mecanismo de acción del levonorgestrel como anticonceptivo postcoital, sugieren que puede afectar el crecimiento folicular y el desarrollo del cuerpo lúteo, evitando o retrasando la fecundación en la fase pre ovulatoria. Así mismo el levonorgestrel aumenta la viscosidad del moco cervical impidiendo que los espermatozoides del reservorio cervical vayan a renovar la población espermática en el sitio de la fecundación. Administrado después de la fecundación en *rata* y *cebus apella*, se demostró que no interfiere con la implantación del embrión.

*[Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: [https://www.medicamentosplm.com/Home/productos/postday\\_comprimidos/81/101/9327/25](https://www.medicamentosplm.com/Home/productos/postday_comprimidos/81/101/9327/25), revisado el 20 de marzo de 2023].*

e. **NOGESTROL 1** [Levonorgestrel 1.5 mg.]

[A]ctúa principalmente evitando la ovulación y la fecundación si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria, que es el momento en el que la posibilidad de la fecundación es la más elevada. Levonorgestrel no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación. [cfr. fojas 1046].

f. **MERGINEX PLUS** [Levonorgestrel 1.5 mg]

De acuerdo a la nota descriptiva OMS N° 244 de la Organización Mundial de la Salud revisada en octubre de 2005, se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas (PAE) que contienen levonorgestrel previenen de la ovulación y no tienen efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación, no siendo eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado, no provocando aborto. (fojas 1050).

g. **NORLEVO** [Levonorgestrel 1.5 mg.]

Norlevo funciona parando la liberación de un óvulo de sus ovarios. No para la adhesión de un óvulo fertilizado al útero [cfr. fojas 1054].

22. En todo caso, no se soslaya que la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, que prohibió al Minsa la distribución gratuita de la píldora del día siguiente, básicamente fundamentó su decisión en lo sostenido por la Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas [FDA], que, en su momento, no descartaba que tuviera efectos abortivos, pues existían dudas con relación a si podía alterar el endometrio. Empero, el 23 de diciembre de 2022, la FDA cambió de parecer. Ahora descarta expresamente de que la AOE sea abortiva [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: Plan B One-Step [1.5 mg *levonorgestrel*] Information | FDA, revisado el 20 de marzo de 2023]; incluso ha actualizado su etiquetado. Al respecto, la FDA indica lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

**Is Plan B One-Step an abortifacient (causing abortion)?**

No. Plan B One-Step will not work if a person is already pregnant, meaning it will not affect an existing pregnancy. Plan B One-Step prevents pregnancy by acting on ovulation, which occurs well before implantation. Evidence does not support that the drug affects implantation or maintenance of a pregnancy after implantation, therefore it does not terminate a pregnancy.

[Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: Plan B One-Step (1.5 mg levonorgestrel) Information | FDA, revisado el 20 de marzo de 2023].

Para este Tribunal Constitucional, la traducción de aquel enunciado es:

**¿Es el Plan B One-Step un abortivo (causante de aborto)?**

No. Plan B One-Step no funcionará si una persona ya está embarazada, lo que significa que no afectará un embarazo existente. Plan B One-Step previene el embarazo al actuar sobre la ovulación, lo que ocurre mucho antes de la implantación. La evidencia no apoya que el medicamento afecte la implantación ni la continuidad de un embarazo después de la implantación; por lo tanto, no interrumpe un embarazo.

23. A tenor de la argumentación de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, la decisión de prohibir al Minsa la distribución gratuita de la AOE, se fundamentó, en su día, en el principio precautorio, debido a la duda razonable existente en la mayoría de magistrados que en aquel momento integraban este Tribunal, respecto a la forma cómo actuaba la píldora sobre el endometrio y su posible efecto de inhibir o interferir en la implantación o anidación. Esta postura, discutible o no, de alguna forma se explicaba en la documentación médica y científica revisada al momento de resolver.
24. Sin embargo, los temas médico-científicos se encuentran sometidos a constantes investigaciones y necesarias actualizaciones, pues es de ese modo como se depuran o, en último término, se perfeccionan. Por ello, a diferencia de lo resuelto en la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, este Tribunal Constitucional —con vista en la abundante documentación científica y médica acompañada al expediente materia de este nuevo proceso y de la propia información consignada oficialmente en los portales virtuales que aquí se ha mencionado— considera que en las actuales circunstancias, tal como se ha verificado *supra*, la AOE solo tiene efecto si se ingiere antes de la ovulación y, posiblemente, antes de que el espermatozoide alcance al óvulo maduro, mas no tiene efecto sobre el endometrio y mucho menos impide la implantación o anidación.
25. En ese sentido, conforme lo establece el fundamento 52 de la mencionada sentencia, actualmente existe un nivel de consenso sumamente elevado respecto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

de la inocuidad del *levonorgestrel*. Incluso tal es el grado de convicción alcanzado al respecto que la propia FDA, cuyas opiniones sirvieron de base a la referida sentencia para prohibir la distribución gratuita del mencionado anticonceptivo, ahora niega que tengan efectos abortivos.

26. No esta demás recordar que incluso para la fecha en la que la citada sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC fue emitida, no es que existiera un convencimiento pleno de un presunto tercer efecto generado por el AOE — como así lo evidencian las posiciones de los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen—, sino que de alguna manera se mantenían algunas posturas todavía discrepantes a nivel científico, las mismas que condujeron a las dudas que en su momento expresó este Colegiado y que motivaron que una mayoría de sus magistrados optara por una fórmula de espera, la misma que en las actuales circunstancias carece de asidero alguno, según ya se ha visto.
27. Tampoco esta demás omitir que el debate sobre la AOE ha sido materia de recurrente conocimiento por parte de este Colegiado, como lo demuestra la antigua sentencia recaída en el Expediente 07435-2006-PC/TC, en la que la unanimidad —y no simplemente una mayoría— de los magistrados del Tribunal llegó a la conclusión de que el citado fármaco hacía las veces de un simple anticonceptivo [cfr. el fundamento 22 de la citada sentencia]. Ello demuestra palmariamente que, si alguna vez hubo debate, este último ya no existe o ha quedado cerrado para el mundo científico, de modo que sus incidencias son determinantes para el ámbito rigurosamente jurídico que es el que ahora, y como corresponde, debe decidirse.
28. Por todo ello, este Tribunal Constitucional considera que lo determinado en el Expediente 02005-2009-PA/TC necesariamente debe ser contrastado a la luz de lo expuesto por el Minsa, la OMS, la OPS y la FDA, pues la fundamentación de aquella sentencia apeló al *principio precautorio* para proscribir su distribución gratuita, ante la falta de certeza científica —en ese momento— respecto del potencial riesgo de interrumpir un embarazo que ya se hubiera iniciado. Por consiguiente, al existir razonables dudas en torno a si dicho producto era abortivo, o no lo era, el Tribunal Constitucional adoptó una solución provisoria que, por su propia lógica, es mutable.
29. Así las cosas, este Tribunal Constitucional estima que la legitimidad de lo decretado en dicho pronunciamiento se encuentra subordinada al mantenimiento en el tiempo de similares niveles de incertidumbre científica. Consecuentemente, mientras aquella incertidumbre persista, lo decidido deberá mantenerse. En tal sentido, la leal ejecución en sus propios términos de dicha sentencia *exige* la revisión de la mencionada prohibición al haberse determinado, con un alto grado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

de certeza científica —no una certeza absoluta, que eventualmente podría ser inalcanzable—, la inocuidad de la medida adoptada frente a un embarazo que ya se produjo.

30. En ese orden de ideas, este Tribunal Constitucional deja en claro que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y por ende el derecho a la vida debe ser el bien jurídico tutelado por excelencia; y si según la evidencia científica y conclusiones a las que han arribado el Minsa, la OMS, la OPS y la FDA, en el sentido de que la AOE no es abortiva, el Tribunal Constitucional hace suyas dichas conclusiones.

***Sobre el anticonceptivo oral de emergencia como parte de la política pública sobre planificación familiar y de atención a mujeres víctimas de violación sexual [en particular de niñas y adolescentes]***

31. El primer párrafo del artículo 6 de la Constitución establece la política pública del Estado respecto de la familia, la política pública de planificación familiar:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, 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. [...] [subrayado nuestro].

32. Al no ser abortiva la AOE, este Tribunal Constitucional ratifica la constitucionalidad de su reconocimiento como método de planificación familiar integrante de la política pública del Estado —cuya rectoría recae en el Minsa— así como su inclusión dentro del *kit* para la atención de casos de violencia sexual, principalmente para niñas y adolescentes, conforme está prescrito en el artículo 6 de la Ley 26842 —Ley General de Salud—, que dispone lo siguiente:

Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar.

Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito.

33. Atendiendo a ello, este Tribunal Constitucional juzga necesario recalcar que el Minsa en su oportunidad incorporó la AOE como un método anticonceptivo que debía ser difundido y distribuido gratuitamente a nivel nacional, como parte de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

la política nacional de planificación familiar. Al respecto, cabe mencionar la Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, que amplió las Normas de Planificación Familiar, e incorpora a la AOE como método anticonceptivo; la Resolución Ministerial 536-2005/MINSA, que aprobó la Norma Técnica 032-MINSA/DGSP-V.01 —Norma Técnica de Planificación Familiar—; la Resolución Ministerial 652-2016/MINSA, que aprobó la Norma Técnica 124-2016-MINSA-V.01 —Norma Técnica de Salud de Planificación Familiar—, modificada por Resolución Ministerial 536-2017/MINSA; y la Resolución Ministerial 227-2019/MINSA, sobre Directiva Sanitaria 083-MINSA/2019/DGIESP, Directiva Sanitaria para el Uso del Kit para la Atención de Casos de Violencia Sexual, que incluye a la AOE dentro del grupo de productos preestablecidos que deben ser entregados gratuitamente en la atención de tales casos y estar disponibles en los establecimientos de salud de primer nivel de atención y hospitales. Dicho listado de normas y las mencionadas en los fundamentos desarrollados en la parte “Actuaciones del Minsa posteriores a la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC y lo dispuesto en fase de ejecución de la misma”, constituyen una situación particular de altas y bajas sobre el uso de la AOE en función a lo resuelto anteriormente por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

34. Precisamente lo anterior afianza el hecho de que el uso de la AOE tiene una incidencia importante para toda mujer, adolescente y niña que ha sido víctima de violación sexual, pues puede coadyuvar a evitar embarazos no deseados producto de tal acto ilícito penal, con mayor impacto en aquellas víctimas de escasos recursos económicos.
35. A este respecto, el Minsa resalta que “Según el registro de información de la Dirección de Salud Sexual y Reproductiva, en el año 2019 se atendió con el kit de emergencia sexual a 564 víctimas de violación sexual; en el 2020, a 1325 y en el 2021, a 2519. De esta última cifra, el 65 % corresponde a niñas, niños y adolescentes. [...] De acuerdo con el Sistema de Registro del Certificado de Nacido Vivo en Línea, 1699 menores de 12 a 17 años se convirtieron en madres en el año 2021. La estadística indica que en los últimos tres años el embarazo de adolescentes, entre los 14 y 19 años, ha disminuido a 8.3 % a nivel nacional. En años anteriores la cifra llegaba a 12.6 %. [...]. Las estadísticas arrojan que el 75 % de embarazos en menores de 15 años, son producto de violencia sexual; y en el caso de menores de 14 años, es casi el 100 %” [<https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/587183-minsa-advierte-que-solo-el-5-de-las-victimas-de-violencia-sexual-acuden-a-un-servicio-de-salud>, Última visita 20 de marzo de 2023]. [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/587183-minsa->



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

advierte-que-solo-el-5-de-las-victimas-de-violencia-sexual-acuden-a-un-servicio-de-salud, revisado el 20 de marzo de 2023].

36. Asimismo, el Fondo de Población de Naciones Unidas [UNFPA, por sus siglas en inglés] afirma que “En nuestro país, 1 de cada 4 habitantes es adolescente o joven entre 10 y 24 años. [...] Cada año, alrededor de 50 000 niñas y adolescentes de hasta 19 años son madres en el Perú. En 2020, 1,158 menores entre 10 y 14 años experimentaron una maternidad, aspecto que se incrementó en 2021 a 1,437 equivalente a un 24%. Aún más lamentable fue el episodio experimentado por 23 niñas menores de 10 años quienes se vieron forzadas a ser madres en ese mismo año, según cifras preliminares del Certificado del Nacido Vivo del Ministerio de Salud en línea. Según el orden jurídico peruano los nacimientos en niñas menores de 15 años serían el resultado de delitos de violación sexual”. [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: <https://peru.unfpa.org/es/news/se-debe-visibilizar-el-embarazo-y-la-maternidad-adolescentes-para-construir-un-mejor-futuro>, revisado el 20 de marzo de 2023].
37. Como se observa, la problemática de embarazos no deseados de niñas y adolescentes víctimas de violación sexual es una lamentable realidad, con alta incidencia en el país; por ende, corresponde al Estado adoptar acciones y medidas para afrontarla.
38. Se advierte entonces que, considerando el panorama antes referido, el libre acceso gratuito a la AOE de aquellas víctimas mujeres menores de edad, puede evitar que queden embarazadas por una violación sexual, lo que repercutirá favorablemente en su vida personal y en su proyecto de vida. El restringir tal acceso implicaría entonces negarles la posibilidad de evitar un embarazo no deseado, con todo lo que ello implica en el ejercicio de otros de sus derechos, tales como los sexuales y reproductivos. Por consiguiente, es importante que la AOE continúe siendo parte del *kit* para la atención de casos de violencia sexual, y que se refuerce las acciones correspondientes para su distribución.
39. En consecuencia, es pertinente reafirmar la necesidad de que la AOE sea distribuida libre y gratuitamente a nivel nacional para todas las mujeres sin discriminación y como parte de la política pública de planificación familiar bajo la rectoría del Minsa, en los términos del artículo 6 de la Ley General de Salud.

#### ***Sobre los derechos reproductivos***

40. Son derechos fundamentales de la persona -de la mujer en el ámbito sexual y reproductivo-, los denominados “derechos reproductivos”, que tienen la siguiente base normativa en sede nacional:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

Artículo 6 de la Constitución, primer párrafo:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, 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. [...] [subrayado nuestro].

Artículo 6 de la Ley 26842, Ley General de Salud, que prescribe lo siguiente:

Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar.

Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito [subrayado nuestro].

41. En efecto, los derechos reproductivos analizados por el Tribunal Constitucional en la presente cuestión, se circunscriben al reconocimiento de las personas, en este caso de la mujer, de decidir libre y responsablemente si desea tener hijos, la oportunidad de la reproducción, con qué frecuencia, cuántos hijos tener, elección de la persona con quien desea tener hijos, o elegir el método anticonceptivo de su preferencia. Es decir, se está ante determinadas manifestaciones que comprenden los derechos reproductivos, lo que presupone la capacidad de planificar qué familia se desea formar. Para tal efecto, resulta imperativo que las mujeres tengan a su alcance toda la información y todos los métodos anticonceptivos que el Estado les pueda suministrar para que, en ejercicio de dicha libertad, puedan elegir de modo responsable e informado.

#### **Sobre la vulneración del derecho a la igualdad y la prohibición de no discriminación de las personas por su condición económica**

42. El artículo 2.2 de la Constitución reconoce el principio-derecho de igualdad en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole [subrayado es nuestro].

43. En tal virtud, este Tribunal Constitucional recuerda que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

subjetivo constitucional [cfr. sentencia emitida en el Expediente 00045-2004-AI/TC]. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Mientras que, como derecho fundamental, constituye el reconocimiento del derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución [origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica] o por otras [“motivo” “de cualquier otra índole”] que jurídicamente resulten relevantes.

44. En relación con esto último, este Tribunal Constitucional recuerda que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. La igualdad jurídica exige, por el contrario, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se vulnera no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminación por indiferenciación]. Tanto lo uno como lo otro necesariamente debe ser observado por las políticas públicas tendientes a promover la paternidad y maternidad responsables, conforme lo manda el artículo 6 de la Constitución, que dispone lo siguiente en su primer párrafo:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, 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. [...] [subrayado nuestro].

45. En atención a ello, este Tribunal Constitucional estima que, al haberse determinado que la AOE no es abortiva, no existe base objetiva y razonable para impedir que el Estado, en cumplimiento de su obligación de asegurar el acceso a los medios de planificación familiar, distribuya gratuitamente la referida pildora a aquellas personas que, por su condición económica, no puedan comprarla.
46. En similar sentido, este Tribunal Constitucional juzga que corresponde ordenar que el Minsa incluya a la AOE en los métodos de planificación familiar que pone a disposición de la población como política pública, a fin de que toda mujer, adolescente o niña pueda consumirla, en caso lo requiera. Por consiguiente, la abstención del Estado de distribuirla gratuitamente viola el derecho fundamental a la igualdad, pues, sin su intervención, solamente podrán acceder a la AOE únicamente quienes tiene el dinero para adquirirla.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

47. Tal situación, a criterio de este Tribunal Constitucional, resulta discriminatoria, pues permitiría que, en los hechos, el acceso a la AOE se convierta en un privilegio de quienes puedan adquirirla en el mercado. Así pues, y como ha sido expuesto, la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no significa que el Estado deba tratar igual a todas las mujeres, adolescentes y niñas independientemente del estrato socioeconómico al que pertenezcan; por el contrario, exige que implemente todas aquellas medidas que resulten necesarias para que esa falta de recursos económicos no les impida decidir si desean exponerse a un embarazo que claramente no han planificado y que, en definitiva, alterará sus proyectos de vida.
48. Así las cosas, este Tribunal Constitucional opina que, en las actuales circunstancias, la no realización de un tratamiento diferenciado que garantice el acceso universal a la AOE vulnera el derecho fundamental a la igualdad, al no equiparar situaciones que objetivamente son desiguales. Por ese motivo, corresponde estimar el extremo de la demanda relacionado con que el Estado distribuya gratuitamente la AOE.

#### *Sobre la vulneración del derecho a recibir información*

49. El artículo 6 de la Constitución antes referido no solamente establece la obligación del Estado de asegurar el acceso a los medios de planificación familiar, sino también el deber estatal de garantizar el derecho de las personas de recibir, por parte de aquel, información adecuada sobre los métodos anticonceptivos, de conformidad también con el artículo 6 de la Ley General de Salud anteriormente señalado. En ese sentido, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer de modo libre, consciente y responsable.
50. Por esa razón, este Tribunal Constitucional, entiende que la sola divulgación de ello en su portal web institucional resulta claramente insuficiente, pues, al fin y al cabo, los sectores menos pudientes —y quienes, en la práctica, serían las potenciales beneficiarias de esa política pública— no necesariamente tienen acceso a internet, en especial en zonas rurales. En efecto, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (Inei), “en los primeros tres meses del 2022, 73 de cada 100 personas de 6 y más años de edad accedieron a Internet en el país” [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/mas-del-50-de-la-población-de-6-y-mas-anos-de-edad-usa-internet-1155>, revisado el 20 de marzo de 2023], por lo que, según esta data existe un 27 % de la población que tiene ciertas dificultades para acceder a internet.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

51. Por consiguiente, este Tribunal Constitucional estima que, adicionalmente a la distribución gratuita de la AOE, resulta imperativo que el Minsa informe a toda persona, mujer y/o a los padres, tutores o quien se haga cargo de ellas de corresponder, de las especificaciones y características de la píldora del día siguiente, explicando cómo actúa, que la AOE solamente debería ser usada en situaciones de emergencia, excepcionalmente, por lo que debe ser utilizado de modo responsable, ya que no puede sustituir a los anticonceptivos ordinarios. Igualmente, el Minsa está en la obligación de absolver las dudas y consultas de la información que suministre al respecto. Por la tanto, la información que suministre el Estado debe estar en consonancia con lo dispuesto por el artículo 6 de la Lcy General de Salud, considerando el uso excepcional de la AOE.
52. Para este Tribunal Constitucional, el suministro de dicha información es importante, puesto que, al fin y al cabo, la decisión sobre consumir la AOE o no hacerlo dependerá de la persona, mujer y/o de los padres, tutores o quien se haga cargo de ellas de corresponder, en la medida que se deba contar con toda la información objetiva posible. En ese sentido, resulta necesario que el Minsa emprenda campañas informativas permanentes tendientes a difundir la existencia de la política pública consistente en el suministro gratuito de la AOE.

#### *Sobre el pago de costos procesales*

53. Al respecto, en primer lugar, el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente:

Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada, salvo en los supuestos de temeridad procesal. Si el proceso fuere desestimado por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

En los procesos de *habeas corpus*, amparo y de cumplimiento, el Estado solo puede ser condenado al pago de costos. En los procesos de *habeas data*, el Estado está exento de la condena de costas y costos.

En aquello que no esté expresamente establecido en el presente código, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

54. En segundo lugar, el primer párrafo del artículo 412 del Código Procesal Civil contempla lo siguiente:

La imposición de la condena en costas y costos no requiere ser demandada y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de la exoneración.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

55. Sobre la base de tales disposiciones, este Tribunal Constitucional considera que, muy al margen de la deficiente solicitud de inejecución de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, el Minsa ha tenido la intención de distribuir la AOE, como se ha desarrollado en la parte pertinente de la presente resolución. Es más, incluso no impugnó el extremo de la sentencia de primera instancia que estimó la presente demanda, pues únicamente recurrió la condena de costos procesales. Por ese motivo, resulta razonable exonerarlo del pago de los costos procesales.

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

#### HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse vulnerado los derechos reproductivos, a recibir información y a la igualdad y no discriminación de doña Violeta Cristina Gómez Hinostraza.
2. **ORDENAR** al Ministerio de Salud que cumpla con otorgar a doña Violeta Cristina Gómez Hinostraza el anticonceptivo oral de emergencia [AOE] — *levonorgestrel* en cualquier centro de salud del Estado a nivel nacional y previa entrega de información adecuada relacionada con su uso.
3. **DISPONER** que el Ministerio de Salud desarrolle, como política pública, la distribución nacional gratuita del anticonceptivo oral de emergencia [AOE] — *levonorgestrel*.
4. **EXONERAR** al Ministerio de Salud del pago de costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARAVIA  
DOMÍNGUEZ HARO  
MONTEAGUDO VALDEZ  
OCHOA CARDICH

**PONENTE DOMÍNGUEZ HARO**



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

#### FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Emito el presente fundamento de voto porque, si bien coincido con el sentido del fallo y los puntos resolutivos que contiene, creo necesario exponer algunas consideraciones que, a mi juicio, precisan los argumentos en los que se ha sustentado la decisión adoptada en el amparo de autos.

##### §1. Sobre la procedencia del amparo a favor de colectivos de personas

1. Doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Salud (Minsa) con el objeto de que esta entidad informe y distribuya gratuitamente el denominado anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en los centros de salud estatales para que *todas* las mujeres puedan acceder, de manera libre e informada, a dicho producto y, de este modo, puedan evitar exponerse a embarazos no deseados y a embarazos forzados. Es decir, la accionante promovió un amparo de tipo *colectivo* para que se garantice la tutela de los derechos fundamentales a la autodeterminación reproductiva, a la información, así como a la igualdad y no discriminación de *todas* las mujeres en edad reproductiva. Sin embargo, en la sentencia no se advierte de manera expresa que el presente caso es un amparo de tipo colectivo, a pesar que, como expondré en lo que sigue, cumple con las condiciones que habilitan su procedencia.
2. Al respecto, resulta oportuno recordar que el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia recaída en el Expediente 00688-2020-PHC/TC, no obstante la ausencia de regulación expresa en el Nuevo Código Procesal Constitucional, validó la posibilidad de interponer demandas constitucionales de tipo colectivas al haber reconocido como legítima la procedencia de un habeas corpus que tenía por objeto permitir el ingreso al territorio nacional de migrantes venezolanos sin visa y en situación de vulnerabilidad, previa verificación de ciertas condiciones mínimas. Estas condiciones o requisitos estaban referidos a la comprobación de (i) la existencia de un colectivo determinado o determinable de personas; (ii) que la persona que interpone la demanda constitucional debe encontrarse directamente perjudicada con la medida cuestionada; y, (iii) que debe tratarse de una situación que amerite la adopción de un remedio de carácter general.
3. En el presente caso, doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza interpuso la demanda de amparo a favor de *todas* las mujeres en edad reproductiva y, en particular, a favor de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, sea por su situación económica y/o sea por haber sufrido abuso sexual. Las mujeres en edad reproductiva representan, pues, un colectivo que, no obstante ser amplio, constituye un grupo determinado y específico de personas. En cuanto al segundo requisito de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

procedencia, corresponde precisar que la accionante también interpuso la demanda de amparo a título individual, alegando la vulneración de sus derechos a la autodeterminación reproductiva y a recibir información adecuada sobre los métodos anticonceptivos reconocidos como tales por el Estado en el marco de la política pública de planificación familiar. Y, en cuanto al tercer requisito, cabe señalar que la justificación de la promoción del presente amparo se explica en el accionar del Minsa que, desde el año 2009, por mandato de la jurisdicción constitucional, estaba prohibido de desarrollar como política pública la distribución gratuita de la AOE en los centros de salud a nivel nacional. Esta medida ha supuesto la afectación, entre otros derechos, a la autodeterminación reproductiva de todas las mujeres del país que se encuentran en edad reproductiva, sobre todo de aquellas cuya condición económica es precaria; siendo, por tanto, el reconocimiento de esta situación de inconstitucionalidad la que exige un remedio con alcances generales.

4. Lo expuesto, pues, corrobora que el presente caso se configura como un amparo colectivo y que su procedencia es plenamente legítima.

#### **§2. Sobre el derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva y la pretensión de tutela en el presente caso**

5. La vulneración del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva ha sido una de las razones constitucionales que justificaron la promoción del presente amparo colectivo. Así también lo expresó doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza en el escrito de la demanda (f. 170) e, incluso, en el escrito presentado por su defensa en esta instancia para sustentar su informe oral (cfr. cuaderno del Tribunal Constitucional). Sin embargo, la sentencia aborda tangencialmente este extremo de la pretensión cuando alude a los “derechos reproductivos”. En lo particular, considero que en el presente caso la controversia gira, principalmente, en torno al derecho a la autodeterminación reproductiva, por lo tanto, es obligatoria una dilucidación directa al respecto.
6. El Tribunal Constitucional afirmó en su oportunidad que el derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva constituye una manifestación implícita del derecho que tiene toda persona a su libre desarrollo reconocido expresamente en el artículo 2, inciso 1 de nuestra Constitución (cfr. sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA, fundamento 6). Si bien es cierto, la libertad en su sentido más básico supone que las personas están facultadas para autodeterminarse y escoger de forma autónoma, conforme a sus convicciones y particular modelo de virtud, entre las distintas opciones que le dan sentido a su existencia, por lo que es correcto inferir que la decisión de trascender como personas es expresión de esa libertad; considero también, que no es menos cierto que el derecho a la autodeterminación reproductiva,



#### TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

además, de poseer entidad propia, también ostenta del reconocimiento expreso en nuestro sistema de fuentes normativas.

7. Conforme a lo prescrito por el artículo 55 de la Constitución, “[l]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. En tal sentido, las normas recogidas en tales instrumentos resultan directamente aplicables y, como ha señalado el Tribunal Constitucional, es deber de todos los poderes públicos la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte (cfr. sentencia recaída en el Expediente 02730-2006-PA/TC, fundamento 14).
8. Bajo esta premisa, entonces, el derecho de las mujeres a la autodeterminación reproductiva tiene la condición de un derecho humano reconocido como tal en el ordenamiento jurídico peruano debido a su regulación expresa en la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer” (CEDAW)<sup>1</sup>, que en su artículo 16, literal e) reconoce que los estados parte adoptarán las medidas que aseguren a las mujeres “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”.
9. El derecho de las mujeres a la autodeterminación reproductiva es, pues, una norma *iusfundamental* integrante de nuestro ordenamiento jurídico y cuyo ámbito protegido alcanza a la elección sobre la decisión de ser madre, cuántos hijos tener, en qué momento de la vida y con quién tenerlos. De ahí que en el caso de embarazos forzosos producto de violaciones sexuales se produce una gravísima afectación a la autodeterminación reproductiva. En consecuencia, es deber del Estado prevenir, a través de políticas públicas conformes con nuestro ordenamiento constitucional, toda forma de afectación a la libertad reproductiva de las mujeres.
10. Por las razones expuestas en la sentencia y las consideraciones complementarias expresadas aquí, corresponde declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.

S.

**MONTEAGUDO VALDEZ**

<sup>1</sup> Con fecha 23 de julio de 1981, El Estado peruano suscribió la CEDAW; la misma que fuera aprobada mediante Resolución Legislativa N° 23432 de fecha 5 de junio de 1982 y, luego de la correspondiente ratificación, entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 13 de octubre de 1982.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

#### VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el mayor respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular por las siguientes razones:

##### El uso de anticonceptivos en las políticas públicas de salud

1. Coincido con el criterio de la mayoría en que el uso de los anticonceptivos no es contrario al orden constitucional, ya que como su denominación indica, no impide la vida del concebido, sino la fecundación<sup>2</sup>. Por tanto, emplear un método natural o artificial dependerá de las convicciones morales de cada persona, ámbito que el Estado no debe violentar. En cambio, el Estado tiene el grave deber de dar a conocer esos métodos, tal como lo establece la Ley General de Salud<sup>3</sup>, a fin de que se cumpla con los objetivos de la política nacional de población recogida en la Constitución, que está orientada a la maternidad y paternidad responsables y al cuidado de la salud<sup>4</sup>.
2. Asimismo, coincido en que la prohibición de distribuir gratuitamente el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) por parte del Ministerio de Salud (MINSU), ordenada en la sentencia del expediente 02005-2009-PA/TC, respondió a la duda razonable que existía sobre el denominado “tercer efecto” de esa píldora, que afectaba el endometrio e impedía la implantación del óvulo fecundado, es decir, del concebido, tal como lo sostenía en ese momento la *U.S. Food & Drug Administration* (FDA) y otras entidades científicas. En consecuencia, su distribución no podía incluirse en las políticas públicas de planificación familiar.
3. También considero que la presente demanda no consiste en un “amparo contra amparo” sino en una circunstancia excepcional de revisión, prevista expresamente en la sentencia 02005-2009-PA/TC en su fundamento 5<sup>5</sup>.
4. La demandante califica como discriminatoria esa sentencia en la situación actual, pues permitió a personas con recursos económicos adquirir el AOE en las farmacias, mientras que las de menos recursos no podían hacerlo. Sin embargo, se silencia que el mandato de esa sentencia tenía que limitarse al petitorio de la demanda de amparo

<sup>2</sup> Cfr. fundamentos 30 y 32 de la sentencia.

