



**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
METODO DE CASO JURÍDICO**

**EXP. N.º 02005-2009-PA/TC LIMA
ONG ACCIÓN DE LUCHA ANTICORRUPCIÓN
JUDICIALIZACIÓN DE LA PASTILLA DE DÍA SIGUIENTE**

**PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE:
ABOGADA**

AUTOR : TELLO MORALES, Alejandra Ximena

San Juan Bautista - Loreto – Maynas – Perú

2016

PÁGINA DE APROBACIÓN

Trabajo de suficiencia profesional (Método de Caso Jurídico) sustentada en acto público el día 07 de noviembre del 2016 en la Facultad de Derecho de la Universidad Científica del Perú, identificado por el jurado calificador y dictaminador siguiente:



Mgr. Roger A. Cabrera Paredes



Abog. Nestor Fernandez Hernandez



Abog. Thamer López Macedo



Claudeth Cadillo López

DEDICATORIA:

Dedico el presente trabajo a mis padres, que con su apoyo incondicional y su gran amor me impulsan cada día más a estudiar con ahínco y lograr llegar a la meta final.

AGRADECIMIENTO:

En primer lugar damos gracias a Dios, por la vida y luego, a nuestro catedrático, que nos brinda sus conocimientos sin mezquindad, ayudándonos con sus enseñanzas y su experiencia profesional; y finalmente a todos aquellos que contribuyeron al desarrollo del presente trabajo.



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL

En la ciudad de Iquitos, a las 18:00 horas del día Lunes 07 del mes de Noviembre del año 2016, se reunió el Jurado Examinador, que firma al final del presente documento, para evaluar la sustentación de la bachiller.

ALEJANDRA XIMENA TELLO MORALES

En la modalidad de: **TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL – METODO CASO JURIDICO**, con el tema "Expediente N° 02005-2009-PA/TC Lima, ONG Acción de Lucha Anticorrupción Judicialización de la Pastilla del Día Siguiente "

Después de las deliberaciones correspondientes, se procedió a evaluar:

| Indicador | Examinador 1 | Examinador 2 | Examinador 3 | Promedio |
|---|--------------|--------------|--------------|----------|
| Dominio del Tema | 4 | 4 | 4 | |
| Calidad de redacción | 3 | 3 | 3 | |
| Competencia expositiva (calidad conceptual, coherencia y argumentación) | 4 | 4 | 4 | |
| Calidad de las respuestas | 3 | 3 | 3 | |
| Uso de terminología especializada | 3 | 3 | 3 | |
| Calificación final | A | A | A | |

Calificación final (en letras) DIECISIETE


Leyenda:


| Indicador | Descripción | Puntaje |
|-----------|---------------|---------|
| A | Deficiente | 1 |
| B | Regular | 2 |
| C | Satisfactoria | 3 |
| D | Optima | 4 |


Presidente :Mgr. ROGER A. CABRERA PAREDES

Miembro :Abog. NESTOR FERNANDEZ HERNANDEZ

Miembro :Abog. THAMER LÓPEZ MACEDO


 (Firma)


 (Firma)


 (Firma)

ÍNDICE DE CONTENIDO

| | |
|--|-----------|
| DEDICATORIA | III |
| AGRADECIMIENTO | IV |
| RESUMEN. | VI |
| | |
| CAPÍTULO I | |
| Introducción | 2 |
| | |
| CAPÍTULO II | 3 |
| 2.1. Marco Referencial. | |
| 2.2. Variables. | |
| 2.3. Supuestos. | |
| | |
| CAPÍTULO III | 39 |
| 3.1. Metodología. | |
| 3.2. Muestra. | |
| 3.3. Técnicas e instrumentos de Recolección de Datos | |
| 2.4. Procedimientos de Recolección de Datos | |
| 2.5. Validez y Confiabilidad del Estudio | |
| 2.6. Plan de Análisis, Rigor y ética. | |
| | |
| CAPÍTULO IV: Resultados | 42 |
| | |
| CAPÍTULO V: Discusión | 44 |
| | |
| CAPÍTULO VI: Conclusiones | 45 |
| | |
| CAPÍTULO VII: Recomendaciones | 47 |
| CAPÍTULO VIII: Referencias Bibliográficas | 48 |
| | |
| CAPÍTULO IX: Anexos | 49 |

RESUMEN

En el presente trabajo se realizará un análisis acerca del tema de la “pastilla del día siguiente”, un caso bastante polémico y controvertido desde su llegada a al Perú. La AOE (Anticonceptivo Oral de Emergencia) constituye una aplicación del método hormonal pero en una dosis más alta para activar un mecanismo inhibitorio de la ovulación, propio de las píldoras anticonceptivas (anovulatorias) de uso regular, luego de una relación sexual no protegida. Es decir que se trata de un método post coital y ello genera controversias sobre su modo de acción.

En el transcurso de los años hemos podido observar distintos fallos judiciales sobre el tema, como por ejemplo la primera sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 7435-2006-PC/TC LIMA y la última sentencia que vamos analizar en el presente trabajo el EXP. N.º 02005-2009-PA/TC LIMA de fecha 16 de octubre del 2009 caso ONG Acción de Lucha Anticorrupción”.

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 iniciar el programa de distribución de la denominada “Pastilla del Día Siguiente”.

Finalmente en octubre de 2009 el Tribunal Constitucional se pronuncia declarando Fundada la demanda ordenando al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguiente”.

CAPITULO I

Introducción

El caso de la AOE en el Perú está caracterizado por una serie de eventos cuya cronología es indispensable conocer para entender el debate y abordar su análisis desde una perspectiva social. Los antecedentes que se presentan a continuación son básicamente descriptivos pero aportan una serie de elementos para su posterior análisis. Consecuentemente, los eventos están ordenados cronológicamente y en un lenguaje objetivo, aunque su recopilación no está exenta de cierta carga valorativa del autor respecto a los que son significativos. Este trabajo no pretende ser enciclopédico pero existe tanta desinformación sobre el método, que es necesario conocer los antecedentes antes de realizar una interpretación del caso. Adicionalmente tiene el beneficio de aportar aspectos poco conocidos y pretende monitorear la controversia entre sus promotores y opositores o detractores, en el contexto de las políticas de población y de salud reproductiva.

Para entender el debate en el Perú primero es necesaria una extensa reconstrucción de la controversia pública, que tiene además la virtud de mostrar a los actores sociales en éste para poder interpretar no solamente los discursos explícitos, sino lo que subyace en ellos, recurriendo no sólo a fuentes bibliográficas sino a fuentes primarias, es decir interpretando las consideraciones que emanan de las leyes, decretos, resoluciones, guías y otros documentos en sí mismos.

El debate social enfrenta ambas posiciones (detractores y defensores) pero incorpora aspectos de política pública de salud y de población, de derechos humanos, derechos reproductivos, derechos de la familia, educación pública y una serie de consideraciones éticas y morales, que subyacen en la controversia de manera implícita. El trabajo por lo tanto pretende explicar el debate extendido de los aspectos sociales involucrados, interpretando fuentes secundarias y analizando sus contenidos.

CAPITULO II

MARCO TEÓRICO REFERENCIAL

Generalidades

En la presente investigación la anticoncepción oral de emergencia (AOE) está definida como un método post coital para prevenir un embarazo en casos de emergencia; no reemplaza el uso continuado de otros métodos anticonceptivos¹. Es el único método hormonal aprobado para uso luego de una relación sexual sin protección, cuando se ha producido una falla del método de rutina utilizado o cuando se ha producido una relación sexual no consentida. La Organización Mundial de la Salud (OMS) respalda ampliamente la AOE y recomienda específicamente la versión en la dosis total de 1.5 mg de levonorgestrel, una progestina (sintética) o progestágeno que emula a la progesterona u hormona natural secretada por el ovario de la mujer.

Las políticas públicas de salud en el Perú se iniciaron a partir del siglo XIX con servicios asistenciales del Estado, incluyendo la atención de partos, pero la de salud reproductiva como política específica propiamente preventiva y promocional surgió a partir de la década de 1960 como una preocupación del Estado por el manejo poblacional.

Posteriormente en las conferencias internacionales de población el enfoque demográfico cedió paso al de derechos. Surgen así las nociones de derechos sexuales y reproductivos. Los primeros corresponden básicamente a los de gozar de una vida sexual gratificante y saludable; a no ser discriminado/a por razones sexuales ni ser sujeto a la presión o a la violencia; y a decidir si tener o no tener libremente relaciones sexuales. Por los reproductivos se entienden los derechos a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos y de disponer de información, educación y medios (servicios y métodos anticonceptivos) para hacerlos

¹ Comprendido como tal en las Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva, aprobadas por la RM N° 668-2004/MINSA del 21 de junio de 2004

viables, así como a disponer de los conocimientos científicos en la materia [Programa de Acción de El Cairo 1994.

Los derechos reproductivos constituyen una extensión de los derechos humanos y están reconocidos por la legislación peruana y diversos acuerdos internacionales vinculantes. Estos derechos implican la conveniencia de contar con una amplia gama de métodos de regulación de la fecundidad para que las personas y sus parejas puedan optar por el que mejor se ajuste a sus necesidades. Entre los métodos que la legislación peruana permite se encuentran los métodos modernos, que a su vez comprenden los hormonales, entre los cuales están incluidas las píldoras anticonceptivas orales.

La Constitución Política del Perú en su Artículo 6º establece que *“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 garantiza los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud...”*. Por su parte la Ley General de Salud N° 26842 en su Artículo 6º establece que *“Cada persona tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales”*. Ambas disposiciones claramente se complementan y establecen el marco legal y conceptual dentro del cual se encuadran los métodos anticonceptivos hormonales, incluyendo la anticoncepción oral de emergencia.

Desarrollo de la píldora anticonceptiva de emergencia

La anticoncepción oral de emergencia (AOE) fue descubierta en el año 1977 por el canadiense Dr. Albert Yuzpe mientras realizaba investigaciones para suplir la omisión u olvido de una o dos píldoras de uso regular, manteniendo la protección anticonceptiva. Las formulaciones vigentes de las píldoras en el mercado en ese entonces eran bastante más altas que las dosis actuales y, por lo tanto, era teóricamente posible mantener la protección anticonceptiva, incluso habiendo omitido tomar dos de ellas, tomando las faltantes al día siguiente, pero las náuseas y vómitos por la alta carga hormonal frustraban las investigaciones, hasta que el Dr. Yuzpe

experimentó dividiendo la toma en dos dosis en días sucesivos por eso las primeras presentaciones de las píldoras de AOE han sido en dos dosis.

En realidad Yuzpe no fue el primero en utilizar procedimientos de emergencia post coital, ya que hay antecedentes del uso de dosis altas de estrógeno experimentados en Holanda ante la violación de una joven. Pero Yuzpe tuvo el mérito de sistematizar el método que lleva su nombre. Sin embargo la disponibilidad de este descubrimiento no fue hecho público sino veinte años después.

Recién en 1995 se formó el Consorcio Internacional de Contracepción de Emergencia, integrado por agencias y organizaciones no gubernamentales como el Programa Especial de Investigación de Reproducción Humana (HRP) de la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Internacional Planned Parenthood Federation (IPPF), Concept Foundation, Pathfinder International, PATH, Population Council, Pacific Institute for Women's Health y Prosalud Interamericana, vinculados todos a la salud sexual para develar el secreto y difundir su uso¹⁰. La tabla del método Yuzpe sin embargo es de difícil recordación para el público y puede dar lugar a confusiones. Por ello el consorcio en octubre de 1997 acordó desarrollar una píldora específica de uso dedicado con el laboratorio Gedeon Richter Ltd. de Hungría, fabricante del primer producto bajo la marca *Postinor* para Europa y *Plan-B* para el mercado norteamericano. Ambas presentaciones han sido usadas como base para la mayoría de investigaciones clínicas realizadas en Europa y EUA, mediante estudios multicéntricos que han permitido elaborar los protocolos y las guías de la OMS, así como las referencias iniciales en las farmacopeas europea y norteamericana (United States Pharmacopeia – Drug Information o USP-DI), a la cual recurre la mayoría de agencias estatales de control de medicamentos en América Latina.

El ingrediente activo de este producto (levonorgestrel 1.5 mg en una o dos tomas) es un progestágeno de segunda generación que está comprendido en la Lista de Medicamentos Esenciales de la OMS desde hace más de treinta años y se utiliza en la versión más difundida de píldoras de uso regular. Inclusive al haberse vencido las patentes de protección al ingrediente activo, paulatinamente se ha iniciado la fabricación de versiones similares (copias) en Francia, China, Pakistán y la India. También se están tableteando o empacando versiones en diversos países latinoamericanos con ingredientes de distinto origen.

Introducción del método en el Perú

Las políticas públicas de salud reproductiva en el Perú han tenido una trayectoria incierta que se inicia durante el primer gobierno del arquitecto Fernando Belaúnde, a partir de estudios sobre población, a mediados de la década de 1960. En su inicio estos programas tenían un enfoque básicamente demográfico con apoyo de USAID², ante el crecimiento poblacional de los países asiáticos y los latinoamericanos. Sin embargo, dicho avance fue drásticamente discontinuado en la década de 1970 por el Gobierno Revolucionario de las Fuerzas Armadas, presidido por el general Velasco Alvarado, quien recelaba en esto cierta intromisión norteamericana, lo cual contravenía la geopolítica planteada por su gobierno nacionalista, que propugnaba una mayor densidad poblacional, con la consiguiente expansión del contingente militar. Velasco creía que un mayor volumen poblacional le otorgaría al Perú una ventaja estratégica por un mayor peso específico respecto al vecino país del sur. El gobierno militar postulaba entonces que el Perú necesitaba una política pro-natalista en lugar del control de la natalidad, llegando incluso a cerrar la representación de IPPF (Internacional Planned Parenthood Federation) en el país, constituida por Inppares (Instituto Peruano de Paternidad Responsable). Posteriormente durante la 2da fase del gobierno militar a cargo del general Morales Bermúdez, inspirado en la Conferencia de Población en Bucarest (1974), el gobierno promulgó la Política Peruana de Población en 1976, que permitió constituir el Servicio de Regulación de la Fecundidad. Mas este servicio se suspendió en 1979 originando la protesta de una de las primeras organizaciones feministas en el país, Acción para la Libertad de las Mujeres Peruanas.

Terminado el gobierno militar, el presidente Fernando Belaúnde inició su segundo mandato y retomó el tema de población creando el Consejo Nacional de Población (inspirado en el CONAPO mexicano), a inicios de la década de 1980, todavía con un enfoque básicamente demográfico. No obstante en esta época se empiezan a producir modificaciones conceptuales importantes al distinguir el control de natalidad

² Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (United States Agency for International Development) que promovía programas de Planificación Familiar en diversos países en desarrollo.

(BC por sus iniciales en inglés por birth control), de la planificación familiar (PF). Mientras el primero es un programa compulsivo (como lo que hace China por ejemplo, limitando el número de hijos que una familia puede tener), la planificación familiar es una propuesta indicativa de paternidad responsable (decidir cuántos hijos tener y cuando tenerlos). El cuándo tener hijos alude además a la conveniencia de espaciarlos para proteger la salud de la mujer, evitando embarazos seguidos. Así se inicia una transición del tema demográfico al de salud materna.

Otro elemento importante en el contexto mundial que influyó decisivamente en la asignación internacional de recursos para la salud sexual y reproductiva fue la pandemia del virus de inmunodeficiencia humana (VIH) causante del síndrome de inmunodeficiencia adquirida (SIDA), aún cuando en términos de dotación de los recursos de alguna manera ha competido con la planificación familiar. No obstante es indudable que el VIH/SIDA puso el tema de la salud sexual y reproductiva en la agenda de todas las organizaciones multilaterales y nacionales a fines de la década de 1980.

En la década de 1990 se produce una conceptualización más clara de la noción de salud reproductiva, tomando como base el concepto de salud de la Conferencia de la OMS en Alma-Ata³, de la cual nace la noción de “salud básica para todos” y paralelamente surge el enfoque de derechos con los aportes de los movimientos feministas en todo el mundo occidental. El enfoque de derechos ha tenido también una larga evolución desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948⁴, pasando por diversas Convenciones Internacionales sobre Derechos Políticos de la Mujer (1952), sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial (1965), sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (1979) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José (1969)⁵, entre otras.