<sup>3</sup> “Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar. Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito”.

<sup>4</sup> Cfr. artículo 6.

<sup>5</sup> Cfr. fundamento 11.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

dirigida “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”<sup>6</sup>. Por tanto, la sentencia no era discriminatoria en perjuicio de las mujeres con menos recursos, ya que la lógica de la argumentación debería llevar a concluir que su venta tampoco debería permitirse, pero el Tribunal no tenía competencia para extender su prohibición más allá del ámbito de lo demandado.

5. Esa discriminación se materializaría sólo si se demostrase que el AOE no es abortivo, que es lo que la demandante ha argumentado en el presente proceso, especialmente en la audiencia pública, y que ha convencido a la mayoría del colegiado, que es consciente del deber que la Constitución nos impone de defender el derecho a la vida, en particular de las personas más vulnerables, entre las que se cuenta el concebido, tal como se establece en el artículo 2.1 de nuestra carta magna<sup>7</sup>.
6. Se debe tener en cuenta que la Constitución, reconoce que la “política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables”. Asimismo, reconoce “el derecho de las familias y de las personas a decidir el número de hijos que quieran tener”<sup>8</sup>. Y es precisamente, en esa medida, que el Estado debe asegurar “los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud”<sup>9</sup>.
7. En consecuencia, el acceso a los anticonceptivos debe realizarse con la información adecuada, no sólo sobre el producto o el método a emplear, sino también de sus consecuencias en relación al desarrollo de la personalidad y a la salud de la mujer.

#### Las “dudas razonables” de los efectos del AOE sobre el concebido

8. De acuerdo a la FDA el fármaco denominado “Plan B”, (levonogestrol) es un anticonceptivo que, empleado de modo regular, previene embarazos porque retrasa o impide la ovulación. El denominado “Plan B-One Step”, en cambio, es una única

<sup>6</sup> Exp. 02005-2009-PA/TC, Antecedentes, ubicable en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

<sup>7</sup> 2. **Toda persona tiene derecho:** 1. **A la vida**, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. **El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece**” (énfasis añadido).

<sup>8</sup> Constitución, artículo 6.

<sup>9</sup> Loc. Cit.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

dosis mayor de levonogestrol (1.5 mg), es decir, es un AOE cuyo prospecto describía su mecanismo de acción de la siguiente forma<sup>10</sup>:

*"It works mainly by stopping the release of an egg from the ovary. It is possible that Plan B One-Step® may also work by preventing fertilization of an egg (the uniting of sperm with the egg) or by preventing attachment (implantation) to the uterus (womb)".*

**Nuestra traducción:**

"(...) funciona principalmente al detener la liberación de un óvulo del ovario. Es posible que "Plan B One-Step®" también prevenga la fertilización de un óvulo (la unión del espermatozoide con el óvulo) o impida la unión (implantación) al útero (matriz)".

9. El 23 de diciembre de 2022, la FDA autorizó modificar los términos del prospecto o folleto informativo de ese AOE, que ahora debe indicar<sup>11</sup>:

In the "Warnings" section, under "Do not use", the following statement will remain: "Do not use if you are already pregnant (because it will not work)." In the Consumer Information Leaflet, the following statements relevant to mechanism of action will be retained: Under the heading "What Plan B One-Step® is not.", the following statement will remain: "Plan B One-Step® will not work if you are already pregnant and will not affect an existing pregnancy." Under the heading "When not to use Plan B One-Step®.", the following statement will remain: "Plan B One-Step® should not be used if you are already pregnant, because it will not work."

**Nuestra traducción:**

En la sección "Advertencias", bajo "No usar", permanecerá la siguiente declaración: "No lo use si ya está embarazada (porque no funcionará)". En el Folleto de Información al Consumidor, las siguientes declaraciones relevantes al mecanismo de acción se conservarán: Bajo el encabezado "Lo que Plan B One-Step® no es", se mantendrá la siguiente declaración: "Plan B One-Step® no funcionará si ya está embarazada y no afectará un embarazo existente. Bajo el encabezado "Cuándo no usar Plan B One-Step®", se mantendrá la siguiente declaración: "Plan B One-Step® no debe usarse si ya está embarazada, porque no funcionará".

10. Para comprender el alcance del cambio realizado en las advertencias sobre el uso del AOE y sobre su inocuidad ante el embarazo, resulta esencial definir lo que la FDA entiende por "embarazo". Para ese organismo el embarazo empieza con la implantación o anidación del óvulo fecundado y no con la concepción. Por eso el nuevo prospecto reiteradamente afirma, que no actuará si la mujer ya está

<sup>10</sup> *Decisional Memorandum, New Drug Application 21998, Supplement 5 Levonorgestrel 1.5 mg Tablet Emergency Contraceptive Labeling Supplement for Update to Mechanism of Action Information*, página 4. Énfasis añadido.

<sup>11</sup> *Decisional Memorandum*, página 21



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

embarazada, es decir, si el concebido ya se ha implantado en el útero materno. Transcribo el texto en cuestión<sup>12</sup>:

**“As noted earlier, the scientific and clinical concept of the time period of pregnancy is generally consistent with the example found in the Code of Federal Regulations (CFR) under 45 CFR 46.202, which reads: “Pregnancy encompasses the period of time from implantation until delivery.” LNG-EC prevents pregnancy by acting on ovulation, which occurs before implantation, and because data do not support that LNG-EC affects implantation, LNG-EC does not terminate pregnancy”.**

**Nuestra traducción:**

Como se señaló anteriormente, el concepto científico y clínico del período del embarazo es, en general, coherente con el ejemplo que se encuentra en el Código de Regulaciones Federales (CFR) bajo 45 CFR 46.202, que dice: **“El embarazo abarca el período de tiempo desde la implantación hasta el parto”. LNG EC previene el embarazo al actuar sobre la ovulación, que ocurre antes de la implantación, y porque los datos no respaldan que LNG-EC afecta la implantación, LNG-EC no termina el embarazo.**

11. En primer lugar, se debe destacar que el concepto “embarazo” empleado por la FDA es inexacto y restrictivo porque no responde a su definición en el idioma español, que según la Real Academia de la Lengua (RAE) significa: “estado en que se halla la mujer gestante”. Es decir, comprende desde el primer momento de vida del embrión, que es el de la concepción, que tiene lugar con la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta el parto. Y no desde la implantación del cigoto humano en el endometrio de la madre, que es el significado que le atribuye la FDA.
12. Consecuente con esa terminología, la FDA emplea el término “anticonceptivo” de modo equívoco porque excluye del término “embarazo” la etapa inicial, que se inicia con la fecundación y culmina con la implantación, lo cual ocurre, aproximadamente, en unos seis o siete días después de la fecundación<sup>13</sup>. Para la FDA, lo que pueda ocurrir antes de la implantación, al no formar parte del “embarazo”, no tiene relevancia. Sin embargo, como hemos mencionado antes, la ciencia desde hace varias décadas ha comprobado que el concebido es un individuo, con una carga genética distinta al de la madre<sup>14</sup>. Por eso, nuestra Constitución lo

<sup>12</sup> *Decisional Memorandum, New Drug Application 21998, Supplement 5 Levonorgestrel 1.5 mg Tablet Emergency Contraceptive Labeling Supplement for Update to Mechanism of Action Information*, página 21.

<sup>13</sup> Cfr. los datos recogidos en el Informe del *amicus curiae* de la demandada, Instituto de Ciencias para la Familia (ICF) de la Universidad de Piura, página 2.

<sup>14</sup> Por todos, cito el estudio realizado por Forero y Sandoval (2009) según el cual: “El momento de la concepción actualmente es de conocimiento universal, ya que forma parte de los estudios básicos de la Biología Humana (...) porque se sabe que la vida humana comienza con la fecundación, (...) desde que es posible “fabricar” in vitro seres humanos, esto ha pasado a ser una “verdad científica” incontrastable. En efecto, “la fecundación extracorpórea es anterior a la anidación y, cualquiera sea la técnica utilizada, luego de lograda la concepción es preciso implantar el embrión. Ningún técnico dedicado a la fecundación artificial se animaría a implantar un ser vivo que no fuera humano” (p. 61)”, recogido en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

reconoce como sujeto de derechos para todo lo que le favorezca<sup>15</sup>. Y el primer derecho, sobre el que se apoyan todos los demás, es el derecho a la vida.

13. El AOE, por tanto, no es un anticonceptivo sino un fármaco abortivo, ya que su acción se realiza en el primer estadio de la vida de un ser humano: el que va desde la fecundación hasta antes de la implantación. Luego de sucedida ésta no tiene efecto que pueda perjudicar el embarazo ni al feto, según afirma la FDA. Ahora bien, la RAE define el aborto como “la interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas. Puede constituir eventualmente un delito”. El AOE, en caso que no haya detenido la ovulación o la fecundación en los primeros días siguientes a la relación sexual, tiene el efecto de alterar el endometrio, para impedir la implantación. En consecuencia, no se trata de un “anticonceptivo” sino de un producto abortivo porque interrumpe el embarazo deliberadamente.
14. La Constitución del Política del Perú protege la vida del concebido desde el primer instante de su existencia y no sólo desde la implantación en el útero. Y, en concordancia con este mandato constitucional, toda la legislación relativa a la vida y salud comprende esta tutela<sup>16</sup>. Su transgresión, en el caso del Perú es un delito<sup>17</sup>. El Código Penal ha previsto para el delito de aborto no sólo distintos tipos penales, sino también atenuantes<sup>18</sup> y eximentes de responsabilidad penal<sup>19</sup>.
15. La definición de “embarazo” propuesta por la FDA es la misma que la de la demandante y los *amicus curiae* que han sido incorporados al proceso avalando su demanda. Esta definición de embarazo es la que ha adoptado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia-Murillo y otros-Fecundación in vitro vs Costa Rica*, y que ha sido invocada por la demandante como fundamento de su pretensión<sup>20</sup>. Sin embargo, la sentencia en mayoría no ha acogido esa restricción del término “embarazo” y, por eso, no ha tenido en cuenta ese argumento en su fundamentación jurídica. Sin embargo, la acepta cuando admite las nuevas prescripciones de la FDA, renunciando así a su misión de garante en la interpretación de los derechos fundamentales y en clara contradicción con ella.

---

Informe del ICF ya citado, página 5.

<sup>15</sup> Cfr. artículo 2.1

<sup>16</sup> Constitución, artículo 2, inciso 1; Código Civil, artículo 1; Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337), artículo I del Título Preliminar y artículo 1; Ley General de Salud (Ley 26842), artículo III del Título Preliminar; y Ley de Política Nacional de Población (Decreto Legislativo 346), artículo IV, inciso 1, del Título Preliminar.

<sup>17</sup> Cfr. Código Penal, artículos 114 a 118

<sup>18</sup> Cfr. Código Penal, artículo 120

<sup>19</sup> Cfr. Código Penal, artículo 119

<sup>20</sup> Según la demandante se debe acoger su pedido porque “se realiza en virtud de los fundamentos de la **sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - caso Artavia Murillo y otros-Fecundación In Vitro, vs. Costa Rica**”, Fojas 170, negrita en el original.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

16. En segundo lugar, hay que analizar cómo llega la FDA a la conclusión de que el AOE no afecta al endometrio y, por tanto, no impide la implantación del concebido. El documento en el que se apoya la sentencia en mayoría -y la demandante-concluye que los efectos de la inoculación de 1.5 mg. de levonogestrel en ratas y en glándulas endometriales en la fecundación *in vitro*, tiene que producir los mismos efectos en el organismo de una mujer<sup>21</sup>. En consecuencia, al no observar cambios en las glándulas endometriales en esos experimentos, declara que tampoco existen en el endometrio de la mujer.
17. Deducir, en base a indicios, no es demostrar científicamente una teoría sino establecer, por analogía, una hipótesis. De hecho, la FDA reconoce que, para concluir que el levonorgestrel no afecta la receptividad del endometrio para la implantación del embrión, se utilizaron marcadores que “no son biomarcadores validados” y apoya sus afirmaciones en investigaciones realizadas hace más de una década<sup>22</sup>.
18. A mayor abundamiento hay que recordar que no existe, ni puede existir, data de experimentos realizados en seres humanos sobre la sobrevivencia del concebido luego de ingerir un AOE, por ser contrario a la ética médica experimentar con la vida humana<sup>23</sup>. Cuando la FDA afirma que “la evidencia no apoya que el medicamento afecte la implantación”, se debe entender en el marco conceptual ya explicado, es decir, la implantación ya realizada, tanto porque no considera embarazo a la etapa que existe entre la concepción y la implantación, como porque no hay experimentos que avalen su tesis de inocuidad. Por tanto, no se puede negar la presunción de ese mecanismo de acción.
19. El debate científico no se agota con la decisión de la FDA basada, como hemos visto, en una endeble certeza. Existen otros estudios científicos, realizados en Estados Unidos, que contradicen lo afirmado por esa agencia. Por ejemplo, el del profesor de la Universidad de Princeton, James Trussell (Trussell et al. 2014), quien, citando 193 artículos, de los cuales 25 tratan sobre el mecanismo de acción del levonorgestrel, concluye que no es científicamente posible negar el mecanismo de inhibición de la implantación de un óvulo fecundado al endometrio<sup>24</sup>.
20. No obstante, se debe reconocer que organismos internacionales también han reducido el alcance del término “embarazo” como lo ha hecho la FDA. Estos cambios, permiten plantearse dudas sobre la imparcialidad de esos organismos en esta materia, teniendo en cuenta el interés de los grandes laboratorios en comercializar ese producto y el itinerario observado en esas modificaciones.

<sup>21</sup> Cfr. *Decisional Memorandum*, página 21.

<sup>22</sup> Cfr. *Decisional Memorandum*, página 21.

<sup>23</sup> Cfr. Informe del ICF, página 8.

<sup>24</sup> Cfr. Informe del ICF, página 10.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

21. Una cuestión especialmente relevante, para la mayor o menor aceptación del AOE por las mujeres, es que la mayoría prefiere emplear métodos anticonceptivos, sean naturales o artificiales, que los abortivos. Por tanto, también se debe analizar si estos cambios en la terminología de los folletos informativos es una estrategia de mercado para lograr que lo consuman mujeres que antes se resistían a hacerlo por sus convicciones personales en estas cuestiones.
22. De hecho, se comprueba que subsisten diversidad de opiniones sobre el mecanismo de acción que tiene el AOE. Así, el vademécum electrónico de medicinas del Reino Unido, denominado, *Electronic Medicines Compendium* (EMC), señala como propiedades farmacológicas del AOE, comercializado con la marca “Emerres Una” (levonorgestrel 1.5 mg), lo siguiente<sup>25</sup>:

**“The precise mode of action of levonorgestrel as an emergency contraceptive is not known.**

At the recommended regimen, levonorgestrel is thought to work **mainly** by preventing ovulation and fertilisation if intercourse has taken place in the preovulatory phase, when the likelihood of fertilisation is the highest. **Levonorgestrel is not effective once the process of implantation has begun”.**

**Nuestra traducción:**

**Se desconoce el mecanismo de acción preciso del levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia.** En el régimen recomendado, se cree que levonorgestrel funciona principalmente impidiendo la ovulación y la fertilización si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria, cuando la probabilidad de fertilización es más alta. **Levonorgestrel no es efectivo una vez iniciado el proceso de implantación.**

23. Como puede apreciarse, se reconoce, por un lado, que no hay total claridad sobre el mecanismo de acción del AOE y, por otro, que *principalmente*, **pero no únicamente**, evita la ovulación y la fertilización. Añaden que no es efectiva una vez que tuvo lugar la implantación. Silencian, por tanto, lo que puede suceder entre la fecundación y la implantación. Por consiguiente, se reconoce que hay efectos que no se detallan. Respecto a su efectividad se afirma que, cuando se ingiere dentro de las 72 horas después de la relación sexual, es del 85%<sup>26</sup>, pero que va disminuyendo a medida que pasen las horas.
24. Criterio similar encontramos en el vademécum farmacológico *Prescriber’s Digital Reference (PDR)*<sup>27</sup>, en el que se consignan los distintos nombres comerciales del levonorgestrel en los Estados Unidos de América. Cuando se refiere a la marca “Plan B One-Step”, señala, al igual que su homólogo en el Reino Unido, que “su exacto mecanismo de acción es desconocido<sup>28</sup>. Sin embargo, precisa que esa

<sup>25</sup> Cfr. <https://www.medicines.org.uk/emc/product/9570>. Consultado el 25 de marzo de 2023.

<sup>26</sup> Cfr. loc. cit.

<sup>27</sup> Citado en el Informe de Luis Solari de la Fuente *amicus curiae* de la demandada.

<sup>28</sup> “The exact mechanism of action, however, is unknown” Ubicado en <https://www.pdr.net/drug-summary/Plan-B-One-Step-levonorgestrel-573>, el 25 de marzo de 2023. La traducción es personal.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

hormona logra impedir “la maduración folicular y la ovulación. Pueden estar implicados mecanismos adicionales. **Otras acciones de las progestinas incluyen alteraciones en el endometrio que pueden afectar la implantación** y un aumento en la viscosidad del moco cervical que impide la migración de los espermatozoides hacia el útero”<sup>29</sup>.

25. La *Medicines & Healthcare products Regulatory Agency* es la entidad que, en el Reino Unido, tiene la autoridad de la FDA en Estados Unidos. Este organismo advierte de la posible acción antiimplantatoria del producto levonorgestrel 1.5 mg (“Emerres Una”), mediante la alteración del revestimiento del útero<sup>30</sup>:

“How does Emerres Una work?

Emerres Una contains the active ingredient levonorgestrel, which is a synthetic derivative of the naturally occurring female sex hormone progesterone. Emerres Una is **thought to work by preventing ovulation, fertilization and also by altering the lining of the womb**, depending on which stage of the menstrual cycle the woman is at”.

Nuestra traducción:

¿Cómo actúa Emerres Una?

Emerres Una contiene el ingrediente activo levonorgestrel, que es un derivado sintético de la progesterona, la hormona sexual femenina natural. Se cree que Emerres Una **actúa impidiendo la ovulación, la fecundación y también alterando el revestimiento del útero**, dependiendo de la fase del ciclo menstrual en que se encuentre la mujer.

26. Finalmente, el carácter abortivo del AOE sigue siendo declarado por la misma FDA, porque **no ha modificado, a la fecha, los efectos antiimplantatorios de ese mismo producto en la presentación de 0.75 mg**. En el prospecto, aprobado por la FDA, que se publica en su página web, se lee<sup>31</sup>:

*How does Plan B® work?*

*Plan B® is two tablets with levonorgestrel, a hormone that has been used in many birth control pills for several decades. Plan B® contains a higher dose of levonorgestrel than birth control pills, but works in a similar way to prevent pregnancy. It works mainly by stopping the release of an egg from the ovary. It is possible that Plan B® may also work by preventing fertilization of an egg (the uniting of sperm with the egg) or by preventing attachment (implantation) to the uterus (womb).*

<sup>29</sup> “(...) thereby preventing follicular maturation and ovulation. Additional mechanisms may be involved. Other actions of progestins include alterations in the endometrium that can impair implantation and an increase in cervical mucus viscosity which inhibits sperm migration into the uterus” Ubicado en <https://www.pdr.net/drug-summary/Plan-B-One-Step-levonorgestrel-573.1694>. Consulta: 25 de marzo de 2023. La traducción es personal y el énfasis añadido.

<sup>30</sup> Ubicado en <https://mhraproductsproduction.blob.core.windows.net/docs/0779e7a4338db691137367bb8198f7fa3e8fe104>. Consultado el 27 de marzo de 2023. El énfasis es añadido.

<sup>31</sup> [https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda\\_docs/label/2018/021045Orig1s017lbl.pdf](https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2018/021045Orig1s017lbl.pdf). Consultado el 25 de marzo de 2023. El énfasis es añadido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

**Nuestra traducción:**

¿Cómo funciona Plan B®?

Plan B® son dos tabletas con levonorgestrel, una hormona que se ha utilizado en muchas píldoras anticonceptivas durante varias décadas. Plan B® contiene una dosis más alta de levonorgestrel que las píldoras anticonceptivas, pero funciona de manera similar para prevenir el embarazo. Actúa principalmente deteniendo la liberación de un óvulo del ovario. Es posible que Plan B® también pueda impedir la fecundación de un óvulo (la unión del espermatozoide con el óvulo) o **impedir la unión (implantación) al útero (matriz)**.

27. La demandante también cita, en abono de su tesis, que la Organización Panamericana de la Salud (OPS), en el año 2009, comunicó que el AOE no era abortivo sino simplemente anticonceptivo<sup>32</sup>, pero sin respaldo científico que haya sido puesto en conocimiento de la opinión pública. Respecto a la Organización Mundial de la Salud (OMS), debe recordarse que no siempre ha tenido pronunciamientos definitivos y acertados en el campo de la salud, por lo que no tendría necesariamente que aceptarse, como verdad última e inobjetable, su posición sobre la ausencia del efecto antianidatorio del AEO. Ejemplo de estos vaivenes son las recomendaciones que, durante la pandemia del COVID-19, dio en abril de 2020 sobre el uso de la mascarilla: primero, sólo para la gente que atendía a personas potencialmente contaminadas o que tenían tos o estornudos, así como para el personal sanitario. En junio del mismo año, lo extendió a todas las personas que no pudieran mantener con otras una distancia de dos metros, que luego redujo a metro y medio. También durante esa pandemia, la OMS inicialmente no recomendó la vacunación en embarazadas, pero después accedió a ello. Y en el 2004 reconoció que se equivocó al descartar que el virus H5N1 de la “gripe de pollo” se transmitiera entre personas. Por tanto, las opiniones de ambos organismos, no constituyen prueba plena del posible efecto no abortivo del AOE.

28. Llegados a este punto podemos concluir lo siguiente sobre los AOE:

- a. A la fecha no se conocen todos sus efectos.
- b. El término “embarazo”, según la FDA y otros organismos internacionales, se inicia con la implantación y termina con el parto. No incluye los primeros días de vida del concebido, es decir, el que comprende el lapso entre la fecundación y la implantación, que es de seis o siete días.
- c. La mayor o menor eficacia de su acción depende de la prontitud con que se ingiera en relación con el momento de la relación sexual, es decir, antes de que ocurra la implantación, en caso de haberse producido la fecundación.

<sup>32</sup> Cfr. fundamento 14 de la sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

- d. Algunos prospectos no hacen referencia al efecto antiimplantatorio, pero se mantiene esa certeza en estudios científicos y en los compendios farmacéuticos de Estados Unidos y del Reino Unido, así como en la *Medicines & Healthcare products Regulatory Agency* del Reino Unido.
  - e. Cuando los prospectos de los AOE afirman que no afectan ni interrumpen el embarazo, se refieren al efecto después de la implantación. Sin embargo, al estar reconocido por diversos estudios científicos que alteran el endometrio, entonces también impiden que el concebido continúe con vida, al no permitirle su implantación.
  - f. En conclusión, los AOE son abortivos y no pueden, por tanto, ser parte de la política nacional de salud.
29. Esta realidad exige que no se comercialicen en el país. Sin embargo, la presente demanda de amparo se circunscribe a la distribución del AOE por el MINSA, por lo que, al igual que ocurrió en el 2009, este Tribunal no puede extender su mandato más allá de lo demandado.
30. Quisiera resaltar que, respecto a la protección de los derechos relativos al medio ambiente, los estados partes de las Naciones Unidas, en la Declaración de Río<sup>33</sup> acordaron, como un principio de acción, que “los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”<sup>34</sup>. Con cuánta mayor razón se ha de tener en cuenta este criterio si está en peligro la vida de un ser humano inocente y vulnerable.
31. Consecuentemente, debe mantenerse la prohibición de que el MINSA distribuya gratuitamente el AOE, conforme este Tribunal dispuso en la sentencia del expediente 02005-2009-PA/TC, en protección del derecho a la vida del concebido, y por aplicación, como se hizo en aquella oportunidad, de los principios *pro homine* (pues se presenta una situación en que se encuentra en juego un derecho fundamental<sup>35</sup>), *pro debilis* (ya que “debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil”<sup>36</sup>, en este caso, el concebido), y el *principio precautorio*, aplicable cuando “se encuentran en controversia la posible afectación de los derechos a la

<sup>33</sup> Realizada del 3 al 14 de junio de 1992

<sup>34</sup> Principio 15, ubicable en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> El énfasis es añadido.

<sup>35</sup> Cfr. STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 33.

<sup>36</sup> STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 34.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

salud y a la vida, por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre”<sup>37</sup>, como es el caso del AOE.

32. No puede extenderse la prohibición a su comercialización por el sector privado, porque excede el petitorio de la demanda. Sin embargo, se exhorta a la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID) para que, en cumplimiento del mandato constitucional de proteger la vida del concebido, no permita su comercialización en el país.

#### **La eficacia de las políticas públicas para erradicar la violencia sexual contra la mujer**

33. Finalmente quisiera hacer referencia a la eficacia de las políticas públicas en esta materia, ya que la transversalidad del enfoque de género tiene más de una década en el país. Lo cual debería reflejarse en una convivencia cada vez más respetuosa entre varones y mujeres que cristalice en la igualdad de oportunidades, en todos los campos, con equidad.
34. Sin embargo, de acuerdo a los datos publicados por el MINSA: “*el registro de información de la Dirección de Salud Sexual y Reproductiva, en el año 2019 se atendió con el kit de emergencia sexual a 564 víctimas de violación sexual; en el 2020, a 1325 y en el 2021, a 2519*”<sup>38</sup>. En ese kit se incluye el AOE, no obstante, como reconoce la misma institución, la violencia contra la mujer, en lugar de disminuir, ha ido en aumento. Asimismo, el número de embarazos de adolescentes también ha ido en aumento en los últimos años<sup>39</sup>.
35. Estas cifras indican que el problema no se resuelve con los AOE: se requiere un cambio cultural y ético. El trauma de una mujer violada no se remedia con una pastilla: es necesario poner otros medios para evitar la raíz de esos embarazos no deseados. Considero que se requiere una nueva estrategia en el enfoque de género para lograr un efectivo descenso en las cifras de abuso, sea cual sea la edad de la víctima.
36. Las autoridades competentes deben revisar qué tipo de información han facilitado a los padres, en el caso de las menores de edad, así como a las mujeres mayores de edad, a fin de que hayan podido decidir si usaban o no el AOE, teniendo en cuenta el impacto que podría causar en su organismo, así como las circunstancias en que habían sufrido violencia.

<sup>37</sup> STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 47.

<sup>38</sup> Transcrito del fundamento 35 de la sentencia en mayoría.

<sup>39</sup> Cfr. loc.cit.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

37. La violencia, verbal y física, se encuentra cada vez más extendida y afecta siempre a los más vulnerables, como queda reflejado en los casos de *bullying*, acoso sexual en los lugares de estudio o trabajo. La educación en el respeto y la solidaridad exige que los padres acompañen a sus hijos en el descubrimiento de su sexualidad y, en coordinación con los centros de estudios, les orienten, a fin de integrarla en la dimensión racional y afectiva, propia del ser humano.
38. La sentencia en mayoría encuadra los denominados “derechos reproductivos” en el marco constitucional y legal de nuestro país<sup>40</sup>. Sin embargo, considero que esa terminología, muy empleada por organismos internacionales, no refleja la verdadera dimensión de la condición sexuada de la persona. El término “reproducción” según la RAE significa “acción y efecto de reproducir o reproducirse”. Los vegetales y los animales se reproducen, los seres humanos *engendran* hijos. Y son realmente *padres* cuando *cuidan* de ellos: la Constitución se refiere al derecho y deber que tienen de “alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”<sup>41</sup>. De allí que el enfoque de maternidad y paternidad responsables implique, no sólo el derecho de decidir el número de hijos que se desee tener, sino también el asumir los deberes de esa decisión. Los temas relativos al ejercicio de la sexualidad deben plantearse desde la dignidad de la persona humana y de sus aspiraciones más profundas, que permiten la convivencia pacífica y solidaria.

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

**PACHECO ZERGA**

---

<sup>40</sup> Ver fundamentos 40 y 41.

<sup>41</sup> Artículo 6.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

#### VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el mayor respeto por la opinión de mis colegas magistrados, no comparto el voto en mayoría toda vez que se sustenta en interpretaciones polémicas que no son pacíficas en el debate científico ni tampoco en el esquema *iusfilosófico* de nuestra Constitución; por las razones que paso a exponer:

1. Conforme a nuestro documento basilar, la vida es una condición sustantiva a partir del cual se construyen los círculos sociales de la comunidad. La familia, la paternidad, los deberes con los padres con los hijos y de los hijos con los padres, forman parte del núcleo constitucional conforme a los primeros dispositivos que proyecta el principio capital alojado en el artículo 1: vida y dignidad.
2. En ese sentido, una política pública de salud que incorpore el uso de anticonceptivos como una forma de paternidad responsable debe ser lo más certero posible, y no evidenciar ni la más mínima duda de que se trata de un medicamento (o sustancia) que produzca un aborto.
3. Sobre el “efecto abortivo” que tiene la AOE respecto del concebido, debemos señalar que existen diversos sectores que cuestionan su alegado descarte. Así, por ejemplo, el estudio “*Mecanismo de Acción del Levonorgestrel*”<sup>(42)</sup> sostiene:

Los argumentos utilizados para justificar el uso de Levonorgestrel como un fármaco no abortivo conllevan debilidades sustanciales. Además, la administración pre ovulatoria del Levonorgestrel no altera consistentemente el flujo y la función de espermatozoides u óvulos. Sin embargo, se evidencia la ausencia de embarazos clínicos en los casos en que la fecundación es probable. Lo que sugiere que el aborto es un mecanismo probable de acción. Por lo tanto, la afirmación de que existe certidumbre moral sobre la acción no abortiva del Levonorgestrel es actualmente indefendible.

4. En el Estudio “*UPA (Ella One) y LNG en anticoncepción de emergencia: la información de EMA y las evidencias científicas indican un efecto anti-implantación prevalente*”<sup>(43)</sup>, se afirma:

Los anticonceptivos de emergencia funcionan predominantemente mediante la prevención de la implantación de embriones. Las personas deben recibir información correcta (traducción propia)

<sup>42</sup> Kahlenborn C., Peck, R., Severs, W.B. (2015) Mechanism of Action of Levonorgestrel Emergency Contraception. *The Linacre Quarterly*. 82(1). 18-33. doi:[10.1179/2050854914Y.0000000026](https://doi.org/10.1179/2050854914Y.0000000026)

<sup>43</sup> Mozzanega, B., Battista Nardelli G. (2019). UPA and LNG in emergency contraception: the information by EMA and the scientific evidences indicate a prevalent anti-implantation effect. *Eur J Contracept Reprod Health Care*. Feb;24(1):4-10. doi: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30656992/>



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

5. Por su parte, en el Estudio “*¿Tiene el anticonceptivo de emergencia Levonorgestrel un efecto post-fecundación? Una revisión de su mecanismo de acción*”<sup>(44)</sup> se sostiene:

Nuestro análisis estima que el potencial de inhibición ovulatoria del fármaco podría prevenir menos del 15 por ciento de las concepciones potenciales, lo que hace que un mecanismo de acción de pre fertilización sea significativamente menos probable de lo que se pensaba. Los efectos lúteos (como disminución de la progesterona, alteración de los niveles de glicodelina y acortamiento de la fase lútea) presentes en la literatura pueden sugerir un efecto pre ovulatorio inducido por efectos post-fertilización del fármaco. Se puede demostrar que afecta la función lútea y puede afectar negativamente la supervivencia del embrión (traducción propia).

6. En tanto, en el estudio “*El Levonorgestrel y su mecanismo de acción*”<sup>(45)</sup>, se afirma:

El hecho de que el levonorgestrel sea efectivo en el tiempo de la ovulación indica que debe tener un efecto impidiendo la implantación. [...] La probabilidad de atentar contra la vida de un óvulo ya fecundado por el uso del levonorgestrel es de un 25% (6 días de fertilidad de 28 días del ciclo menstrual), ya que en general, la mujer que recurre a este método no sabe con exactitud su actual condición de fertilidad. Si a esto añadimos que naturalmente la frecuencia de implantación en el período fértil es de un 36% y que el levonorgestrel no impide la implantación en un 2% a las 24-48 horas, tenemos que la probabilidad de atentar contra la vida del embrión queda reducida a un 8% por el uso de levonorgestrel (traducción propia).

7. Del mismo modo, Peck y Tudela<sup>(46)</sup> refieren que “si el Levonorgestrel se administra en la fase folicular tardía de la ventana fértil (antes de la ovulación), podría alterar la secreción de LH, disminuir los niveles de progesterona, acortar la fase lútea y conducir a un sangrado vaginal aberrante. Todos estos hallazgos perjudicarían la capacidad del embrión para sobrevivir. Por lo tanto, la administración del referido medicamento en la pre-ovulatorios podría llevar a efectos post-fertilización” (traducción propia).

<sup>44</sup> Peck R., Rella, W., Tudela, J., Aznar, J., Mozzanega, B. (2016). Does Levonorgestrel Emergency Contraceptive have a Post-Fertilization Effect? A Review of its Mechanism of Action. *The Linacre Quarterly*. 83(1):35-51. doi: [10.1179/2050854915Y.0000000011](https://doi.org/10.1179/2050854915Y.0000000011). (p.47).

<sup>45</sup> Rodríguez, E. (2016). El levonorgestrel y su mecanismo de acción. *ARS MEDICA Revista de Ciencias Médicas*, 31(1), 36-46. (p.44).

<sup>46</sup> Peck R., Rella, W., Tudela, J., Aznar, J., Mozzanega, B. (2016). Does Levonorgestrel Emergency Contraceptive have a Post-Fertilization Effect? A Review of its Mechanism of Action. *The Linacre Quarterly*. 83(1):35-51. doi: [10.1179/2050854915Y.0000000011](https://doi.org/10.1179/2050854915Y.0000000011). (p.44).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.° 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

8. Como se evidencia, aún existe una posición claramente discrepante respecto al efecto abortivo de la AOE a nivel científico; razón por la que -al no encontrarnos frente a una verdad apodíctica- es deber del Tribunal Constitucional invocar la aplicación del *principio precautorio* en los términos de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC.
9. Si bien en el fundamento 52 de la dicha STC se destaca la posibilidad de que “si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso respecto de la inocuidad del levonorgestrel para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición”, a la fecha, aún no existe un nivel de consenso a nivel científico que deje en claro que no existe una duda razonable sobre un posible efecto abortivo de la AOE.
10. Por consiguiente, desde la teoría de la fecundación (o fertilización), es imperantemente necesario aplicar el principio precautorio ante la posibilidad de eventuales efectos post-fertilización de la AOE.
11. De otro lado, se debe objetar la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos - caso Artavia Murillo y otros-Fecundación In Vitro, vs. Costa Rica”, toda vez que el accionante la ha invocado para justificar su pretensión alegando que el embarazo se inicia con la implantación del cigoto humano en el endometrio de la madre.
12. El colegiado no puede avalar ni a modo doctrinal esta decisión de la Corte, ya que no es compatible con el modelo constitucional peruano, por lo que correspondía también un pronunciamiento expreso en contra en los fundamentos del actor, ya que no debe quedar duda alguna del deber del alto colegiado de proteger la vida humana y, no admitir, por la vía de la interpretación la doctrina convencional como si pudiera aplastar el modelo cultural peruano sin ninguna valoración interna.
13. Es por ello que, en su oportunidad, en decisiones como esta, he expresado el deber de invocación del *margen nacional de apreciación*, el cual tiene como principal propósito conceder al Estado un ámbito para la adopción de medidas comprometidas con el tema decidido por la corte, conforme a su propia realidad.
14. En la misma sintonía el nuevo Código Procesal Constitucional en el artículo VIII del título preliminar ha recepcionado el referido margen de apreciación al señalar que: “En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”.
15. Al respecto, y como idea general, debo señalar que el margen de apreciación nacional es definido como un método de interpretación propio del Tribunal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que lo utilizó por primera vez en el *Caso Handyside*. En él, el TEDH consideró que en un ámbito en el que no había una posición uniforme entre los Estados parte, como era la protección de la moral, las autoridades nacionales gozaban de un cierto margen de apreciación al estar en una mejor posición para decidir; siendo una concesión a los Estados que implica cierta deferencia al aplicar las restricciones a derechos fijadas en el Convenio en ámbitos en los que no existe un consenso europeo, deferencia que -por cierto- no es absoluta, correspondiendo al propio Tribunal la consideración de la idoneidad de su uso a través de un juicio de proporcionalidad”<sup>47</sup>).

16. A nuestro modo de ver las cosas, si se pretendiera imponer la postura ideológica de la Corte, el Estado peruano podría apartarse de la misma utilizando el margen de apreciación nacional.
17. Finalmente, respecto de la educación sexual sobre métodos anticonceptivos como mandato constitucional, debe tenerse presente lo señalado expresamente por el artículo 6 de nuestro Texto Fundamental, cuando señala:

“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, 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. (...)” (subrayado nuestro).

18. A nivel infraconstitucional, se ha precisado la relevancia de la información sobre métodos anticonceptivos:

Artículo 6 de la Ley 26842, Ley General de Salud:

“Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar. Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito”. (subrayado nuestro)

19. Es preciso resaltar que de la literalidad del artículo 6 de la Constitución, por mandato constitucional debe existir una política nacional de población que tenga como objetivo difundir la paternidad y maternidad responsables. En ese orden de ideas, queda absolutamente claro que una política pública en materia de educación sexual sobre métodos anticonceptivos –para ejercer una paternidad y maternidad

<sup>47</sup> Sánchez-Molina, P. (2014). El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres. *Estudios de Deusto*, 62(1), 371-386. (p.374)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC  
LIMA  
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ  
HINOSTROZA

responsables– no debe atentar contra la vida (desde la concepción), ni contra la salud de las personas.

20. Es por estas razones que el Estado no puede distribuir gratuitamente el AOE. Podría distribuirse sí de modo gratuito como parte de la política pública del Estado en determinadas condiciones que debió expresarse en la sentencia y que no corresponde sino de manera excluyente. Así por ejemplo, personas con enfermedades graves o crónicas o en situación de violencia sexual, en donde la autoridad sanitaria y fiscal respectivamente, ponderen y balanceen los derechos en conflicto.
21. Al no haberse precisado tampoco los límites en su distribución ni la fundamentación tuitiva del derecho a la vida, me veo en la obligación de emitir el presente voto singular en los términos expuestos.
22. Finalmente cuestiono el denominado derecho a la “autodeterminación reproductiva”, que si bien es verdad que el colegiado en mayoría no la emplea y opta correctamente por el término “derechos reproductivos”, se debió rechazar expresamente en los fundamentos de la sentencia toda vez que no es posible de ser configurado un supuesto derecho como este por la vía de la interpretación, ya que en puridad de verdad, deja al concebido como una cosa en decisión autónoma de la gestante. Ello a mi criterio solo podría ser admisible mediante una reforma constitucional que varíe el modelo cultural pro vida de la Constitución política vigente e histórica. *Contrario sensu*, el Tribunal Constitucional estaría convirtiéndose en constituyente, superando sus propios límites.

Por las consideraciones expuestas, en el presente caso mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

**GUTIÉRREZ TICSE**

Cargo

Especialista:  
Expediente:  
Escrito : 01  
Sumilla: **DEMANDA DE AMPARO**



SEÑOR JUEZ DEL JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA

**VIOLETA CRISTINA GOMEZ HINOSTROZA**, identificada con DNI N° 29708193, con domicilio real en la Calle Joaquín Madrid N° 319, departamento 201, San Borja, de ocupación Fiscal de Familia Adjunta al Provincial, con domicilio procesal en la Casilla N° 18038 de la Corte Superior de Lima, a Ud. me presente y digo:

### PETITORIO

Interpongo **DEMANDA DE AMPARO** en contra del **MINISTERIO DE SALUD** a fin de que **cumpla con INFORMAR Y DISTRIBUIR GRATUITAMENTE EL ANTICONCEPTIVO ORAL DE EMERGENCIA – PILDORA DEL DIA SIGUIENTE (LEVONORGESTREL) EN TODOS LOS CENTROS DE SALUD DEL ESTADO.**

El pedido se realiza en virtud de los fundamentos de la **sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 expedida por la Corte interamericana de Derechos Humanos - caso Artavia Murillo y otros- Fecundación In Vitro, vs. Costa Rica**, y en concordancia con los derechos fundamentales al **libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación reproductiva, a la igualdad y no discriminación**, entre otros derechos humanos fundamentales, así como al **deber del Estado de evitar los embarazos forzados** (producto de violación sexual).

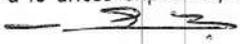
### DEMANDADO

**MINISTERIO DE SALUD**, a quien se le deberá emplazar a través de la Ministra de Salud y el **Procurador del Ministerio Salud**, ambos con domicilio sito en Av. Salaverry N° 801, Jesús María - Lima.

### FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

#### **I. ANTECEDENTES DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN GRATUITA DEL ANTICONCEPTIVO ORAL DE EMERGENCIA (LEVONORGESTREL) EN LOS CENTROS DE SALUD DEL ESTADO**

En julio de 2001, mediante la Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, se incorporó la anticoncepción oral de emergencia como un método anticonceptivo que debía ser difundido y distribuido gratuitamente a nivel nacional. Mediante la Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA) aprobada con fecha 14 de julio de 2005 entró en vigencia la Norma Técnica N° 032-MINSA/DGSP-V.01 mediante la cual se reafirmó el deber del Ministerio de Salud de difundir y distribuir gratuitamente la anticoncepción oral de emergencia como mecanismo para evitar los embarazos no deseados y los embarazos forzados (a consecuencia de violación sexual). Pese a lo antes expuesto, la distribución gratuita de la mencionada píldora por parte

  
**Cristina Gomez Hinostroza**  
ABOGADA  
CAC N° 5479

Cargo

Especialista:  
Expediente:  
Escrito : 01  
Sumilla: DEMANDA DE AMPARO



SEÑOR JUEZ DEL JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA

**VIOLETA CRISTINA GOMEZ HINOSTROZA**, identificada con DNI N° 29708193, con domicilio real en la Calle Joaquín Madrid N° 319, departamento 201, San Borja, de ocupación Fiscal de Familia Adjunta al Provincial, con domicilio procesal en la Casilla N° 18038 de la Corte Superior de Lima, a Ud. me presente y digo:

### PETITORIO

Interpongo **DEMANDA DE AMPARO** en contra del **MINISTERIO DE SALUD** a fin de que cumpla con **INFORMAR Y DISTRIBUIR GRATUITAMENTE EL ANTICONCEPTIVO ORAL DE EMERGENCIA – PILDORA DEL DIA SIGUIENTE (LEVONORGESTREL) EN TODOS LOS CENTROS DE SALUD DEL ESTADO.**

El pedido se realiza en virtud de los fundamentos de la **sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 expedida por la Corte interamericana de Derechos Humanos - caso Artavia Murillo y otros- Fecundación In Vitro, vs. Costa Rica**, y en concordancia con los derechos fundamentales al **libre desarrollo de la personalidad, la autodeterminación reproductiva, a la igualdad y no discriminación**, entre otros derechos humanos fundamentales, así como al **deber del Estado de evitar los embarazos forzados** (producto de violación sexual).

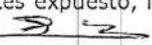
### DEMANDADO

**MINISTERIO DE SALUD**, a quien se le deberá emplazar a través de la Ministra de Salud y el **Procurador del Ministerio Salud**, ambos con domicilio sito en Av. Salaverry N° 801, Jesús María - Lima.

### FUNDAMENTOS DE HECHO Y DERECHO

#### **I. ANTECEDENTES DE LA PROHIBICIÓN DE LA DISTRIBUCIÓN GRATUITA DEL ANTICONCEPTIVO ORAL DE EMERGENCIA (LEVONORGESTREL) EN LOS CENTROS DE SALUD DEL ESTADO**

En julio de 2001, mediante la Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, se incorporó la anticoncepción oral de emergencia como un método anticonceptivo que debía ser difundido y distribuido gratuitamente a nivel nacional. Mediante la Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA) aprobada con fecha 14 de julio de 2005 entró en vigencia la Norma Técnica N° 032-MINSA/DGSP-V.01 mediante la cual se reafirmó el deber del Ministerio de Salud de difundir y distribuir gratuitamente la anticoncepción oral de emergencia como mecanismo para evitar los embarazos no deseados y los embarazos forzados (a consecuencia de violación sexual). Pese a lo antes expuesto, la distribución gratuita de la mencionada píldora por parte

  
**Cristina Gomez Hinostraza**  
ABOGADA  
CAC N° 5479

del Ministerio de Salud fue cuestionada en el año 2005 por la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" mediante un proceso de amparo ante el Poder Judicial, lo que provocó la prohibición de la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia.

Mediante la sentencia de fecha 16 de octubre de 2009 expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 2005-2009-PA/TC se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" y, en consecuencia, se **ordeno al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada píldora del día siguiente (levonorgestrel)**, pese a esta prohibición se permitió su venta en los establecimientos privados.

El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC manifestó que el inicio de la vida humana se produce con el ingreso del espermatozoide al óvulo, es decir, con la fusión de la célula materna y paterna (fecundación), circunstancia en la cual se origina el huevo o cigoto humano. **El Tribunal Constitucional considero que era en la fecundación cuando ocurre la concepción, y consecuentemente, el momento en el cual empieza el derecho a la vida según el mandato constitucional<sup>1</sup>.** El Tribunal Constitucional aclaro en su sentencia que **la anidación o implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer no constituye el inicio de la vida humana ya que esta se inicia en la fecundación.**

El Tribunal Constitucional señaló en la sentencia comentada -como argumento para prohibir la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia- la existencia de **dudas razonables respecto a si la denominada píldora del día siguiente impediría la anidación o implantación del huevo o cigoto en el útero materno, lo que afectaría al "concebido" en la continuación de su proceso vital, y por tanto, podría tener un efecto abortivo, lo que vulneraría el mandato constitucional que protege la vida humana desde la concepción** (fundamento 51 y otros). Del mismo modo, el Tribunal Constitucional señaló en el fundamento 52 de la sentencia comentada que **su decisión de prohibir la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia en los Centros de Salud del Estado no era inmutable y que si en el futuro quedará claro la inocuidad de la píldora del día siguiente (levonorgestrel) para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición.** El Tribunal Constitucional expresó en el fundamento 62 de la mencionada sentencia que eran las autoridades competentes las que debían cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, de que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos, y que **una vez que las autoridades efectúen los exámenes y tengan certeza de su inocuidad para la vida o la salud humana podrían autorizar este anticonceptivo.**

El Ministerio de Salud como autoridad competente y en atención a lo señalado en el fundamento 52 y 62 de la sentencia N° 2005-2009-PA/TC solicitó informes técnicos a la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud (organismo de

<sup>1</sup> Constitución Política del Perú, artículo 2: "Toda persona tiene derecho: 1. A la vida, a su identidad, a su integridad... 1. ... El concebido es sujeto de derecho en todo cuando le favorece...".

  
Cristina Gomez Hinostraza  
ABOGADA  
CAC N° 5479

las Naciones Unidas), quienes señalaron que el principal mecanismo de acción de la denominada píldora del día siguiente -levonorgestrel- no era abortivo, al no imposibilitar la concepción (la unión de un espermatozoide con un óvulo maduro para el surgimiento de una nueva vida), debiendo entenderse que este fármaco es efectivo antes de que el óvulo sea expulsado del ovario y antes que el esperma alcance el óvulo maduro. Una vez que el óvulo es fecundado no impide la anidación y, por tanto, no puede interrumpir la vida de un óvulo fecundado, haya estado anidado o no.

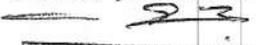
Con sustento en los informes técnicos de la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud (y en concordancia con el fundamento 62 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 2005-2009-PA/TC) el Ministro de Salud Oscar Ugarte Ubilluz expidió la **Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA** de fecha 09 de marzo de 2010 que ordenó que la Dirección General de Salud de las Personas en coordinación con la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas **efectúen lo conveniente para aplicar la N.T. N° 032-MINSA/DGSP-V.01: Norma Técnica de Planificación Familiar, acerca del uso del levonorgestrel en la anticoncepción oral de emergencia**. De esta manera el Ministro de Salud Dr. Óscar Ugarte Ubilluz en atención a que el levonorgestrel no era abortivo, según el pronunciamiento de los organismos internacionales especializados en la materia antes mencionados, **ordenó en el mes de marzo del año 2010 que el levonorgestrel se distribuya nuevamente en los Centros de Salud del Estado de manera gratuita**.

Pese a lo antes expuesto, mediante **Resolución Ministerial N° 652-2010-MINSA** de fecha 19 de agosto de 2010 se **ordenó a la Dirección General de Salud de las Personas y la Dirección de Medicamentos, Insumos y Drogas se abstengan de realizar cualquier actividad referida al uso del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia**, en concordancia con lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 2005-2009-PA/TC, y en cumplimiento a lo ordenado por la Resolución N° 31, recaída en el expediente N° 2004-72276 expedida por el 28 Juzgado Especializado en lo Civil de Lima.

Debido a la situación antes indicada hasta la fecha **no se distribuye el anticonceptivo oral de emergencia en los centros de salud del Ministerio de Salud**, tal como lo acredito con el Oficio N° 492-2013-HMA-DG-OAJ de fecha 12 de julio de 2013 expedido por el Hospital María Auxiliadora en el cual mediante el Memorando N° 406-2013-HMA-DGO-CO anexo al Oficio **se deja expresa constancia que el Ministerio de Salud no abastece del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia (Anexo 1.G.)**; información que además es de conocimiento público.

## II. DEFINICION JURIDICA DEL CONCEBIDO ESTABLECIDA POR LA SENTENCIA DE FECHA 28 DE NOVIEMBRE DE 2012 EXPEDIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, CASO ARTAVIA MURILLO Y OTROS (fecundación in vitro, vs. Costa Rica)

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 28 de noviembre de 2012 ha definido jurídicamente desde la **Convención Americana de los Derechos**

  
Cristina Gomez Hinostroza  
ABOGADA  
CAC N° 5479

**Humanos** como se debe interpretar el término "**concepción**", "**embrión**" y "**persona**" respecto a la protección del derecho a la vida a que se hace referencia en el artículo 4 de la norma antes citada.

**Convención Americana de los Derechos Humanos, artículo 4. Derecho a la Vida:**

4.1. "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". (Negrita agregada)

Hacemos mención de algunos de los fundamentos más resaltantes de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 28 de noviembre de 2012:

**Fundamento 186:** "... el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un ser humano, lo cierto es que **si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas...**".

**Fundamento 187:** "... la Corte entiende que el término "**concepción**" **no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer**, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede...".

**Fundamento 189:** "... El Tribunal entiende el término "**concepción**" **desde el momento en que ocurre la implantación**, razón por la cual considera que antes de este evento **no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana**".

**Fundamento 223:** "La Corte concluye que la interpretación histórica y sistemática de los antecedentes existentes en el Sistema Interamericano, confirma que **no es procedente otorgar el estatus de persona al embrión**".

**"Conclusión de la interpretación del artículo 4.1.:**

**Fundamento 264:** La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que **el embrión no puede ser entendido como persona** para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana... la Corte concluyó que la **CONCEPCIÓN en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el EMBRIÓN SE IMPLANTA EN EL ÚTERO, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención.** Además, es posible concluir de las palabras "en general" que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición **no es absoluta**, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general". (Negrita, subrayado y mayúsculas agregadas)

De acuerdo a lo antes expuesto se evidencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que es en el **momento de la implantación de huevo o cigoto en el útero materno** en el cual ocurre la "**concepción**" y que recién a partir de este momento existe el **derecho a la vida**.

  
Cristiana Gomez Hinostroza  
ABOGADA  
CAG N° 5479

### III. LOS FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DE FECHA 16 DE OCTUBRE DE 2009 EMITIDA POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN EL EXPEDIENTE N° 2005-2009-PA/TC HAN PERDIDO VIGENCIA Y SUSTENTO JURÍDICO

El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC manifestó que el inicio de la vida humana se produce con el ingreso del espermatozoide al óvulo, es decir, en la fecundación. **El Tribunal Constitucional considero que era en la fecundación cuando ocurre la concepción y, consecuentemente, el inicio del derecho a la vida.** El Tribunal Constitucional aclaro en su sentencia que la **implantación del óvulo fecundado en el útero de la mujer no constituye el inicio del derecho a la vida ya que este existe desde la fecundación.**

El concepto jurídico del "concebido" señalado por el Tribunal Constitucional difiere esencialmente de la definición jurídica establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, para quien la concepción y el derecho a la vida surge cuando el óvulo fecundado se ha implantado en el útero materno.

Los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el **concebido y el derecho a la vida es vinculante para el Estado peruano**, a pesar que la sentencia antes indicada se ha pronunciado respecto a otro Estado, ello debido a que nuestro país forma parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y a lo establecido por la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política del Perú<sup>2</sup>, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>3</sup> y la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>4</sup>.

Respecto a la vinculatoriedad de los fundamentos de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronuncia la sentencia N° 3891-2011-PA/TC de fecha 16 de enero de 2011, la que señala en su fundamento 55: "No debe perderse de vista que **la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi**, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito **la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos**

<sup>2</sup> Constitución Política del Perú, cuarta disposición final y transitoria: "Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por el Perú.

<sup>3</sup> Código Procesal Constitucional, artículo V del Título Preliminar: "El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Tratados sobre Derechos humanos, así como las decisiones adoptadas por los **tribunales internacionales** sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es Parte.

<sup>4</sup> Sentencia N° 3891-2011-PA/TC de fecha 16 de enero de 2011, fundamento 55.

  
**Cristina Gomez Hinostraza**  
ABOGADA  
CAC N° 5479

**casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso.** En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, **sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal Constitucional**". (negrita y subrayado agregado)

En este sentido, **la definición del "concebido" realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para todos los poderes públicos de nuestro país, incluyendo el Tribunal Constitucional, el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial.**

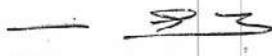
La definición del **concebido** pronunciada en la sentencia N° 2005-2009-PA/TC -y que forma parte del sustento jurídico para la prohibición de la denominada píldora del día siguiente- **ha perdido vigencia al diferir sustancialmente de la noción jurídica establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

En la sentencia N° 2005-2009-PA/TC el Tribunal Constitucional señaló como argumento para prohibir la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia la existencia de **dudas razonables** respecto a si la denominada píldora del día siguiente impediría la implantación del óvulo fecundado en el útero materno, lo que afectaría al "concebido" en la continuación de su proceso vital, y por tanto, podría tener un efecto abortivo, lo que vulneraría el mandato constitucional que protege la vida humana desde el momento de la concepción (en este sentido el fundamento 51 y otros).

Dejando de lado los criterios usados por el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 2005-2009-PA/TC para señalar la existencia de "dudas razonables" respecto a la existencia de un posible daño al óvulo fecundado, cabe señalar **que ninguna de las opiniones médicas y científicas, ni los organismos especializados nacionales ni internacionales consultados dentro del proceso de amparo señalaron que el anticonceptivo oral de emergencia pueda causar daño o aborto al óvulo fecundado si este ya se ha implantado en el útero materno.**

A nivel médico y científico existe certeza que el anticonceptivo oral de emergencia **no puede causar el aborto del óvulo fecundado que se ha implantado en el útero materno, es decir, existe certeza que este no puede provocar el aborto del concebido** (según la definición jurídica establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Por esta razón, a la fecha **no existe argumento de hecho ni derecho válido para prohibir la anticoncepción oral de emergencia.**

De acuerdo a lo antes expuesto, **no hay fundamento jurídico para prohibir la distribución gratuita del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia.** Con mayor razón aun si en la misma sentencia N° 2005-2009-PA/TC se precisó en el fundamento 52 que **una vez que las autoridades tengan la certeza que el levonorgestrel es inocuo para la vida o salud humana se deberá autorizar este anticonceptivo.**

  
Cristina Gomez Hinostroza  
ABOGADA  
GAC N° 5479

### IV. VULNERACION AL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD – AUTODETERMINACIÓN REPRODUCTIVA

El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. El derecho a la autodeterminación reproductiva consiste en decidir: a) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; b) la persona con quien procrear y reproducirse, y 3) la forma o método para lograrlo o impedirlo<sup>5</sup>. En este sentido, la autonomía reproductiva implica el derecho de las personas a decidir cuándo y cuántos hijos tener, así como conocer y usar los métodos para lograrlo.

**El Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo**, celebrada en El Cairo en setiembre de 1994 definió los derechos reproductivos de la siguiente manera: “Los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en leyes nacionales, documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos aprobados por consenso. Estos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y a **disponer de la información y los medios para ello...**”<sup>6</sup>. En el mismo sentido, se expresó la **Proclamación de Teherán de fecha 13 de mayo de 1968** señalando que las personas tienen el derecho humano fundamental de determinar libremente el número de sus hijos y los intervalos entre los nacimientos<sup>7</sup>.

**El derecho a la autodeterminación reproductiva** se encuentra reconocido en el **artículo 6 de la Constitución Política del Perú**, que a la letra dice: “La política nacional de población tiene como objetivo **difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir**. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuada y **el acceso a los medios**, que no afecten la vida o la salud” (negrita y subrayado agregado). Este derecho también se encuentra amparado en **artículo 16 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer<sup>8</sup>**, la **Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 24, inciso 2, apartado f)<sup>9</sup>**, entre otros tratados internacionales de derechos humanos.

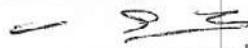
<sup>5</sup> En este sentido, el fundamento 6 de la sentencia N° 2005-2009-PA/TC y la sentencia N° 7535-2006-PC/TC fundamento del voto del Dr. Mesia Ramírez.

<sup>6</sup> Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y desarrollo, El Cairo, Egipto, 5-13 de setiembre, 1994, Doc. de la ONU A/CONF. 171/13/Rev. 1 (1995).

<sup>7</sup> Conferencia Internacional de Derechos Humanos en Teherán de fecha 13 de mayo de 1968.

<sup>8</sup> La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW), artículo 16:1. “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas ... en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: e) 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”.

<sup>9</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 24 (2) (f) ha establecido que los Estados como parte de sus obligaciones vinculadas al derecho a la salud deben: “desarrollar la atención sanitaria

  
Cristina Gomez Hinostroza  
ABOGADA  
CAC Nº 5478

La sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 28 de noviembre de 2012 (fecundación in vitro, vs. Costa Rica), se ha pronunciado sobre la existencia y el contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva, como expresión del derecho a la vida privada y **al derecho al acceso a servicios de salud reproductiva**, precisando que este derecho implica que las personas tenga libre elección y **acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces y de fácil acceso**<sup>10</sup>.

Si bien el derecho a la autodeterminación reproductiva existe, este no es ejercido por todas las personas. Hay un porcentaje muy alto de mujeres en nuestro país -especialmente las más pobres y con menos acceso a la educación- que ven restringido y a veces anulado el ejercicio de este derecho.