Así, durante la década de 1990 el país retoma las políticas públicas de salud reproductiva y se permite la difusión de los diversos métodos modernos de anticoncepción en el marco de la planificación familiar. Adicionalmente, se desarrollan

³ La definición de salud de Alma Ata establece que ésta no es sólo la ausencia de enfermedad sino un estado de bienestar físico, mental y social.

⁴ Incorporada a la normatividad nacional en el Perú por Resolución Legislativa N° 13282 del 15 de diciembre de 1959.

⁵ Aprobada por D.L. N° 22231 del 11 de julio de 1978.

también tres Conferencias Mundiales patrocinadas por las Naciones Unidas que son especialmente gravitantes en esta dirección como son la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993), la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD) en El Cairo (1994) y la IV Cumbre Mundial de la Mujer en Beijing (1995), con una activa participación de las mujeres. Consecuentemente, los métodos hormonales se incorporaron a las guías y manuales de salud pública, lo que hace indispensable reconstruir el contexto en que se da la controversia sobre la introducción de la AOE en el Perú.

La anticoncepción de emergencia se introdujo inicialmente en el Perú en 1992⁶ con la aprobación del Manual de Salud Reproductiva: Métodos y Procedimientos, comprendiendo no sólo a las píldoras hormonales sino también a una alta dosis del benzoato de estradiol intramuscular (inyectable) y la inserción de un dispositivo intrauterino (DIU) hasta en las primeras 72 horas posteriores a una relación sexual sin protección. Sin embargo al reeditar las guías nacionales de Planificación Familiar en 1996 el acápite VI de anticoncepción de emergencia fue retirado arrancando las páginas de la edición auspiciada por USAID. No obstante, la agencia entre 1994 y 1998 era la principal financiadora de actividades de Planificación Familiar. De manera que el gobierno en ese período continuó impulsando la PF la como parte de la política sectorial de salud. El presidente Fujimori inclusive asistió a la IV Cumbre Mundial de la Mujer en Beijing y a su regreso incluyó la anticoncepción quirúrgica voluntaria (AVQ)⁷ en la oferta normal de métodos. Este método estaba antes restringido a mujeres multíparas que hubieran sufrido complicaciones graves en su última gestación y aplicable sólo bajo autorización escrita del cónyuge, así que las organizaciones de mujeres aplaudieron su incorporación a la gama regular de métodos, que incluía a las píldoras, inyectables, implantes, condones, óvulos vaginales, el Billings, sintotérmico y otros basados en el conocimiento de la fertilidad.

Entretanto, en 1999 al actualizar las normas de Planificación Familiar, se omitió toda referencia a la anticoncepción de emergencia¹⁷, sin que mediara explicación oficial alguna. Cabe mencionar sin embargo que pocos meses después se produjo el

⁶ Mediante la RM N° 0738-92 SA/DM

⁷ Hasta 1995 las AVQ solo eran reconocidas como un procedimiento de excepción para casos debidamente justificados de riesgo de la salud de la mujer y requería el consentimiento del cónyuge.

lanzamiento en Europa de la píldora sólo de levonorgestrel, específica para anticoncepción de emergencia, incluyendo la propia Italia, lo cual dio lugar a la ya mencionada Declaración de la Pontificia Academia para la Vida de la Santa Sede (El Vaticano) en el año 2000, que advierte de un potencial efecto abortivo al interpretar que impediría la implantación de un óvulo ya fecundado. No obstante, ese producto de uso dedicado –para un fin específico– aún no se había registrado en el Perú. Así que el tema de la anticoncepción de emergencia inicialmente había pasado desapercibido en nuestro país, al menos para el público general.

Pero en julio de 2001 se promulgó la RM N° 399–2001 SA/DM⁸ incorporando a la anticoncepción oral de emergencia (AOE) de tipo hormonal a las normas vigentes de Planificación Familiar del Ministerio de Salud, durante la gestión del ministro Eduardo Pretell. Nótese que la precisión de “oral” en esta resolución es porque excluye al inyectable y al DIU19. Esta resolución fue aprobada casi al término del Gobierno de Transición por iniciativa de la Dirección General de Salud de las Personas (DGSP), conducida por el médico David Torres con el asesoramiento del médico Alfredo Guzmán, past-presidente de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología y consultor independiente de la Organización Panamericana de la Salud –OPS–, oficina regional de la Organización Mundial de la Salud (OMS), que el ministro Pretell hizo suya como parte de la estrategia para reducir la mortalidad materna. Es decir que resultó de una coyuntura muy particular surgida de un gobierno provisional con marcada independencia de los grupos tutelares tradicionales. Nótese además que el rango de la norma es una resolución del Ejecutivo y, por lo tanto, no estuvo sujeta al procedimiento normal de una iniciativa legislativa del Congreso o sus comisiones de trabajo (en este caso la Comisión de Salud y Personas Discapacitadas). Si bien esta resolución siguió todas las instancias internas de aprobación, según se constata en la autógrafa, tampoco estuvo sujeta a engorrosas consultas intersectoriales y su aprobación fue expeditiva.

Inicio de la Controversia

⁸ Publicada en El Peruano el 14.Jul.2001

A fines del mismo mes de julio de 2001 se produjo el relevo del Gobierno de Transición conducido por el Presidente Valentín Paniagua al nuevo gobierno del electo presidente Alejandro Toledo, quien designó al congresista Luis Solari como Ministro de Salud. Solari desde el inicio mostró una posición confesional y sistemáticamente se negó a acatar la mencionada RM N° 399, aduciendo que la norma había sido promulgada en las postrimerías del gobierno saliente, que no contaba con un protocolo y que los mecanismos de acción del método no estaban claramente definidos. El protocolo sí existía pero no estaba expresamente mencionado como anexo integrante de la resolución, por lo que fue llanamente ignorado por el ministro, tal como meses después fue comprobado por la Defensoría Adjunta de la Mujer al ubicar la aludida autógrafa de la RM N° 399-2001.

Cabe también añadir que durante la gestión de Solari se reabrió la investigación sobre las AQV y se realizó una reorganización profunda en el Ministerio de Salud (en adelante MINSA), eliminando los programas “verticales”, es decir especializados en aspectos epidemiológicos como era el caso de Planificación Familiar (PF) o el de control de infecciones de transmisión sexual (PROCETS), por programas “horizontales” o de ciclos de vida. Esta reorganización y la consiguiente renovación de cuadros del MINSA fueron continuadas y profundizadas por el sucesor de Solari, el médico Fernando Carbone. Ambos ministros mostraron una marcada posición conservadora y confesional. Aunque a través de los medios algunos voceros de grupos conservadores invitaron a la población a que presenten denuncias ofreciendo posibles indemnizaciones, pronto quedó claro que la investigación no era propiamente en defensa de los derechos de las mujeres, sino con el ánimo político de abrir procesos administrativos a los ex-colaboradores de Fujimori y desactivar los programas de salud sexual y reproductiva. Carbone incluso designó una comisión investigadora encabezada por el médico Juan Succar, pero no pudieron documentar ni siquiera un millar de casos y mucho menos aún demostrar que las 350 mil AQV hubiesen sido “todas” forzadas como declaró, ni se realizaron las indemnizaciones a los denunciante²¹, pero con ello justificaron la desactivación del programa de Planificación Familiar.

En diciembre de ese año siendo aún ministro Solari y viceministro el médico Fernando Carbone, se aprobó la inscripción del registro sanitario²² para *Postinor 2*

levonorgestrel 0.75 mg, que sería la primera píldora de AOE lanzada en el mercado peruano. Curiosamente en la dependencia de registro de medicamentos y drogas (DIGEMID, por sus iniciales) no se habían percatado de la existencia de un antecedente, ni mucho menos del uso dedicado; está claro que el estigma de abortivo aún no estaba muy difundido entre las propias autoridades de la nueva administración sectorial y el producto *Postinor 2* fue tratado como una droga nueva. Entretanto la misma marca (*Postinor 2*) ya se había lanzado exitosamente en Colombia, Venezuela y Brasil, mientras que en Chile y Argentina se usaron nombres locales dando lugar a sendas demandas contra dichas marcas, generando encendidos debates que trascendieron las fronteras. Nótese que los primeros ataques se orientaron a los productos comerciales, los cuales se anticiparon a la distribución pública por parte de los estados.

En abril del 2002 el Ministerio de Salud puso en consulta el tema de la AOE ante el Comité de Ética del Colegio Médico del Perú (CMP), adelantando opinión en el sentido que la AOE interfería con el la implantación del óvulo fecundado y afectaría su derecho a la vida. El CMP solicitó a su vez opinión de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG), la cual se pronunció a favor del empleo de la AOE. Sin embargo esta respuesta nunca fue debidamente reconocida por el MINSA. Entretanto, en mayo del mismo año, diversas organizaciones de la sociedad civil que luego conformarían la Mesa de Vigilancia de Derechos Sexuales y Reproductivos, como el CMP Flora Tristán, el Movimiento Manuela Ramos, CESIP, CENDIP, APROPO, APPRENDE, INPPARES y FOVIDA, entre otras, enviaron una carta abierta al ministro Carbone en la que le expresaban su preocupación por el desabastecimiento de métodos modernos, la deseable reducción de la mortalidad materna, la existencia del aborto inseguro y la falta de aplicación de la norma que autorizaba la entrega de la anticoncepción de emergencia en los establecimientos de salud del Estado. Ese mismo mes, un comité consultivo en Anticoncepción de Emergencia había presentado una queja a la Defensoría del Pueblo por cuanto el Ministerio de Salud no estaba cumpliendo con distribuir las pastillas de anticoncepción de emergencia (PAE) en los protocolos de atención de los servicios brindados por el Ministerio de Salud, en cumplimiento de la Resolución Ministerial N° 399-2001 que aprobaba el uso de la anticoncepción oral de emergencia.

En junio de 2002, a través de un comunicado público, el Ministerio de Salud manifestó que no implementaba la anticoncepción oral de emergencia por no estar claros sus mecanismos de acción, los efectos secundarios y los peligros que pudiera representar para la vida humana. En varias entrevistas concedidas a los medios de comunicación, el ministro Carbone reafirmó esta posición mencionando que estaba a la espera del pronunciamiento del CMP, como institución calificada para emitir una opinión autorizada. La Defensoría del Pueblo mediante oficio dirigido al Vice-ministro de Salud, doctor Oscar Ugarte, solicitó información sobre las razones por las cuales el Ministerio de Salud aún no había implementado la Resolución Ministerial N° 399-2001. Al no haber respuesta, se reiteró la solicitud al doctor Ugarte, gestión que tampoco obtuvo respuesta.

Ante un nuevo pedido de opinión sobre la AOE formulado por el MINSA, el Comité de Doctrina y Legislación del Colegio Médico del Perú ignorando la posición técnica y científica de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG) emitió un informe sumario de apenas dos páginas, sin bibliografía alguna, recomendando “cautela y prudencia en la prescripción de la AOE”. Según el citado documento, no estaban claramente establecidos los mecanismos de acción del método anticonceptivo en cuestión, si bien admitía también que no interrumpía el embarazo, ni afectaba al embrión. Este pronunciamiento parcial e incompleto de un solo comité no reflejaba la posición institucional del Colegio Médico del Perú, pero fue utilizado por el ministro Carbone como si fuera el respaldo a su posición, generando el desconcierto de otras instancias al interior del Colegio y sus sociedades científicas, porque el documento estaba suscrito por el vice-decano pero en su condición de presidente del mencionado comité de doctrina y legislación, mas no en representación del CMP.

En el mes de julio del año 2002 se lanzó la primera píldora de uso exclusivo para AOE en el mercado farmacéutico peruano, en el marco del XIV Congreso Peruano de Obstetricia y Ginecología. En dicho congreso fueron presentados los resultados preliminares de una reciente investigación descartando los hipotéticos efectos sobre el endometrio en las primates *Cebus Apella*, realizada por el Instituto Chileno de Medicina Reproductiva (ICMER) en el bioterio de la Pontificia Universidad Católica de Santiago, cuyos resultados se abordan más adelante. El equipo multidisciplinario estuvo conducido por el doctor Horacio Croxatto y la bióloga María Elena Ortiz,

investigadores de mucho prestigio en el ámbito médico, cuyos estudios se sumaron a diversos otros realizados por estos años, en vista de la controversia existente no sólo en el Perú sino también en los países vecinos. Tanto en Colombia como en Argentina y Chile se estaban realizando acciones legales para impedir la distribución privada de la píldora de AOE. Es decir que la reacción no era sólo local sino parte de una acción coordinada por detractores de los derechos reproductivos en varios países pertenecientes a organizaciones laicas vinculadas con activistas religiosos, para bloquear luego la distribución pública subsecuente.

Contrariamente, dos meses después en septiembre de 2002 un grupo de mujeres de diversas organizaciones presentaron a título personal una Acción de Cumplimiento para que el Ministerio proceda a implementar lo dispuesto por la RM N° 399-2001 y en octubre del mismo año las organizaciones civiles antes mencionadas (CMP-Flora Tristán, Manuela Ramos, CESIP, CENDIP, APROPO, APPRENDE, INPPARES y FOVIDA) realizaron una demostración –plantón– frente al Ministerio de Salud, exigiendo la aplicación de la norma que autoriza la AOE. Por esos días la Defensoría del Pueblo elaboró su Informe N° 69, sobre la situación de los derechos sexuales y reproductivos, en el cual se advertían ciertas dificultades en el abastecimiento de los métodos anticonceptivos en general y se expresaba la preocupación por la ausencia de aplicación de la RM N° 399-2001 en los establecimientos del Estado.

El recuento de estas incidencias da cuenta por sí mismo del nivel de intriga y de tensión en varios niveles tanto públicos como privados que ha caracterizado la introducción de la AOE en el Perú. Esto no era una reacción puramente local pues en el mismo período se venían realizando previamente los aludidos procesos judiciales o administrativos contra otras versiones antes lanzadas comercialmente en Argentina y Chile. Nótese por lo tanto, que se trataba de acciones coordinadas por una red de grupos conservadores confesionales, con una prédica religiosa latente, como se reseñará más adelante, que actuaban simultáneamente en los países más católicos de la región (aunque Brasil y Venezuela tenían productos similares no se presentaron o no prosperaron procesos equivalentes, ni trascendió la declaración del Vaticano sobre el método, como se discutirá más adelante). Estos grupos en la mayoría de países vecinos estaban conformados por organizaciones privadas y laicos de orientación religiosa predominantemente católica.

Es relevante anotar que mientras los detractores del método se ceñían a la declaración de la Pontificia Academia por la Vida del Vaticano, acusando al método de ser abortivo y por lo tanto descalificado constitucionalmente por afectar el derecho a la vida del concebido, los defensores esgrimían que tal efecto no estaba demostrado científicamente y la normativa nacional seguía estando vigente; que el método utilizaba un ingrediente activo que es el mismo encontrado en las versiones existentes en las píldoras anticonceptivas de uso regular, los implantes sub-dérmicos (*Norplant*), los parches anticonceptivos y los DIU endoceptivos; que era posible aplicar el método mediante una cierta combinación de las píldoras existentes en el mercado nacional (aunque en ese caso la presencia de estrógeno sintético presenta mayores efectos secundarios); que el método de emergencia hormonal era recomendado por la OMS; y que, consecuentemente, las mujeres tenían derecho a optar por un método legalmente disponible para regular su fecundidad. Ambos grupos defendían sus puntos de vista en forma pública y los medios masivos –prensa escrita, radio y TV– daban cuenta profusamente del debate, mediante artículos, entrevistas, reportajes, comunicados y declaraciones desde mediados de 2002.

El discurso de los detractores se centró en el supuesto efecto abortivo mientras que el de los defensores era más amplio y variado, lo cual evitó la abrupta eliminación del método por parte del ministro Carbone, quien pugnaba por un respaldo popular que le resultaba esquivo. La prensa, incluyendo la agencia católica Aciprensa, siguiendo las opiniones vertidas por parte de los diversos interlocutores de la sociedad civil (especialmente los movimientos de base, organizaciones feministas, ONGs de salud reproductiva y de derechos ciudadanos, profesionales médicos, biólogos, obstetras, farmacéuticos, representantes de colegios profesionales, comunicadores, docentes de universidades públicas y aún comités empresariales de la salud), reflejó el debate y quedó evidenciado que al interior del propio sector público no existía tampoco un consenso contra los métodos anticonceptivos modernos, incluida la AOE. De acuerdo a las cifras de la Encuesta Demográfica de Salud (ENDES), en este período el MINSA incrementó la oferta de métodos tradicionales como la lactancia materna y los de abstinencia periódica basados en el conocimiento de la fecundidad como el Billings, como parte de la política fundamentalista (*sic*) impulsada por los ministros Solari y Carbone desde su cargo público

El 24 de octubre del 2002, se publicó en el diario oficial El Peruano la Resolución Defensorial N° 031-2002 que aprobó el Informe Defensorial N° 69 denominado: “*La aplicación de la anticoncepción quirúrgica y los derechos reproductivos III.- Casos investigados por la Defensoría del Pueblo*”. La referida resolución hacía alusión a la reiterada solicitud de información realizada al viceministro Ugarte y de la falta de respuesta en ambos casos, reiterando nuevamente el pedido y recordándole que, en su condición de funcionario público, estaba obligado a remitir la información solicitada a la Defensoría del Pueblo, en atención al deber de cooperación establecido en el artículo 161° de la Constitución y en el artículo 16° de la Ley N° 26520, Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo. Finalmente, el 7 de noviembre de 2002, el doctor Oscar Ugarte respondió las comunicaciones de la Defensoría del Pueblo e informó “...que si bien la AOE fue incorporada como método anticonceptivo en las normas del Programa Nacional de Planificación Familiar mediante Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, ni su protocolización ni su financiamiento para los años 2001 y 2002 habían sido previstos...” por la gestión de aquel entonces. Añadió que dada la controversia sobre el tema, el Ministerio de Salud solicitó un informe al Colegio Médico, el cual recomendaba cautela y prudencia en su prescripción, mientras no se determine claramente el modo de acción principal de las píldoras anticonceptivas de emergencia. Esos argumentos fueron rebatidos poco después, al descubrirse que sí existía un protocolo con la bibliografía consultada para la AOE, el cual acompañaba debidamente visado a la autógrafa de la mencionada resolución.

En diciembre de 2002 Carbone se presentó ante la Comisión de Salud del Congreso para explicar las razones para no implementar la mencionada RM N° 399-2001 pero dedicó el tiempo asignado a presentar sus lineamientos generales de política. Apenas en los minutos finales y ante la insistencia de algunos congresistas presentó los insumos del programa de Planificación Familiar, incluyendo los dispositivos de AMEU31 que pretendía descalificar y las píldoras hormonales “*Lo-Femenal*” (de uso general) y “*Ovrette*” (para uso en lactancia), ambas distribuidas por el propio Ministerio de Salud. Esta última es sólo de progestágeno y al preguntársele entonces si *Ovrette* no era igual de abortivo que *Postinor 2*, Carbone apenas pudo replicar que la primera era 0.075mg de norgestrel y la segunda 0.75 mg de levonorgestrel. Ante la evidente similitud fonética de ingredientes (sonaban casi lo mismo) atinó a mencionar que

“tienen un cero de diferencia”. En vista del silencio de la sala en espera de una aclaración más apropiada, Carbone ofreció entonces “disponer una inmediata investigación”, de la cual nunca dio cuenta. Habiendo sido incapaz para distinguir los mecanismos de acción entre ambas píldoras de progestágeno, su arremetida para retirar a *Postinor 2* del mercado perdió fuerza, excepto en las declaraciones periodísticas, contribuyendo involuntariamente a la promoción del producto cuyas ventas empezaron a incrementarse en las farmacias.

Minutos antes de la extensa presentación del ministro, un representante de la Conferencia Episcopal fue presentado como experto de ciencias biológicas y provisto del ejemplar de una de las farmacopeas aseveró que el *levonorgestrol* (sic) era un abortivo químico que presentaba una serie de afecciones, incluyendo los infartos al corazón. Al intervenir los congresistas de la Comisión se le preguntó cómo era posible que una hormona del ovario pudiera producir ataques al corazón, respondiendo que se había equivocado y ese efecto no correspondía al estrógeno sino al *levonorgestrol*, pero sin aclarar que ese progestágeno equivale a la otra hormona ovárica que favorece el embarazo (literalmente pro-gestar-ona). Dicho experto no presentó opinión alguna respecto a la extensa bibliografía que acompañaba a la mencionada resolución 399-2001.

Entretanto, el Consejo Nacional del Colegio Médico del Perú (CMP) se reunió en Chiclayo con presencia de los ex-decanos y representantes de diversos comités del Colegio y la Sociedad de Obstetricia y Ginecología, acordando emitir una declaración del CMP, la cual establecía que los mecanismos de las píldoras hormonales eran: (a) inhibir o retrasar la ovulación y (b) interferir con la migración espermática por espesamiento del moco cervical. Respecto a un tercer mecanismo atribuido sobre el endometrio, se aclaraba que éste podría ser en píldoras combinadas (con estrógeno) pero los estudios eran controversiales. Sin embargo el entonces Decano del CMP Álvaro Vidal, demoró casi dos meses para publicar la Declaración sobre la AOE aprobada por el Consejo Nacional del CMP. Vidal era también miembro del Consejo Nacional de Salud (CNS) del MINSA como representante del CMP y próximo al entorno de Carbone, de manera que sólo publicó la declaración a insistencia de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG) cuando ésta acordó publicar un comunicado sobre la AOE en febrero de 2003.

El ministro Carbone además estaba alertado de cuanto ocurría por el secretario de SPOG que dirigía entonces el Instituto Materno Perinatal (ex Maternidad de Lima), a quien había tratado de ceder la palabra ante la Comisión de Salud, maniobra que no fue admitida por no estar invitado como interlocutor acreditado el médico Bazul, quedando no sólo desairado sino expuesto aquel como informante, lo cual precipitó la decisión de la Sociedad para publicar su Comunicado sobre AOE en la misma fecha y diario que la Declaración del CMP32. Ambos pronunciamientos echaron nuevamente por tierra la intención de Carbone para retirar el Registro Sanitario de *Postinor 2* y derogar la RM N° 399-2001 con otra resolución ministerial. Entonces la estrategia cambió a tratar de derogar la resolución con una ley, norma de mayor rango que tampoco prosperó pero permitió a Carbone posponer la vigencia plena de la RM N° 399-2001, para evitar el acceso de la AOE a los sectores menos favorecidos.

Nótese que en última instancia el ministro Carbone estaba dispuesto a que las PAE se vendan en las farmacias pero no que se distribuyan masivamente en los establecimientos del Estado a las mujeres de menores ingresos. Este tema no ha sido abordado en público pero una posible interpretación surgida en diálogo con el reverendo Fernando Chomalí, arzobispo auxiliar de Santiago, al término del Congreso de Bioética celebrado en Lima en el 2003, es que la transacción privada de compra-venta en farmacias implica un acto ciudadano de intercambio de bienes (*quid pro quo*) con plena autonomía, mientras que la distribución gratuita en los centros de salud pública, en opinión del religioso implicaría una inducción paternalista (aceptación de lo gratuito sin capacidad crítica precisamente por la gratuidad).

Por otro lado, mediante Oficio N° 002-2003/DP-DM de 13 de enero de 2003, la Defensoría del Pueblo solicitó al nuevo Viceministro de Salud Carlos Rodríguez que informara las razones por las cuales el Ministerio no había incorporado la referida protocolización pero el nuevo Viceministro nunca pudo justificar el incumplimiento a pesar del tiempo transcurrido. En febrero del 2003, el Consejo Nacional del Colegio Médico del Perú finalmente publicó su Declaración favorable a la vigencia de la AOE en el diario *El Comercio* de Lima, respondiendo al mandato de su Novena Sesión Ordinaria Descentralizada realizada en Chiclayo los días 12 y 13 de diciembre del 2002. En el mismo diario y fecha se publicó el Comunicado de la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG) con similar tenor en apoyo a la AOE. Desairado,

el ministro Carbone dejó de referirse al CMP como la última instancia para dirimir la controversia.

En marzo de 2003 el ministro Carbone conjuntamente con el representante del Perú ante el comité consultivo de UNICEF, al abogado Enrique Varsi, convencieron a *El Comercio* para publicar a página completa un debate entre ellos y el consultor médico del importador de la AOE en el país. Farmagé nominó al ginecólogo Alfredo Guzmán, ex-presidente de SPOG, y sugirió que también convoquen al médico Miguel Gutiérrez, presidente electo de la misma sociedad. Carbone desistió entonces de acudir personalmente pero designó al director general de salud, el médico Luis Quiroz y a su asesor principal, Gustavo de Vinatea. El abogado Varsi, especialista en derecho genético, esperaba llevar un titular condenatorio en primera plana del diario más influyente, a la próxima reunión del comité de UNICEF. Pero mientras Guzmán y Gutiérrez abundaron en investigaciones clínicas que respaldaban la AOE, Quiroz y Vinatea sólo mencionaron informes sin rigor científico y terminaron por negar que Carbone hubiera afirmado que la AOE fuese abortiva, que las evidencias de Guzmán y Gutiérrez "...no terminaban de convencerlos..." y que debían ser prudentes. El debate fue publicado a doble página central el domingo 9 y el titular apenas indicaba que el ministerio seguirá investigando la AOE.

A pesar del fiasco en *El Comercio*, ese mismo mes Carbone presentó un proyecto de nueva Ley General de Salud y la creación del Día del No nacido los 25 de marzo de cada año, en alusión a los nueve meses previos a la fecha atribuida al nacimiento del niño Jesús. Anticipándose a este proyecto en diciembre de 2002 el ministro había aprobado el nuevo Reglamento de Organización y Funciones mediante R.M. N° 573-2003 SA/DM en cuyo artículo 9, inciso g) crea el "Registro del concebido" que aún está vigente (pero aun cuando la norma nunca ha sido derogada es virtualmente inaplicable). Este registro creó el desconcierto de los especialistas, no sólo por el tipo de norma con el que fue creado], sino también porque implicaría que las mujeres luego de cada relación sexual tendrían que acudir a un despistaje de fecundación mediante un ecógrafo o un microscopio electrónico de barrido, para detectar la presencia de un óvulo fecundado en su fase de cigoto. Respecto al otro proyecto de ley, el ministro pretendía además cambiar la definición de embarazo y ante las críticas públicas de un ex director de su gabinete de asesores, Carbone primero lo rebajó de

categoría (de proyecto a ante-proyecto y luego a simple propuesta), para amainar las críticas. Pero el desgaste de su prestigio a raíz de estos incidentes representó el inicio del fin de su gestión como ministro. Como acto postrero el doctor Carbone ya no siendo ministro acudió al lanzamiento del Programa Perú-Vida 2012 en el cual omitía toda referencia al programa de planificación familiar. Ese acto estuvo presidido por el Viceministro Rodríguez ante la sintomática ausencia del nuevo ministro Álvaro Vidal.

En las entrevistas que Carbone concedió al término de su gestión justificó su política declarando que durante ésta se había incrementado el número de parejas protegidas (sin aclarar que lo había logrado con una mayor proporción de la lactancia materna y los métodos de abstinencia en la mezcla general de métodos) y argumentó que había reducido los índices de mortalidad materna aunque sin explicar la metodología utilizada. Las gestiones de Solari y Carbone se caracterizaron por modificar drásticamente las políticas públicas pre-existentes de salud reproductiva, llegando inclusive a eliminar el programa de planificación familiar, lo cual ha puesto en evidencia la fragilidad de la política pública de salud a la coyuntura o las agendas personales de los ministros de turno. Denota además la ausencia de una política sostenida de largo plazo y la escasa prioridad de la salud entre las políticas públicas.

Comisión de Alto Nivel

En junio de 2003 luego de producido el relevo del ministro Carbone por el doctor Vidal y ante la insistencia de los diarios desde los primeros días, éste último se ve conminado a pronunciarse respecto a la AOE y como ex-decano del Colegio Médico del Perú opinó a favor del método para su uso de acuerdo a la especificidad del producto, es decir para emergencias. Inmediatamente surgieron las presiones sobre él para que modifique su posición y se vio obligado a derivar el tema a una Comisión de Alto Nivel³⁶, la cual quedó integrada por catorce (14) representantes de las siguientes instituciones:

- 1) Ministerio de Salud
- 2) Ministerio de Justicia
- 3) Ministerio de la Mujer y Des. Social
- 4) Defensoría del Pueblo
- 5) Conferencia Episcopal Peruana

- 6) Colegio Médico del Perú
- 7) Colegio de Abogados de Lima
- 8) Univ. Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM)
- 9) Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP)
- 10) Asociación Peruana de Facultades de Medicina
- 11) Academia Nacional de Medicina
- 12) Academia Peruana de la Salud
- 13) Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología
- 14) Sociedad Peruana de Fertilidad Matrimonial

Esta Comisión de Alto Nivel (en adelante la C.A.N.) aparentemente estaba conformada por las instituciones públicas y privadas más representativas para la salud pública, aunque es relevante notar una ausencia de organizaciones de mujeres en representación de las usuarias, la confederación de otras organizaciones civiles (como Forosalud) y de la agremiación de los importadores (como es el Comité de Salud de la Cámara de Comercio de Lima). La C.A.N. convocó a diversos expertos en el tema y recopiló diversas investigaciones al respecto, pudiendo los integrantes aportar otros estudios.

Esta Comisión de acuerdo con las actas celebró una decena de sesiones, pero las mismas actas indican que la representante de la Conferencia Episcopal Peruana (CEP), la psiquiatra Maíta García no llegó a presentar estudio clínico alguno que demostrara los supuestos efectos antianidatorios. Por el contrario otros especialistas realizaron presentaciones ante la Comisión, entre ellos el médico Edgar Ramírez de OPS y el experto Horacio Croxatto de ICIMER, ambos respaldados con investigaciones indicando que no estaban probados los efectos del levonorgestrel sobre el endometrio capaces de impedir la anidación o implantación del embrión.

La representante de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Dra. Ana Güzmes, por su parte reemplazó a Élvito Rodríguez y llevó una posición institucional consensuada con los decanos de las facultades de ciencias sociales, medicina, derecho y del propio rectorado. Esta posición recomendaba la oferta de la AOE en los establecimientos públicos, basada en once comunicaciones y estudios (del CMP, SPOG, UNFPA, OMS, OPS, ACOG, FDA e incluso USAID); partía de la definición de

embarazo de la OMS, relacionada con la implantación de un óvulo fertilizado; aclaraba que la acción de la AOE comienza y termina antes del inicio del embarazo; reconocía que según la evidencia médica y científica actual la AOE reúne condiciones de seguridad y eficacia apropiadas; y, finalmente, que la UNMSM respalda el cumplimiento de los derechos humanos en su doble vertiente de libertades individuales y justicia social.

Los representantes de la Conferencia Episcopal Peruana (CEP), de la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP) y el del Ministerio de Justicia (cuyo titular posteriormente modificó su posición), se abstuvieron de suscribir el informe. Reitérase que la psiquiatra Maíta García, representante de la Conferencia Episcopal Peruana, no pudo presentar una sola investigación con rigor científico que respaldara sus afirmaciones, a pesar que a través de los medios los voceros de la Iglesia católica decían tenerlos. En las actas de la Comisión puede verse que la referida representante únicamente presentó un ensayo, el cual no constituía una investigación clínica, aleatoria (randomizada), doble ciego y con un grupo de control, como hubiese correspondido.

El 9 de diciembre de 2003, once (11) de los catorce miembros de la C.A.N. suscribieron el Informe respaldando la AOE y lo entregaron al ministro Vidal para que lo presentara ante el Consejo de Ministros con las siguientes conclusiones: 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 tiene acción adversa alguna sobre el endometrio, por lo que no se puede asignar efecto abortifaciente a la anticoncepción hormonal oral de emergencia. 3) La anticoncepción oral de emergencia incorporada a las normas de Planificación Familiar mediante R.M. N° 399-2001 SA/DM posee pleno sustento constitucional y legal. Con este informe suscrito en amplia mayoría el titular de Salud tenía el respaldo necesario para zanjar la controversia de una vez por todas, publicándolo o presentándolo al presidente (la resolución designando la C.A.N. era suprema) en el siguiente Consejo de Ministros.