Las estadísticas sobre la salud sexual y reproductiva en el Perú demuestran que las mujeres aún no hacen realidad sus aspiraciones reproductivas. Las mujeres aún tienen más hijos/as de los que desean, miles de mujeres son víctimas de violación sexual y muchas abortan en forma clandestina poniendo en riesgo su vida y su salud. Según la ENDES 2004-2005, encuesta demográfica y de salud familiar del Instituto Nacional de Estadística e Informática de Perú, se reportó que en el Perú se produjeron 376,000 abortos clandestinos al año y aproximadamente 1.8 millones de nacimientos no deseados. En el 2006, según cifras de INPPARES, el aborto clandestino era la tercera causa de mortalidad materna en el país.

**El anticonceptivo oral de emergencia tiene el potencial para prevenir embarazos no deseados y evitar los embarazos forzados (por violación) y por ello es una intervención necesaria y obligatoria en salud pública que permite el respeto de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.**

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en el Sexto Informe Periódico del Perú **instó** al Estado Peruano a que intensifique las actividades y los servicios de información sobre **planificación de la familia** destinados a mujeres y niñas,

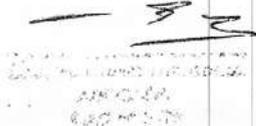
---

preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de **planificación de la familia**".

<sup>10</sup> Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 28 de noviembre de 2012 (fecundación in vitro):

**Fundamento 146:** "En segundo lugar, el derecho a la vida privada se relaciona con i) la autonomía reproductiva, y ii) el acceso a servicios de salud reproductiva.... El derecho a la autonomía reproductiva está reconocido también en el artículo 16 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, según el cual las mujeres gozan del derecho "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".

**Fundamento 150:** "La salud reproductiva implica además los derechos del hombre y de la mujer a ser informados y a tener libre elección y acceso a métodos para regular la fecundidad, que sean seguros, eficaces, de fácil acceso y aceptables". (Negrita agregada)

  
El presente documento es una copia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de fecha 28 de noviembre de 2012 (fecundación in vitro).

incluido **el suministro de anticonceptivos de emergencia**, y que promueva con amplitud la educación sexual...<sup>11</sup>.

De acuerdo al contenido del derecho a la autodeterminación reproductiva del ser humano reconocido por la Constitución Política del Perú, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la jurisprudencia existente sobre la materia, y la opinión del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer **el Estado Peruano tiene la obligación de informar y distribuir gratuitamente el anticonceptivo oral de emergencia, como mecanismo efectivo que permite el ejercicio de derecho a la autonomía reproductiva de las personas.**

El Estado al negar o obstaculizar el uso de la anticoncepción oral de emergencia vulnera el derecho de las mujeres, a controlar su fecundidad, es decir, a controlar y decidir libremente el número de hijos que desea tener y cuándo tenerlos, lo que es una afectación directa a su derecho a la autonomía reproductiva y el libre desarrollo de su personalidad<sup>12</sup>.

#### **V. LA PROHIBICION DE LA DISTRIBUCIÓN GRATUITA DEL ANTICONCEPTIVO ORAL DE EMERGENCIA GENERA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA**

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el fundamento 286 de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) ha señalado que el principio imperativo de protección igualitaria y efectiva de la ley y **no discriminación** determina que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que **tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos**<sup>13</sup>.

El Comité de Derechos Humanos<sup>14</sup>, el Comité contra la Discriminación Racial<sup>15</sup>, el Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer<sup>16</sup> y el Comité de Derechos Económicos,

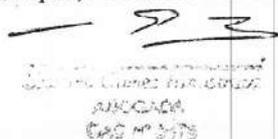
<sup>11</sup> Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Perú, CEDAW/C/PER/CO/6, 37 periodos de sesiones, 15 de febrero de 2007, observación N° 25.

<sup>12</sup> El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General N° 24, indicó que el artículo 16 párrafo 1 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer exige que los Estados Partes aseguren que la mujer tenga los mismos derechos que el hombre a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimiento y a tener acceso a la información, la educación y los medios que le permitan ejercer esos derechos, así como dar prioridad a la prevención del embarazo no deseado mediante la planificación de la familia y la educación sexual. Manifestando que este derecho se vulnera cuando se obstaculizan los medios a través de los cuales una mujer puede ejercer el derecho a controlar su fecundidad.

<sup>13</sup> Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. República Dominicana, párrafo 141, y Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados. Opinión Consultiva OC- 18/03, párrafo 88.

<sup>14</sup> Cfr. Comité de Derechos Humanos, Comunicación N° 993/2001, Althammer vs. Austria, 8 de agosto de 2003, párrafo 10.2. ("que el efecto discriminatorio de una norma o medida que es a primera vista neutra o no tiene propósito discriminatorio también puede dar lugar a una violación de la protección igual ante la ley"), y Comité de Derechos Humanos, Observación General 18, No discriminación.

<sup>15</sup> Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Comunicación No. 31/2003, L.R. et al. vs. Lovaquila, 7 de marzo de 2005, párrafo 10.4.

  
COMITÉ INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS  
SECRETARÍA EJECUTIVA  
SAN JOSÉ, COSTA RICA  
CASO Nº 3475

Sociales y Culturales<sup>17</sup> han reconocido el concepto de la **discriminación indirecta**. Este concepto implica que una norma o práctica aparentemente neutra, tiene **repercusiones particularmente negativas en una persona o grupo con unas determinadas características**<sup>18</sup>.

La **Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW)** en su artículo 12, inciso 1 establece que: "*Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica ..., inclusive la que se refiere a la **planificación de la familia***".

La sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC ha dado lugar a una forma de **discriminación indirecta**, al prohibir la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia en los centros de salud del Estado, y pese a ello, **permitir su venta en boticas, farmacias y otros establecimientos privados**. En este sentido, si bien la prohibición de la distribución gratuita de esta pastilla fue ordenada en forma general en todos los Centros de Salud estatales, **solo o en especial la gente que se encuentra en situación de pobreza o pobreza extrema -quienes son generalmente los usuarios de los centros de salud públicos- no tienen acceso a este anticonceptivo debido a que el Centro de Salud no les informa ni les distribuye este método anticonceptivo de emergencia y en muchos casos estas personas no pueden comprarlo en las farmacias por razones económicas**; frente a otro sector de la población más informado y con mayores ingresos económicos que pueden adquirir este anticonceptivo comprándolo en las farmacias, boticas o clínicas<sup>19</sup>.

En la actualidad el acceso a la anticoncepción oral de emergencia se ve determinado por las **posibilidades económicas y la información que manejan las personas**, lo que genera discriminación en los sectores más pobres y vulnerables de la población que no tienen acceso a este método anticonceptivo. Esta situación genera una grave afectación tomando en cuenta que aproximadamente el 30% de la población se encuentra en situación de pobreza y la incidencia de pobreza extrema es de 15%.

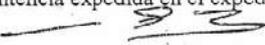
La prohibición de la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia en los centros de salud del Estado viene vulnerando el principio y derecho fundamental a la Igualdad,

<sup>16</sup> Cfr. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, Recomendación General No. 25 referente a medidas especiales de carácter temporal (2004), párrafo 1 ("puede haber discriminación indirecta contra la mujer cuando las leyes, las políticas y los programas se basan en criterios que aparentemente son neutros desde el punto de vista del género pero que, de hecho, repercuten negativamente en la mujer").

<sup>17</sup> Cfr. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General N° 20: La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), 2 de julio de 2009.

<sup>18</sup> Caso Nadege Dorzema y otros vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012 Serie C No. 251, párrafo 234.

<sup>19</sup> De similar opinión fueron los constitucionalistas Landa Orroyo y Callen Hayen en el voto singular de la Sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC.

  
**Cristina Gomez Hinostraza**  
ABOGADA  
CAC Nº 3479

produciendo discriminación en el ejercicio de un derecho fundamental (autodeterminación reproductiva) por razones de índole económica, lo que se encuentra prohibido por el artículo 2, inciso 2 de la Constitución Política del Perú y en el artículo 37 inciso 1 del Código Procesal Constitucional:

**Constitución Política del Perú, artículo 2, inciso 2:** "A la igualdad ante la ley. **Nadie debe ser discriminado** por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, **condición económica** o de cualquiera otra índole".

**Código Procesal Constitucional, artículo 37:** "El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: 1. De igualdad y de **no ser discriminado** por razón de origen, sexo, raza, orientación sexual, religión, opinión, **condición económica**, social, idioma o de cualquiera otra índole".

## VI. OMISION DEL ESTADO DE EVITAR EMBARAZOS FORZADOS (producto de violación sexual)

Debido a la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC en los centros de salud del Estado **no se informa ni se distribuye la píldora anticoncepción oral de emergencia a las mujeres que ingresan a las postas u hospitales por haber sido víctimas de violación sexual**, lo que significa que el Estado **no hace nada por evitar el embarazo forzado de una mujer** (sea adulta o adolescente). Esta situación vulnera los derechos humanos de estas mujeres y genera otra cadena de males como trastornos psiquiátricos o psicológicos de las víctimas, abortos clandestinos, el abandono de los hijos producto de la violación, violencia familiar, entre otros.

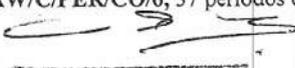
La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el mes de diciembre de 2010 -al otorgar medidas cautelares a favor de mujeres y niñas víctimas de violación sexual en los campos de desplazados en Haití- instó a ese Estado a garantizar el acceso a **la anticoncepción de emergencia para las mujeres víctimas de ese delito**<sup>20</sup>.

El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer instó al Estado Peruano a que **amplíe su definición de la violencia contra la mujer de manera que incluya, entre otros, el embarazo forzado**<sup>21</sup>. Habiendo señalado el Comité en diversas observaciones al Perú que negar la provisión de asistencia médica -como los anticonceptivos de emergencia- a las víctimas de violación sexual es una forma de violencia y discriminación contra la mujer.

Debido a las opiniones de los organismos internacionales de derechos humanos antes citados - entre otros fundamentos jurídicos- el Estado Peruano tiene el deber de evitar los embarazos forzados (producto de violación sexual o inseminación artificial forzada) en cuanto nuestro país

<sup>20</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Precautionary Measures 340/10. Women and girls victims of sexual violence living in 22 internally displaced persons camps.

<sup>21</sup> Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Perú, CEDAW/C/PER/CO/6, 37 periodos de sesiones, 15 de febrero de 2007, observación N° 21.

  
Cristina Gomez Hinostroza  
ABOGADA  
CAJ N° 5479

ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

De acuerdo a lo expuesto, **las autoridades del servicio de salud pública están obligadas a proveer el anticonceptivo oral de emergencia a las mujeres víctimas de violación sexual a fin de evitar un embarazo forzado**. No hacerlo discrimina a las víctimas de este delito en la obtención de asistencia médica, vulnera su derecho a la integridad personal y a no ser víctima de un trato inhumano.

### VI. VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS POR PARTE DEL ESTADO

De acuerdo a lo ya expuesto, el Estado al no difundir y distribuir el anticonceptivo oral de emergencia viene vulnerando los derechos fundamentales de las personas, en especial de las más vulnerables, así como incumpliendo los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por el Perú, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y las opiniones de los Comités de Derechos Humanos antes indicados, a lo cual se encuentra obligado a respetar y cumplir.

Vale la pena indicar que en América Latina son muchos los países en los cuales se distribuye gratuitamente el anticonceptivo oral de emergencia, como en Chile, Brasil y Argentina, en este último país, además, el aborto por violación sexual es legal.

La prohibición del anticonceptivo oral de emergencia no tiene sustento jurídico alguno y ni siquiera es coherente con la información que brinda el propio Ministerio de Salud, quien en su **página web expone que el anticonceptivo oral de emergencia no tiene efecto abortivo**, tal como lo acredito con el Acta de Verificación Notarial de fecha 18 de febrero del año en curso (**Anexo 1.F.**).

La omisión en la incurre el Estado es injustificada desde lo que el propio Ministerio de Salud publicita en su página web. Los argumentos, creencias o prejuicios utilizados para prohibir el anticonceptivo oral de emergencia distorsionan la realidad y van en contra del derecho y lo legítimo y, por tanto, no pueden servir de fundamento para dejar de lado los deberes del Estado.

La suscrita cumplí con solicitar al Ministerio de Salud con fecha 26 de setiembre del 2013 que cumpla con distribuir en los centros de salud a su cargo el anticonceptivo oral de emergencia (**Anexo 1.H**); pese a ello hasta la fecha no he recibido respuesta alguna de este Ministerio y la prohibición continúa.

#### Legitimidad e interés para Obrar

La suscrita tiene derecho acudir a la vía judicial (protección judicial) a solicitar que el Ministerio de Salud cumpla con distribuir el anticonceptivo oral de emergencia, **pues en mi condición de mujer en edad reproductiva**, al igual que de cientos de miles de mujeres en nuestro país, **me veo afectada con la prohibición al no poder acceder a este método anticonceptivo en los centros de salud del Estado, situación que limita y vulnera mi derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva y a no ser objeto de**

  
Cristina Gomez Hinostroza  
ABOGADA  
CAC Nº 5478

**discriminación indirecta por razones económicas;** en este sentido, el incumplimiento del deber del Estado también afecta directamente mis derechos fundamentales. Por otro lado, vale la pena precisar que el propio Tribunal Constitucional estableció en la sentencia N° 2005-2009-PA-TC, rubro antecedentes, que el presente caso (distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia) se trata de la protección de **intereses o derechos difusos** -Interés jurídico general y no particular- por lo que de conformidad con el 40 del Código Procesal Constitucional **esta demanda puede ser presentada por cualquier persona.**

### VIA PROCEDIMENTAL

La presente demanda deberá tramitarse como proceso de amparo de conformidad con lo establecido por el Código Procesal Constitucional.

### MONTO DEL PETITORIO

Al tratarse la presente demanda sobre derechos humanos es inapreciable en dinero.

### MEDIOS PROBATORIOS Y ANEXOS

1. **Sentencia del Tribunal Constitucional** emitida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC de fecha 16 de octubre de 2009. **(Anexo N° 1.A)**
2. **Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA** en la cual se manifiesta que existe certeza que el uso de levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no produce efectos secundarios mortales o dañinos. **(Anexo N° 1.B)**
3. **Resolución Ministerial N° 652-2010-MINSA** mediante la cual se ordenó a la Dirección General de Salud de las Personas y la Dirección de Medicamentos, Insumos y Drogas se abstengan de realizar cualquier actividad referida al uso del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia. **(Anexo N° 1.C)**
4. **Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos** de fecha 28 de noviembre de 2012 -caso Artavia Murillo y otros- Fecundación In Vitro, vs. Costa Rica **(Anexo N° 1.D)**
5. **Copia de las Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Perú, CEDAW/C/PER/CO/6, 37 periodos de sesiones, 15 de febrero de 2007. (Anexo N° 1.E)**
6. **Acta de Verificación Notarial** de fecha 18 de febrero del año 2014 en la cual se deja constancia de la existencia de la página web del Ministerio de Salud en la cual se publicita que la anticoncepción oral de emergencia **no tiene efecto abortivo. (Anexo 1.F)**
7. **Oficio N° 492-2013-HMA-DG-OAJ** de fecha 12 de julio de 2013 expedido por el Hospital María Auxiliadora en el cual mediante el Memorando N° 406-2013-HMA-DGO-CO anexado al Oficio **se deja expresa constancia que el Ministerio de Salud no abastece del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia. (Anexo N° 1.G.)**

  
Violeta Gómez Hinojosa  
ABOGADA  
C.O. N° 5479

8. **Solicitud dirigida a la Ministra de Salud** de fecha 24 de setiembre de 2014 a través de la cual la suscrita solicito al Ministerio de Salud disponga la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia en los Centros de Salud del Estado. **(Anexo N° 1.H)**
9. Copia de la Ley 20418 y su Reglamento Decreto 49, mediante la cual el Estado Chileno aprobó la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia, la que también es legal en otros países de latinoamerica. **(Anexo N° 1.I)**

**Por lo expuesto:**

A Ud. Señor Juez solicito admitir a trámite mi demanda y oportunamente declararla fundada a fin lograr por parte del Estado el respeto de los derecho humanos invocados.

Lima, 18 de julio de 2014



**Cristina Gomez Hinostroza**  
**ABOGADA**  
**GAC N° 5470**

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores, Lima 18, Perú.  
T. [ 511 ] 447 8668  
F. [ 511 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)  
T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

**CARGO**



Exp. N° 30541-2014

**SOLICITA: MEDIDA CAUTELAR QUE ORDENE LA DISTRIBUCIÓN GRATUITA EN LOS CENTROS DE SALUD DEL ESTADO DEL LEVONORGESTREL COMO ANTICONCEPTIVO ORAL DE EMERGENCIA**

**SEÑOR JUEZ DEL PRIMER JUZGADO CONSTITUCIONAL DE LIMA:**

**VIOLETA CRISTINA GOMEZ HINOSTROZA**, identificada con D.N.I. N° 29708193, con domicilio procesal en Avenida José Pardo 601, oficina 604 – Miraflores, en los seguidos contra el **MINISTERIO DE SALUD** en el **PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO**, ante Ud. con todo respecto me presento y digo:

### I. PETITORIO:

De conformidad con el artículo 200, inciso 2 de la Constitución Política del Perú y el artículo 15 del Código Procesal Constitucional, recurro a su honorable despacho para interponer **UNA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR DENTRO DE UN PROCESO DE AMPARO** contra el **MINISTERIO DE SALUD** a fin de que se **ORDENE LA DISTRIBUCIÓN GRATUITA EN LOS CENTROS DE SALUD DEL ESTADO DEL LEVONORGESTREL COMO ANTICONCEPTIVO ORAL DE EMERGENCIA** en razón de los fundamentos que paso a exponer a continuación:

### II. FUNDAMENTOS

**A. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL RECAÍDA EN EL EXP. N° 02005-2009-PA/TC ES CONTRARIA A LA CONVENCION AMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

1. La decisión del Ministerio de Salud de prohibir la distribución gratuita del Levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia tiene que ser re-examinada y cambiada en virtud de la sentencia de fecha 28 de noviembre del

Construyendo Igualdad en la Diversidad <sup>1</sup>

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604.  
Miraflores, Lima 18, Perú.  
T. [ 51 1 ] 447 8668  
F. [ 51 1 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)  
T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

- año 2012 expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros Vs. Costa Rica.
2. Como sabemos, el Tribunal Constitucional emitió la sentencia recaída en el Exp. N.º 02005-2009-PA/TC el 16 de octubre del año 2009 en la cual se utilizaron dos argumentos esenciales que sustentaron su decisión:

a) El primer argumento está en el fundamento 38 de la referida sentencia, en el cual el Tribunal Constitucional **adopta la teoría de la fecundación** respecto del inicio de la vida:

*"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 irrepetible, 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. [...] 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".** Fundamento 38.*

- b) El **segundo argumento es la duda razonable respecto de los efectos del AOE en base al principio precautorio**, que como se sabe fue utilizado por el Tribunal en sentencias que abordaban problemas relacionados con el medio ambiente en los Exp. 05387-2008-PA/TC, 3510-2003-AA/TC, entre otros casos. En este segundo argumento el Tribunal concluyó lo siguiente:

*"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 [...]**". Fundamento 51.*

Este fundamento, además de sustentarse en el principio precautorio, tiene como base fundamental la consideración de que la vida se inicia con la concepción (fecundación) y, por ello, razón por la que el Tribunal Constitucional consideró que existiría la duda razonable en torno a que el acto posterior a la administración del

Construyendo Igualdad en la <sup>2</sup>Diversidad

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604.

Miraflores. Lima 18. Perú.

T. [ 511 ] 447 8668

F. [ 511 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)

T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

AOE afecte proceso vital, que ya se habría iniciado según la consideración del Tribunal Constitucional.

3. Ahora bien, el 28 de noviembre del año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la sentencia en el caso ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA. En esta sentencia –entre otros aspectos- se interpretó el artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos respecto del momento en el cual se inicia la vida.
4. El artículo 4.1 de la Corte Interamericana establece lo siguiente: **"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"**.
5. En primer lugar, la Corte reconoció que el concepto de "persona" es un término jurídico que se analiza en muchos de los sistemas jurídicos internos de los estados parte. Sin embargo, **para efectos de la interpretación del artículo 4.1, la definición de persona está anclada a las menciones que se hacen en el tratado respecto a la "concepción" y al "ser humano" [...]**.
6. En los párrafos 186, 189 y 264 de la sentencia, la Corte Interamericana, luego de analizar la evidencia científica que en ese caso se utilizó, concluyó lo siguiente:

*"La Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo"*

*"El Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones"*.

Construyendo Igualdad en la <sup>3</sup>Diversidad

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores. Lima 18, Perú.

T. [ 511 ] 447 8668

F. [ 511 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)

T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

***"[...] El embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la "concepción" en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero [...].***

7. De la revisión de ambas sentencias, se puede concluir que el criterio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es diametralmente opuesto al criterio del Tribunal Constitucional, puesto que, para la Corte, la protección de la vida se inicia con la **IMPLANTACIÓN (anidación en términos de nuestro Tribunal Constitucional)** y, por lo tanto, desde ese momento tiene la protección del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (derecho a la vida); mientras que para el Tribunal Constitucional la vida se inicia con la **FECUNDACIÓN**.
8. Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que la sentencia del Tribunal Constitucional resulta contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos y es por ello que corresponde adecuar los estándares nacionales a los establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el citado caso.
9. Esta adecuación resulta obligatoria, pues en la actualidad, cuando **los jueces tienen un caso concreto no solo tienen la obligación de analizar la constitucionalidad de sus resoluciones, sino esencialmente su convencionalidad**. Este criterio fue establecido en el caso **BOYCE Y OTROS VS. BARBADOS**, sentencia expedida el 20 de noviembre de 2007, en la cual la Corte Interamericana concluyó lo siguiente:

***"La Corte observa que el CJCP [Comité Judicial del Consejo Privado] llegó a la conclusión mencionada anteriormente a través de un análisis puramente constitucional, en el cual no se tuvo en cuenta las obligaciones que tiene el Estado conforme a la Convención Americana y según la jurisprudencia de esta Corte. De acuerdo con la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados, Barbados debe cumplir de buena fe con sus obligaciones bajo la Convención Americana y no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación para el incumplimiento de dichas obligaciones convencionales. En el presente caso, el Estado está precisamente invocando disposiciones de su derecho interno a tales fines". Párrafo 77.***

***"El Poder Judicial debe ejercer una especie de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas internas [...] y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".***

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores, Lima 18, Perú.  
T. [ 511 ] 447 8668  
F. [ 511 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)  
T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

*Párrafo 78. (Este fundamento fue expuesto antes por la Corte Interamericana en los casos Almonacid Arellano y otros Vs. Chile y Caso La Cantuta Vs. Perú).*

10. En ese sentido, en el caso concreto, lo que corresponde es aplicar los estándares de la Corte Interamericana, **pues no es posible invocar las disposiciones de derecho interno que incluso estén en la propia Constitución para incumplir la Convención.** Al respecto en el mismo caso **CASO BOYCE Y OTROS VS. BARBADOS**, sentencia expedida el 20 de noviembre de 2007, se ha establecido:

*"La Corte ha expresado en otras oportunidades que una "cláusula de exclusión" que se encontraba en la Constitución de Trinidad y Tobago tenía el efecto de excluir del escrutinio judicial ciertas leyes que, de otra forma, serían violatorias de derechos fundamentales. De manera similar, en el presente caso, el artículo 26 de la Constitución de Barbados le niega a sus ciudadanos en general, y a las presuntas víctimas en particular, el derecho de exigir protección judicial contra violaciones al derecho a la vida". Párrafo 79*

*"En este sentido, a la luz de la jurisprudencia de la Corte y en tanto que el artículo 26 de la Constitución de Barbados impide el escrutinio judicial sobre el artículo 2 de la Ley de Delitos contra la Persona, que a su vez es violatoria del derecho a no ser privado, arbitrariamente, de la vida, la Corte considera que el Estado no ha cumplido con el deber establecido en el artículo 2 de la Convención en relación con los artículos 1.1, 4.1, 4.2 y 25.1 de dicho instrumento". Párrafo 80.*

11. De otro lado, es importante dejar establecido que podría alegarse que, como en el caso **ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA** el Estado peruano no es parte, sus criterios no nos vinculan, sin embargo, de conformidad con la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución en la que se establece: *"Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú"* y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en el cual se establece: *"El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte"*. Los fundamentos del caso **ARTAVIA MURILLO Y OTROS ("FECUNDACIÓN IN VITRO") VS. COSTA RICA** son obligatorios para el Estado peruano. Esto es así porque la *ratio decidendi* de todas las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes para todos los Estados aun cuando no hayan sido partes del proceso, a diferencia de la parte resolutive que solo vincula al Estado involucrado.

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores, Lima 18, Perú.

T. [ 511 ] 447 8668

F. [ 511 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)

T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

12. De otro lado, en la medida que estamos ante un fallo en el cual existe una abierta contradicción entre lo establecido por el Tribunal Constitucional y lo establecido por la Corte Interamericana, **corresponde determinar si el Estado peruano podría recurrir al denominado “margen de apreciación nacional”**.
13. Al respecto, de la revisión de los fundamentos del caso ARTAVIA MURILLO Y OTROS VS. COSTA RICA se verifica que **la Corte Interamericana no deja margen de acción a los Estados a efectos de que puedan realizar otras interpretaciones de la “concepción” establecida en el artículo 4.1 de la Convención**, puesto que el párrafo 264 de la sentencia es determinante al indicar que **ANTES DE LA IMPLANTACIÓN “NO HABRÍA LUGAR A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 4 DE LA CONVENCION”**. Por lo tanto, si el Estado peruano a través de sus autoridades judiciales o administrativas no aplican las consideraciones de la Corte Interamericana, harían incurrir en responsabilidad internacional al Estado peruano por vulneración del artículo 4.1 en concordancia con el artículo 2° de la Convención Americana de Derechos Humanos.

### c) AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

14. En su artículo 2.2, la Constitución Política de 1993 reconoce el derecho de toda persona a la igualdad estableciendo que: *“Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, **condición económica** o de cualquier otra índole”*.
15. El Tribunal Constitucional en el Exp. N. ° 02005-2009-PA/TC el 16 de octubre del año 2009 de manera contradictoria con su propia argumentación no prohibió la distribución de la píldora del día siguiente en los centros de atención privados y solo lo hizo respecto de quienes utilizan los servicios de la salud pública. En otros términos, quien puede pagar por dicho producto puede adquirirlo normalmente.
16. Esta sentencia ha sido objeto de críticas pues: “No consideró que la prohibición de distribución gratuita de la AOE por parte del Ministerio de Salud afectaría, especialmente los derechos reproductivos de las mujeres más pobres del país” (Elena Alvites Alvites, p. 140). “El Tribunal Constitucional, al no considerar la particular situación de las mujeres usuarias del servicio de salud pública, está afectando el derecho a la salud en igualdad de oportunidades” (Elena Alvites Alvites, p. 140). Esta afectación al derecho a la igualdad de oportunidades se presenta porque “se prohíbe la distribución gratuita de la AOE por parte del Ministerio de Salud pero no su venta al público en farmacias. Así, las mujeres que cuentan con recursos podrán acceder a la AOE mientras que las que no cuentan no podrán hacerlo”. (Elena Alvites Alvites, p. 141).

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604.

Miraflores, Lima 18, Perú.

T. [ 511 ] 447 8668

F. [ 511 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)

T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

17. Lo dicho en los párrafos precedentes también tiene como consecuencia la **generación de una situación de discriminación por factores económicos**, lo mismo que se pasará a demostrar a continuación.
18. Tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional: "Para determinar si se configura una infracción a la igualdad en una situación concreta, **es necesario evaluar la situación jurídica de aquel o aquellos sujetos cuyos derechos fundamentales presuntamente se ven menoscabados a través de un trato discriminatorio con relación a la de aquellos cuya condición se usará, como término de comparación (*tertium comparationis*), para determinar la existencia de la referida transgresión constitucional.** La circunstancia empleada como parámetro de comparación no puede ser cualquiera, sino como mínimo, **deberá ser análoga tanto jurídica como fácticamente a la situación jurídica que se considera lesiva a la igualdad [...]** de lo contrario, podrían condenarse por discriminatorias determinadas condiciones que difieren de otras por ser objetiva y razonablemente distintas". EXP N.º I s-2013-PUTC, fundamento 99.
19. En el caso concreto tenemos de un lado a personas que ante la necesidad de utilizar la AOE están en la condición de adquirir el producto en cualquier establecimiento privado porque cuentan con los recursos económicos para hacerlo, **sin embargo, otro grupo de personas que se encuentran en la misma necesidad de suministrarse AOE (por ejemplo, luego de haber sufrido una violación) no pueden adquirirlo por cuanto no tienen la capacidad económica de hacerlo, es decir, se trata de personas que están en la misma situación fáctica, pero que por diferencias de carácter económico, unas si pueden acceder y otras no.** Asimismo, las víctimas de violencia sexual que acuden al establecimiento de salud no podrían acceder a este medicamento con lo que se les estaría conminando a un posible embarazo producto de la violación sexual aun cuando este pudo haber sido prevenido con la ingesta de la AOE. Ello configura nítidamente una situación de discriminación por razones económicas, la cual está proscrita por el artículo 2º inciso 2 de la Constitución Política de 1993.
20. Asimismo, en su artículo 2.2, la Constitución Política de 1993 reconoce el derecho de toda persona a la igualdad estableciendo que: "*Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole*".
21. El acceso a la AOE, es un servicio de salud fundamental para la protección de la integridad personal y la vida, que sólo las mujeres necesitan, particularmente en casos de violación. Si bien los hombres también necesitan servicios de salud reproductiva, sólo las mujeres se embarazan. Es el cuerpo de la mujer el único capaz de gestar un óvulo fertilizado al punto en que 9 meses después se ha

Construyendo Igualdad en la <sup>7</sup>Diversidad

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores, Lima 18, Perú.