No obstante, transcurrieron tres días sin que ocurriera lo uno ni lo otro. En vista del silencio del ministro Vidal, la Defensora Adjunta de la Mujer, Rocío Villanueva, elaboró el ya mencionado Informe Defensorial N° 78 y la Defensoría del Pueblo emitió la R.D. N° 040-2003/DP38. Ese Informe incluía como anexo la traducción oficial de la declaración del laboratorio húngaro Gedeon Richter Ltd. concluyendo que los mecanismos de acción del preparado (la píldora de levonorgestrel de 0.75 mg) inhibían o retrasaban la ovulación e impedían la migración de espermios por espesamiento del moco cervical. Esta declaración fue crucial porque echó por tierra el argumento de los detractores que el propio fabricante se incriminaba aplicando una antigua táctica de la Inquisición (que sostenía que “... *a confesión de parte, relevo de pruebas.*”), que aquellos esperaban los exoneraría de presentar las investigaciones que hasta la fecha no han hecho públicas.

La traba que enfrentaba el ministro Vidal era que para presentar un documento en el Consejo de Ministros, éste primero tenía que ser incluido en la agenda y eso requería de la aprobación previa del ministro de Justicia, quien actuaba como asesor jurídico del gabinete. Pero el ministro de entonces, Fausto Alvarado, creía también que la píldora era abortiva y bloqueó su inclusión en la agenda del Consejo. Sin haber podido romper el bloqueo, dos meses después, Vidal fue reemplazado por la médica Pilar Mazzetti, neuróloga de larga trayectoria en la salud pública.

La nueva ministra literalmente heredó el caso y desde el primer día de su gestión respaldó el método ante los periodistas, que le plantearon la encrucijada desde las entrevistas iniciales. Con mejores reflejos que su antecesor, la ministra encargó la elaboración de un informe ad hoc al representante del Colegio Médico del Perú en la C.A.N., Luis Távara Orozco, con dieciocho investigaciones referenciadas, como en complemento del Informe Médico y Jurídico de cuyo contenido ya estaba advertida⁴⁰. Con el Informe adicional del doctor Távara en mano se reunió con el nuevo ministro de Justicia, abogado Baldo Kresalja y acordaron que el despacho del vice-ministro de ese sector y sus asesoras legales reevaluaran la posición del Sector. Nuevamente el doctor Luis Távara fue encargado de sustentar la posición de la medicina basada en evidencias. Pero el punto crucial para el equipo legal de Justicia era que en el inserto inicial el laboratorio reconocía que había un efecto antianidatorio. Por una feliz coincidencia los representantes de UNFPA y de APPRENDE participaron en la

reunión y el último de los nombrados tenía consigo la copia de una carta del laboratorio fabricante Gedeon Richter sobre los mecanismos de acción así como del inserto original, el cual empezaba diciendo “Se cree que el levonorgestrel actúa...”, siguiendo la pauta de la farmacopea, pero donde estaba claro que “se cree” no es una afirmación, sino una hipótesis por demostrar, mientras que la declaración del Laboratorio Gedeon Richter sí era una afirmación y no establecía efecto sobre el endometrio. Tras varias semanas de deliberaciones finalmente Justicia cambió su posición en junio de 2004, sin entrar en el tema médico que correspondía al Sector Salud.

Una vez más quedó en evidencia la fragilidad de las políticas públicas en el Perú, dependiendo del voluntarismo de los ministros de turno. En primer lugar el bloqueo de Alvarado en el más alto nivel de decisión política del ejecutivo, como es el consejo de ministros, basado en sus creencias personales. En segundo lugar, la firmeza de la ministra Mazzetti para afirmarse en sus convicciones y no dejarse doblegar por la presión de la Iglesia católica a través de la Conferencia Episcopal Peruana (CEP) y, en tercer lugar, la independencia y voluntad del ministro Kresalja para establecer serenamente los alcances del ámbito jurídico, sin invadir las áreas de competencia de otras especialidades. Las tres intervenciones dan cuenta de la influencia de las personas en el manejo de las instituciones y el peso de éstas en los procesos políticos. Denotan también la fuerza de la Iglesia católica peruana para influir en la agenda pública, a pesar del aparente laicismo del estado contemporáneo.

En el Congreso en julio de 2004 Chávez Chuchón, médico ayacuchano de notorio discurso confesional, asumió la presidencia de la Comisión de Salud, con el decidido apoyo de Luis Solari como vocero de la bancada oficialista en el Congreso y presentó un nuevo proyecto de ley para prohibir la AOE. El proyecto en su parte considerativa partía de la premisa que el método era abortivo y por ende anti-constitucional, pero no prosperó. Luego Chávez Chuchón amenazó a la ministra Mazzetti de iniciar una acusación constitucional, que finalmente tampoco prosperó. Entretanto UNFPA donó 150.000 unidades de *Postinor 2* al MINSA y las trabas pasaron a la parte operativa. Primero intentaron bloquear la donación en la Aduana porque no tenía registro sanitario, pero los blisters que había despachado el laboratorio G. Richter desde Hungría no eran como genérico (levonorgestrel 0.75 mg) sino como la presentación

comercial y Farmagé aceptó el uso de su propio Registro Sanitario N° E-14208 sin cargo alguno. La siguiente traba fue la distribución desde los almacenes centrales del MINSA hasta los hospitales y direcciones regionales. Durante casi un semestre las instancias administrativas del MINSA se resistían a despachar a los centros de salud "... porque ellos insistían que no tenían el registro sanitario". Frente a la queja de los médicos ante la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG), indicando que los servicios de planificación seguían desabastecidos, Farmagé nuevamente tuvo que prestar copia de los registros vigentes al programa de Planificación Familiar, para que procedan a entregar el producto a las usuarias. Cabe resaltar que esa actitud de las instancias intermedias del Ministerio sobrepasó la gestión de Carbone, como ya se había advertido en los antecedentes.

Normativa Legal respecto al anticonceptivo oral de emergencia

Generalidades

En octubre de 2004 la Asociación de Lucha Anticorrupción sin Componenta (ALASC), una organización civil de orientación cristiana y jurídica, cuya principal línea de acción estaba centrada en promover conductas éticas en la administración pública y privada, presentó un Recurso de Amparo contra la distribución del método. El amparo de esta asociación no gubernamental encabezada por el ingeniero José Luis Garrido Lecca, que dice tener en su consejo consultivo a Jehová, Mahoma y otros personajes históricos, fue admitido en primera instancia recién a mediados de agosto de 2005 por el juez Angel Zea considerando que el MINSA no estaba dando información suficiente sobre el método, pasando luego a segunda instancia por apelación de la procuradora pública de ese ministerio.

Entretanto, la mencionada Acción de Cumplimiento presentada en agosto de 2002, había sufrido varios incidentes en su trámite; había sido ganada por las demandantes en primera instancia pero apelada por el MINSA. El juez de la segunda instancia archivó el caso aduciendo que la norma original (la varias veces citada RM N° 399-2001) ya estaba derogada en el 2004, al haberse promulgado las nuevas Guías

Nacionales de Atención Integral de la Salud Sexual y Reproductiva mediante RM N° 668-2004, a mediados de ese año. No obstante el juez se estaba sustrayendo del fondo de la materia, ya que aún cuando la norma original había sido superada por otra, no se derogaba el método sino que por el contrario lo incorporaba. Por ello, las demandantes apelaron la sentencia y pasó al Tribunal Constitucional, lo cual dio pie a que diversas organizaciones como la Defensoría del Pueblo, la OPS, el Fondo de Actividades de Población de Naciones Unidas (UNFPA) y la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG) presentaran recursos de *Amicus Curiae*⁹ con argumentos respaldando el método y acompañando el recuento de las últimas investigaciones científicas, demostrando que no estaban probados los supuestos efectos sobre el endometrio, capaces de impedir la anidación de un óvulo ya fecundado en su estadio de blastocisto.

Ante la inminencia del fallo del Tribunal Constitucional (TC) atendiendo las razones expuestas en los Amicus Curiae, en noviembre de 2006 el cardenal Juan Luis Cipriani, arzobispo de Lima y connotado integrante del Opus Dei, declaró ante diversos medios que quienes promovían la AOE eran unos asesinos⁴⁴. Pero mediante sentencia del 13 de noviembre de 2006 el TC de entonces declaró fundada la acción de cumplimiento y falló fundada la demanda a favor de que se cumplan las resoluciones vigentes materia de aquella. Esta sentencia luego de su promulgación tuvo inicialmente un efecto catalizador en la Acción de Amparo contra la distribución de la píldora mencionada en los párrafos anteriores (es decir en la otra demanda), ya que los vocales de la Corte Superior de Lima tuvieron que emitir sucesivos votos dirimentes (seis en adición a los tres iniciales en discordia) hasta llegar a un fallo razonable declarando infundada la demanda en su extremo principal pero fundada en parte respecto a la información del ministerio, en el sentido que la AOE (de levonorgestrel 0.75mg) produce una ligera alteración del endometrio pero que no es determinante para impedir la implantación, lo cual debía ser consignado en las guías del MINSAs.

⁹ Estos son recursos de instituciones que se presentan ante los tribunales en calidad de Amigos de la Corte para declarar, en forma voluntaria o a pedido del propio tribunal, en aquellos casos en los que existe una preocupación de la sociedad respecto a que dicho tribunal disponga de elementos de juicio que le permitan adoptar decisiones ajustadas al derecho.

Pero este último fallo fue apelado por la parte demandante (ALA-SC) y el caso subió también al Tribunal Constitucional (integrado ahora por nuevos miembros), que finalmente desestimó la opinión de la OMS, CMP, SPOG y otras instituciones acreditadas en salud y basándose en los insertos o prospectos de diversos productos –algunos tomados del vademécum de referencia comercial– e inclusive interpretándolos sesgadamente, sentenció a favor del Recurso de Amparo contra la distribución pública de la AOE ordenando al MINSA que se abstenga de desarrollar como política pública la distribución en los establecimientos de salud del estado (sin afectar expresamente la distribución farmacéutica). En consecuencia el nuevo TC del 2009, como se discute más adelante, modificó la posición del TC del 2006. Desde el punto de vista procesal, cabe añadir que la procuradora del MINSA que defendió esta causa era la misma que antes había defendido al Ministerio en la Acción de Cumplimiento con argumentos contrarios, lo cual contribuyó a que la posición del MINSA perdiera solidez.

Aquí cabe recalcar que la demanda inicial (2004) estaba planteada contra la distribución pública por parte del MINSA y no contra la distribución privada en las farmacias. Por lo tanto, el nuevo fallo del TC afectó directamente al ámbito público. La estrategia del demandante según declaración propia, era sentar un precedente en el ámbito público y luego ampliar la prohibición al ámbito privado o farmacéutico, hecho que aún no se ha producido. A la luz de los acontecimientos, esto denota una intención de vulnerar prioritariamente la distribución masiva gratuita y luego la particular, porque la primera podría ser mucho mayor mientras que la segunda estaría limitada por el escaso poder adquisitivo de la población y debería ser residual. Esto, como se mencionó anteriormente, afectaba principalmente a las capas más pobres de la población que, además, es la más vulnerable en términos de embarazos no deseados o no planeados. Las razones de tal acción nunca han sido explicitadas por los detractores de los derechos sexuales y reproductivos, los cuales tendrán que ser desentrañadas en el capítulo final.

Casos Judiciales

EXP. N.º 7435-2006-PC/TC LIMA

A pesar que en julio de 2001 se había incorporado la AOE como método de emergencia en las normas nacionales de Planificación Familiar, las administraciones de Luis Solari y Fernando Carbone se habían negado a distribuir el método en los establecimientos públicos de salud, aduciendo el primero que carecía de un protocolo y que los mecanismos de acción no estaban bien establecidos, según el segundo. Adicionalmente, Carbone ante los medios masivos había declarado que la píldora afectaría el endometrio evitando la implantación de un óvulo fecundado y por consiguiente tendría un efecto abortivo. En setiembre de 2002, un grupo de ciudadanas relacionadas con las organizaciones feministas DEMUS, Manuela Ramos y Flora Tristán presentaron una demanda de acción de cumplimiento contra el MINSA para que proceda a distribuir el método en cumplimiento de la R.M. N° 399-2001, que había incorporado el método en la normativa vigente. El argumento central era poner a disposición de las mujeres la provisión del método aprobado y la información correspondiente en los establecimientos de salud a cargo del Ministerio, para que ellas puedan alcanzar sus ideales reproductivos. Las demandantes añadieron que el incumplimiento de la norma interfería con el goce de derechos reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos; asimismo dicha falta de cumplimiento de la norma tenía graves consecuencias discriminatorias. En primera instancia el 7º Juzgado Especializado Civil de Lima declaró inadmisibile la demanda por defectos formales –faltaban algunas firmas– que fueron posteriormente subsanadas por las recurrentes, quienes apelaron la decisión y en octubre de 2003 la 3ª Sala Civil declaró nulo el archivamiento.

En enero de 2004, el 7º Juzgado Especializado Civil de Lima dispuso la admisión a trámite y la procuradora pública del MINSA, Fanny Fregueiro, solicitó se le declare improcedente porque existía incertidumbre científica respecto a los mecanismos de acción, pero el juzgado declaró fundada la demanda y ordenó al MINSA cumplir con lo establecido. La procuradora apeló de oficio argumentando que se le había dado cumplimiento mediante la RM N° 668-2004, que aprobó las nuevas Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Reproductiva. La 3ª Sala Civil resolvió entonces la apelación por sustracción de la materia y ordenó nuevamente el archivamiento. Las demandantes apelaron nuevamente y el caso llegó al Tribunal Constitucional. Esto motivó que la Defensoría del Pueblo, el Colegio Médico del Perú, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología y UNFPA remitieran sendos recursos de *Amicus*

Curiae, esto es de terceros interesados en el caso para ilustrar al tribunal, dando respaldo al método. Asimismo, en este caso el Ministerio de Justicia remitió el oficio N° 516-2004 expresando que las opiniones legales no pueden ni deben cuestionar las conclusiones del ámbito científico, tarea que le corresponde a la ciencia médica. Por tales consideraciones el Ministerio de Justicia revisó su posición y opinó que la AOE no sería inconstitucional. En este caso también se pronunciaron la Iglesia de los Santos de los Últimos Días y la Asociación Testigos de Jehová. La Iglesia católica no se pronunció, pero estas últimas consideraron que corresponde a las personas decidir con arreglo a su fe, lo que fue recogido en la sentencia.

Sin embargo en este proceso se hizo evidente la existencia de presiones de la jerarquía católica a través de los medios de prensa para eliminar el método. Como contrapeso de esas opiniones el Tribunal Constitucional admitió *Amicus Curiaes* del Colegio Médico del Perú, la Defensoría del Pueblo y de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) conjuntamente con el Fondo de Naciones Unidas para Actividades de Población (UNFPA, por sus iniciales en inglés), todas ellas respaldando al método. OPS se centró en el carácter no abortivo de la píldora y UNFPA en el tema del acceso desde una perspectiva de derechos. Sometido al voto el Tribunal Constitucional en noviembre de 2006 falló a favor del método, por mayoría incluyendo el del vocal Mesía quien fundamentó su voto¹⁰, ordenando el cumplimiento de las resoluciones vigentes.

Píldora del día siguiente (caso 2) STC.N.° 02005-2009-PA/TC

De la demanda.

Se trata de una demanda de amparo interpuesta por la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" contra el Ministerio de Salud a fin que éste se abstenga: (i) de iniciar el programa de distribución de la Píldora del Día Siguiente en todas las entidades públicas y centros hospitalarios de manera gratuita; y, (ii) de distribuir los proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar sobre la PDS sin previa consulta al Congreso.

Señaló la ONG que el MINSA dispuso la distribución masiva y gratuita de la PDS por considerarla método anticonceptivo, lo que es cuestionable porque existe mala y

¹⁰ Posteriormente el mismo vocal tres años después votaría en contra de la distribución pública de la AOE.

engañoso información acerca de las propiedades abortivas y de la supuesta condición de medicamento de la PDS, todo lo cual genera un peligro de asesinato masivo.

De la decisión del TC.

Con motivo de haberse interpuesto recurso de agravio constitucional contra la sentencia de segunda instancia que declaró fundada en parte la demanda, el Pleno del por mayoría *-existió un voto singular de los magistrados Landa y Calle-* resolvió declarar fundada la demanda y ordenó que el MINSA se abstenga de desarrollar como política pública, la distribución gratuita a nivel nacional de la Píldora del Día Siguiente. Sus argumentos en resumen fueron, que:

- i) el TC se inclina por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células maternas y paternas (fecundación) dando origen a una nueva célula llamado cigoto; y,
- ii) dado que existe duda razonable que la PDS impide la anidación del cigoto en el endometrio de la mujer (capa interna del útero) se genera incertidumbre de que aquella posea efectos abortivos por lo que en aplicación de los principios *pro homine*, *pro debilis* y *precautorio*, ordena que el MINSA se abstenga de distribuirla fin de garantizar la vida del concebido.

En mi opinión, la decisión adoptada por el supremo tribunal (por la mayoría) no es la más acertada. Me explico; es cierto que para resolver el amparo interpuesto por la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción", resultaba necesario que el TC optara por una de las teorías que intentan explicar el inicio de la vida humana, y ello es así porque si no tomaba posición acerca de cuando se produce la concepción humana, difícilmente podría sostener luego si tal o cual efecto de la Píldora del Día Siguiente atenta contra el derecho a la vida del concebido. Pero ahora bien ¿era la teoría de la fecundación la teoría a escoger? Creo yo que no se trataba de elegir una de las teorías *-como parece haberlo hecho el TC-* por el mero convencimiento personal de los magistrados pues ello tiene un carácter puramente subjetivo y por subjetivo puede caer en arbitrario, sino que se debió optar por una de las teorías en base a criterios objetivos como señalaré.

Así pues, al TC le convenció la teoría de la fecundación que explica que con la fusión de las células maternas y paternas se da origen a una nueva célula (cigoto) que es la que constituye o representa la vida de un nuevo ser, y ello junto a mera e

insustentada afirmación de que el estado actual de la ciencia respalda tal posición, fue suficiente para resolver la litis de la forma como se sabe; esto es, que atendiendo que hay incertidumbre de que la Píldora del Día Siguiente impide la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en el endometrio, existe duda que sea abortiva.

Comparto con la crítica, de que el TC *–la mayoría del Pleno–* al decantarse por la teoría de la fecundación por considerarla acertada y/o razonable ha ingresando a un terreno que no le es propio ni le corresponde, y es que el supremo tribunal no puede ni debe intentar resolver debates que únicamente competen a la ciencia médica. Hacer o pretender lo contrario, es pecar de soberbia.

Considero que había otros caminos para optar *-de una manera objetiva-* por una de las teorías que explican el inicio de la vida humana; así por ejemplo:

(i) Es razonable, sensato, criterioso y argumento sólido, optar por la teoría que mayor aceptación tiene por los organismos internacionales especializados de mayor importancia en la materia. De este modo la teoría a elegir sería la de la anidación ya que es la que aceptan y defienden a nivel internacional, la Organización Mundial de la Salud, el Comité de Ética de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia, el Departamento de Salud y de Servicios Humanos de la Administración Federal de Drogas, el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología, Academia Peruana de Salud y la Organización Panamericana de Salud; y a nivel interno, el Colegio Médico del Perú y la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología. Cabe decir que en oposición a ellos *–conforme se señala en la STC N.º 02005-2009-PA/TC–* se encuentra la Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, con lo se aprecia que no se ajusta a la realidad lo dicho por la mayoría del TC de que el estado actual de la ciencia médica respalda la teoría de la fecundación.

(ii) Se debe tener en cuenta que si bien nuestro ordenamiento jurídico a nivel constitucional y legal, no señala de manera "expresa" en qué momento se produce la concepción, nuestro Código Penal de manera tácita acoge la teoría de la implantación, esto es, que la vida humana se inicia cuando el óvulo fecundado se implanta en el endometrio de la mujer produciendo el embarazo, pues de desprende de sus artículos 114º a 120º que el embarazo es presupuesto del delito de aborto (no hay aborto sin embarazo).

Entonces, si la teoría más aceptada por los organismos especializados sostienen que existe vida humana cuando el óvulo fecundado (cigoto) se anida o se implanta en la

capa interna del útero de la mujer (endometrio) propiciando el embarazo, posición que de manera táctica adopta el Código Penal porque no concibe el delito de aborto sin la existencia de embarazo, es razonable concluir que la Píldora del Día Siguiente no es abortiva y por consiguiente es perfectamente constitucional, impida o no la anidación. En efecto, si fuere cierto que la píldora impide la anidación ello quiere decir que actúa antes que exista vida humana; y, si no impide la anidación, se ha mencionado supra que existe consenso en la comunidad científica que la píldora no produce efecto después de ocurrida la anidación; siendo más precisos, no provoca el desprendimiento del óvulo fecundado ya implantado en el endometrio.

En la actualidad

En 2014 la ciudadana Violeta Cristina Gómez presenta una acción de amparo para que el sector Salud redistribuya la píldora, pues la sentencia del 2009 dejaba abierta la posibilidad de llegar a un consenso futuro sobre la inocuidad de la píldora. Dos años después Gómez y la ONG Promsex solicitan la medida cautelar para acelerar la sentencia final del proceso a cargo del juez David Suarez Burgos. Uno de los argumentos que sustentan su recurso judicial es la vulnerabilidad patente en las mujeres más pobres, quienes viven en las zonas declaradas en emergencia por el virus del zika. Las demandantes sostienen que estas peruanas están impedidas de un embarazo no deseado y peligroso ante la imposibilidad de acceder al AOE. Una de las consecuencias del zika en una madre gestante es que el bebé nazca con microcefalia u otras alteraciones neurológicas.

En su decisión sobre esta medida cautelar, el Poder Judicial se basa, entre otros aspectos, en lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia vs Costa Rica* (2014), donde se establece que el inicio de la vida se da cuando un óvulo fecundado se anida en el útero. A partir de esto, el Primer Juzgado Constitucional establece que, preliminarmente, el AOE no tendría un efecto abortivo ni afectaría la concepción.

El fallo legal que dispone la distribución gratuita en los establecimientos públicos de salud de las píldoras de levonorgestrel, conocidas popularmente como la píldora del

día siguiente y que técnicamente forma parte de lo que llamamos anticoncepción oral de emergencia (AOE).

Posiciones Institucionales

- La Resolución Defensorial N° 040-2003/DP Esta importante resolución fija posición al recomendar al MINSA que distribuya la AOE en cumplimiento de la RM 399-2001 SA/DM, brindando información a las usuarias del Programa Nacional de Planificación Familiar; asimismo que se edite y distribuya un nuevo manual de normas de Planificación Familiar (PF). Recomienda también orientar a las personas interesadas en tanto el MINSA no cumpla con lo señalado en el párrafo anterior evalúen la posibilidad de interponer una acción de cumplimiento. Encomienda a la Defensora Adjunta para los derechos de la mujer el seguimiento de esta resolución. Finalmente, recomienda incluir la presente resolución en el informe anual de la Defensoría al Congreso.
- El Informe Defensorial N° 78 [Defensoría del Pueblo, 2003] La Defensoría arriba a las siguientes conclusiones: 1) La AOE fue incorporada a las Normas de PF mediante RM N° 399-2001 SA/DM de 13 Jul.01. Hasta la fecha no se ha cumplido con implementarla. 2) La AOE está definida como el método anticonceptivo que puede ser usado después de haber tenido una relación sexual sin protección, cuando el método anticonceptivo ha fallado o después de una violación sexual, con la finalidad de evitar un embarazo no deseado. 3) La RM N° 399-2001 no incluye la *RU-486*, un compuesto no hormonal de mifepristone, que usado en altas dosis induce el aborto. 4) Existen dos regímenes hormonales de AOE: el régimen combinado (Yuzpe) que consiste en píldoras que contienen estrógeno y progestágeno y el régimen sólo de progestágeno. 5) Define el embarazo como un proceso gradual que no se inicia inmediatamente después de producida la relación coital. Antes de la implantación no es posible tener certeza sobre la existencia del embarazo. 6) Los mecanismos de acción de la AOE son similares a los demás métodos anticonceptivos hormonales. El método Yuzpe o régimen combinado actúa inhibiendo la

ovulación, dificultando la migración espermática y afectando levemente el endometrio, pero sin impedir la implantación. Por lo tanto tampoco es abortivo. 7) La AOE de píldoras de sólo progestágeno actúa inhibiendo o retrasando la ovulación y alterando la migración espermática. No se ha probado que tenga efecto alguno sobre el endometrio. 8) De acuerdo a la OMS, la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), así como la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología (SPOG), el embarazo se inicia con la implantación o anidación. Desde el punto de vista penal es sólo a partir de éste momento que puede producir el delito de aborto. En consecuencia como la AOE actúa antes de la fecundación, su uso carece de relevancia penal. 9) Está demostrado que la AOE tiene una efectividad promedio del 75%.

10) Las píldoras anticonceptivas regulares pueden también ser usadas como AOE pero en diferentes dosis (método Yuzpe).

11) Quienes han manifestado su oposición a la implementación de la RM N° 399 argumentan que el inserto de *Postinor 2* señala que actúa impidiendo la ovulación, fecundación y la implantación. El fabricante Gedeon Richter Ltd. sostiene que a la luz de los últimos estudios *Postinor 2* actúa inhibiendo o retrasando la ovulación e impidiendo el transporte espermático, además la dosis administrada no produce ninguna alteración en la receptividad endometrial. 12) La restricción en el acceso de la AOE constituye un asunto de salud pública. 13) La AOE es un método anticonceptivo efectivo y seguro, reconocido por la OMS, así como por el Colegio Médico de Perú y la SPOG.

- La posición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda como AOE el régimen de 1.5 mg de levonorgestrel, en una dosis única. Señala como mecanismo de acción que las píldoras anticonceptivas de emergencia de levonorgestrel han demostrado prevenir la ovulación y no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (recubrimiento uterino) o en los niveles de progesterona, cuando son dadas después de la ovulación. Las píldoras anticonceptivas de emergencia no son efectivas una vez que el proceso de implantación ha comenzado y no causarán un aborto. La Declaración se basa en la revisión de cinco estudios publicados en connotadas revistas médicas (*Contraception, The Lancet y Obstetrics and Gynecology*) entre los años 2001

y 2004, así como dos guías de la propia OMS sobre uso de métodos anticonceptivos. Esta declaración reemplaza y corrige a la anterior guía de Anticoncepción de Emergencia de 1997 de la misma OMS, que admitía la hipótesis del efecto endometrial aunque señalaba que la evidencia médica no era concluyente. No obstante, los detractores del método han mantenido esa hipótesis como vigente e inamovible.

- La posición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda como AOE el régimen de 1.5 mg de levonorgestrel, en una dosis única. Señala como mecanismo de acción que las píldoras anticonceptivas de emergencia de levonorgestrel han demostrado prevenir la ovulación y no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (recubrimiento uterino) o en los niveles de progesterona, cuando son dadas después de la ovulación. Las píldoras anticonceptivas de emergencia no son efectivas una vez que el proceso de implantación ha comenzado y no causarán un aborto. La Declaración se basa en la revisión de cinco estudios publicados en connotadas revistas médicas (*Contraception, The Lancet y Obstetrics and Gynecology*) entre los años 2001 y 2004, así como dos guías de la propia OMS sobre uso de métodos anticonceptivos. Esta declaración reemplaza y corrige a la anterior guía de Anticoncepción de Emergencia de 1997 de la misma OMS, que admitía la hipótesis del efecto endometrial aunque señalaba que la evidencia médica no era concluyente. No obstante, los detractores del método han mantenido esa hipótesis como vigente e inamovible.
- La Declaración del CMP sobre la AOE [Colegio Médico del Perú] El Consejo Nacional del CMP acordó pronunciarse acerca de la AOE estableciendo que: a) la AOE constituye un método recomendado por la OMS; b) la AOE, cuyo uso está autorizado actúa alterando el transporte del óvulo y la migración de los espermatozoides a través de las trompas para evitar a fecundación del óvulo; c) un tercer mecanismo principalmente para el caso de las píldoras combinadas que impediría la implantación del óvulo fecundado, las evidencias científicas son aún controversiales y d) la AOE puede reducir hasta en 85% la posibilidad de un embarazo no deseado. La AOE no debe ser usada como método regular. Al prevenir embarazos no deseados puede contribuir a una reducción significativa de los abortos. La suspensión de la AOE de las normas

de PF afecta principalmente a las mujeres pobres que no tendrían acceso a ese método.

- Pronunciamiento sobre la píldora en Arequipa [Asociación Vida & Familia, 2006] Esta asociación se pronuncia tras haberse dictaminado en dos instancias judiciales contra la distribución de la PDS y esperaban que próximamente se producirá un tercer fallo. Para ellos los grupos anti-vida aducen falsamente que no es abortiva y exponen argumentos con sesgo manipulador, definiciones ambiguas y escasa evidencia científica. Con el descubrimiento del genoma humano se demuestra que el inicio de la vida humana antecede a la implantación. Por lo tanto afirmar que la implantación da origen a una nueva vida no es científico, pues la implantación no agrega nada al mapa genético. La PDS equivale a 40 o 50 píldoras anticonceptivas estándar (*sic*) y produce cambios en el endometrio que provoca un efecto antiimplantatorio contra el recién concebido. Para esta asociación el levonorgestrel 0.75 mg, principio activo de *Postinor 2*, provoca una reducción de los receptores de estrógeno y progesterona del endometrio, induciendo al aborto. Consideran que los organismos nacionales que manifiestan que no es abortiva se basan en la OMS, que es un organismo político que promueve el aborto. Asimismo denuncian que se confunden términos porque el embarazo no es una enfermedad ni puede considerarse al embrión como un peligro para la salud pública. La constitución defiende la vida humana desde la concepción.

- Conferencia Episcopal Peruana emitió un comunicado donde “rechazan la medida cautelar” que permitiría la distribución gratuita de la píldora del día siguiente (o anticoncepción oral de emergencia) en hospitales públicos. Además en el documento llaman “al intercambio justo de opiniones y sin prejuicios”. A continuación los puntos más importantes del comunicado.

“Juegan contra la vida del concebido”. “Nos toca evidenciar con preocupación cómo diversos intereses e ideologías en el Perú juegan contra la vida del concebido. En ese sentido, salimos en defensa de quienes ni tienen voz ni están siendo defendidos, a pesar de que la Constitución los reconoce como sujetos de derechos desde su concepción (Art 2, 1). Desconocer este principio es desconocer algo fundamental de la Constitución del Perú”.

El inicio de la vida es desde la fertilización. “Llama la atención que la definición utilizada sobre la concepción para defender el efecto no abortivo de

la píldora del día siguiente, tome como referencia el significado de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Para esta Organización el concepto de concepción es equivalente al de anidación, pero la Constitución Peruana, y de acuerdo con lo señalado por el Tribunal Constitucional, considera el inicio de la vida desde la fertilización, que iguala con el término concepción.

Sí es abortiva. “Esta terminología ideológica considera el inicio del embarazo solo a partir de la implantación. De esta manera, se viene confundiendo a la opinión pública al decirle que la ciencia ha comprobado que la Píldora del Día Siguiente no es abortiva, cuando en la verdad del hecho biológico, al cambiar los términos de concepción y embarazo, deja en el ‘limbo’ al concebido hasta su implantación. De esta manera, no considera como aborto su eliminación antes de su anidamiento en el útero de la madre, engañando así a la mayoría de la población peruana amante de la vida.

OBJETIVOS

GENERAL:

Analizar el Expediente 02005-2009-PA/TC LIMA Caso: PASTILLA DEL DÍA SIGUIENTE

ESPECÍFICOS:

1. Identificar las normas jurídicas referidas al anticonceptivo oral de emergencia.

Examinar el tratamiento legal respecto al anticonceptivo oral de emergencia

VARIABLES INDEPENDIENTE

- La Pastilla del día siguiente es o no abortiva

VARIABLE DEPENDIENTE

- La Distribución de la pastilla del día siguiente en los establecimientos de salud

SUPUESTOS.