T. [ 511 ] 447 8668

F. [ 511 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)

T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

creado un nuevo ser humano al que da a luz. Un hombre jamás va a necesitar una píldora de anticoncepción post-coital, porque un embarazo jamás va a ser un evento posible para él. Tales hechos no pueden ser desconocidos sin discriminar a la mujer. No en vano, la CEDAW en su Recomendación General No. 24, determinó que para eliminar la discriminación contra la mujer en el área de la salud, se deben tener en cuenta "características y factores privativos de la mujer en relación con el hombre" dando como ejemplo "[F]actores biológicos que son diferentes para la mujer y el hombre, como la menstruación, la función reproductiva y la menopausia" (*Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General No. 24. La Mujer y la Salud. 02/05/1999. Párrafo 12*)

22. Por tanto, no puede considerarse como neutral la decisión del Tribunal Constitucional de interponer barreras para el acceso a la AOE, pues no es neutral si el servicio de salud que decide que el MINSa no debe prestar, es aquel que un grupo específico de la población requiere por una condición inherente al mismo; es decir, las mujeres que acuden a los servicios públicos a recibir esta atención que en su mayoría son las de menores recursos y las víctimas de violación sexual en cuyo esquema de tratamiento establecido en Las Guías Nacionales de Atención Integral a la Salud Sexual y Reproductiva, norma que incluye un procedimiento especializado para la atención a las víctimas de violencia sexual denominado *Protocolo sobre violencia contra la mujer*, señala que en casos de consulta por violación sexual, se ofrezca y administre anticoncepción oral de emergencia (AOE) mediante el Método Yuzpe (píldoras orales combinadas) o el Levornorgestrel (dos comprimidos). (*MINSa. Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva, Pág. 33. Disponible en: [ftp://ftp2.minsa.gob.pe/destacados/archivos/21/guias\\_atencionintegrali\\_d\\_ela\\_salud\\_sexual\\_y\\_reproductiva.pdf](http://ftp2.minsa.gob.pe/destacados/archivos/21/guias_atencionintegrali_d_ela_salud_sexual_y_reproductiva.pdf)*).
23. En ese sentido, la decisión del Tribunal Constitucional en la sentencia del Exp. N.º 02005-2009-PA/TC, constituye también una vulneración **al derecho a la igualdad y no discriminación por sexo** por el sujeto en el que recaen sus efectos: las mujeres, vulneración que se ha mantenido en el tiempo puesto que el Ministerio de Salud no incorporó las nuevas evidencias jurídicas y científicas a fin de revertir el pronunciamiento del Tribunal, tal como lo refiere el mismo pronunciamiento.

#### d) EL CAMBIO DE JURISPRUDENCIA NECESARIO

24. En la propia sentencia Exp. N.º 02005-2009-PA/TC de fecha 16 de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional dejó establecida explícitamente la necesidad de variación de su argumentación bajo nuevas razones, específicamente en los fundamentos 52 y 62 al indicar lo siguiente respectivamente: "*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*

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores, Lima 18, Perú.  
T. [ 51 1 ] 447 8668  
F. [ 51 1 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)  
T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

*razonable aludida, por lo menos hoy en día". "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)".*

25. En ambos fundamentos, el Tribunal estableció que un cambio de jurisprudencia era posible, pero que estaba supeditado a que **SE SUPERE LA EXISTENCIA DE LA DUDA RAZONABLE RESPETO 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.
26. Pues bien, a la fecha, resulta evidente que la duda razonable se ha superado en base a consideraciones que se explican en las líneas siguientes.
27. En primer lugar, desde el ámbito jurídico, el argumento de la duda razonable, como ya lo indicamos, **ADEMÁS DE SUSTENTARSE EN EL PRINCIPIO PRECAUTORIO, TIENE COMO BASE FUNDAMENTAL LA CONSIDERACIÓN QUE LA VIDA SE INICIA CON LA FECUNDACIÓN** y como tal existe la duda razonable que el acto posterior de suministrarse AOE afectaría el proceso vital, que ya se habría iniciado según la consideración del Tribunal Constitucional. Sin embargo, con la emisión de la sentencia de la Corte Interamericana, "El Tribunal entiende el término "concepción" **desde el momento en que OCURRE LA IMPLANTACIÓN, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana**" Caso ARTAVIA MURILLO Y OTROS VS. COSTA RICA, párrafo 189°, y, por tanto, esa duda razonable ya no existe desde el ámbito jurídico.
28. En efecto, con la decisión de la Corte Interamericana en la cual considera que la vida inicia desde la implantación ya no existe duda razonable respecto de los efectos de la píldora del día siguiente y por lo tanto no se afecta el derecho a la vida, es más, la Corte es tajante y establece que **antes de ese evento de implantación no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos.**
29. En segundo lugar, desde el plano de la ciencia, se ha indicado que la AOE actúa de dos formas: i) Principalmente impidiendo y/o retardando la ovulación de forma tal que los espermatozoides no puedan fertilizar el óvulo y ii) Podría también actuar dificultando que los espermatozoides avancen hasta las trompas de Falopio, impidiendo así que lleguen al óvulo. (Consortio Internacional sobre Anticoncepción de Emergencia (ICEC) y Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), Declaración sobre el mecanismo de acción de la Píldora Anticonceptiva de Emergencia (Octubre de 2008). Página 1. Disponible en: [http://www.cecinfo.org/customcontent/uploads/2012/12/MOA\\_SP\\_2012.pdf](http://www.cecinfo.org/customcontent/uploads/2012/12/MOA_SP_2012.pdf).)
30. Los mecanismos de acción de la AOE impiden el encuentro entre óvulo y espermatozoide, de igual forma que lo hacen otros métodos anticonceptivos

mediante otros mecanismos (el condón, mediante la barrera “física”; la anticoncepción oral regular, inhibiendo regularmente la ovulación, etc.).

31. De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud (OMS), el Levonorgestrel, es un anticonceptivo seguro para la salud de las mujeres. La Organización Mundial de la Salud también **ha determinado que la AOE no puede interrumpir un embarazo en curso, dañar a un embrión en desarrollo, y tampoco tiene la capacidad de impedir que un óvulo ya fertilizado se implante en el endometrio.** (Organización Mundial de la Salud (OMS), *Fact sheet on the safety of levonorgestrel-alone emergency contraceptive pills (LNG ECPs)*. 2010. WHO/RHR/HRP/10.06.).

Asimismo, en febrero de este año, la OMS volvió a pronunciarse sobre el tema en su nota descriptiva N°244 y reconfirmó los mecanismos de acción del Levonorgestrel como un método anticonceptivo **“que previene el embarazo impidiendo o retrasando la ovulación. También pueden impedir la fertilización de un óvulo por su efecto sobre el moco cervical o la capacidad del espermatozoide de unirse al óvulo. Las píldoras anticonceptivas de emergencia de levonorgestrel no son eficaces una vez que ha comenzado el proceso de implantación y no pueden provocar un aborto”.** (Organización Mundial de la Salud, *Nota Descriptiva N° 244, Anticoncepción Oral de Emergencia*, 2016). Disponible en: <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs244/es/>

32. Es importante resaltar que este pronunciamiento de la OMS citado en el párrafo anterior es posterior a la sentencia del Tribunal Constitucional, es decir, también desde el ámbito científico existe evidencia que desvirtúa la duda razonable de la cual se acogió el Tribunal para emitir la sentencia del año 2009.
33. De lo anterior se puede concluir que la **AOE NO TIENE EFECTO ANTI-IMPLANTATORIO PARA LOS ÓVULOS YA FERTILIZADOS, NI MUCHO MENOS ES UN MECANISMO ABORTIVO.** En cuanto al aborto, este es un proceso de interrupción del embarazo, y el embarazo sólo inicia cuando el proceso de implantación en el útero de un óvulo fertilizado ha culminado, lo que permite establecer la conexión biológica mediante la que el cuerpo de la mujer sustentará y desarrollará el embrión en un feto, y más adelante, en una persona (Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica*, párrs. 186 y ss (distinguiendo la fecundación de la implantación).
34. Teniendo en cuenta lo anterior, el criterio jurídico de la Corte Interamericana según el cual la concepción debe entenderse **desde el momento en que OCURRE LA IMPLANTACIÓN** para merecer la protección del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, se complementa con el criterio científico, según el cual la **AOE NO TIENE EFECTO ANTI-IMPLANTATORIO PARA LOS ÓVULOS**, en consecuencia, la duda razonable que en su momento planteó el Tribunal Constitucional ya no existe, por lo

que es jurídicamente necesario cambiar de criterio jurisprudencial y ordenar la entrega de la AOE.

35. Es más, incluso la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima en la resolución de admisión de la causa principal del presente proceso va en nuestra misma línea argumentativa cuando refiere: ***“El caso que nos ocupa es un caso sui generis, puesto que el mismo se encuentra subsumido en el supuesto excepcional planteado en el fundamento jurídico 52 de la misma sentencia de amparo recaída en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional, esto es, que actualmente se ha llegado a niveles de certeza tales respecto de la inocuidad del levonorgestrel para el concebido, lo que dispersa las importantes pero no suficientes razones que hacían presagiar en ese entonces al Tribunal Constitucional que el mismo era abortivo al imposibilitar la fecundación del ovulo maduro (concepción) o la anidación del ovulo maduro fecundado (cigote), siendo su principal mecanismo de acción como anticonceptivo oral de emergencia la inhibición o retraso de la ovulación, lo cual refuerza con la observación que es ineficaz en evitar el embarazo si se administra después de la ovulación, pudiéndose concluir que el referido anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo [...]”***.
36. Finalmente es importante agregar que en el caso concreto el propio Tribunal Constitucional dejó abierta la posibilidad de cambiar de criterio si se cumplían ciertos presupuestos, los cuales ya se han dado tal como lo hemos explicado, sin embargo, **incluso si el Tribunal no hubiera dejado abierta esa puerta, en muchas oportunidades el propio supremo intérprete ha cambiado sus propios criterios jurisprudenciales en base al siguiente argumento: “[...] la decisión de cambiar el rumbo de la jurisprudencia en un tema puntual no es una práctica infrecuente tanto en los sistemas del civil law, como en los sistemas que organizan su sistema de fuentes a partir de pautas jurisprudenciales como es el caso del common law. En ambos, el argumento que respalda las mudanzas es el mismo: la necesidad que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y, por virtud de ello, que el Derecho no se petrifique.”** [Exp. N.º 3361-2004-AA/TC, fundamento 4).
37. **Alguno ejemplo de estos cambios son los siguientes casos:** “el Expediente N.º 0025-2005-AI/TC, donde se cambió la jurisprudencia plasmada en las sentencias de los Expedientes N.º 0003-2001-AI/TC y N.º 006-2001-AI/TC, respecto al requisito de aprobación de los programas de formación académica (PROFA) para aspirantes al cargo de Magistrado del Poder Judicial o Fiscal del Ministerio Público, organizados e impartidos por la Academia de la Magistratura; en el Expediente N.º 1412-2007-AA se modificó el criterio plasmado en el Expedientes N.º 3361-2004-AA/TC, el cual a su vez había modificado la jurisprudencia de los Expedientes números 1941-2002-AA/TC, 2154-2002-AA/TC, 2955-2002-AA/TC, 1274-2002-AA/TC, etc., en lo concerniente al proceso de ratificación de jueces y fiscales; en el Expediente N.º 0090-2004-AA/TC, donde se

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores, Lima 18, Perú.  
T. [ 51 1 ] 447 8668  
F. [ 51 1 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)  
T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

modificó el criterio establecido en los Expedientes números 1906-2002-AA/TC, 1794 -2002- AA/TC, 3426-2003-AA/TC, etc., respecto al pase a la situación de retiro por causal de renovación en las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; en el Expediente N.º 0041-2004-AI/TC se cambió la jurisprudencia de los Expedientes números 918-2002-AA/TC, 1363-2002-AA/TC, 361-2004-AA/TC, etc. respecto a los criterios para la distribución del costo global de los arbitrios entre los contribuyentes de cada localidad" Estos ejemplos están descritos en el **00001-2009-PI/TC, fundamento 21.**

38. Teniendo en cuenta los fundamentos anteriores, está plenamente justificado el cambio de criterio jurisprudencial.

### III. SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR.

39. El artículo 15° del Código Procesal Constitucional prescribe que se pueden conceder medidas cautelares y de suspensión del acto violatorio en los procesos de amparo, habeas data y cumplimiento y que para su expedición se exigirá apariencia del **derecho, peligro en la demora y que el pedido cautelar sea adecuado y razonable para garantizar la eficacia de la pretensión** y en la posibilidad de adecuar los criterios del TC a los estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

#### A. APARIENCIA DEL DERECHO

40. La apariencia del derecho se encuentra en la fundamentación jurídica de la presente medida cautelar, en la misma en que se han expuesto los argumentos que sustentan la presente medida, por cuanto no hacerlo tiene como consecuencia inmediata la inaplicación del artículo 4.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos y una posible responsabilidad internacional del Estado y la lesión del derecho a la igualdad y no discriminación.

#### B. PELIGRO EN LA DEMORA

41. El peligro en la demora se debe a que, mientras se emite la sentencia en el proceso principal, se continúa el incumplimiento del estado peruano de adecuar su derecho interno a los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos y se sigue lesionando gravemente la igualdad y no discriminación de miles de mujeres, especialmente, aquellas de bajos recursos económicos.
42. Esta situación, que inició en el año 2009 con la sentencia del Tribunal Constitucional no puede seguir esperando, **máxime si el Perú registra una de las tasas de violencia sexual contra las mujeres más altas en Sudamérica y el uso de la pildora puede evitar embarazos no deseados producto de la comisión de dichos delitos sin ningún efecto abortivo.** Las cifras sobre esta

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores, Lima 18, Perú.

T. [ 511 ] 447 8668

F. [ 511 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)

T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

situación preocupante constan en los informes elaborados por Jaris Mujica, Violaciones Sexuales en Perú 2000 – 2009, Un informe sobre el estado de la situación (2011), disponible en: <http://www.unfpa.org.pe/publicaciones/publicacionesperu/PROMSEX-Violaciones-Sexuales-Peru-2000-2009.pdf>. **Ver también** Encuesta Demográfica y de Salud Familiar (ENDES) 2014, disponible en: [https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones\\_digitales/Est/Lib1211/pdf/Libro.pdf](https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1211/pdf/Libro.pdf); **Ver también** Organización Panamericana de la Salud (OPS), *Comprender y abordar la violencia contra las mujeres. Violencia sexual*. Washington, DC: 2013. Pág. 3, disponible en: [http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/98821/1/WHO\\_RHR\\_12.37\\_spa.pdf?ua=1;inter alia](http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/98821/1/WHO_RHR_12.37_spa.pdf?ua=1;inter%20alia)

43. Asimismo, de acuerdo con el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), la violación sexual a pesar de estar tipificada como delito en varios países, incluido Perú, son de los delitos que menos se denuncian, por lo que la confiabilidad en las cifras o las estadísticas que puedan existir se constituyen como un subregistro (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Informe sobre Desarrollo Humano para América Central 2009-2010, Abrir espacios a la seguridad Ciudadana y el desarrollo humano, octubre, 2009, pág.132. Disponible en [http://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/human\\_development/informe-sobre-desarrollo-humano-para-america-central-2009-2010.html](http://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/human_development/informe-sobre-desarrollo-humano-para-america-central-2009-2010.html).)
44. Durante el año 2015, se reportó que los Centros Emergencia Mujer atendieron 5821 casos de violencia sexual, de los cuales 4453 correspondieron a víctimas de 0 a 17 años; 1303 casos, a víctimas de 18 a 59 años y 65 casos, a víctimas mayores de 60 años, confirmando que las mujeres en el Perú se encuentran en mayor riesgo de experimentar violencia sexual cuando son niñas o adolescentes. Esta información se puede consultar en el Sistema de Registro de Casos de los Centros Emergencia Mujer, elaborado por la Unidad de Generación de Información y Gestión del Conocimiento - Programa Nacional Contra la Violencia Familiar y Sexual. Disponible en: [http://www.mimp.gob.pe/portalmimp2014/index.php?option=com\\_content&view=article&id=1405&Itemid=431](http://www.mimp.gob.pe/portalmimp2014/index.php?option=com_content&view=article&id=1405&Itemid=431).
45. Asimismo, si bien no se cuenta con información oficial actualizada, se conoce que, en el año 2010, 34% de adolescentes estaban embarazadas producto de una violación sexual (UNFPA y Ministerio de Salud, *Prevenir el embarazo adolescente es superar las barreras para el desarrollo* (2012). Hoja de datos N° 3 Disponible en: <http://www.unfpa.org.pe/publicaciones/publicacionesperu/UNFPA-AECID-Hoja-deDatos-3.pdf>) y que, según el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables (MIMP), durante el año 2012, los Centros de Emergencia Mujer atendieron a 333 adolescentes entre 12 y 18 años de edad que quedaron embarazadas a consecuencia de una violación sexual (Ministerio de la Mujer y

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores, Lima 18, Perú.  
T. [ 51 1 ] 447 8668  
F. [ 51 1 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)  
T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

Poblaciones Vulnerables, Resolución Ministerial N° 236 - 2014 -MIMP de 21 de julio de 2014. Disponible en: [http://www.mimp.gob.pe/files/transparencia/resoluciones\\_ministeriales/rm\\_236\\_2014\\_mimp.pdf](http://www.mimp.gob.pe/files/transparencia/resoluciones_ministeriales/rm_236_2014_mimp.pdf).

46. Incluso el Estado peruano ha sido demandado recientemente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por negarse a entregar el AOE **y, si esta situación no se corrige de inmediato, se pueden seguir generando causas, las cuales terminarán con la responsabilidad del Estado peruano.** La demanda a la que hago referencia fue presentada por una víctima de violación sexual conforme se aprecia en el siguiente enlace web. <http://peru21.pe/actualidad/cidh-denuncian-al-estado-peruano-negar-pildora-di-siguiente-hospitales-video-2245530>.
47. **Las cifras mostradas respecto de la violación sexual en el Perú y su relación con embarazos producto de dichos delitos muestran la urgencia de ordenar la distribución del AOE.** Con eso no se está indicando que se pueda controlar la incidencia de dicho delito, pues ello depende de otros factores, sin embargo, sí es posible atacar una de sus consecuencias graves para las víctimas del mismo.
48. También debe indicarse que, en el año 2012, cuando la prohibición de distribución gratuita de la AOE ya llevaba 3 años de vigencia, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales recomendó al Estado de Perú, "asegurar la accesibilidad y disponibilidad de servicios de salud reproductiva, incluyendo la atención de parto, servicios institucionales de parto, y anticoncepción de emergencia, especialmente en áreas rurales" (Comité DESC. Observaciones Finales: Perú. Doc de la ONU. CESCR/C.12/PER/CO/2-4 (2012). Párrafo 21); por lo que esta situación debe ser corregida con urgencia.
49. Además de lo anterior, tampoco se puede seguir manteniendo la situación de discriminación que se ha descrito anteriormente. Esta origina lesiones a la igualdad continuamente y debe ser corregida de inmediato, **pues postergar la misma hasta la emisión de la sentencia determina que se mantenga en el tiempo y se sigan presentando afectaciones al contenido esencial del derecho a la igualdad.**
50. Finalmente, **conforme se puede verificar en la resolución de admisión de demanda, esta se emitió el 21 de junio del año 2015, es decir hace casi un año. Este dato fáctico también revela concretamente el peligro en la demora en el presente caso, pues, pese a tratarse de un proceso de tutela de derechos cuya esencia es su urgencia, aún no se resuelve sobre el fondo del asunto y mientras eso sucede se continúa con el incumplimiento de los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos.**

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores, Lima 18, Perú.  
T. [ 511 ] 447 8668  
F. [ 511 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)  
T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

### C. ADECUACIÓN Y RAZONABILIDAD

51. Mi pedido es adecuado y razonable, porque lo que estoy solicitando busca que se corrija de inmediato el incumplimiento del Estado peruano de adecuar su derecho interno a los estándares de la Convención Americana de Derechos Humanos y evitar que se siga lesionando gravemente la igualdad y no discriminación de miles de mujeres, especialmente, de bajos recursos económicos.
52. Además de ello, el pedido es adecuado pues incluso con posterioridad a la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional y en base a informes científicos, el propio Ministerio de Salud emitió la Resolución Ministerial N° 167 - 2010/MINSA de fecha 09 de marzo del año 2010 en la cual ordenó que dicho producto se distribuya gratuitamente nuevamente en los centros de salud del Estado de manera gratuita, sin embargo, se vio obligado a desistir de su distribución luego de que el Poder Judicial ordenara que se cumpliera el mandato de prohibición establecida en la STC del EXP. N°02005-2009-PA/TC. No obstante, **a la fecha no existe criterio jurídico o científico que permita generar duda respecto de los efectos del AOE, por lo que, lo más adecuado es ordenar nuevamente su distribución y esto debe hacerse de inmediato pues así se evita que se sigan afectando el derecho de miles de mujeres. El Poder Judicial tiene la oportunidad de corregir una situación de injusticia generada por una sentencia del Tribunal Constitucional que no encuentra vigencia en la actualidad.**
53. En cuanto al análisis de razonabilidad de la medida, a decir el Tribunal Constitucional: *"excluye la arbitrariedad. La idea que confiere sentido a la exigencia de razonabilidad es la búsqueda de la solución justa de cada caso. Por lo tanto, según lo expone Fernando Sainz Moreno (vide supra), "una decisión arbitraria, contraria a la razón (entendiendo que en un sistema de derecho positivo la razonabilidad de una solución está determinada por las normas y principios que lo integran, y no sólo por principios de pura razón), es esencialmente antijurídica"*. EXP. N.° 0090-2004-AA/TC, fundamento 12.
54. La propia decisión del Tribunal Constitucional del año 2009 fue carente de razonabilidad, pues creó una situación de discriminación. Si el Tribunal quería ser coherente con su propio razonamiento la prohibición debió ser absoluta, sin embargo, al establecer la posibilidad de venta en establecimientos privados, esa decisión es arbitraria y carente de razón.
55. Aunado a lo anterior, al no existir a la fecha criterios jurídicos y científicos que respalden la postura del Tribunal Constitucional del año 2009, una decisión que mantenga esa decisión se torna en arbitraria y carente de razón.

### IV. MEDIOS PROBATORIOS.

## 3.2. Solicitud de medida cautelar de fecha 16 de junio del 2016

**PROMSEX**

CENTRO DE PROMOCIÓN Y DEFENSA  
DE LOS DERECHOS SEXUALES Y REPRODUCTIVOS

Av. José Pardo 601 Oficina 604,  
Miraflores, Lima 18, Perú.  
T. [ 511 ] 447 8668  
F. [ 511 ] 243 0460 A. 113

F. [www.facebook.com/promsex](http://www.facebook.com/promsex)  
T. @promsex

[www.promsex.org](http://www.promsex.org)

Presento como medios probatorios de mi demanda, los siguientes:

1. Demanda principal presentada en el caso de autos el 18 de julio de 2014.
2. Resolución N° 03 de fecha 21 de junio del año 2015 en la que se ordena la admisión de la demanda.
3. Escrito de ampliación de los argumentos de la demanda presentado el 14 de abril de 2016.

### 1. ANEXOS DE LA DEMANDA.

1. Copia de mi DNI.
2. Copia del escrito de demanda principal presentada en el caso de autos el 18 de julio de 2014.
3. Copia de Resolución N° 03 de fecha 21 de junio del año 2015 en la que se ordena la admisión de la demanda.
4. Copia del escrito de ampliación de argumentos de la demanda presentado el 14 de abril de 2016.

### POR LO EXPUESTO:

Solicito a Ud. Señor Juez, proveer conforme a lo solicitado y declare fundada la medida cautelar.

Lima, 15 de junio de 2016

  
Brenda I. Álvarez Álvarez

CAL: 68266



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

**PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO  EN LO CONSTITUCIONAL DE LIMA**

EXPEDIENTE : 30541-2014-18-1801-JR-CI-01  
MATERIA : ACCION DE AMPARO  
ESPECIALISTA : MARQUEZ AVILA, ARLEYONI  
DEMANDANTE : GOMEZ HINOSTROZA, VIOLETA CRISTINA

**RESOLUCIÓN No. TRES.**

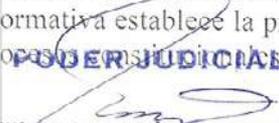
Lima, diecinueve de agosto  
de dos mil dieciséis.-

Puesto a Despacho en la fecha los escritos de la actora de fechas 12/07/2016 y 25/07/2016, téngase presente lo que se expone, y **ATENDIENDO:**

**PRIMERO:** A que, según se advierte de la Resolución número uno, su fecha veinte de junio del año en curso, el Juzgado declaró inadmisibles la pretensión cautelar solicitada por la recurrente y ordenó que cumpla con subsanar los defectos, siendo entre otros estos: **a)** precisar el tipo de medida cautelar que pretende, y **b)** sustentar debidamente cada uno de los requisitos exigibles teniendo en cuenta la medida cautelar que se pretende;

**SEGUNDO:** A que, en el presente escrito, en cuanto a la subsanación del extremo indicado en el numeral **a)**, la accionante señala: *“que la medida cautelar solicitada se circunscribe a lo establecido en las normas procesales constitucionales contenidas en los artículos 15 y 16 del Código Procesal Constitucional”, que regulan y reconocen la posibilidad de solicitar medidas cautelares dentro del proceso de amparo, las mismas que no señalan ninguna restricción o especificidad para solicitar medidas cautelares en algún tipo de amparo, y que en todo caso debe adecuarse la exigencia de las formalidades previstas en el Código al logro de los fines de los procesos constitucionales, y por tanto, lo que solicita es una medida cautelar a fin que: se ordene la distribución gratuita en los centros de salud del Estado del Levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia*”. Y, en cuanto al extremo de subsanación del numeral **b)**, sustenta los requisitos de verosimilitud del derecho, peligro en la demora y adecuación de la medida, conforme a lo que señala el artículo 15 del Código Procesal Constitucional;

**TERCERO:** A que, en relación al numeral **a)**, es preciso señalar, que tal exigencia no es incompatible con lo que dispone el artículo 15 del Código Procesal Constitucional, como está entendiendo la accionante, en razón que, si bien dicha disposición normativa establece la procedencia de medidas cautelares y de suspensión en los procesos de amparo, remite en la parte final de dicho

  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
P.O. BOX 18110 - LIMA, PERU

numeral a la aplicación supletoria para tal caso de las disposiciones legales contenidas en el Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil, que regula las medidas cautelares en los procesos ordinarios; de allí que, teniendo en cuenta que conforme a nuestro ordenamiento jurídico existen diversas clases de medidas cautelares, pues pueden ser medidas genéricas, medidas específicas, medidas innovativas y medidas de no innovar, que pueden tener por objeto obligaciones de hacer o de no hacer, resulta necesario compatibilizar cada una de esas medidas con lo dispuesto en el artículo 15 aludido a efectos de hacer viable una debida calificación; por lo que no se cumpliría con el defecto aludido;

**CUARTO:** No obstante lo glosado, dado a que en los procesos constitucionales la finalidad del proceso se antepone a la formalidad que exige dichas disposiciones normativas tal como lo dispone el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, atendiendo además a la trascendencia de lo que es objeto materia de controversia en la pretensión principal, resulta necesario adecuar el petitum cautelar a la clase de medida cautelar correspondiente; máxime, si conforme a lo sostenido por el Tribunal Constitucional en la STC. N° 06356-2006-PA/TC ( fundamento 9) “ *el derecho a la tutela judicial efectiva protege también el acceso a una medida cautelar y su mantenimiento* ”.

**QUINTO:** En virtud, a ello, teniendo en cuenta que lo que está peticionando la actora como medida cautelar es: “*que se ordene la distribución gratuita en los centros de salud del Estado del Levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia*”, pedido que es el mismo al que se está solicitando como pretensión en la demanda principal, es de concluirse, que en el presente caso la medida cautelar que solicita constituye una “*una medida cautelar innovativa*”, en tanto que con tal pedido se trata de modificar la situación de hecho existente al interponerse la demanda principal ( que no se distribuya en forma gratuita el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) “Levonorgestrel” por mandato establecido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC).

Por tanto, corresponde calificarse la demanda cautelar teniendo en cuenta la naturaleza jurídica de la medida indicada, en consonancia con lo previsto por el artículo 15 del Código Constitucional.

**SEXTO:** Al respecto es preciso señalar, siguiendo el criterio expuesto por Marianella Ledesma, que **la medida cautelar es una expresión de tutela urgente, en la que concurren la tutela ordinaria y la tutela anticipada (caso de autos- medida cautelar innovativa).**

En ese orden de ideas, **la tutela ordinaria** se construye con una simple apariencia del derecho y con la urgencia, justificada en el peligro en la demora; **situación diversa cuando se trata de un tutela anticipada.** Aquí la tutela que se busca alcanzar es de mayor trascendencia, pues se ingresa a una situación excepcional, orientada **PODER JUDICIAL** sino a la entrega anticipada del

  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Des. Adm. N° 177-PF-P-CSJLI-PJ

derecho en discusión para su pleno disfrute, sin tener la certeza del derecho invocado. Esto implica una decisión de mayor cobertura, pues no asegura nada sino que se entrega directamente al demandante el disfrute del derecho que se busca restablecer.

Ello nos lleva a señalar, que **la tutela anticipada no se construye con la verosimilitud, sino de la casi certeza del derecho que se busca, y la urgencia se sustenta en dos situaciones:** a) La necesidad impostergable del que la pide (ver artículo 674º del Código Procesal Civil aplicado de manera supletoria) y b) el peligro irreparable e inminente (ver los artículos 682º y 687º del Código Procesal Civil).

**SÉTIMO:** En el caso de autos, como se ha señalado, se advierte que **la pretensión cautelar es una medida cautelar innovativa**, por consiguiente, los presupuestos para concederse dicha medida, según lo expuesto líneas arriba son: la **casi certeza del derecho y el peligro irreparable e inminente**, y adicionalmente a ello, las exigencias que establece para la concesión de una medida cautelar el artículo 15 del Código Procesal Constitucional; presupuestos que deberán analizarse a efectos de determinar si es procedente o no lo solicitado por la accionante.

**OCTAVO: Fundamentos de la pretensión cautelar:** La actora afirma en sus fundamentos de hecho como verosimilitud de su pretensión:

*“que al año siguiente de emitida la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente No. 02005-2009-PA/TC, la Organización Mundial de la Salud publicó de forma actualizada la “Hoja Informativa sobre la Seguridad de las Píldoras Anticonceptivas de Emergencia de Levonorgestrel, en ella aseguró explícitamente, que el AOE no posee efectos abortivos; es decir, se reafirmó tras mayor investigación científica que el Anticonceptivo Oral de Emergencia “AOE” no posee efectos abortivos. Los Avances continuos han confirmado la afirmación señalada, toda vez que en la Nota Descriptiva No. 244 de la Organización Mundial de la Salud, actualizada a febrero de 2016, se señala explícitamente lo siguiente: Las píldoras anticonceptivas de emergencia de levonorgestrel no son eficaces una vez que ha comenzado el proceso de implantación y no pueden provocar un aborto. Adicionalmente a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió la Sentencia Artavia Murillo y otros ( Fecundación in vitro) Vs. Costa Rica, en la que estableció una interpretación de lo que significaba la concepción, planteando las siguientes afirmaciones: “ el término concepción no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede (...) teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término concepción desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. La Corte ha utilizado los diversos métodos de interpretación, los cuales han llevado a resultados coincidentes en el sentido de que el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluye que la concepción en el sentido del*

**PODER JUDICIAL**  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. N° 173-05-P-CSJLI-PJ

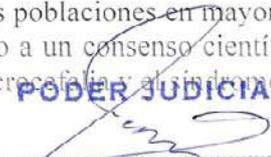
*artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero; por lo que indica, no cabe duda que la Corte Interamericana de Derechos Humanos concluyó, en base a un análisis científico y jurídico, que la concepción debe darse por iniciada con la implantación del embrión y no con la fecundación; en ese sentido se reafirman los postulados científicos de la inocuidad del levonorgestrel con postulados jurídicos, y, por tanto, se ha cumplido lo señalado por el Tribunal Constitucional en relación a que, existiendo un consenso sobre la inocuidad del levonorgestrel, resulta razonable y necesario que se distribuya el AOE en los centros de salud para que se deje de vulnerar los derechos de las mujeres a la igualdad y no discriminación, a la autonomía reproductiva y a una vida libre de violencia”.*

En ese sentido señala, que la decisión del Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente No. 02005-2009-PA/TC, constituye una vulneración al **derecho a la igualdad y no discriminación por sexo que recae en las mujeres.**

Respecto al peligro en la demora alega, que al haberse admitido a trámite la demanda principal se ha considerado la existencia de un riesgo inminente; y, por otro lado refiere, que el contexto generado en el año 2009 con la Sentencia del Tribunal Constitucional merece una intervención urgente, máxime si el Perú registra una de las tasas de violencia sexual contra las mujeres más altas en Sudamérica y el uso de la píldora puede evitar embarazos no deseados producto de la comisión de dichos delitos sin ningún efecto abortivo.

De otro lado, en el escrito de fecha 25 de julio del año en curso, la recurrente está alegando, a fin de demostrar el peligro en la demora como presupuesto para la medida solicitada, **la existencia de una “emergencia epidemiológica”** que se ha generado por el **“virus del ZIKA”**, que ya ha sido declarada por el Ministerio de Salud a través de la Resolución No. 044-2016/MINSA, mediante la cual se ha aprobado el Documento Técnico *“Plan Nacional de Preparación y Respuesta frente a la enfermedad por virus Zika-Perú 2016”*; documento en el cual indica, se da cuenta que el virus Zika: *“ es un arbovirus del género flavivirus, muy cercano filogenéticamente a virus como el dengue, fiebre amarilla, la encefalitis japonesa o el virus del Nilo Occidental. El virus Zika se transmite por picadura de mosquitos del Género Aedes, tanto en el ciclo urbano como en el ciclo selvático. Los recientes brotes de fiebre por virus Zika en distintas regiones del mundo y en los territorios de las Américas, la rápida dispersión del AE. Aegypti, demuestra potencialidad de este arbovirus para presentarse y propagarse ampliamente en nuestro territorio, además de su posible relación entre las complicaciones neurológicas, la infección previa con otros agentes”*.

Asimismo refiere, que la Organización Mundial de la Salud en la Nota Descriptiva “ Enfermedad por el virus de Zika”, de fecha 02 de junio de 2016, ha determinado que: *“ es posible la transmisión sexual, y se están investigando otros modos de transmisión, como las transfusiones de sangre”*; en dicho documento se ha considerado que una de las poblaciones en mayor riesgo eran las mujeres en edad fértil, ya que se ha llegado a un consenso científico acerca de la relación causal entre el virus Zika y la microcefalia y al síndrome de Guillian-Barré.

**PODER JUDICIAL**  
  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. N° 172-06-P-COJLI-PJ

**NOVENO: De la casi certeza del derecho pretendido:** A que, es preciso señalar en principio, que del contexto de los hechos expuestos en la demanda principal, cuya copia se ha recaudado a la demanda cautelar, se advierte, que la pretensión de la actora está dirigida a enervar los efectos, a la actualidad, de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente No. 02005-2009-PA/TC, en la cual dispuso que el Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional el Levonorgestrel como “*Anticonceptivo Oral de Emergencia*” (AOE), consignado por el Tribunal en dicho fallo como “píldora del día siguiente”; lo cual además también es referido como argumentos de la demanda cautelar en calificación.

Según lo hechos expuestos, lo que está en controversia en los actuados principales, ergo materia de tutela preventiva a través de la medida cautelar en calificación, es, si corresponde o no la distribución gratuita del “*Anticonceptivo Oral de Emergencia* (AOE) *Levonorgestrel*”; en virtud a ello, si bien la demanda constitucional principal ha sido interpuesta a título personal por doña Violeta Cristina Gómez Hinostraza, **lo que se está planteando resolver con tal pretensión se trata en esencia de una “tutela colectiva”**, en razón que los efectos de lo que se resuelva incidirá no solo respecto a la accionante sino además sobre un grupo determinado de personas que está integrado por “*las mujeres en capacidad de procrear*”, pues el uso de dicha píldora corresponde solo a las mujeres en esa situación; lo que significa, que se está en el presente caso ante la protección de un “**derecho colectivo**”.

Resulta preciso referir, que doctrinariamente se admite que los derechos colectivos vienen a ser: **a)** derechos difusos (*se califica como tal a aquellos derechos que son indivisibles*), **b)** derechos colectivos en sentido estricto (*alude a derechos de incidencia colectiva*) y **c)** derecho individuales homogéneos (*se tratan de derechos subjetivos individuales, ergo divisibles*).

Conforme a esa posición, “**las acciones colectivas**” nacen para proteger el derecho colectivo de un grupo, dada las características particulares que detenta el proceso civil individual, tradicionalmente estructurado sobre la base del principio dispositivo, en el que el interés no trasciende el interés privado de las partes, el cual no puede trasladarse a los procedimientos donde se materializa la tutela colectiva que protege derechos indivisibles o individuales homogéneos, en el que los sujetos legitimados actúan en representación del colectivo que defienden y los efectos de la sentencia que se dicta alcanza a todos los que conforman el grupo.

En ese sentido, a efectos de verificar la casi certeza del derecho, como uno de los presupuestos para otorgarse tutela cautelar, es necesario tenerse en cuenta aquello, a efectos de determinar la magnitud de los derechos constitucionales invocados como afectados.

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. Nº 173-05-P-CSJLI-PJ

**DECIMO:** No obstante lo antes señalado, debido a la naturaleza de la tutela cautelar, la prognosis en este caso conlleva a evaluar solamente algunos aspectos en relación a los derechos constitucionales invocados como afectados, en tanto que, es al resolver la cuestión de fondo que corresponderá desarrollar un mayor análisis en cuanto a todos aquellos aspectos colaterales que deben analizarse, si tenemos en cuenta que al tratarse lo pretendido de “una obligación de hacer de parte del Estado”, está sujeta a la elaboración de políticas públicas con la finalidad de garantizar en el tiempo lo que se decida por la justicia constitucional.

En tal virtud, conviene en primer término, a efectos de establecer la casi certeza de amenaza o vulneración a alguno de los derechos constitucionales invocados por la recurrente, aludir alguno de los fundamentos expuestos por el Tribunal Constitucional en la STC. N° 02005-2009-PA/TC, pues se trata de la Resolución en mérito de la cual la entidad demandada está impedida de diseñar políticas públicas para la distribución gratuita a nivel nacional del “*Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel*”, referido por el Tribunal Constitucional en dicho fallo como “píldora del día siguiente”. En ese sentido, en el fundamento 52) de la citada Sentencia el Tribunal ha sostenido:

*“ (...) 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”.*

Asimismo, en el fundamento 53) de la Sentencia en mención, el Tribunal Constitucional refiere:

*“ 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”.*

Según el fundamento 53) primeramente citado, la posición asumida por el Tribunal Constitucional en el citado fallo, para dictar mandato de abstención al Ministerio de Salud de desarrollar políticas públicas para la distribución gratuita a nivel nacional de la “píldora del día siguiente”, no es inmutable, pues deja establecida la posibilidad de que, si existiera niveles de consenso respecto a la inocuidad del “levonorgestrel”, pueda variarse tal situación.

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE CUSCO



PA/TC, publicado el 20 de noviembre del año 2009, se han presentado otras evidencias que se desprenden de posiciones de Entes con suficiente credibilidad, que permiten razonablemente admitir, que el “*Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel*” no constituiría una píldora abortiva.

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el “Caso Artavia Murillo vs Costa Rica”, ha precisado en la Sentencia que resuelve dicho caso lo siguiente:

“ *Fund. 186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término “concepción”. Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un “ser humano”, lo cierto es que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (...)*”.

“ *Fund. 187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonadotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. (...)*”.

“ *Fund. 189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión “en general” permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones*”.

De la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en dicho “Caso”, en relación al término “concepción” a efectos de determinar la protección del derecho a la vida en atención a lo previsto en el artículo 4.1 de la Convención Americana, ha concluido, que “*la concepción*” tiene lugar: “*desde el momento en que el embrión se implanta en el útero*”; por tanto es válido asumirse que antes de producido dicho evento no existe vida; ello hace variar de manera sustancial los argumentos esgrimidos por el Tribunal Constitucional en

VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. N° 173-05-P-CSJLI-PJ

### 3.3. Resolución N.º 3 de fecha 19 de agosto del 2016 en el Expediente 30541-2014-18-1801-JR-CI-01 que declara fundada la medida cautelar

la STC. 02005-2009-PA/TC, respecto al momento en que se produce “la concepción”, la cual según el Tribunal se originaba “antes de la implantación”; por tanto, al no ser posible la supervivencia de un embrión, no causaría la ingesta del “Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel” o “píldora del día siguiente”, un efecto abortivo en las mujeres que la consumen. Ello además es corroborado en la Nota Informativa 244 de la Organización Mundial de la Salud (OMS) antes aludida, en la que ha señalado, que el citado Anticonceptivo no tiene efecto abortivo.

Es preciso señalar, que, en atención a lo dispuesto por el artículo cincuenta y cinco de la Constitución Política del Estado, los Tratados celebrados por el Estado y, en vigor forman parte del derecho nacional, en concordancia con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la citada Carta Política, que precisa, que las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

Cabe añadir, que como ha establecido el Tribunal Constitucional en la STC. N.º 0014-2014-PI/TC acumulada ( fund. 11) y STC. N.º 04058-2012-PA/TC ( fund. 16), a tenor de lo previsto por el artículo V del Título Preliminar del artículo V del Código Procesal Constitucional, las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen pauta interpretativa del derecho jurídico peruano en aplicación del control de convencionalidad.

En virtud a ello, es pertinente tenerse en cuenta la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “*caso Artavia Murillo vs Costa Rica*”, respecto al momento en que se origina “la concepción” para determinar el inicio de la vida y por ende, su protección.

Bajo ese contexto, es permisible, a partir del control de convencionalidad, examinar lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente No. 02005-2009-PA/TC, a la luz de los nuevos elementos de juicio que permite la interpretación efectuada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el “Caso” en mención.

Acorde a lo expuesto, advirtiéndose que en la actualidad, conforme a lo decidido por el Tribunal Constitucional en el citado fallo, solamente se encuentran imposibilitadas de acceder al consumo del “Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel” las personas de escasos recursos, en tanto que lo allí decidido no impide la comercialización de dicho producto, sino solamente que no se establezca políticas públicas para su distribución gratuita a nivel nacional; lo cual en la práctica constituye una discriminación por condición económica en relación al “colectivo de mujeres” que se encuentran en la situación descrita en el noveno considerando y que se encuentren en situación de extrema pobreza, “que evidentemente es el sector más vulnerable y requiere de políticas públicas

**PODER JUDICIAL**  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. N.º 173-05-P-CSJLI-PJ

9

*precisamente para equiparar tal situación con el resto de la población”, en tanto que conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, solo se está restringiendo su distribución gratuita, con lo cual, dicho sector se encontraría excluida de acceder al uso del “ Anticonceptivo Oral de Emergencia”, por tener tal condición, lo cual genera un trato desigual que se encuentra prohibido en virtud a lo que establece el artículo 2 inciso 2º de la Carta Constitucional.*

De otro lado cabe añadir, que el derecho a la salud se encuentra vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos, como son el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada (...) ( Stc. No. 0033-2010-PI/TC), los cuales en atención al principio de equidad, como señala dicho fallo, deben ser reconocidos.

En el presente caso, la no distribución gratuita del AOE Levonorgestrel, al colectivo antes referido, incide igualmente en el derecho a la salud y al libre desarrollo de la personalidad de aquéllos; en tanto que el goce de dichos derechos permite el pleno ejercicio a la vida privada y la dignidad de la persona entre otros, lo que significa la capacidad de desenvolverse con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral, mientras no afecte los derechos fundamentales de otros seres humanos ( STC. N° 0032-2010-PI/TC ( fund. 22)). Cabe añadir, que en el citado fallo, el Tribunal Constitucional ha señalado, en relación al libre desarrollo de la personalidad, este derecho garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres.

En ese orden de ideas, sin que el discernimiento precedente implique análisis del fondo del asunto en conflicto en los autos principales, **lo glosado denota que se cumple en el presente caso con el presupuesto de casi certeza de la pretensión que está sometiendo la accionante a través del proceso constitucional en el principal.**

**DÉCIMO PRIMERO: Del peligro irreparable e inminente:** Al respecto es preciso indicar, que en el presente caso, de la documentación que se recauda a la solicitud cautelar en los escritos en referencia, se observa, que estadísticamente se ha demostrado la existencia de una población en riesgo a nivel nacional, susceptible de ser infectados por el vector transmisor (*Aedes aegypti*), entre otros, del Zika.

Si bien podría considerarse que ello no tiene incidencia en el caso de autos, sin embargo, es preciso señalar, que conforme al Documento Técnico “Plan Nacional de Preparación y Respuesta frente a la enfermedad por virus Zika-Perú,

**PODER JUDICIAL**  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Cas. 46m. N° 173-05-P-CSJLI-PJ

10

2016”, emitido por el Ministerio de Salud que se recauda, la población en riesgo de adquirir dicha enfermedad está constituida por: “*las mujeres en edad fértil*”, colectivo que es precisamente al que se pretende brindar protección con lo que se resuelva en los actuados principales, ergo, con la tutela cautelar peticionada; ello es corroborado con el “ Protocolo Sanitario de Urgencia de Atención y Seguimiento a Mujeres en edad Fértil y Gestantes con Infección por Virus Zika”, aprobado por Resolución Viceministerial N° 0026-2016-SA-DVM-SP, de fecha 05 de julio de 2016, también emitido por el Ministerio de Salud cuya copia también se recauda.

Evidentemente, que ante tales hechos, urge disponerse alguna medida, no con la finalidad de solucionar las infecciones causadas por el Virus Zika, sino, con la intención de impedir que por la falta de distribución gratuita a nivel nacional del “*Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel*” al colectivo a quienes va dirigido su uso, se pueda prevenir los embarazos, pues la distribución gratuita del mismo puede limitar los embarazos no deseados para así evitar las consecuencias graves que conlleva al concebido si la gestante se encuentra infectada por dicho virus.

En ese sentido, de diferir una tutela para resguarda tal situación hasta que la sentencia en los actuados principales quede firme, podría originar que se convierta en irreparable la afectación a los derechos constitucionales que están pretendiendo ser protegido a través del proceso constitucional, lo que significaría causar un perjuicio mayor a las mujeres que integran el colectivo aludido en el noveno considerando, en tanto transcurra el tiempo, lo que debe ser revertido con una medida que cautele con eficacia preventiva que ello no ocurra; siendo ello así, **se encuentra también demostrado en el presente caso el presupuesto inminente perjuicio e irreparable..**

**DÉCIMO SEGUNDO: De la adecuación:** Según consta de la copia de la demanda principal que se recauda como anexo, la pretensión de la actora en dichos actuados es, se ordene al Ministerio de Salud informe y distribuya en forma gratuita el “*Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel*” en todos los Centros de Salud del Estado.

En virtud a ello, siendo que en la presente demanda cautelar se está peticionando igualmente lo que se pretende en la demanda principal, entendiéndose de manera provisional, tal pretensión es adecuada a lo pretendido en la demanda principal; **consecuentemente, se cumple igualmente con este presupuesto.**

Cabe añadir además, que lo solicitado por la recurrente no constituye una situación irreversible, en razón que, por un lado, de desestimarse la demanda principal, se dejará de distribuir en forma gratuita el indicado Anticonceptivo, y, de otro lado, constituye una obligación del Estado en virtud al artículo 6º de la Constitución, la elaboración de políticas públicas destinadas a una adecuada planificación familiar, las que se ejecutan a través del Ministerio de

PODER JUDICIAL  
VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
CALLE SAN ANTONIO 152 - CSJLI-PJ

11

### 3.3. Resolución N.º 3 de fecha 19 de agosto del 2016 en el Expediente 30541-2014-18-1801-JR-CI-01 que declara fundada la medida cautelar

Salud en atención a lo establecido por el artículo 5 del Decreto Legislativo 1161 –Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud-; por lo que disponerse de manera provisional la distribución gratuita del Anticonceptivo en mención no puede causar un perjuicio al Estado, mayor al que se podría generar al Colectivo de mujeres a quienes está dirigido el consumo de dicho producto. **Por tanto, se cumple igualmente con el requisito de no irreversibilidad.** ✓

En tal contexto, advirtiéndose que en el caso en calificación concurren copulativamente los presupuestos exigidos para concederse tutela cautelar, corresponde sea otorgada la misma; sin embargo, teniendo en cuenta que la distribución a nivel nacional del Anticonceptivo requiere de un plazo prudencial para su efectivo cumplimiento, debido a que está supeditado a dictarse por la entidad emplazada la normativa y lineamientos técnicos para su adecuada ejecución, deberá disponer un plazo razonable para el cumplimiento del mandato.

Por tales razones, en conformidad con los fundamentos que se exponen y acorde al numeral 15 del Código Procesal Constitucional; **SE RESUELVE:**

**DECLARAR FUNDADA** la medida cautelar innovativa solicitada por VIOLETA CRISTINA GÓMEZ HINOSTROZA; en consecuencia, **ORDENO** que la demandada **MINISTERIO DE SALUD**, en el plazo de treinta días, **distribuya de manera provisional en forma gratuita**, en todos los Centros de Salud a nivel nacional, el “*Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel*”; bajo apercibimiento de hacerse efectiva las medidas coercitivas previstas en los artículos 22 y 59 del Código Procesal Constitucional.-

PODER JUDICIAL

VICTOR SANCHEZ HUAMAN  
ASISTENTE DE JUEZ  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA  
Res. Adm. Nº 173-05-P-CSJLI-PJ

12

**PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO  EN LO CONSTITUCIONAL DE LIMA**

EXPEDIENTE: 30541-2014-0-1801-JR-CI-01  
MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO  
ESPECIALISTA : SANCHEZ BARAZORDA PAOLA VICTORIA  
DEMANDADO : PROCURADOR DEL MINISTERIO DE SALUD,  
MINISTERIO DE SALUD  
: ONG ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION SIN  
COMPONEDA  
DEMANDANTE : GOMEZ HINOSTROZA, VIOLETA CRISTINA

**SENTENCIA**

**RESOLUCIÓN No. CUARENTA Y SIETE**

Lima, 02 de julio de 2019.-

**VISTOS:**

El proceso seguido por **VIOLETA CRISTINA GOMEZ HINOSTROZA** (a quien en adelante se le denominara "La demandante") contra **MINISTERIO DE SALUD** (a quien en adelante se le denominara "El demandado") y su litisconsorte necesario pasivo **ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION "SIN COMPONENDA"** (a quien en adelante se le denominara "ONG" o "Acción de Lucha Anticorrupción Sin Componenda"; sobre **PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO**.

**RESULTA DE AUTOS:**

**De la demanda:** mediante escrito de fojas 170 a 183, **GOMEZ HINOSTROZA, VIOLETA CRISTINA** interpone **PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO** contra el **MINISTERIO DE SALUD**; para que, se ordene al Ministerio de Salud a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia –Píldora del día siguiente (Levonorgestrel) en todo los Centros de Salud del Estado.

**PODER JUDICIAL**

**DAVID SUAREZ BURGOS**  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

**PODER JUDICIAL**

**PAOLA V. SANCHEZ BARAZORDA**  
ESPECIALISTA LEGAL  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

La actora alega entre otros hechos que se tienen en consideración los siguientes:

- 1) Que, en julio del 2001, mediante Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, se incorporó la anticoncepción oral de emergencia como un método anticonceptivo que debía ser difundido y distribuido gratuitamente a nivel nacional, asimismo mediante la Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, aprobada con fecha 14 de julio de 2005 entro en Vigencia la Norma Técnica N° 032-MINSA/DGSP-V.01 mediante la cual se reafirmó el deber del Ministerio de Salud de difundir y distribuir gratuitamente el anticonceptivo oral de emergencia.
- 2) Que, la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" mediante un proceso de amparo ante el Poder Judicial, provocó la prohibición de la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia.
- 3) Que, mediante la sentencia de fecha 16 de octubre de 2009 expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 2005-2009-PA/TC se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por la ONG "Acción Lucha Anticorrupción" y en consecuencia, se ordenó al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada píldora del día siguiente, pese a esta prohibición, la sentencia permitió su venta en los establecimientos privados.
- 4) Que, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, estableció que el inicio de la vida humana se produce con el ingreso del espermatozoide al óvulo, es decir, con la fusión de la célula materna y paterna (fecundación), circunstancia en la cual se origina el huevo o cigoto humano.
- 5) Que, el Tribunal Constitucional señaló en su fundamento 52 de la sentencia comentada que su decisión de prohibir la distribución del anticonceptivo oral de emergencia en los Centros de Salud del Estado no era inmutable y que si en el futuro quedará claro la inocuidad de la píldora del día siguiente (Levonorgestrel) para el concebido, evidentemente se tendría que cambiar de posición.
- 6) Que, con la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 02005-2009-PA/TC se ha dado lugar a una forma de discriminación indirecta, al prohibir la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia AOE, en los Centros de Salud del Estado, y pese a ello, se permite su venta en boticas, farmacias, y otros establecimientos privados.
- 7) Que, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Caso Artavia Murillo vs Costa Rica" de fecha 28 de noviembre de 2012 ha definido jurídicamente

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SANCHEZ BARAZORDA  
ESPECIALISTA LEGAL  
1º Juzgado Constitucional de Lima

desde la Convención Americana de los Derechos Humanos como se debe interpretar el término "concepción", "embrión" y "persona" respecto a la protección del derecho a la vida.

- 8) Que, los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el concebido y el derecho a la vida son vinculantes al Estado Peruano, a pesar, que la sentencia antes indicada se ha pronunciado respecto a otro Estado, ello debido a que nuestro país forma parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y a lo establecido en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política del Perú.
- 9) Que, a nivel médico y científico existe certeza que el anticonceptivo oral de emergencia no puede causar aborto del óvulo fecundado que se ha implantado en el útero materno, es decir existe certeza que no puede provocar el aborto del concebido.

**Del trámite del proceso:** Por resolución número uno, de fojas 184 a 186, se declaró improcedente la demanda, por lo que, la demandante interpone recurso de apelación, mediante resolución dos a fojas 192, se concede apelación con efecto suspensivo y se elevan los autos al superior jerárquico.

La Primera Sala Civil mediante resolución tres, de fojas 221 a 225, declara nula la resolución de primera instancia, por lo que, mediante resolución número seis a fojas 231, se admitió a trámite la demanda; y se dispuso correr traslado al demandado, por el plazo de cinco días.

**Mediante escrito de fojas 258 a 264 la entidad emplazada contesta la demanda, contradiciéndola** y alegando entre otros hechos que se tienen en consideración los siguientes:

- 1) Que, en cuanto la presunta violación de no informar respecto del anticonceptivo oral de emergencia – Píldora del día siguiente, en estricto cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 6° de la Constitución Política del Perú, el Ministerio de Salud brinda la información para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, que no se circunscriben única y exclusivamente al uso de la "píldora del día siguiente", sino al uso de los distintos métodos anticonceptivos.
- 2) Que, en el caso concreto de la información respecto a la píldora del día siguiente el Ministerio de Salud viene cumpliendo con brindar la información,

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

1° Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SANCHEZ SARAORDA  
ESPECIALISTA LEGAL  
1° Juzgado Constitucional de Lima

conforme consta en la página web del MINSA [www.minsa.gob.pe](http://www.minsa.gob.pe) donde se puede advertirse que existe información didáctica y responsable de su uso.

- 3) Que, en cuanto a la pretensión de no distribuir gratuitamente el anticonceptivo oral de emergencia – Píldora del día siguiente, debe tenerse en presente que el Tribunal Constitucional al emitir sentencia en el expediente N° 02005-2009-PA/TC, ordenó al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la píldora del día siguiente (Levonorgestrel).
- 4) Que, independientemente de no compartir el criterio del Tribunal Constitucional contenido en dicha sentencia, está obligado a dar cumplimiento a la misma, en sus propios términos, mientras no haya otra sentencia de dicho órgano que modifique el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC.

Dentro del transcurso del proceso se apersonan al mismo y solicitan ser considerados en la condición de **amicus curiae** diversas entidades y organizaciones de las cuales se admiten:

- a. **La Universidad Peruana Cayetano Heredia** quien mediante escrito de fecha 21 de julio 2016 puntualiza que existe amplia y contundente evidencia científica sobre el mecanismo de acción de la anticoncepción oral de emergencia con Levonorgestrel que demuestra en forma indiscutible que no es abortivo, no afecta ni al espermatozoide, ni al ovulo fecundado, ni su implantación. Lo que hace es retrasar o inhibir la ovulación, reduciendo los niveles de las hormonas LH (que estimula la ovulación) y FSH (que produce la maduración del ovulo). Más aún, existe evidencia clara, que si una mujer recibe anticoncepción oral de emergencia con Levonorgestrel y ésta no funciona (porque se tomó luego de la ovulación) no hay ningún efecto ni en el embarazo ni el niño o niña.
- b. **La Defensoría del Pueblo** quien mediante Informe Defensorial de fojas 439 a 448 argumenta que, tanto la Organización Mundial de la Salud como la Organización Panamericana de la Salud han sido categóricas en señalar que la píldora del día siguiente no tiene efecto abortivo, ya que no actúa luego de la implantación del óvulo fecundado. Esta información superaría la "duda razonable" expresada por el Tribunal Constitucional en la sentencia que ordena

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. GARCÍA BARAZORDA  
ESPECIALISTA LEGAL  
1º Juzgado Constitucional de Lima

la restricción de la entrega de la píldora del día siguiente y ameritaría un pronunciamiento judicial sobre la necesidad actual de su distribución.

Mediante resolución N°10 se declara improcedente el apersonamiento a los presentes actuados de la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción", asimismo, improcedente la nulidad interpuesta por la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción". Motivo por el cual, la actora interpone recurso de apelación, el mismo que es concedido sin efecto suspensivo y sin la calidad diferida.

La Primera Sala Civil mediante resolución tres, de fojas 1179 a 1182, declara nulo el auto contenido en la resolución diez que declaró improcedente el apersonamiento a los presentes actuados de la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción", asimismo improcedente la nulidad interpuesta por la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción".

Siendo ello así, mediante resolución número veintisiete (fojas 1183 a 1185), se integró a la relación procesal a la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción", en calidad de Litisconsorte Necesario Pasivo.

**Mediante escrito de fojas 1282 a 1303, absuelve la demanda ONG "Acción de Lucha Anticorrupción",** contradiciéndola y alegando entre otros hechos que se tienen en consideración los siguientes:

1. Que, se desconocería la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009-PA/TC de fecha 16.10.2009, que señala que en nuestro Ordenamiento Jurídico la vida comienza con la fecundación entendida esta desde el momento de la unión del óvulo con el espermatozoide y, por tanto, el uso de la píldora del día siguiente produce aborto en su tercer efecto como resolvió el Tribunal Constitucional.
2. Que, en la sentencia del Caso Artavia Murillo vs Costa Rica, el tema de fondo es distinto, tal como es de verse en lo expresado en la referencia argumentativa en la cual se discutía si el Estado podía negar a sus ciudadanos el acceso a la reproducción asistida. Por otro lado, si bien la CIDH resolvió que no (y por tanto dicho país debía permitir la fecundación asistida), debe tenerse presente, que se trata de una sustanciación jurídica.

PODER JUDICIAL

DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
PODER JUDICIAL

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SANCHEZ ESPAZORDA  
ESPECIALISTA LEGAL  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA



**TERCERO: Factibilidad de tramitar la pretensión vía amparo.** Según los hechos expuestos, lo que está en controversia en el caso de autos es si corresponde o no la información y distribución gratuita del "Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) *Levonorgestrel*"; en virtud a ello, si bien la demanda ha sido interpuesta a título personal por la Dra. Violeta Cristina Gómez Hinostroza, **lo que se está planteando resolver con tal pretensión se trata en esencia de una "tutela colectiva"**, en razón que los efectos de lo que se resuelva incidirá no solo respecto a la accionante sino además sobre un grupo determinado de personas que está integrado por "**las mujeres en capacidad de procrear**", pues el uso de dicha píldora corresponde sólo a las mujeres en esa situación; lo que significa, que se está en el presente caso ante la protección de un "**derecho colectivo**".

Resulta preciso referir, que doctrinariamente se admite que los derechos colectivos vienen a ser: **a) derechos difusos** (*se califica como tal a aquellos derechos que son indivisibles*), **b) derechos colectivos en sentido estricto** (*alude a derechos de incidencia colectiva*) y **c) derechos individuales homogéneos** (*se tratan de derechos subjetivos individuales, ergo divisibles*).

Conforme a esa posición, "**las acciones colectivas**" nacen para proteger el derecho colectivo de un grupo, dada las características particulares que detenta el proceso civil individual, tradicionalmente estructurado sobre la base del principio dispositivo, en el que el interés no trasciende el interés privado de las partes, el cual no puede trasladarse a los procedimientos donde se materializa la tutela colectiva que protege derechos indivisibles o individuales homogéneos, en el que los sujetos legitimados actúan en representación del colectivo que defienden y los efectos de la sentencia que se dicta alcanza a todos los que conforman el grupo.

**CUARTO: Delimitación de la controversia:** Estando a los hechos expuestos en la demanda, así como a los términos de los escritos de absolución a la demanda efectuados por la parte accionada; la controversia se circunscribe a determinar:

- i) Si la definición de concepción y sus efectos establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, es contraria a los parámetros fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación In vitro)*

Vs. Costa Rica  
PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. BARRAZORDA  
ABOGADA EN EJERCICIO  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
MINISTERIO DE JUSTICIA DE LIMA

- ii) Si existen suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el "Anticonceptivo Oral de Emergencia (Píldora del Día Siguierte) Levonorgestrel" sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital.

Pues, a partir de verificarse estos puntos es que se podrá establecer si se han vulnerado o no los derechos colectivos invocados por la accionante en la demanda, en consideración a lo establecido en el fundamento 52 de la Sentencia N° 2005-2009-PA/TC.

**¿Cuáles son los efectos de la Sentencia Expedida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC?**

**CINCO: Del caso en análisis:** Que, mediante sentencia de fecha 16 de octubre de 2009 expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 02005-2009-PA/TC se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" y, en consecuencia, se ordenó al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada píldora del día siguiente (Levonorgestrel).

Dicha decisión se tomó teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

51. *Por lo expuesto, atendiendo a que, 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*

PODER JUDICIAL

DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SANCHEZ SANCHEZ  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima

*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.

Por lo tanto, el Tribunal estableció que un cambio de jurisprudencia era posible, pero estaba supeditado a que **se supere la existencia de la duda razonable respecto a la forma que actúa el Anticonceptivo Oral de Emergencia (Levonorgestrel)**; asimismo esta judicatura resalta el hecho de que esta "duda razonable" **no debe ser tomada como una deficiencia de la mencionada sentencia, sino como un acto de responsabilidad y reflexión de los magistrados que emitieron dicha sentencia en su momento, debido a que fueron conscientes de que la ciencia médica es una ciencia que se encuentra en constante evolución, cambio y actualización tanto en su parte teórica como tecnológica, por lo que, la labor de la ciencia jurídica (derecho y de sus operadores de justicia) es estar a la par de estos cambios y evoluciones, para así administrar justicia de una manera más efectiva**; en tal sentido 10 años después de haberse emitido dicha sentencia corresponde evaluar si la "duda razonable" se ha superado en base a las siguientes consideraciones y en aplicación de los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

**¿La sentencia expedida por Tribunal Constitucional en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, es Inmutable?**

**SEXTO:** Que, de la revisión de los actuados judiciales se evidencia que la pretensión de la demandante versa respecto al hecho de que se ordene al Ministerio de Salud cumpla con informar y distribuir de manera gratuita el anticonceptivo oral de emergencia – píldora del día siguiente (Levonorgestrel) en todos los centros de salud

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PODER JUDICIAL

PAOLA V. BARRERA SANABORDA  
CORONISTA LEGAL  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

del Estado, lo que importa en sí un amparo contra amparo, específicamente contra lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente No. 02005-2009-PA/TC; lo cual constituye una flagrante desavenencia de las reglas de procedencia impuestas en el precedente de observancia obligatoria emitidas por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente No. 00917-2007-PA/TC, según el cual el amparo contra amparo no procede en contra de las decisiones emanadas por el Tribunal Constitucional, como en el presente.

**SEPTIMO:** Que, al respecto tenemos que, si bien es cierto en un sentido literalista, lo esgrimido constituiría un amparo contra amparo, también es cierto que dicha interpretación importa una desavenencia e inobservancia a lo dispuesto en los artículos II, III y V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>1</sup>; a la Primera Disposición Final de la Ley No. 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>2</sup>; a la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú<sup>3</sup>; así como, a la finalidad concreta y abstracta de todo proceso, esto es, lograr resolver una controversia jurídica buscando la paz social en justicia, de acuerdo a lo regulado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente en el presente caso conforme a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; y a los principios de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales: Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Artículo III.- Principios Procesales: Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediatez y socialización procesales.

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código.

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

<sup>2</sup> PRIMERA.- Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

<sup>3</sup> Interpretación de los derechos fundamentales: Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

<sup>4</sup> Sentencia recaída en el Expediente No. 5854-2005-AA/TC: "§4. Principios de interpretación constitucional: 12. Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica sustantiva (supuesto normativo) - subsunción del hecho - consecuencia, exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

PODER JUDICIAL

DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SANCHEZ SANCHEZ  
JUEZ SUPLENTE DE LA  
JURISDICCION DE LA CONSTITUCIONAL

**OCTAVO:** Que, lo anteriormente expuesto tiene su sustento en el hecho que el caso que nos ocupa es un caso *sui generis*, puesto que el mismo se encuentra subsumido en el supuesto excepcional planteado por el fundamento jurídico 52 de la misma sentencia de amparo, recaída en el Expediente No. 2005-2009-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional, esto es, que actualmente se ha llegado a niveles de certeza tales respecto de la inocuidad del Levonorgestrel para el concebido, lo que dispersa las importantes pero no suficientes razones que hacían presagiar en ese entonces al Tribunal Constitucional, que el mismo era abortivo al imposibilitar la fecundación del ovulo maduro (concepción) o la anidación del óvulo maduro fecundado (cigote), siendo su principal mecanismo de acción como anticonceptivo oral de emergencia la inhibición o retraso de la ovulación, lo cual refuerza con la observación que es ineficaz en evitar el embarazo si se administra después de la ovulación, pudiéndose concluir que el referido anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo, conforme se evidencia del cuarto, quinto, sexto, sétimo y octavo párrafo de la Resolución Ministerial No. 167-2010/MINSA, que se sustentó en informes de la Organización Mundial de Salud, la Organización Panamericana de la Salud, la Dirección General de Salud de las personas y la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, obrante a fojas 23/24.

**NOVENO:** Que, además a lo anteriormente expuesto, debe tenerse en cuenta que con fecha 28 de noviembre de 2012, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") Vs Costa Rica, dispuso, conforme se desprende de sus fundamentos de derecho 186, 187, 189, que el embrión (óvulo maduro fecundado por el espermatozoide) no puede ser considerado como persona, descartando así la Teoría de la Fecundación respecto del embrión como concebido y por ende, como sujeto de derecho titular de derechos, puesto que dicha situación comienza cuando el mismo se implanta en el útero de la madre, considerando que si ello no llega a ocurrir sus posibilidades de desarrollarse son nulas, adoptando así la Teoría de la Anidación del concebido como sujeto de derecho titular de los mismos, por lo tanto, en el presente caso no debe perderse de vista que si bien no es atendible un proceso de amparo, en el presente caso se presenta una situación especial en la que se debe contemplar lo señalado en el fundamento jurídico 52 de la sentencia de

(...) d) El principio de función integradora: El "producto" de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto."

PODER JUDICIAL

DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ

40 Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SUAREZ BARRAZO  
ESPECIALISTA LEGAL  
1º Juzgado Interamericano de Derechos Humanos  
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

amparo, recaída en el Expediente No. 02005-2009-PA/TC, ya que con los nuevos elementos que se presentan con relación a los presuntos efectos abortivos y a los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible un cambio de posición en esta materia.

**¿Esta judicatura en el presente caso está facultada a realizar control de convencionalidad?**

**DÉCIMO:** Que, a fin de determinar si esta judicatura puede aplicar el control de convencionalidad, se debe tener en cuenta que el Estado Peruano no sólo ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (12 de julio de 1978), sino que, en observancia de su artículo 62.1, ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene establecido que:

*La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención (...). El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal (...), implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional (...). Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana según el artículo 62.1 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo (...)*

PODER JUDICIAL

DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. BARRERA SARAZORDA  
ESPECIALISTA LEGAL  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

En dicha perspectiva, las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extiendan al contenido normativo de la Convención *strictu sensu*, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus decisiones (sentencias, opiniones consultivas, medidas provisionales, supervisiones de sentencias). En ese sentido, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece:

*“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Tratados sobre Derechos Humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.*

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional en el quinto considerando de la sentencia expedida en expediente N°04617-2012-PA/TC, ha definido el “control de convencionalidad” y sus efectos, señalando:

*“Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad. Pero la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte IDH”.*

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SANDOZ SARAZORDA  
ESPECIALISTA LEGAL  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Asimismo, el mismo Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia<sup>5</sup> ha establecido que las sentencias de la Corte interamericana de Derechos Humanos son vinculantes, aun en casos en los cuales no haya sido parte el Estado, tal como se aprecia a continuación:

*“La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT (Cuarta Disposición Final Transitoria) de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado Peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT (Cuarta Disposición Final Transitoria) de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.*

*“La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrearán las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere”.*

Teniendo en cuenta todo lo antes mencionado, esta judicatura puede determinar que no sólo está facultado para aplicar el control de convencional cuando “una norma o jurisprudencia expedida en sede interna sea contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos

<sup>5</sup>sentencia del Expediente N° 2730-2006-PA/TC, de fecha 21 de junio de 2006, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 12; sentencia del Expediente N° 00007-2007-PI/TC, de fecha 19 de junio de 2007, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 35; sentencia del Expediente N° 0024-2010-PI/TC, de fecha 21 de marzo de 2010, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 66

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SANCHEZ BARAZORDA  
BOFICIA JUEZA LEYAL  
1º Juzgado Constitucional de la Constitucional  
JEFES SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

ratificados por el Perú, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>6</sup>, sino que está obligado, toda vez que el Estado Peruano al haber reconocido la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en temas de derechos humanos, "está obligado a cumplir sus compromisos internacionales, por lo que, las sentencias y parámetros que emita el mencionado tribunal supranacional son vinculantes para la defensa y protección de derechos fundamentales, aun cuando el Estado Peruano no haya sido parte del litigio<sup>7</sup>", esto, en concordancia a la interpretación realizada por el propio Tribunal Constitucional y que fue citada en el anterior párrafo; por lo que, en cumplimiento de la mencionada obligación internacional, esta judicatura procederá más adelante a evaluar, si la sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009 PA/TC, es contrario a los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica.

**UNDÉCIMO: Respecto si la definición de concepción y sus efectos establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, es contraria a los parámetros fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro ) Vs. Costa Rica:** Que, el Tribunal Constitucional Peruano al momento de expedir la sentencia en el expediente N° 2005-2009-TC, adopta la teoría de la fecundación respecto del inicio de la vida:

*"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 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 irrepetible, 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, parte del desarrollo del proceso vital, más no constituye su inicio. (...) es en la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y*

<sup>6</sup> sentencia del Expediente N° 4617-2012 -PA/TC , de fecha 12 de marzo de 2012, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 5

<sup>7</sup> sentencia del Expediente N° 2730-2006-PA/TC , de fecha 21 de junio de 2006, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 12; sentencia del Expediente N° 00007-2007-PI/TC, de fecha 19 de junio de 2007, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 35; sentencia del Expediente N° 0024-2010-PI/TC, de fecha 21 de marzo de 2010, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 66.

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

1<sup>o</sup> Juzgado Constitucional

PODER JUDICIAL

PAOLA V. RAMÍREZ SARAZORCA  
DEFENSORA FISCAL LEGAL  
1<sup>o</sup> Juzgado Constitucional del Tribunal Constitucional

*es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición del concebido". Fundamento 38.*

Acorde a lo anterior expuesto, el Tribunal Constitucional adopta la teoría de la fecundación respecto del inicio de la vida y concluye en su fundamento 51 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 (...)"*, sin embargo, conforme a lo decidido en el citado fallo, solamente se encuentran imposibilitadas de acceder al consumo del *"Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel"* las personas de escasos recursos, en tanto que lo allí decidido no impide la comercialización de dicho producto, sino solamente que no se establezca políticas para su distribución gratuita a nivel nacional; lo cual en la práctica constituye una discriminación por condición económica en relación al *"colectivo mujeres"* que se encuentran en la situación descrita en el tercer considerando y que se encuentren en situación de extrema pobreza, *"que evidentemente es el sector más vulnerable y requiere de políticas públicas precisamente para equiparar tal situación con el resto de la población"*, en tanto que, conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, sólo se está restringiendo su distribución gratuita en proyección del principio *pro consumidor*, con lo cual, un sector de la población se encontraría excluida de acceder al uso del *"Anticoncepción Oral de Emergencia"*

**DUODÉCIMO:** La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In vitro) Vs. Costa Rica, realizó interpretación del artículo 4 (derecho a la vida) de la Convención Americana de Derechos Humanos, para tales efectos procedió a definir el término "concepción" señalando lo siguiente:

*186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es*

PODER JUDICIAL

DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. GARCÍA SAAVEDRA  
SUPERINTENDENTE LEGAL  
1º Juzgado Constitucional de Lima

que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término "concepción" no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada "Gonodotropina Coriónica", que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación (supra párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término "concepción" desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, de lo antes mencionado se puede colegir que la interpretación realizada por la Corte Interamericana en el caso Artavia Murillo vs Costa Rica, del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es de carácter vinculante para nuestra legislación, tal como lo establece el propio Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia<sup>8</sup>, aun en casos en los cuales no haya sido

8 sentencia del Expediente N° EXP. N° 2730-2006-PA/TC, de fecha 21 de junio de 2006, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 12; sentencia del Expediente N° 00007-2007-PI/TC, de fecha 19 de junio de 2007, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 35; sentencia del Expediente N° 0024-2010-PI/TC, de fecha 21 de marzo de 2010, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 66.

PODER JUDICIAL  
  
 DAVID SUÁREZ BURGÓS  
 JUEZ  
 1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL  
  
 PAOLA V. SANCHEZ SABADORRA  
 ESPECIALISTA LEGAL  
 1º Juzgado Constitucional de Lima  
 CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

parte el Estado Peruano, por lo que estos parámetros serán confrontados con la sentencia del Tribunal Constitucional.

Para tales efectos, de la revisión de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el caso 2005-2009-PA/TC, se puede apreciar que en su fundamento 53 ha establecido 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*”, este criterio sobre la “concepción” es contrario a lo establecido en la actualidad por la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, por lo que, se puede apreciar que la vinculatoriedad de la sentencia Artavia Murillo, obliga a nuestro ordenamiento jurídico a adecuarse al canon convencionalidad, de conformidad con el artículo 55, a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la propia línea interpretativa del Tribunal Constitucional; por lo que, esta judicatura está en la obligación de aplicar el control de convencionalidad interno<sup>9</sup>, que faculta a todo órgano jurisdiccional a *“dejar sin efecto una norma o jurisprudencia contraria a los estándares establecidos por la Corte Interamericana”*; en consecuencia, esta judicatura inaplicará los fundamentos interpretativos respecto a la “concepción” establecidos por el Tribunal Constitucional. Sin perjuicio de lo antes mencionado, esta judicatura también quiere dejar constancia que en el presente caso no sólo aplica el control de convencionalidad, debido a los compromisos y obligaciones internacionales que tiene el Estado Peruano, sino que en cumplimiento de su obligación de administrar justicia y en aplicación y verificación del principio *pro homine* esta judicatura ha realizado una rigurosa revisión y análisis profundo de dicha sentencia supranacional, en la cual se puede apreciar que para realizar la interpretación del artículo 4 de la Convención (Derecho a la vida) y consecuentemente fijar el concepto de “concepción” dicho Tribunal Supranacional ha contado con diverso material bibliográfico especializado y actualizado (científico, social, medico, legal), el cual le ha permitido realizar un análisis reflexivo para obtener una debida interpretación.

**DÉCIMO CUARTO: Respecto a si existen suficientes elementos que conducen a una duda razonable en cuanto a la forma en la que actúa el Anticonceptivo Oral de Emergencia (Píldora del Día Siguiente) sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la**

<sup>9</sup> GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José. “El control de convencionalidad en el Perú”. En Pensamiento Constitucional, Número 18, 2013, p. 22

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SANCHEZ SARAORDA  
ESPECIALISTA LEGAL  
1º Juzgado Constitucional de Lima

**continuación de su proceso vital:** Que, al haberse establecido que la “concepción” se inicia con la “anidación o implantación” y no en la fusión de los gametos paternos y materno, se puede determinar que los supuestos efectos antimplantatorios del Levonorgestrel, que ocurrirían antes de la anidación, no afecta al concebido, debido a que recién podremos hablar de concebido desde el punto de vista jurídico cuando ha ocurrido la “concepción”, el cual a su vez ocurre cuando se logra la “anidación”, ello en concordancia a la interpretación del artículo 4 (derecho a la vida) de la Convención Americana de Derechos Humanos, realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica.

De igual manera, la Organización Mundial de la Salud publicó la “*Hoja Informativa sobre la Seguridad de las Píldoras Anticonceptivas de Emergencia de Levonorgestrel*”, en ella aseguró explícitamente, que el “*AOE no posee efectos abortivos*”; esta afirmación se ha mantenido en el transcurso del tiempo, tal es así que en las actualizaciones de la Nota Descriptiva No. 244 de la Organización Mundial de la Salud correspondiente a los años 2016 y 2018<sup>10</sup>, establece que tras mayor investigación científica se ha ratificado que el Anticonceptivo Oral de Emergencia “AOE” no posee efectos abortivos, tal es así que se señala explícitamente lo siguiente: “*Las píldoras anticonceptivas de emergencia de Levonorgestrel no son eficaces una vez que ha comenzado el proceso de implantación y no pueden provocar un aborto*”.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 02005-2009-PA/TC, en sus fundamentos 45 y 46, citó como evidencia científica los estudios realizados por Food and Drugs Administration (FDA), sobre el producto Plan B forma en la que se presenta el Anticonceptivo Oral de Emergencia – Levonorgestrel en los Estados Unidos, que hasta la fecha de la emisión de su sentencia la FDA consideraba que dicho producto:

*“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 el óvulo estuviera implantado antes de tomar Plan B, Plan B no trabaja.”*

<sup>10</sup><https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/emergency-contraception>

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

PODER JUDICIAL

PAOLA V. BARRON SANCHEZ  
ESPECIALISTA LEGAL  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

**DÉCIMO SEXTO:** Que, el 20 de junio de 2013, la FDA aprobó el uso del Anticonceptivo de Emergencia Plan B One – Step (Levonorgestrel) para uso sin receta médica de todas las mujeres en edad fértil (fojas 1020 a 1027), concluyendo:

*“el producto contiene niveles más altos de una hormona que se encuentran en algunos tipos de píldoras anticonceptivas orales hormonales de uso diario y trabaja en forma similar a estas píldoras anticonceptivas **al detener la ovulación y por lo tanto prevenir el embarazo**”.*

Es decir, la FDA cambió su posición sobre la posibilidad de afectación del endometrio como mecanismo de acción del Levonorgestrel, considerándola como un método anticonceptivo ya que previene el embarazo y su único mecanismo de acción es detener la ovulación.

**DÉCIMO SÉPTIMO:** Que, de similar manera en la sentencia N° 02005-2009-PA/TC, en sus fundamentos jurídicos 40 y 41, el Tribunal hace referencia a la información sobre los mecanismos de acción del Levonorgestrel contenida en los insertos de este insumo. El Tribunal cita las siguientes marcas. **GLANIQUE, TIBEX, POSTINOR 2, NORTREL Y POST DAY**, concluyendo lo siguiente:

*“Conforme se desprende de la glosa aparecida en el inserto de los cinco productos 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**”.*

**DÉCIMO OCTAVO:** Que, al respecto, a la luz de la nueva evidencia científica, los productores de las diversas marcas de Levonorgestrel, que se comercializan en nuestro país, han ido progresivamente modificando su información en sus insertos sobre los mecanismos de acción del anticonceptivo oral de emergencia. Tal es el caso de:

POSTINOR 1 (Levonorgestrel 1.5 mg) (fojas 1044):

*“Se piensa que el Levonorgestrel actúa principalmente evitando la ovulación y la fecundación si la relación sexual ha tenido lugar en fase preambulatoria,*

PODER JUDICIAL  
 DAVID SUAREZ BURGOS  
 JUEZ  
 1º Juzgado Constitucional de Lima  
 CORTE SUPLENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

PODER JUDICIAL  
 PAOLA V. SANCHEZ BARRONDA  
 ESPECIALISTA LEYAL  
 49. Jueza Titular del 1º Juzgado Constitucional  
 CORTE SUPLENTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

que es el momento en la que la posibilidad de fecundación es más elevada. **Levonorgestrel no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación.**

GLANIQUE:

*"Levonorgestrel es un fármaco anticonceptivo. Una vez que se ha producido la ovulación o más aún, la implantación del trofoblasto y se ha iniciado el proceso gestacional, **Levonorgestrel carece de actividad alguna para interrumpir el curso del embarazo, independientemente de la dosis que fuere administrada**<sup>11</sup>."*

NORTREL 2:

*"Evita ovulación y fertilización si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria (posibilidad de fertilización más elevada)<sup>12</sup>."*

NOGESTROL 1. (Fojas 1046)

*"A las dosis recomendadas, se piensa que el Levonorgestrel actúa principalmente evitando la ovulación y la fecundación si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria, que es el momento en el que la posibilidad de la fecundación es la más elevada. **Levonorgestrel no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación.**"*

NORVELO (Fojas 1500)

*"Norvelo funciona parando la liberación de un óvulo de sus ovarios. No para la adhesión de un óvulo fertilizado al útero."*

Por lo tanto, de lo esgrimido se concluye que diversas marcas de Levonorgestrel que se comercializan en nuestro país han descartado el supuesto "tercer efecto" del que se hacía referencia en la Sentencia N° 02005-2009-PA/TC, sustentando de modo contundente que el mecanismo de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia – Levonorgestrel (LGN), es inhibir o retrasar la ovulación.

<sup>11</sup>[www.medicamentosplm.com.pe/home/productos/glanique 1 comprimidos / 16/101/17170/25](http://www.medicamentosplm.com.pe/home/productos/glanique%201%20comprimidos%20-%2016/101/17170/25).

<sup>12</sup>[www.vademecum.es/equivalencia-lista-nortrel+2+comprimido+recubierto+0.75+mg-peru-g03ad01-pe](http://www.vademecum.es/equivalencia-lista-nortrel+2+comprimido+recubierto+0.75+mg-peru-g03ad01-pe)

1. PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PACLA Y. SANCHEZ GARAYORDA  
ABOGADA EN LA MATERIA LEGAL  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

**DÉCIMO NOVENO:** De lo anterior expuesto, y diez años después de haberse emitido la sentencia N° 02005-2009 PA/TC, esta judicatura **concluye que existe suficiente evidencia científica que sustenta que el mecanismo del Anticonceptivo Oral de Emergencia, Levonorgestrel (LNG), es inhibir o retrasar la ovulación; no afectando la función de los espermatozoides ni al ovulo fecundado, por lo tanto, no se puede considerar este como abortivo**, más aún si el propio Tribunal Constitucional en su fundamento 52 indicó que *"la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable, pues reiteradamente se ha señalado, ésta ha debido ser tomada aun cuando hay importantes razones de lado de la demandada, importantes pero no suficientes, para vencer la duda razonable aludida, por lo menos hoy en día"*. Por lo tanto, no existe impedimento para que el Estado Peruano se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada "Píldora del Día Siguierte", como se había dispuesto en la Sentencia en mención, por haberse disipado la duda razonable expresada por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC.

**VIGÉSIMO:** Que, respecto al **derecho a la autodeterminación reproductiva**, esta judicatura tiene presente que, la Observación General 14 sobre el derecho a la salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU establece, que:

*"Los Estados tienen la obligación internacional en materia de derechos humanos de garantizar la disponibilidad, la accesibilidad (física y económica) y la calidad de los servicios de salud, lo que incluye los métodos anticonceptivos modernos. Como parte de esta obligación central relativa al derecho a la salud, el Comité recomienda a los Estados que garanticen que los productos que se enumeran en los formularios nacionales se basen en la Lista modelo de la Organización Mundial de la Salud de medicinas esenciales, que orienta la adquisición y el suministro de medicinas en el sector público. En esta lista modelo se incluye un amplio abanico de métodos anticonceptivos, incluidos anticonceptivos de emergencia"*<sup>13</sup>

En este aspecto, nuestra Constitución Política del Perú en el artículo 3° señala que la enumeración abierta de los derechos establecidos en el artículo 2° de nuestra Carta

<sup>13</sup> Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general n° 14 (El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud), 2000

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. BARRAZA RAMIREZ  
ESPECIALISTA LEGAL  
1º Juzgado Constitucional de Lima

Magna no excluye los demás que la Constitución garantiza, o que se fundan de la dignidad del hombre, entre otros.

Con relación a este punto el Tribunal Constitucional, en el fundamento 4 de la sentencia expedida en el expediente N° 0895-2001-AA/TC señala que:

*“En la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos “no enumerados” y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita”.*

Asimismo, el mencionado Tribunal en diversa jurisprudencia ha establecido 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 poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir cómo 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. 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.”*

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima  
CORTE SUPLENTE

PODER JUDICIAL

PAOLA V. BANCIVERA SARAZORDA  
ABOGADA  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

Esta judicatura teniendo en cuenta lo establecido en el presente considerando así como lo desarrollado en la presente sentencia, puede determinar, que la sentencia expedida en el caso 2005-2009-PA/TC, ha estado vulnerando el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres en edad fértil, debido a que privilegio el acceso a dicho fármaco únicamente a aquellas mujeres que tenían condición económica para poder adquirirlo, discriminando de manera directa a aquellas mujeres que no tenían capacidad económica para acceder a este fármaco debido a que el Estado Peruano se encontraba prohibido de distribuir dicho fármaco, lo cual no puede ser concebido en un Estado Constitucional de derecho, en el cual el juez constitucional debe velar por el respecto y garantía de los derechos fundamentales, como lo es en el presente caso al velar por la no discriminación económica, la que se ha generado con la expedición de la sentencia mencionada..

**VIGÉSIMO PRIMERO:** Que, respecto al **derecho a recibir información**, en la legislación internacional el derecho a la información se encuentra consagrado el artículo 19º de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el artículo 19º del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; a nivel Interamericano el artículo 13º de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, y A nivel nacional, en el mismo sentido se encuentra establecido en el inciso 4), artículo 2º, de nuestra Constitución Política.

El Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia ha establecido que:

*“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 6º 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”.*

PODER JUDICIAL

DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ  
1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SANCHEZ BARAORDA  
COSEJORA AJA LEGAL  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

Esta judicatura tiene presente que *"toda persona tiene derecho al acceso a la información, y que el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a la misma"*, partiendo de esta premisa, en el caso del acceso a la información respecto a los métodos anticonceptivos, toda mujer en edad fértil tiene derecho a que el Estado Peruano a través de sus instituciones públicas de salud, le permita acceder a la información respecto a los métodos anticonceptivos tradicionales, no obstante en caso de la "píldora del día siguiente", al ser un anticonceptivo de emergencia, es decir de carácter excepcional, el Estado Peruano deberá informar a las mujeres que este fármaco es de carácter excepcional y no tradicional, esto con la finalidad de otorgar una información clara y precisa y llevar un registro del mismo..

**VIGÉSIMO SEGUNDO:** Que respecto al principio de igualdad y no discriminación: Que, al abordar el tema de una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptualizamos en una doble dimensión; de un lado, como un principio rector de todo ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación. Lo anterior conlleva a que si bien lo corriente es encontrar en los textos constitucionales un artículo expreso que consagra de manera específica el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de toda forma de discriminación, el principio de igualdad supone también un valor esencial y una regla que debe ser observada en el desarrollo legislativo y en aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la constitución recoge.

De esta manera, acorde a lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional en el citado fallo, solamente se encuentran imposibilitadas de acceder al consumo del *"Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel"* las personas de escasos recursos, en tanto que lo allí decidido no impide la comercialización de dicho producto, sino solamente que no se establezca políticas públicas para su distribución gratuita a nivel nacional; lo cual en la práctica constituye una discriminación por condición económica en relación al *"colectivo de mujeres"* que se encuentran en la situación descrita en el tercer considerando y que se encuentran en situación de extrema pobreza, *"que evidentemente es el sector más vulnerable y requiere de políticas públicas precisamente para equiparar tal situación con el resto de la población"*, en tanto que conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, sólo se está

PODER JUDICIAL

DAVID SUAREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. SANCHEZ SARAZORDA  
ESPECIALISTA LEGAL

1º Juzgado Constitucional del Tribunal Constitucional

restringiendo su distribución gratuita, con lo cual, dicho sector se encontraría excluida de acceder al uso del "Anticonceptivo Oral de Emergencia", por tener tal condición, lo cual genera un trato desigual que se encuentra prohibido en virtud a lo que establece el artículo 2 inciso 2° de la Carta Constitucional.

**Por tales consideraciones, e impartiendo Justicia en Nombre de la Nación.**

**FALLO:**

1. **INAPLICAR** los fundamentos interpretativos respecto a la "concepción" establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, por ser contrariar en la actualidad a los estándares establecidos por la Corte Interamericana, así como por haberse disipado la "duda razonable" establecida en dicha sentencia.
2. **DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA** interpuesta por **VIOLETA CRISTINA GOMEZ HINOSTROZA** en consecuencia **ORDENESE AL MINISTERIO DE SALUD** a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia denominada Píldora del día siguiente (Levonorgestrel) en todos los Centros de Salud del Estado, promoviendo de manera primordial el desarrollo y ejecución de una política de información, distribución y orientación a la población nacional, que permita a los miembros de la sociedad y en especial aquellos sectores de menores recursos, instruirse de modo adecuado respecto de todas las características y efectos que produce la utilización del anticonceptivo oral de emergencia (Levonorgestrel), como mecanismo de emergencia y excepcional; con costos.

PODER JUDICIAL

DAVID SUÁREZ BURGOS  
JUEZ

1º Juzgado Constitucional de Lima

PODER JUDICIAL

PAOLA V. GARCÍA DE SARRAZORDA  
ABOGADA EN EJERCICIO  
1º Juzgado Especializado en lo Constitucional  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

## 3.5. Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de septiembre del 2020



### CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA PRIMERA SALA CIVIL

EXPEDIENTE : 30541-2014-0-1801-JR-CI-01  
MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO

#### RESOLUCIÓN NÚMERO 09

Lima, dieciséis de septiembre  
Del dos mil veinte. -

**VISTOS:** Interviniendo como ponente la señora Juez Superior **Bustamante Oyague**; esta Sala emite pronunciamiento respecto de la apelación interpuesta; y  
**CONSIDERANDO:**

#### I. Resoluciones materia de grado:

Viene en apelación:

**A)** El auto contenido en la resolución número 17 de fecha 12 de junio del 2017 obrante de folios 691 a 692, que declara IMPROCEDENTE la intervención como litisconsorte que solicita el Instituto Latinoamericano en Defensa de la Familia;

**B)** El auto contenido en la resolución número 19 de fecha 12 de junio del 2017 obrante de folios 843 a 844, que declara IMPROCEDENTE la intervención como tercero litisconsorcial que solicita Rafael Astocondor Ávalos;

**C)** El auto contenido en la resolución número 20 de fecha 12 de junio del 2017 obrante de folios 999 a 1000, que declara IMPROCEDENTE la intervención como tercero litisconsorcial que solicita Joel Cliff Vidangos de la Torre;

**D)** La sentencia contenida en la resolución número 47 de fecha 02 de julio del 2019, obrante de folios 1489 a 1513, aclarada en cuanto a los costos por resolución número 49 de fecha 16 de agosto del 2019, obrante a fojas 1528, que declara:

1) Inaplicar los fundamentos interpretativos respecto a la "concepción" establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, por ser contraria en la actualidad a los estándares establecidos por la Corte Interamericana, así como por haberse disipado la "duda razonable" establecida en dicha sentencia;

2) FUNDADA la demanda interpuesta por VIOLETA CRISTINA GOMEZ HINOSTROZA en consecuencia ORDENESE AL MINISTERIO DE SALUD a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia denominada Pildora del día siguiente (Levonorgestrel) en todos los Centros de Salud del Estado, promoviendo de manera primordial el desarrollo y ejecución de una política de información, distribución y orientación a la población nacional, que permita a los miembros de la sociedad y en especial aquellos sectores de menores recursos, instruirse de modo adecuado respecto de todas las características y efectos que produce la utilización del anticonceptivo oral de emergencia (Levonorgestrel), como mecanismo de emergencia y excepcional; con costos *de manera solidaria entre las partes vencidas Ministerio de Salud y ONG Acción de Lucha Anticorrupción*.

#### **II. El pronunciamiento de la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente 02005-**

1/11

## 3.5. Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de septiembre del 2020

### 2009-PA/TC de fecha 16 de octubre del 2009.

La ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" presentó una demanda de amparo, el 29 de octubre del 2004, contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal 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.

El 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 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 se desestima en cuanto al extremo en el que se solicitaba la previa consulta al Congreso de la República, por parte de la demandada.

La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de noviembre de 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.

El Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia del expediente 02005-2009-PA/TC de fecha 16 de octubre del 2009, **establece como cuestiones a resolver**, los siguientes puntos:

- §1. Derecho a recibir información
- §2. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía
- §3. La vida como derecho fundamental
  - 3.1. El Tribunal Constitucional, derechos fundamentales y el derecho a la vida
  - 3.2. El derecho a la vida en los tratados y otros documentos internacionales de los que el Perú es parte
- §4. La ontogénesis humana desde la perspectiva de la ciencia
  - 4.1. Identidad genética e individualidad biológica
  - 4.2. Teorías sobre el inicio de la vida
    - (i) La Teoría de la Fecundación
    - (ii) La Teoría de la Anidación
- §5 El concebido como sujeto de protección jurídica
  - 5.1. Tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano
  - 5.2. El concebido para la doctrina jurídica
- §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
    - 6.1.1. Interpretación institucional
    - 6.1.2. Principio pro homine
    - 6.1.3. Principio pro debilis

### 6.2. Análisis en concreto

#### §7. La denominada "Píldora del Día Siguiente" y sus efectos

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

- a. GLANIQUE
- b. TIBEX
- c. POSTINOR 2
- d. NORTREL
- e. POST DA Y

##### 7.2. Lo que dice la FDA

- a. 1. What is emergency contraception?
- b. 2. What is Plan B?
- c. 3. How does Plan B work?

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

##### 8.1. Principio precautorio

##### 8.2. Dilucidación de la controversia

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

El Pleno del Tribunal Constitucional en el expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre del 2009 resolvió:

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.

### III. La demanda interpuesta en el presente proceso de amparo.

La demandante, Violeta Cristina Gómez Hinostroza, presenta su demanda que obra de fojas 170 a 183, solicita se ordene al Ministerio de Salud a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia –Píldora del día siguiente (Levonorgestrel) en todo los Centros de Salud del Estado.

En su escrito de demanda expone argumentos, entre los cuales, sostiene:

- “Los fundamentos de la sentencia de fecha 16 de octubre del 2009 emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente Nro.2005-2009-PA/TC han perdido vigencia y sustento jurídico.”
- “La definición del concebido pronunciada en la sentencia Nro.2005-2009-PA/TC –y que forma parte del sustento jurídico para la prohibición de la denominada píldora del día siguiente- ha perdido vigencia al diferir sustancialmente de la noción jurídica establecido por la Corte Interamericana de derechos Humanos” (fojas175)
- “En la sentencia Nro.2005-2009-PA/TC el Tribunal Constitucional señaló como argumento para prohibir la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia la existencia de dudas razonables respecto a si la denominada píldora del día siguiente impediría la implantación del óvulo fecundado en el útero materno, lo que afectaría al “concebido” e la continuación de su proceso vital, y por tanto, podría tener un efecto abortivo, lo que vulneraría el mandato constitucional que protege la vida humana desde el momento de la concepción (en este sentido el fundamento 51 y otros):” (fojas 175)

## 3.5. Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de septiembre del 2020

- “Dejando de lado los criterios usados por el Tribunal Constitucional en la sentencia 2005-2009 PA/TC para señalar la existencia de “dudas razonables” respecto a la existencia de un posible daño al óvulo fecundado, cabe señalar que ninguna de las opiniones médicas y científicas, ni los organismos especializados nacionales ni internacionales consultados dentro del proceso de amparo señalaron que el anticonceptivo oral de emergencia pueda causar daño o aborto al óvulo fecundado si este ya se ha implantado en el útero materno”. (fojas 175)
- “A nivel médico y científico existe certeza que el anticonceptivo oral de emergencia no puede causar el aborto del óvulo fecundado que se ha implantado en el útero materno, es decir, existe certeza que este no puede provocar el aborto del concebido (según la definición Jurídica establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Por esta razón, a la fecha no existe argumento de hecho ni de derecho válido para prohibir la anticoncepción oral de emergencia.” (fojas 175)
- “De acuerdo a lo antes expuesto, no hay fundamento jurídico para prohibir la distribución gratuita del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia. Con mayor razón aun si en la misma sentencia Nro.2005-2009-PA/TC se precisó en el fundamento 52 que una vez que las autoridades tengan certeza que el levonogestrel es inocuo para la vida o salud humana se deberá autorizar este anticonceptivo.” (fojas 175)

La demanda de amparo se basa en una serie de argumentos jurídicos entre los cuales se encuentra la invocación de la aplicación de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Colombia, en la cual ha establecido cómo se debe interpretar el término “concepción”, “embrión”, y “persona” respecto a la protección del derecho a la vida a que se refiere el artículo 4 de la Convención Americana de derechos Humanos.

#### IV. La admisión de esta demanda de amparo.

Por resolución Nro.01 del 22 de julio del 2014, de fojas 185 a 186, el Señor Juez Constitucional declara la improcedencia de esta demanda, basado que la demandante “está cuestionando la decisión contenida en la STC. N° 2005-2009-PA/TC, expedida por el Tribunal Constitucional, por consiguiente, acorde a lo glosado en numeral h) de la sentencia aludida en el cuarto considerando, no resulta procedente la presente demanda, dado a que no se condice con los criterios para la procedencia del amparo contra amparo establecido por el Tribunal Constitucional”. Así, en el cuarto considerando de su resolución sostiene:

**“CUARTO:** A que, siendo ello así, teniendo en cuenta que se está ante una demanda de “amparo contra amparo”, debe tenerse en cuenta lo establecido al respecto por el Tribunal Constitucional en la STC. N° 00917-2007-PA/TC, en la cual ha señalado reglas vinculantes de observancia obligatoria en tales casos.

Según la citada sentencia, las reglas vinculantes en la demanda de amparo contra amparo son las siguientes: **a)** Su procedencia se condiciona a los casos en que la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta, **b)** Su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad, **c)** resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales estimatorias como contra las desestimatorias, **d)** su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales independientemente de la naturaleza de los mismos, **e)** procede en defensa de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional, **f)** se habilita en defensa de los terceros que no hayan participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias no pudo acceder el agravio constitucional, **g)** no es pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, y **h)** no procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional.”

4/11

Apelada dicha resolución, la Sala Superior, por resolución de vista del 21 de julio del 2015, y que corre de fojas 221 a 225, dispuso anular la resolución Nro.1, y ordenó que el A-quo –con independencia del resultado- tenga por admitida la demanda de amparo interpuesta por la recurrente y que proceda a darle el trámite pertinente. Así, expreso la Sala Superior:

“**QUINTO.**- Al respecto, tenemos que si bien es cierto en un sentido literalista lo esgrimido por el A-quo es correcto, también es cierto que dicha interpretación importa una desavenencia e inobservancia a lo dispuesto en los artículos II, III y V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; a la Primera Disposición Final de la Ley No. 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional; a la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú; así como a la finalidad concreta y abstracta de todo proceso, esto es lograr resolver una controversia jurídica buscando la paz social en justicia, de acuerdo a lo regulado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente en el presente caso conforme a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; y a los principios de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución.

(...)

**SETIMO:** Además a lo anteriormente expuesto, debe tenerse en cuenta que con fecha 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Colombia, dispuso, conforme se desprende de sus fundamentos de derecho 186, 187, 222, 223 y 264, que el embrión (óvulo maduro fecundado por el espermatozoide) no puede ser considerado como persona, descartando así la Teoría de la Fecundación respecto del embrión como concebido y por ende como sujeto de derecho titular de derechos, puesto que dicha situación comienza cuando el mismo se implanta en el útero de la madre, considerando que si ello no llega a ocurrir sus posibilidades de desarrollarse son nulas, adoptando así la Teoría de la Anidación respecto del concebido como sujeto de derecho titular de los mismos;”

### **V. Caso extraordinario de “amparo contra amparo”: Recurso de amparo contra una sentencia del Tribunal Constitucional como caso singular acorde a su propia motivación.**

#### **V.1.1. La Constitución Política del Estado**

Según el artículo 201:

“El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente.(...)”

Conforme al artículo 202, se considera como parte de las atribuciones del Tribunal Constitucional:

“2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.”

#### **V.1.2. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional**

“Artículo 1.- Definición El Tribunal Constitucional es el órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. Es autónomo e independiente de los demás órganos constitucionales. Se encuentra sometido sólo a la Constitución y a su Ley Orgánica.(...)”

#### **V.1.3. Precedente Vinculante: No cabe demanda de amparo contra amparo contra las resoluciones en última instancia del Tribunal Constitucional**

En la sentencia 4853-2004-PA/TC del 19 de abril del 2007, el Pleno del Tribunal Constitucional adoptó como precedente vinculante, los presupuestos para la procedencia del “amparo contra amparo” expuestos en el fundamento Nro.39: en el cual prescribe que:

### 3.5. Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de septiembre del 2020

"c) En ningún caso puede ser objeto de una demanda de "amparo contra amparo" las resoluciones del Tribunal Constitucional, en tanto instancia de fallo última y definitiva en los procesos constitucionales."

Refiere Luis Castillo, el Tribunal Constitucional es el Supremo controlador e intérprete de la Constitución. Lo que él ha resuelto no puede ser cuestionado por ninguna instancia judicial. Tan es así que una de las exigencias generales de procedencia del amparo contra amparo es que la demanda no se dirija contra resoluciones provenientes del Tribunal Constitucional. No es posible, entonces, permitir que una resolución del Tribunal Constitucional en un proceso de amparo (y en ningún otro proceso constitucional) pueda ser cuestionado a través de otro proceso de amparo (o de cualquier otro recurso o demanda judicial interna). Esto es así incluso al margen de que la resolución del Tribunal Constitucional haya confirmado o no confirmado la resolución de segundo grado en el proceso de amparo.<sup>1</sup>

Entonces, la posibilidad de que se tramite una demanda de amparo contra una sentencia de amparo que culminó con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, está prohibida no sólo porque así lo establezca el precedente vinculante adoptado en la sentencia 4853-2004-PA/TC, sino porque así se reafirma la garantía constitucional del efecto de las decisiones que adopta el máximo intérprete de la Constitución, en sede de última instancia en los procesos constitucionales que le compete conocer.

En el caso de autos, debe señalarse que no obstante al haberse advertido en la resolución Nro. 1 por el A-quo que resultaba aplicable al caso de autos el citado precedente vinculante, puesto que no cabe interponer "amparo contra amparo" contra resoluciones emitidas en última instancia por el Tribunal Constitucional, la Sala Superior admitió la presente demanda de amparo al considerar que el presente caso es un caso *sui generis*, al entender que se encontraba subsumido en el supuesto excepcional planteado por el fundamento jurídico 52 de la sentencia de amparo, Expediente No. 2005-2009-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional; así como en atención a la observancia del derecho al debido proceso, estando a lo dispuesto en los artículos II, III y V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional<sup>2</sup>; la Primera Disposición Final de la Ley

<sup>1</sup> CASTILLO-CORDOVA, Luis (2007). Las reglas de procedencia del amparo contra amparo creadas por el Tribunal Constitucional. *Jus Jurisprudencia*, 3, pp,15-44, En: Universidad de Piura. Repositorio Institucional, pp.27-29.

[https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2072/Reglas\\_procedencia\\_amparo\\_contra\\_amparo\\_creadas\\_TC.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2072/Reglas_procedencia_amparo_contra_amparo_creadas_TC.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

<sup>2</sup> Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales: Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Artículo III.- Principios Procesales: Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, inmediatez y socialización procesales.

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código.

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

### 3.5. Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de septiembre del 2020

No. 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>3</sup>; la Cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú<sup>4</sup>; así como en la finalidad concreta y abstracta de todo proceso, de lograr resolver una controversia jurídica buscando la paz social en justicia, acorde a lo regulado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicable supletoriamente en el presente caso conforme al artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; y a los principios de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución<sup>5</sup>.

Estimó entre sus consideraciones que:

“(…) que actualmente se ha llegado a niveles de certeza tales respecto de la inocuidad del levonorgestrel para el concebido, lo que dispersa las importantes pero no suficientes razones que hacían presagiar en ese entonces al Tribunal Constitucional, que el mismo era abortivo al imposibilitar la fecundación del ovulo maduro (concepción) o la anidación del óvulo maduro fecundado (cigote), siendo su principal mecanismo de acción como anticonceptivo oral de emergencia la inhibición o retraso de la ovulación, lo cual refuerza con la observación que es ineficaz en evitar el embarazo si se administra después de la ovulación, pudiéndose concluir que el referido anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo, conforme se evidencia del cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo párrafo de la Resolución Ministerial No. 167-2010/MINSA, que se sustentó en informes de la Organización Mundial de Salud, la Organización Panamericana de la Salud, la Dirección General de Salud de las personas y la Dirección General de medicamentos, Insumos y Drogas, obrante a fojas 23/24.

**SETIMO:** Además a lo anteriormente expuesto, debe tenerse en cuenta que con fecha 28 de noviembre de 2012, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Colombia*, dispuso, conforme se desprende de sus fundamentos de derecho 186, 187, 222, 223 y 264, que el embrión (óvulo maduro fecundado por el espermatozoide) no puede ser considerado como persona, descartando así la Teoría de la Fecundación respecto del embrión como concebido y por ende como sujeto de derecho titular de derechos, puesto que dicha situación comienza cuando el mismo se implanta en el útero de la madre, considerando que si ello no llega a ocurrir sus posibilidades de desarrollarse

<sup>3</sup> PRIMERA.- Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

<sup>4</sup> Interpretación de los derechos fundamentales: Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

<sup>5</sup> Sentencia recaída en el Expediente No. 5854-2005-AA/TC: “§4. Principios de interpretación constitucional: 12. Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

(…) d) El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.

e) El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.”

## 3.5. Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de septiembre del 2020

son nulas, adoptando así la Teoría de la Anidación respecto del concebido como sujeto de derecho titular de los mismos;”

### V.1.4. Proceso de amparo contra una sentencia del Tribunal Constitucional como caso singular a su propia motivación.

#### V.1.4.1. El presente proceso constitucional de amparo es un caso singular.

Esta singularidad del presente proceso de amparo recae en dos condiciones: la primera es respecto a la posibilidad que el Tribunal Constitucional variase de criterio respecto a su sentencia dictada en el expediente Nro.2005-2009-PA/TC; y la segunda es la aplicación de la doctrina de la convencionalidad.

En efecto, respecto a la primera condición, se tiene que la demandante hizo expresa mención en su escrito de demanda, en que se plantea que los fundamentos de la sentencia de fecha 16 de octubre del 2009 emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente Nro.2005-2009-PA/TC han perdido vigencia y sustento jurídico, y que presentaba su demanda en base a los fundamentos jurídicos 51 y 52 de dicha sentencia.

Los indicados fundamentos jurídicos 51 y 52 señalan:

“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.”

En efecto, el propio Tribunal Constitucional al resolver en última y definitiva instancia el aludido proceso de amparo en su sentencia en el expediente 02005-2009-PA/TC, dejó establecida su postura jurídica y razones por las cuáles amparaba la demanda interpuesta por la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción", quien había solicitado que se disponga 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. Fue expreso y claro que el mismo Tribunal Constitucional en dicha sentencia de amparo expresó, 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.”

En cuanto a la segunda condición, se advierte que, en este proceso de amparo se invoca la aplicación de la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación in vitro") vs. Colombia, en la cual sea establecido cómo se debe interpretar el término "concepción", "embrión", y "persona" respecto a la protección del derecho a la vida a que se refiere el artículo 4

8/11

### 3.5. Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de septiembre del 2020

de la Convención Americana de derechos Humanos. Esta invocación conlleva a dilucidar la aplicación del control difuso de convencionalidad, doctrina que surgió en el año 2006, en el Caso Almonacid Arellano vs. Chile.

#### **V.1.4.2. ¿Puede un órgano judicial evaluar, analizar, merituar la sentencia emitida por el Pleno del Tribunal Constitucional en el expediente Nro.2005-2009-PA/TC?**

Primero.- La demanda de amparo contra amparo se admitió teniendo en cuenta la fundamentación reseñada del escrito de demanda de amparo, brindándose el acceso a la tutela judicial efectiva, que integra el derecho al debido proceso basado en la singularidad de este caso, así como en la invocación que se hace en la demanda de la sentencia del Caso Artavia Murillo y otros vs. Chile, lo cual innegablemente significa la aplicación del control de convencionalidad. Doctrina que ha consagrado el cumplimiento del derecho convencional por los Estados partes de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Segundo.- Al respecto, es de advertir que no existe normativa alguna ni pronunciamiento alguno del Tribunal Constitucional que haya previsto, cómo actuar ante casos como el presente, en que un ciudadano interponga una demanda de “amparo contra amparo”, cuestionando una sentencia del propio Tribunal Constitucional, en la cual se invoque el propio dicho del Tribunal Constitucional expresado en la propia sentencia de amparo que se cuestiona en la vía de amparo contra amparo. Supuesto que no se contempla en el precedente vinculante, por el cual ningún juez debe admitir un proceso de “amparo contra amparo” en el que se cuestione una sentencia emitida en última instancia por el Tribunal Constitucional.

Tercero.- Asimismo, tampoco existe regulación normativa alguna que haya previsto cuál es el procedimiento a seguir para tramitar una demanda de “amparo contra amparo” en casos singulares como el presente; si se trata de interponer una demanda de amparo contra amparo o seguir otro tipo de tramitación, como elevar la demanda directamente al Tribunal Constitucional, o que la parte interesada cumpla con solicitar que el Tribunal Constitucional lo ponga en conocimiento de alguna Comisión encargada de evaluar el cumplimiento de las sentencias emitidas por el Pleno en casos como el que motiva la presente demanda de “amparo contra amparo.” Al respecto, es oportuno mencionar que, el propio Tribunal Constitucional ha creado una “Comisión de Seguimiento y Cumplimiento de Sentencias”. Sin embargo, revisado su Reglamento, éste no ha previsto mecanismo alguno que comprenda la solicitud de revisión de los alcances de una sentencia del Tribunal Constitucional a pedido de cualquier parte interesada, y el trámite a seguir.<sup>6</sup>

Cuarto.- En este contexto, es de apreciar que en esta situación singular, este Colegiado no se encuentra habilitado para aplicar el control de convencionalidad que se ha postulado en esta demanda de “amparo contra amparo”.

Quinto.- Ante lo expuesto precedentemente, esta Sala Superior respetuosa de la Constitución, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y del precedente vinculante 4853-2004-PA/TC estima que no procede como órgano de justicia ordinaria emitir un pronunciamiento de examen de los alcances de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente Nro.2005-2009-PA/TC.

<sup>6</sup> “El Sistema de Supervisión tiene por finalidad promover y garantizar el debido y pleno cumplimiento de las sentencias (Sala y Pleno) y demás decisiones definitivas del Tribunal Constitucional que le sean asignadas, por acuerdo de Pleno, con énfasis en los casos en que se haya hecho exhortaciones a los poderes públicos o a los particulares, la intervención del Tribunal Constitucional sea indispensable para la protección efectiva de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados, o se haya declarado un estado de cosas inconstitucional”. (Artículo 2 del Reglamento del Sistema de Supervisión y Cumplimiento de Sentencias del Tribunal Constitucional, aprobado mediante R.A. N° 065-2020-P/TC)

### 3.5. Sentencia de segunda instancia de fecha 16 de septiembre del 2020

Sexto.- No obstante ello, ante este vacío normativo, la parte demandante tiene a su alcance el recurso de agravio constitucional el cual, posibilitará la elevación del presente expediente para conocimiento del propio Tribunal Constitucional, órgano constitucional que tendrá la posibilidad de evaluar si han variado las condiciones fácticas que en su oportunidad valoró, así como la incidencia de la alegada vulneración a los derechos fundamentales que se invocan en la presente demanda, y establecer si mantiene el criterio adoptado en el expediente Nro.2005-2009-PA/TC. En suma, el Tribunal Constitucional emitirá su pronunciamiento acorde a sus atribuciones como máximo intérprete de la Constitución.

Setimo.- Esta decisión, en modo alguno, implica que esta Sala renuncie a sus funciones jurisdiccionales, pues ante todo está observando las normas que emanan de la Constitución Política, mas aun porque en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, es obligación elemental respetar las competencias y atribuciones constitucionales conferidas por la Constitución Política, entre ellas, que el Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución y que le compete conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento.

Octavo.- Nuestra actuación como Colegiado se enmarca en procurar que la relación entre la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria debería desarrollarse más hacia un sistema de cooperación<sup>7</sup>.

Pues, tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son entidades constitucionales de igual jerarquía e importancia constitucional, y el sistema constitucional peruano ha sido diseñado por el Constituyente para que prevalezca el fallo constitucional. Así, se ha determinado la preeminencia de los procesos constitucionales sobre los ordinarios, y la preeminencia de los órganos que los sostienen o de los que emanan sobre los demás.<sup>8</sup>

En ese sentido, se deben evitar colisiones institucionales, en el marco del respeto a las atribuciones y competencias establecidas constitucionalmente para cada entidad.

Por las consideraciones expuestas, se debe revocar la sentencia apelada, y reformándola declarar improcedente la demanda interpuesta.

#### **V. Sobre las Apelaciones que desestiman los pedidos de intervención litisconsorcial.**

Estando a que se declara la revocación de la sentencia apelada y se declara improcedente la demanda, por consiguiente carece de objeto emitir pronunciamiento alguno sobre las apelaciones concedidas respecto al auto contenido en la resolución número 17 de fecha 12 de junio del 2017 obrante de folios 691 a 692, que declara IMPROCEDENTE la intervención como litisconsorte que solicita el Instituto Latinoamericano en Defensa de la Familia; al auto contenido en la resolución número 19 de fecha 12 de junio del 2017 obrante de folios 843 a 844, que declara IMPROCEDENTE la intervención como tercero litisconsorcial que solicita Rafael Astocondor Ávalos; y al auto contenido en la resolución número 20 de fecha 12 de junio del 2017 obrante de folios 999 a 1000, que declara IMPROCEDENTE la intervención como tercero litisconsorcial que solicita Joel Cliff Vidanggos de la Torre.

<sup>7</sup> LEON VASQUEZ, Jorge y Nicolaus Weil VON DER AHE (2010) Jurisdicción constitucional y tribunales ordinarios: El examen de constitucionalidad de las resoluciones judiciales en Alemania. En: TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. Revista Peruana de Derecho Constitucional, Nro.3, Julio-Diciembre, pp.334-335

Véase: [https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista\\_peruana-der\\_consti\\_3.pdf](https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2018/10/revista_peruana-der_consti_3.pdf)

<sup>8</sup> QUIROGA LEON, Anibal (2013). "Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República: ¿Choque de trenes o Guerra de las Cortes?". Ponencia, Maestría en Derecho Procesal Constitucional, México, Universidad Panamericana, pp.58

### **V. DECISIÓN DEL COLEGIADO:**

Por tales consideraciones resolvemos:

**REVOCAR** la sentencia contenida en la resolución número 47 de fecha 02 de julio del 2019, obrante de folios 1489 a 1513, aclarada en cuanto a los costos por resolución número 49 de fecha 16 de agosto del 2019, obrante a fojas 1528, que declara:

1) Inaplicar los fundamentos interpretativos respecto a la "concepción" establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, por ser contraria en la actualidad a los estándares establecidos por la Corte Interamericana, así como por haberse disipado la "duda razonable" establecida en dicha sentencia;

2) **FUNDADA** la demanda interpuesta por VIOLETA CRISTINA GOMEZ HINOSTROZA en consecuencia **ORDENESE AL MINISTERIO DE SALUD** a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia denominada Pildora del día siguiente (Levonorgestrel) en todos los Centros de Salud del Estado, promoviendo de manera primordial el desarrollo y ejecución de una política de información, distribución y orientación a la población nacional, que permita a los miembros de la sociedad y en especial aquellos sectores de menores recursos, instruirse de modo adecuado respecto de todas las características y efectos que produce la utilización del anticonceptivo oral de emergencia (Levonorgestrel), como mecanismo de emergencia y excepcional; con costos *de manera solidaria entre las partes vencidas* Ministerio de Salud y ONG *Acción de Lucha Anticorrupción*.

**REFORMANDOLA**, declararon improcedente la demanda interpuesta.

**CARECE DE OBJETO** resolver las apelaciones de las resoluciones: El auto contenido en la resolución número 17 de fecha 12 de junio del 2017 obrante de folios 691 a 692, que declara **IMPROCEDENTE** la intervención como litisconsorte que solicita el Instituto Latinoamericano en Defensa de la Familia; El auto contenido en la resolución número 19 de fecha 12 de junio del 2017 obrante de folios 843 a 844, que declara **IMPROCEDENTE** la intervención como tercero litisconsorcial que solicita Rafael Astocondor Ávalos; y el auto contenido en la resolución número 20 de fecha 12 de junio del 2017 obrante de folios 999 a 1000, que declara **IMPROCEDENTE** la intervención como tercero litisconsorcial que solicita Joel Cliff Vidanggos de la Torre.

En los seguidos por Cristina Gomez Hinostroza con el Ministerio de Salud y otro, sobre amparo.  
**Notifíquese.** -

ECHEVARRÍA GAVIRIA

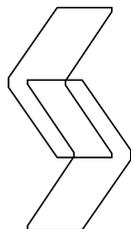
BUSTAMANTE OYAGUE

ENCINAS LLANOS

EBO/haf  
Juez: Dr. David Suárez Burgos  
Juzgado: 1er. Juzgado Constitucional

11/11

**PROMSEX**  
Salud. Sexualidad. Solidaridad.



**CENTRO *de***  
**DERECHOS**  
**REPRODUCTIVOS**

**PROMSEX**  
Salud. Sexualidad. Solidaridad.



[WWW.PROMSEX.ORG](http://WWW.PROMSEX.ORG)

  @PROMSEX

 @PROMSEXCOMUNICA

CON EL APOYO DE:

**CENTRO *de***  
**DERECHOS**  
**REPRODUCTIVOS**