- La pastilla del día siguiente vulneraría el derecho a la vida.
- El anticonceptivo Oral de Emergencia tendría efecto abortivo.
- La no distribución del AOE en centros estatales sería un acto discriminatorio contra las mujeres de bajos recursos.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1 MÉTODO DE INVESTIGACIÓN.

La presente investigación se enmarca dentro del nivel de investigación DESCRIPTIVA de tipo Socio Jurídico.

3.2 MUESTRA.

La muestra de estudio estuvo constituida por la sentencia recaída en el Expediente N° 02005-2009-PA/TCLIMA

3.3 TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Las técnicas a utilizarse en el presente trabajo de investigación son las que a continuación se detallan:

3.4 ANÁLISIS DOCUMENTAL, con esta técnica se obtendrá la información sobre el Expediente N° 02005-2009-PA/TCLIMA.

3.5 PROCEDIMIENTO DE RECOLECCIÓN DE DATOS.

Para la recolección de datos se realizó las siguientes actividades:

1. Se solicitó el expediente del Tribunal Constitucional al Catedrático responsable del Programa de titulación de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la UCP.
2. Luego se realizó el análisis del Expediente N° 02005-2009-PA/TCLIMA., desde el punto de vista normativo y legal mediante el método deductivo partiendo desde el marco constitucional general al específico (Municipal).
3. Se procedió posteriormente a la elaboración de los resultados encontrados.
4. La recolección estuvo a cargo de la autora del método de caso.

5. Durante toda la recolección de información se aplicaron los principios éticos y valores.

3.6 VALIDEZ Y CONFIABILIDAD DEL ESTUDIO.

Los instrumentos utilizados no fueron sometidos a validez y confiabilidad, por tratarse de instrumentos documentarios, exentos de mediciones y por tratarse de una investigación de tipo descriptivo con respecto a un Expediente N° 02005-2009-PA/TCLIMA

3.7 PLAN DE ANÁLISIS, RIGOR Y ÉTICA.

En todo momento de la ejecución del anteproyecto, se aplicó los principios de la ética, así como los valores de la puntualidad, orden y se tuvo en cuenta la confidencialidad, anonimato y privacidad.

Capítulo IV

RESULTADOS

La declaración universal de estos derechos comprende el derecho a la vida, a la dignidad de la persona humana, a la libertad, a la justicia y a la paz en el mundo. La evolución de estos derechos es la de la lucha por liberarse de ideologías totalitarias y controlistas en la vida de las personas. En una primera instancia de esta lucha se reconocieron los derechos políticos y civiles mediante la construcción de un ámbito conceptual con definiciones políticas, jurídicas y éticas. Pero una vez consensuado, el enfoque de derechos se ha ampliado y ha ido abarcando otros campos del quehacer humano, incluyendo la sexualidad y la reproducción. Estos conceptos son recientes y su reconocimiento no ha estado exento de una lucha ideológica entre grupos que los han impulsado y aquellos que, por el contrario, han pretendido negarlos o restringirlos, en la hipótesis que tales derechos pondrían en riesgo su posición, sus intereses o su visión de la vida misma.

El enfoque de derechos es percibido por algunos como una subversión al orden existente y tanto conservadores como religiosos tratan de descalificarlo en la medida que considera que éste amenaza su concepción de la sociedad y el orden moral que la rige. Este enfoque es relativamente reciente y, más aún, el desarrollo de los derechos sexuales y reproductivos. Es más, los primeros han sido seriamente cuestionados por los grupos conservadores, con la Santa Sede a la cabeza, durante las jornadas preparatorias y las sesiones de consenso en la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (CIPD) celebradas en El Cairo en 1994, así como en las cumbres posteriores de Cairo (en las cuales El Vaticano participa como “estado” en las conferencias de las organizaciones de las Naciones Unidas).

Por los reproductivos se entienden como los derechos a decidir libre y responsablemente sobre el número y el espaciamiento de los hijos y de disponer de información, educación y medios (servicios y métodos anticonceptivos) para hacerlos viables, así como a disponer del beneficio de los conocimientos científicos en la materia. Esto último es particularmente aplicable a los denominados métodos

anticonceptivos modernos (básicamente los hormonales, de barrera, intrauterinos y quirúrgicos). En este punto, cabe reflexionar que el ejercicio de la mayoría de los métodos modernos implica la disponibilidad y provisión de productos anticonceptivos específicos,

Mientras el discurso de los detractores del método de anticoncepción oral de emergencia (AOE) ha girado estratégicamente de lo ético hacia el supuesto carácter abortivo para apelar a la defensa del concebido –que como hemos analizado no está realmente amenazado por la AOE hormonal, por actuar básicamente como anovulatorio, es decir antes de la fecundación del óvulo– los defensores del método, incluyendo a las organizaciones feministas, han centrado su discurso en el apoyo a las investigaciones científicas que progresivamente han descartado el efecto antianidatorio en el endometrio uterino, recusando el supuesto carácter abortivo.

CAPITULO V

DISCUSIÓN

Desde su llegada al Perú la pastilla de día siguiente ha sido un tema bastante controvertido. En un primer momento se buscó su distribución en los centros de salud, y fue así que mediante la sentencia EXP. N.º 7435-2006-PC/TC LIMA se logró su distribución.

Tiempo después la ONG Acción Lucha Anticorrupción solicita que se aclare los efectos del anticonceptivo oral de emergencia y se detenga su distribución.

En la última sentencia del Tribunal Constitucional EXP. N.º 02005-2009-PA/TC LIMA, haga un análisis de todos los factores jurídicos que conforman el uso de la pastilla del día siguiente.

De todo lo analizado respecto al anticonceptivo oral de emergencia, y sobre los pronunciamientos desde su llegada al Perú; esta última sentencia hace un análisis de sus efectos y si esta fuera o hubiera la posibilidad de que sea abortiva.

Finalmente el tribunal en su extensa sentencia llega a la conclusión que el anticonceptivo oral de emergencia afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación, en consecuencia ordena el cese de la distribución del AOE.

Finalmente en el años 2014 la ciudadana Violeta Cristina Gómez presenta una acción de amparo para que el sector salud redistribuya la pastilla del día siguiente. Dos años después Gómez y la ONG Pronsex solicitan medida cautelar para acelerar la sentencia final, de esta manera se dispone la distribución gratuita en los establecimientos públicos de salud la píldora de levonorgestrel.

CAPITULO VI

CONCLUSIONES

La anticoncepción oral de emergencia (AOE) se basa en las mismas hormonas que utilizan las píldoras hormonales de uso regular, las cuales son versiones sintéticas de las hormonas que produce el cuerpo de la mujer. El método surgió de las investigaciones para suplir las omisiones de hasta dos píldoras de uso rutinario en 1977, pero se mantuvo en reserva durante más de quince años por la presión de sectores conservadores opuestos a los métodos hormonales.

La primera iniciativa de distribución con un producto dedicado exclusivamente al método en el Perú, surgió en el sector privado antes que en el sector estatal y diversas organizaciones de la sociedad civil inspiradas en la plena vigencia de los derechos sexuales y reproductivos la hicieron suya, ante el ataque de los sectores conservadores religiosos encabezados por la Iglesia católica.

Se constata que el ataque en el Perú es similar al efectuado en otros países latinoamericanos donde la vía más eficaz ha sido a través de demandas judiciales contra el registro sanitario de un producto o la distribución pública. Adicionalmente se utilizaron diversas maniobras para impedir la distribución estatal y se usó como excusa que los mecanismos de acción no estaban debidamente protocolizados, lo cual se probó posteriormente que era inexacto.

En el debate público en el Perú, la defensa estuvo integrada por representantes de diversas organizaciones civiles, particularmente las defensoras de los derechos de las mujeres, los colegios profesionales y sus sociedades científicas, académicos independientes y determinadas instancias del Estado como la Defensoría del Pueblo.

Todo lo anterior apunta a que lo del efecto abortivo no es más que una excusa de los detractores para descalificar un método que para ellos tendría efectos perniciosos en

el orden establecido que pretenden preservar, como se ha desarrollado a lo largo del presente trabajo.

CAPITULO VI

RECOMENDACIONES

- Dado que la presente investigación analiza la controversia existente respecto al método hormonal de la anticoncepción oral de emergencia y, por consiguiente, existen por lo menos dos partes enfrentadas, una recomendación equilibrada es que el Ministerio de Salud en ejercicio de su rol rector de la salud pública del país, conduzca una investigación de seguimiento del funcionamiento del AOE.
- Si bien, a la fecha, podemos observar que el último caso en proceso está tomando posición a favor de la distribución del anticonceptivo oral de emergencia; es necesario que se tome en cuenta la opinión de las distintas instituciones ya sea Defensoría del Pueblo, Colegio Médico entre otras.
- Finalmente, otra recomendación general es que el Estado racionalice el número de registros otorgados a productos de origen tan diverso y en algunos casos redundantes, es decir con marcas diferentes de productos que provienen de un mismo fabricante, lo cual puede representar una falta de transparencia para las usuarias y da lugar a prácticas desleales de competencia en perjuicio del público.

CAPITULO VIII

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- Informe Defensorial N° 78 Cuadro de equivalencias, N° 2 y 3. El informe detalla el cuadro de equivalencias del método Yuzpe con píldoras combinadas y las de sólo levonorgestrel.
- DIAZ MUÑOZ, Oscar. La vida del concebido ante el Tribunal Constitucional, comentario sobre la sentencia del Tribunal Constitucional.
- <http://laley.pe/not/3509/el-acceso-a-la-aoe-y-el-fin-de-una-historia-de-injusticia-constitucional->
- <http://bitacora.jomra.es/2009/10/peru/sentencia-tc-pildora-dia-siguiente-abortiva/>
- ZAVALA RODRIGUEZ, Julio Cesar, El caso de la AOE en el Perú. Lima-Perú 2012.

CAPÍTULO IX

ANEXO 1

MATRIZ DE CONSISTENCIA

MÉTODO DE CASO: EXPEDIENTE N° 0 02005-2009-PA/TC LIMA – CASO: PASTILLA DEL DÍA SIGUIENTE”

AUTOR: TELLO MORALES, Alejandra Ximena.

| PROBLEMA | OBJETIVOS | SUPUESTOS | VARIABLE | INDICADORES | METODOLOGÍA |
|--|--|--|---|--|--|
| <p>Cuál es la normativa legal vigente respecto a la pastilla del día siguiente.</p> <p>Se debe distribuir la pastilla del día siguiente en los centros de salud.</p> | <p>GENERAL: Analizar el Expediente 0 02005-2009-PA/TC LIMA Caso: PASTILLA DEL DÍA SIGUIENTE</p> <p>ESPECÍFICOS:</p> <p>2. Identificar las normas jurídicas referidas al anticonceptivo oral de emergencia.</p> <p>3. Examinar el tratamiento legal respecto al anticonceptivo oral de emergencia.</p> <p>4. Revisar criterios referentes al tema del anticonceptivo oral de emergencia.</p> | <p>1. Existe duda razonable acerca de los efectos abortivos de la pastilla del día siguiente</p> <p>2. Se debe distribuir la pastilla del día siguiente en los centros públicos de salud.</p> <p>3. La distribución del anticonceptivo oral de emergencia afecta al derecho a la vida.</p> | <p>- Si la pastilla del día siguiente tiene efectos abortivos.</p> <p>- Si se debe realizar la distribución de la pastilla del día siguiente.</p> | <p>- Racionalidad del fallo.</p> <p>- Congruencia en el fallo del Poder Judicial.</p> <p>- Socialización y conocimiento del análisis del expediente.</p> <p>- Análisis de la repercusión de la pastilla del día siguiente.</p> | <p>TIPO DE INVESTIGACIÓN: Descriptivo</p> <p>DISEÑO: No experimental</p> <p>MUESTRA: Expediente.</p> <p>TECNICAS: Análisis Documental</p> <p>INSTRUMENTOS : Expediente.</p> |

ANEXO 2

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

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

ANTECEDENTES

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

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

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

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda solicita que sea declarada improcedente y/o infundada, por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N.º 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto Nivel encargada de emitir un informe Científico Médico y Jurídico, y que culminadas sus labores dicho informe concluyó en que la anticoncepción oral de emergencia posee pleno sustento constitucional y legal y que su disponibilidad en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria, informada e idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas del país.

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

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

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

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

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

- a) La Defensoría del Pueblo quien mediante escrito de fecha 15 de Noviembre del 2005 y reiterando su Informe Institucional N.º 78 y su Recomendación efectuada mediante Resolución Defensorial N.º 040-2003/DP del 19 de diciembre del 2003, concluye que los mecanismos de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia, son similares al del resto de anticonceptivos, por lo que solo actúa sobre el proceso de ovulación y dificulta la migración espermática, y si bien altera levemente el endometrio, no impide el proceso de implantación ni tampoco tiene efecto alguno después de haberse producido éste, lo que supone que no afecta el embarazo ya iniciado y no es, por tanto, abortiva.
- b) La Academia Peruana de Salud, quien mediante escrito del 6 de diciembre del 2005 argumenta que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo científicamente reconocido, efectivo y seguro que cubre las necesidades insatisfechas de planificación familiar, evitando las consecuencias de embarazos no deseados que incrementan la mortalidad materna, especialmente en las mujeres pobres y adolescentes, por lo que garantizar su accesibilidad es un asunto de salud pública que compete al Estado.
- c) La Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud), quien mediante escrito del 14 de marzo del 2006 puntualiza que la comunidad científica internacional coincide en que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio, siendo por otro lado un asunto de salud pública, y que permite a las mujeres y sobre todo a las más pobres contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados.
- d) El Colegio Médico del Perú, quien mediante escrito del 15 de marzo del 2006 especifica que la política de Estado destinada a garantizar el acceso al anticonceptivo oral de emergencia de las mujeres pobres y extremadamente pobres constituye la respuesta más adecuada que el Estado pueda dar a la sociedad para atender el problema que suponen los embarazos no deseados y los abortos inducidos, garantizando el derecho a la planificación familiar. Añade que por lo demás la actitud de quienes se oponen a su acceso se debe a la falta de información o de actualización en la información sobre el mecanismo de acción de las hormonas del citado anticonceptivo, sólo así se explica que el supuesto teórico de acción antiimplantatoria del óvulo fecundado en el endometrio continúe siendo un tema de controversia.
- e) El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX) quienes mediante escrito del 15 de marzo del 2006 arriban a la conclusión de que el anticonceptivo oral de emergencia no amenaza ni viola la vida del concebido. Agregan que las normas que obligan al Ministerio de Salud a distribuir dicho método son plenamente constitucionales y por tanto aplicables y que, al revés de ello, su no provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.
- f) La Alianza Latinoamericana para la Familia (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 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 discusiones, revoca la sentencia apelada en el extremo en que se declara fundada la demanda, y reformándola la declara fundada sólo en parte, pero limitando la decisión en cuanto se refiere a la vulneración del derecho a la información. Argumenta su posición en el hecho de que en las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva no se ha consignado que los Anticonceptivos Orales de Emergencia producen una ligera alteración al endometrio, que en todo caso no es determinante para impedir la implantación. Por otro lado se declara infundados los otros extremos de la demanda, tanto el que señala que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener el anticonceptivo oral de emergencia carácter abortivo, como el que pedía ordenar al Ministerio de Salud excluir al citado anticonceptivo de sus programas de planificación familiar.

FUNDAMENTOS

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

Legitimidad procesal

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

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

Cuestiones a resolver

§1. Derecho a recibir información

- 4 . En la normativa internacional se encuentra consagrado el contenido de este derecho. Así se tiene el artículo 19º de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el artículo 19º del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; y a nivel regional el artículo 13º de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. A nivel nacional, en el mismo sentido se encuentra establecido en el inciso 4), artículo 2º, 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 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 [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez].

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

- 6 . El derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quién procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo [STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez]. En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo.

§3. La vida como derecho fundamental

- 7 . Dado que nuestro orden jurídico protege al ser humano desde la concepción, y se acusa a la denominada "Píldora del Día Siguiente" de afectar justamente al concebido, este Tribunal estima que en el decurso de esta sentencia deberá responderse las siguientes cuestiones:
 - ✓ ¿La eliminación de un embrión fecundado antes de su completa anidación en el endometrio implica una afectación del derecho a la vida de un ser humano?
 - ✓ ¿El embrión fecundado es el "conceptus" al que el derecho peruano le otorga protección jurídica?
 - ✓ ¿La concepción se produce en la fecundación o en la anidación o también llamada implantación?
 - ✓ ¿Cuáles son los efectos de la píldora en la madre y en el proceso reproductivo humano?

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

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

- 8 . El reconocimiento de los derechos fundamentales, como facultades inherentes emanadas de todo ser humano y por lo tanto no pertenecientes en exclusiva a determinados grupos sociales o de personas, es una conquista del constitucionalismo y que con su proceso evolutivo ha venido a constituir lo que hoy se denomina Estado constitucional democrático y social. Los Estados han venido efectuando un reconocimiento positivo de los derechos fundamentales, usualmente en las normas fundamentales de sus respectivos ordenamientos, como un presupuesto de su exigibilidad como límite al accionar estatal y al de los propios

particulares. Sin embargo, tal exigibilidad no sólo aparece desde el reconocimiento positivo sino, quizá con mayor fuerza, a partir de la connotación ética y axiológica de los derechos fundamentales, en tanto manifiestas concreciones positivas del principio-derecho de dignidad humana, preexistente al orden estatal y proyectado en él como fin supremo de la sociedad y del Estado (artículo 1° de la Constitución) [STC N.º 01417-2005-PA, fundamento 2].

- 9 . El Tribunal Constitucional ha señalado en relación al derecho a la vida que “Nuestra Constitución Política de 1993 ha determinado que la defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado; la persona está consagrada como un valor superior, y el Estado está obligado a protegerla. El cumplimiento de este valor supremo supone la vigencia irrestricta del derecho a la vida, pues este derecho constituye su proyección; resulta el de mayor connotación y se erige en el presupuesto ontológico para el goce de los demás derechos, ya que el ejercicio de cualquier derecho, prerrogativa, facultad o poder no tiene sentido o deviene inútil ante la inexistencia de vida física de un titular al cual puedan serle reconocidos tales derechos.” [STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 83].
- 10 . Dado que el derecho a la vida no se agota en el derecho a la existencia físico-biológica, a nivel doctrinario y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional lo encontramos definido también desde una perspectiva material. Así, se ha dicho que “actualmente, la noción de Estado social y democrático de Derecho concreta los postulados que tienden a asegurar el mínimo de posibilidades que tornan digna la vida. La vida, entonces, ya no puede entenderse tan solo como un límite al ejercicio del poder, sino fundamentalmente como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado, el cual ahora se compromete a cumplir el encargo social de garantizar, entre otros, el derecho a la vida y a la seguridad.”[STC N.º 01535-2006-PA, fundamento 82].

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

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

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

4.1. Identidad genética e individualidad biológica

- 13 . CHIERI y ZANNONI, respecto a la formación de una nueva individualidad genética, señalan que “en el caso del hombre, todas las células surgen de una inicial, el cigoto, el cual se forma a partir de la unión del óvulo procedente de la madre y el espermatozoide procedente del padre. El óvulo aporta toda la maquinaria celular, además de un núcleo que contiene la mitad de la información genética de la madre. El espermatozoide aporta exclusivamente el núcleo con la mitad de la información genética del padre. La fusión de ambas informaciones genéticas da lugar al material genético del hijo; en consecuencia, cada nuevo individuo es único en su información genética, de aquí el término de individualidad biológica”. Prosiguen afirmando que “a su vez, esta información de la primera célula es heredada por cada una de las células que se van a desarrollar a continuación, de manera que todas tienen el mismo material genético. Es por ello que si se estudia el ADN de células(...) De cualquier parte del organismo, siempre se encuentra el mismo material

genético, propio de cada individuo y diferente de cualquier otro, excepto en el caso de los gemelos monocigóticos”. [CHIERI, Primarosa y ZANNONI, Eduardo A. *Prueba de ADN*. Buenos Aires: Astrea, 2da. edición actualizada y ampliada, 2001, p. 4].

4.2. Teorías sobre el inicio de la vida

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

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

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

- (ii) **La Teoría de la Anidación**, considera en principio que el inicio del ser humano sólo es posible afirmarlo a partir de la anidación del óvulo fecundado (cigoto) en la parte interior del útero materno. La anidación no es un acto instantáneo sino que también es un proceso que comienza aproximadamente al séptimo día de la fecundación, cuando el cigoto ya transformado en blastocisto empieza a adherirse al endometrio y con la hormona llamada gonadotropina coriónica humana (HCG) secretada por el blastocisto a través de la sangre, el cuerpo materno advierte que se está desarrollando un nuevo individuo, actuando entonces para impedir la ovulación. El proceso de anidación dura aproximadamente 7 días una vez iniciado y 14 desde la fecundación. Según esta teoría allí recién se da la concepción, cuyo producto –el concebido– sería el embrión que ha iniciado su gestación en el seno materno. Solo a partir de allí habría certeza del embarazo de la madre

§5. El concebido como sujeto de protección jurídica

5.1. Tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico peruano

15 . El Código Civil de 1852, siguiendo una corriente trazada ya desde el Derecho romano, establecía en su artículo 1° que “El hombre, según su estado natural, es nacido o por nacer”, y en el artículo 3° que “al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece”; para finalmente agregar en el artículo 4° que “El nacido y el que está por nacer necesitan para conservar y transmitir estos derechos que su nacimiento se verifique pasados seis meses de su concepción, que vivan cuando menos veinticuatro horas y que tenga figura humana”.

16 . El proyecto de Código Civil de 1890 era, por su parte, hasta más preciso al establecer en su artículo 149 que “el hombre, según su estado natural, es concebido o nacido”, agregando que “al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece”. Ya el Código Civil de 1936 no utiliza el término “concebido”, como se preveía en el proyecto antes glosado, sino que establecía que “El nacimiento determina la personalidad. Al que está por nacer se le reputa nacido para todo lo que le favorece, a condición de que nazca vivo”.

17. El Código Civil de 1984, en su artículo 1° declara que “la persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”, agregando que “la vida humana comienza con la concepción”, y que “El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”. Por su parte, el Decreto Legislativo N.° 346 – Ley de Política Nacional de Población, establece en el artículo IV inciso I del Título Preliminar que “La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: a la Vida” y que “El concebido es sujeto de derecho desde la concepción”; la Ley N.° 26842 – Ley General de Salud, cuyo título Preliminar, artículo III, estipula que “toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...”, así como que “El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”. El Código Sanitario aprobado en marzo de 1969 mediante Decreto Ley N.° 17505, establecía en su artículo 17° que “Con la concepción comienza la vida humana y nace el derecho a la salud. El cuidado de la salud durante la gestión comprende a la madre y al concebido”; agregaba también (artículo 31°) que “Al niño desde la concepción hasta la adolescencia le corresponde un esmerado cuidado de la salud...”; de otro lado, en el artículo 113° estipulaba que “Las acciones de salud comprenden al hombre desde la concepción hasta la muerte y deben ejercitarse en todas las etapas de conforman su ciclo vital”.
18. El derogado Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Decreto Ley N.° 26102, en el artículo I del Título Preliminar definía: “Se considera niño a todo ser humano desde su concepción hasta cumplir los 12 años de edad y adolescente desde los 12 hasta cumplir los 18 años de edad”; y, en cuanto a los derechos, señalaba en su artículo 1° que “Todo niño y adolescente tienen derecho a la vida desde el momento de la concepción. El presente Código garantiza la vida del concebido, protegiéndolo de experimentos o manipulaciones genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico o mental”. Ambas disposiciones se repiten prácticamente de manera literal en el vigente Código de los Niños y Adolescentes aprobado por Ley N.° 27337.
19. Tanto por la normativa internacional como la nacional (constitucional como infraconstitucional) resulta evidente que la vida es protegida desde la concepción; siendo ésta, por lo menos desde la perspectiva del Derecho aplicable a nuestro país, una cuestión ya determinada, y sobre la cual no tendría utilidad hacer en este momento disquisiciones mayores.
20. Aun así, y he ahí una de las claves de la controversia, del conjunto de normas anotadas, que por cierto no agotan a todas las que en nuestro ordenamiento hacen referencia a la vida y su protección jurídica desde la concepción, se aprecia que ninguna de ellas explica o define en qué momento del proceso vital se produce la concepción. Sin embargo, debe remarcar que sí existe una norma, actualmente vigente, que de alguna manera compromete su posición respecto al momento desde el cual se debe brindar atención y protección al ser humano, fijándolo en este caso a partir de la fecundación.
21. Se trata del documento denominado “La Salud Integral; Compromiso de Todos – Modelo de Atención Integral de Salud”, aprobado por Resolución Ministerial N.° 729-2009-SA/DM de 20 de junio de 2003, como “**marco conceptual referencial** que establece las acciones y estrategias para garantizar la satisfacción de las necesidades de salud de las personas, la familia y la comunidad”(resaltado nuestro). En este documento, cuyo cumplimiento e implementación corresponde tanto a la Dirección General de Salud de las Personas como a las Direcciones Regionales y Sub Regionales de Salud, se dispone entre otros aspectos, la implementación de programas de Atención Integral, y para ello, el punto 1.1 “Grupos Objetivo para los Programas de Atención Integral” prevé que “Cada Programa de Atención Integral de Salud por Etapa de la Vida, contiene un grupo objetivo diferenciado por cada etapa de vida los cuales se constituyen de la siguiente manera: ***Programa de Atención Integral de Salud del Niño, que comprende desde la fecundación hasta los 9 años...**” (resaltado y subrayado nuestro). La misma disposición señala la necesidad de que cada programa a fin de optimizar la atención se divida en sub grupos por etapas de la vida; y, en lo que corresponde a los niños, establece como el primero de ellos al de “**Niño por nacer: desde la fecundación hasta antes del nacimiento**” (resaltado y subrayado nuestro). En el anexo 2 del mismo documento se establecen los “Cuidados Esenciales para los Programas de Atención Integral de Salud por Etapas de la Vida”, el cual en el punto denominado “Atenciones Individuales Específicas del Niño. Estimulación Prenatal y Temprana” prevé lo siguiente: “Atención periódica durante la gestación, a fin de estimular el desarrollo psicoafectivo del niño. **Conjunto de procesos y acciones que potencian y promueven el desarrollo físico, mental, sensorial y social del ser humano desde la fecundación hasta el nacimiento...**” (resaltado y subrayado nuestro).

5.2. El concebido para la doctrina jurídica

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

de los más usados en el mundo hispano: los diccionarios de GARCÍA CALDERÓN, CABANELLAS y OMEBA, respectivamente. Es así que estas fuentes definen el término **concepción** de la siguiente manera:

- (i) “Unión de los materiales suministrados por ambos sexos en el acto procreativo, para la formación de un nuevo ser”, y se remite, entre otros al término **preñez** [GARCÍA CALDERÓN, Francisco. *Diccionario de la Legislación Peruana*, tomo I. Lima: Grijley, edición en facsímil de la segunda edición, 2003, p. 501]. En cuanto a esta última palabra, indica: “Se llama preñez o preñado el estado de una mujer que ha concebido un hijo...” [Op. cit. Tomo II, p. 1571].
- (ii) “El acto de la fecundación y comienzo del proceso vital”. Se agrega que fisiológicamente “La concepción se efectúa en el momento en el cual la cabeza del espermatozoide penetra en el óvulo. La concepción no es inmediata a 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, 16° edición, 1981, p. 253].
- (iii) “Del latín (*concepto-ónis*). Acción y efecto de concebir. Biológicamente es el momento de fecundación del óvulo, que determina en el orden jurídico, el comienzo de la existencia de la persona” [Enciclopedia Jurídica Omeba, Ed. Bibliográfica Argentina, sine data, Tomo III, p. 578].

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

- (i) Un importante grupo de juristas que se han pronunciado a favor de ubicar la concepción en la etapa de la fecundación y específicamente a partir de la fusión de los pronúcleos y la formación de la nueva célula distinta a la que le dieron origen. Entre ellos se encuentran, sólo para citar a los peruanos, MARCIAL RUBIO CORREA, CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO Y ENRIQUE VARSÍ ROSPIGLIOSI, reconocidos juristas y especialistas en derecho constitucional, derecho civil y derecho genético, respectivamente. Esta posición considera que toda la información constitutiva del nuevo ser ya está contenida en esa primera y única célula; ella contiene el código de la vida que igualmente se encuentra en cualquier ser humano nacido. Todo lo que le ha de permitir evolucionar, toda la información necesaria y a la vez suficiente que define las características de un nuevo ser humano, único e irrepetible, surge de la unión de los 23 cromosomas femeninos con los 23 masculinos. Es un ser humano en una etapa inicial y en proceso de desarrollo, pero ello no debe implicar que se le condicione o niegue la titularidad de los derechos que surgen de su propia naturaleza, menos aún el de la vida, que es el presupuesto para el goce de todos los demás. De otro lado, condicionar los derechos dependiendo de la edad o de la etapa de desarrollo implicaría una vulneración del principio derecho de igualdad, reconocido tanto por nuestra constitución como por todos los tratados internacionales de derechos humanos.
- (ii) Por su parte, se encuentran aquellos que consideran la anidación del óvulo fecundado en el útero materno como el inicio de la vida humana, la gestación y por ende el embarazo de la mujer. Entre ellos se encuentran LUIS BRAMONT ARIAS, LUIS BRAMONT-ARIAS TORRES, RAUL PEÑA CABRERA, LUIS ROY FREIRE, FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS Y JOSÉ HURTADO POZO, todos juristas reconocidos en el ámbito penal, siguiendo así la corriente mayoritaria en este campo del Derecho.

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

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

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

- 25 . Si se hace referencia a los derechos fundamentales, evidentemente que al mismo tiempo se hace mención también a la parte dogmática de la Constitución que a su vez los reconoce y garantiza; tanto a partir de su condición de derechos subjetivos, por la que no solo se protege a sus titulares de las injerencias injustificadas y arbitrarias de cualquiera (sea el Estado o un tercero), facultándolos también para exigir del estado determinadas prestaciones concretas; como a partir de su naturaleza de derecho objetivo, es decir como elementos que legitiman y constituyen todo el ordenamiento jurídico, toda vez que “comportan valores materiales o instituciones sobre los cuales se estructura (o debe estructurarse) la sociedad democrática y el Estado Constitucional” [STC N.º 3330-2004-PA, fundamento 9].
- 26 . De allí que, para el presente caso, tan controvertido y con posiciones encontradas tanto en la ciencia médica como en la jurídica, resulta necesario acudir al criterio de interpretación constitucional denominado por la doctrina como “interpretación institucional”, y que ya ha sido utilizado y definido en la jurisprudencia de este Colegiado.

6.1.1. Interpretación institucional

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

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

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

32 . De otro lado, existe un conjunto de principios o directrices de aplicación e interpretación propios de los derechos fundamentales. En tal medida, para el análisis del presente caso resulta imprescindible considerar de manera especial como pauta o cauce hermenéutico el principio *pro homine* y el principio *pro debilis*, justamente porque se presenta en la circunstancia de analizar un caso donde se encuentran en cuestión el derecho a la vida y la situación o condición más débil en que podría encontrarse el ser humano: cuando inicia su proceso vital, el primer paso en el desarrollo de su vida que acabará con la muerte.

6.1.2. Principio *pro homine*

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

6.1.3. Principio *pro debilis*

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

6.2. Análisis en concreto

35 . Este Tribunal considera que se debe ser sumamente cauteloso en la dilucidación de este caso, en el que existen posiciones encontradas desde la ciencia respecto a los efectos de la píldora en el cuerpo de la madre y en el proceso vital del nuevo ser. Si bien no corresponde zanjar las dudas de la ciencia o definir desde esa perspectiva cuándo es que la vida comienza, pues la *auctoritas* de este Colegiado no es científica, si le corresponde administrar sobre la duda que genera la inexistencia de consenso y certeza sobre los efectos de la píldora.

36 . Para ello, previamente se debe adoptar una posición evidentemente sobre fundamentos que resulten razonables y justos, y sin olvidar que lo que se está interpretando es nada menos que la norma constitucional, la cual, “no es otra cosa que un ensayo, tal vez imposible y casi podríamos calificarlo de “fáustico”, pero profundamente humano y digno de ser interpretado, de transformar en derecho escrito los supremos valores, la pretensión de “encerrar” de “definir” en una norma positiva, lo que por su naturaleza es inasible e indefinible: lo absoluto”. [CAPPELLETTI, M. *El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado*. Traduc. De Cipriano Lara y Héctor Fix Zamudio, México, 1996, p. 74].

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

38 . Teniendo en cuenta todo lo expresado hasta aquí, y surgiendo la disyuntiva de tener que optar por uno de los principios de interpretación constitucional desarrollados *supra* respecto a la constitución del concebido; este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual se da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e 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 “Píldora del Día Siguiente” y sus efectos

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

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

40 . Junto con lo anterior, en que, como se ha reseñado, existen posiciones encontradas en el mundo científico respecto a los efectos de la píldora, es necesario e importante determinar lo que los fabricantes y/o distribuidores del producto, que operan en nuestro país con sus correspondientes autorizaciones, refieren respecto de aquél y la forma en la que actúan.

- a. **GLANIQUE** (Levonorgestrel) 0.75 ó 1.5 mg., elaborado en Argentina por Laboratorios Blipack, S. A. En el inserto del producto se señala: “Farmacodinamia: **El mecanismo de acción de levonorgestrel no se conoce completamente.** GLANIQUE, en dosis de dos tomas... o dosis única... bloquea la ovulación, impidiendo la fecundación si la relación sexual ha ocurrido en las 72 horas precedentes a la ovulación, es decir en el periodo durante el cual el riesgo de fecundación es el más alto. **Podría impedir igualmente la implantación de un óvulo,** pero es ineficaz si el proceso de implantación ha comenzado”. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/35280.htm).
- b. **TIBEX** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Farindustria 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.farindustria.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 (levonorgestrel) a la dosis recomendada inhibe la secreción de las gonadotropinas de la hipófisis anterior, de este modo actúa impidiendo o previniendo la ovulación y la maduración folicular. Asimismo, tiene acción anticonceptiva a través de otro mecanismo interfiriendo con el transporte espermático por espesamiento del moco cervical. **Consecuentemente, previene la fecundación e implantación en el ciclo luteal.** Por el contrario, no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la página web www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/32067.htm).
- d. **NORTREL** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Laboratorios Farmacéuticos Markos S.A. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: Mecanismo de acción/Efecto. Anticonceptivo (sistémico): La inhibición de la excreción de las gonadotropinas de la pituitaria anterior previene la ovulación y la maduración folicular y es una de las acciones anticonceptivas de levonorgestrel. En algunos pacientes que usan anticonceptivos solamente dosis bajas de progestinas, particularmente implantes subdérmico de levonorgestrel, la ovulación no se suprime consistentemente de ciclo a ciclo. **El efecto anticonceptivo de la progestina se alcanza a través de otros mecanismos que resultan en interferencia con fertilización e implantación en el ciclo luteal tal como adelgazamiento del moco cervical y cambios en el endometrio.**”. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/52934.htm>).

- e. **POST DAY** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Lafrancol. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: POSTDAY es un medicamento que inhibe y retrasa la ovulación, altera el transporte espermático mediante el espesamiento del moco cervical. **Posteriormente impide la fecundación e implantación** por lo que no se debe administrar después de dicho suceso. Una de las acciones anticonceptivas del levonorgestrel es la inhibición de la secreción de gonadotropina de la glándula pituitaria anterior previniendo la ovulación y maduración del folículo”. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la siguiente dirección electrónica <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/47894.htm>).

- 41 . Conforme se desprende de la glosa aparecida en el inserto de los cinco productos mostrados y autorizados en nuestro país como Anticonceptivos Orales de Emergencia, **en todos los casos** se hace referencia al denominado “tercer efecto”, esto es expresamente refieren, según el caso, que además de inhibir la ovulación o espesar el moco cervical, **previenen, interfieren o impiden la implantación**.
- 42 . El Reglamento para el Registro, Control y Vigilancia Sanitaria de Productos Farmacéuticos y Afines, aprobado por D.S., N.º 010-97-SA, en su artículo 49º modificado por D.S. N.º 020-2001-SA establece que “El prospecto o inserto que acompaña al producto farmacéutico deberá consignar, la siguiente información: a) Nombre del producto farmacéutico. b) denominación Común Internacional (DCI). En el caso de los productos medicinales homeopáticos se deberá consignar el nombre científico del recurso o recursos utilizados. c) Forma farmacéutica. d) Principios activos y excipientes (c.s.p.). e) Acción farmacológica. f) Indicaciones. g) Cuando corresponda, deberá indicarse las interacciones con otros medicamentos y con alimentos, contraindicaciones, precauciones incompatibilidad, reacciones adversas, advertencias y tratamiento en caso de sobredosis. h) Dosis y vía de administración. Información sobre algunos excipientes cuyo conocimiento sea necesario para un correcto uso del producto.”

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

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

7.2. Lo que dice la FDA

- 45 . A mayor abundamiento, es necesario referir lo que respecto a los anticonceptivos de emergencia y, específicamente del producto Plan B (una de las formas como se presenta el producto en los Estados Unidos), señala la Agencia norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas FDA (<http://www.fda.gov/Drugs/DrugSafety/PostmarketDrugSafety/InformationforPatientsandProviders/ucm109795.htm>).

a. 1. What is emergency contraception?

Emergency contraception is a method of preventing pregnancy to be used after a contraceptive fails or after unprotected sex. It is not for routine use. Drugs used for this purpose are called emergency contraceptive

pills, post-coital pills, or morning after pills. Emergency contraceptives contain the hormones estrogen and progestin (*levonorgestrel*), either separately or in combination. FDA has approved two products for prescription use for emergency contraception – Preven (approved in 1998) and Plan B (approved in 1999).

Su traducción sería :

¿Que es anticoncepción de emergencia?

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

b. 2. What is Plan B?

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

Su traducción sería:

¿Qué es el Plan B?

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

c. 3. How does Plan B work?

*Plan B works like other birth control pills to prevent pregnancy. Plan B acts primarily by stopping the release of an egg from the ovary (ovulation). It may prevent the union of sperm and egg (fertilization). **If fertilization does occur, Plan B may prevent a fertilized egg from attaching to the womb (implantation).** If a fertilized egg is implanted prior to taking Plan B, Plan B will not work. (resaltado y subrayado nuestro).*

Su traducción sería:

¿Cómo trabaja (actúa) Plan B?

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

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

Cuya traducción es: “Farmacología clínica. 12.1 Mecanismo de acción. Las píldoras de anticoncepción de emergencia no son efectivas si las mujeres se encuentran embarazadas. Plan B One-Step se cree que actúa como un anticonceptivo de emergencia principalmente evitando la ovulación o la fertilización (por alteración del transporte del espermatozoide 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 Siguiende” y su acusada afectación al concebido con el denominado tercer efecto, que produciría cambios en el endometrio y no permitiría la anidación, será necesario utilizar el denominado por la doctrina y la legislación *principio precautorio*. Esta directriz adquiere especial relevancia en los casos donde se encuentran en controversia la posible afectación de los derechos a la salud y la vida, por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre.

8.1. Principio precautorio

48 . El principio precautorio inicialmente creado para la protección del hábitat de animales y después en general para la protección de la ecología y el medio ambiente, ha pasado ya también a ser pauta o recurso para el análisis de actividades, procesos o productos que puedan afectar a la salud del ser humano. La salud humana es uno de los ejes fundamentales del recurso a este principio.

49 . Al principio precautorio se le pueden reconocer algunos elementos. Entre ellos: a) la existencia de una amenaza, un peligro o riesgo de un daño; b) la existencia de una incertidumbre científica, por desconocimiento, por no haberse podido establecer evidencia convincente sobre la inocuidad del producto o actividad aun cuando las relaciones de causa-efecto entre éstas y un posible daño no sean absolutas, o incluso por una importante controversia en el mundo científico acerca de esos efectos en cuestión; y, c) la necesidad de adoptar acciones positivas para que el peligro o daño sea prevenido o para la protección del bien jurídico como la salud, el ambiente, la ecología, etc. Una característica importante del principio anotado es el de la inversión de la carga de la prueba, en virtud de la cual los creadores del producto o los promotores de las actividades o procesos puestos en cuestión deben demostrar que estos no constituyen un peligro o no dañan la salud o el medio ambiente.

50 . Respecto de este principio el Tribunal Constitucional ha señalado que “b) El “principio precautorio” o también llamado “de precaución” o “de cautela” se encuentra estrechamente ligado al denominado principio de prevención. Este exige la adopción de medidas de protección antes de que se produzca realmente el deterioro al medio ambiente. Aquel opera más bien ante la amenaza de un daño a la salud o medio ambiente y la falta de certeza científica sobre sus causas y efectos. Es justamente en esos casos en que el principio de precaución puede justificar una acción para prevenir el daño, tomando medidas antes de tener pruebas de este” [STC N.º 3510-2003-PA]. Adicionalmente ha señalado en la misma sentencia que “c) Si bien el elemento esencial del principio de precaución es la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables. No siempre la prohibición absoluta de determinada actividad es la única vía para alcanzar determinado grado de protección, pues, dependiendo del caso, el mismo puede ser alcanzado, mediante la reducción de la exposición al riesgo, con el establecimiento de mayores controles y la imposición de ciertas limitaciones”.

51 . Por lo expuesto, atendiendo a que, según lo evidenciado en autos, el mundo científico se encuentra fisurado respecto a los efectos del AOE sobre el endometrio y la implantación; es necesario ponderar cada una de las posiciones expresadas, a fin de definir jurídicamente si tales efectos existen. Dada esta realidad, y sin desconocer la validez e importancia de las opiniones presentadas durante el proceso, este Tribunal considera que hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital. Esta decisión se adopta fundamentalmente sobre la base de la información expresada en los insertos de cada una de las presentaciones de los anticonceptivos orales de emergencia, que en su totalidad hacen referencia a tal efecto.

52 . No obstante ello, la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable, pues como reiteradamente se ha señalado, ésta ha debido ser tomada aun cuando hay importantes razones del lado de la demandada, importantes pero no suficientes, para vencer la duda razonable aludida, por lo menos hoy en día. Más aún, atendiendo justamente a esa situación, debe quedar claro que si en el futuro se llegase a producir niveles de

consenso tales respecto de la inocuidad del *levonorgestrel* para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición.

8.2. Dilucidación de la controversia

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

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

- 55 . Sobre la base de las consideraciones expuestas *supra*, se ha fundamentado la inconstitucionalidad de la distribución gratuita como método anticonceptivo del Programa Nacional de Planificación Familiar del AOE. Sin embargo, este Colegiado estima necesario plantear algunas valoraciones sobre la venta y expendio del producto en farmacias privadas y establecimientos comerciales, no obstante no formar parte del petitorio de la demandante. Y ello porque los posibles efectos derivados de la libre comercialización desinformada de la AOE representan una amenaza concreta respecto de la cual no es posible permanecer indiferentes.
- 56 . Todos estos elementos de análisis no se afincan en el ámbito de un pretendido perfeccionismo moral ni en el de la tutela dispensada por un Estado paternalista. Los términos de por sí complejos de la controversia exigen que se tome posición; conviene subrayar por ello que frente al relativismo moral y ético de las sociedades actuales, la Constitución establece “un consenso mínimo, esto es, un consenso sobre un núcleo de criterios morales que representen los valores básicos para una convivencia realmente humana” [ROBLES, Gregorio. *Los derechos fundamentales y la ética en la sociedad actual*. Madrid: Cuadernos Civitas, 1997. pp. 183 y ss.]. Este Colegiado está convencido de que este consenso mínimo se encuentra en la afirmación de la protección que se exige a los poderes públicos respecto a los derechos fundamentales de la persona humana, y de las distintas dimensiones en las que concurre de manera concreta en un mercado libre de intercambio de bienes y servicios. En efecto, todos los seres humanos somos consumidores y usuarios, y todas las actividades económicas que el hombre realiza en una u otra medida están destinadas a la satisfacción de necesidades.
- 57 . Dentro del espectro de garantías de la tutela de los consumidores, en lo que a materia del presente caso corresponde, se emitirá pronunciamiento sobre el manejo de la información sobre los productos (de importancia para la salud pública y para una adecuada toma de decisión de consumo).
- 58 . Así, en el fundamento 9 de la STC N.º 3315-2004-AA/TC, se ha interpretado que el artículo 65 de la Constitución se sustenta en un conjunto de principios, dentro de los cuales se encuentra el principio *in dubio pro consumidor*. El cual, en sí mismo, implica un mandato para los operadores administrativos o jurisdiccionales del Estado (entre ellos este supremo Tribunal) para que realicen una interpretación de las normas legales en términos favorables al consumidor o usuarios en caso de duda insalvable sobre el sentido de las normas. En puridad, alude a una proyección del principio *pro consumidor*.
- 59 . De allí que si había duda sobre los efectos reflejada en los insertos del producto, ésta ha debido merecer, antes del otorgamiento del Registro Sanitario respectivo que autorizó su expendio en nuestro país, una evaluación y, a partir de allí, una aprobación por parte de las autoridades de Salud, conforme a lo previsto en la normativa del sector. Se exige por tanto la realización directa de la inspección técnica o técnico-sanitaria y de los correspondientes controles y análisis, en la medida en que se cuente con medios para su realización, o promoviendo, colaborando o facilitando su realización por otras entidades u organismos. De lo contrario, los consumidores quedarán en situación de indefensión por una deficiencia del Estado en su deber de cautelar los productos que ingresan al mercado, atendiendo sobre todo a la importancia que tienen en la salud y la vida humana misma. A esta situación se añade la comercialización indiscriminada, que no se encuentra

acompañada de la correspondiente prescripción, o del necesario control médico previo y posterior en los supuestos extraordinarios de su ingesta, o de la frecuencia de ella. Asimismo, se oferta como un método anticonceptivo, siendo que ni siquiera los sectores médicos más entusiastas pueden darle dicho carácter. Todo lo cual configura una situación de irregularidad inconstitucional.

- 60 . Por ello, este Colegiado considera que el presente caso permite revalorizar el *status* de consumidor no como el de ser sujeto pasivo de la economía que observa con indiferencia o impotencia el modo como los agentes económicos y las entidades del Estado competentes desarrollan sus actividades o entran en disputa, sino el de ser destinatario fundamental de las relaciones que la sustentan y, por supuesto, de aquellas que la justifican en el marco del Estado social y democrático de Derecho. Corresponde pues establecer límites fundamentados en la relevante posición que ocupa, lo que supone que no se puede permitir el acceso al mercado de productos cuyos efectos no se encuentran debidamente establecidos, por los riesgos inminentes que representa no sólo para la vida del concebido, sino incluso por los efectos secundarios que pueden presentarse en la propia mujer que las ingiere.
- 61 . Entonces surge la interrogante sobre la legitimidad del Estado para intervenir de alguna manera frente a esta situación. El razonamiento económico alega que en los “mercados perfectos” se debe permitir a los compradores y vendedores interesados llevar a cabo sus transacciones comerciales sin interferencia del gobierno. Pero los productos farmacéuticos y la atención de salud son diferentes de otros bienes de consumo, por lo que varias consideraciones apoyan la necesidad de participación del gobierno. Uno de estos supuestos habilitantes es el desequilibrio de información, pues a entender de este Colegiado queda acreditado que las mujeres destinatarias, y a menudo los profesionales de la salud, tienen dificultades para tener información completa acerca de la calidad, inocuidad, eficacia e idoneidad de este producto.
- 62 . En consecuencia, todo ello exige que el consumidor disponga de información suficiente sobre la seguridad y efectividad del producto. Son las autoridades competentes las que deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen tales exámenes y autoricen el fármaco sin grados de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan (inversión de la carga de la prueba).

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

HA RESUELTO

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

Publíquese y notifíquese.

VERGARA GOTELLI
MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA