

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

VOTO SINGULAR DE LOS MAGISTRADOS LANDA ARROYO Y CALLE HAYEN

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

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

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

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

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, se apersona al proceso deduciendo las excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, caducidad y falta de agotamiento de la vía administrativa. Por otra parte y en cuanto al fondo de la demanda, solicita que la misma sea declarada improcedente y/o infundada fundamentalmente por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N° 007-2003-SA, de

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

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

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

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

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

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

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

- k) La Academia Peruana de Salud, quien mediante escrito del 06 de Diciembre del 2005 argumenta que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo científicamente reconocido, efectivo y seguro que cubre las necesidades insatisfechas de planificación familiar, evitando las consecuencias de embarazos no deseados que incrementan la mortalidad materna, especialmente en las mujeres pobres y adolescentes, por lo que garantizar su accesibilidad es un asunto de salud pública que compete al Estado.
- l) La Organización Panamericana de la Salud (Oficina de la Organización Mundial de la Salud) quien mediante escrito del 14 de Marzo del 2006 puntualiza que la comunidad científica internacional coincide en que el anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio, siendo por otro lado, un asunto de salud pública, en tanto que permite a las mujeres y sobre todo a las más pobres, contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados.
- m) El Colegio Médico del Perú, quien mediante escrito del 15 de Marzo del 2006 especifica que la política de Estado destinada a garantizar el acceso al anticonceptivo oral de emergencia de las mujeres pobres y extremadamente pobres constituye la respuesta más adecuada que el Estado pueda dar a la sociedad para atender el problema que suponen los embarazos no deseados y los abortos inducidos, garantizando el derecho a la planificación familiar. Por lo demás, la actitud de quienes se oponen a su acceso se debe a la falta de información o de actualización en la información sobre el mecanismo de acción de las hormonas del citado anticonceptivo, solo así se explica que el supuesto teórico de acción antiimplantatoria del óvulo fecundado en el endometrio continúe siendo un tema de controversia.
- n) El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMXEX) quienes mediante escrito del 15 de Marzo del 2006 arriban a la conclusión de que el anticonceptivo oral de emergencia no amenaza ni viola la vida del concebido. Agregan que las normas que obligan al Ministerio de Salud a distribuir dicho método son plenamente constitucionales y por tanto aplicables y que, al revés de ello, su no provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.
- o) La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFA) quien mediante escrito del 20 de Julio del 2007, concluye en que científicamente no es posible afirmar que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos, incertidumbre que resulta suficiente para encontrar acreditada la amenaza reclamada sobre el derecho fundamental a la vida del concebido.
- p) La Population Research Institute quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008, sostiene que no se puede comercializar una droga cuando existe la posibilidad de que uno

de sus mecanismos de acción pueda atentar contra el derecho a la vida. La duda en todo caso favorece la vida, y en el caso concreto al embrión.

- q) La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA), quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008, argumenta que la píldora del día siguiente puede prevenir la implantación en el útero de un óvulo fecundado, es decir, de un concebido, lo cual frustra el curso regular y natural de una vida que es la que el Estado debe proteger y respetar.
- r) La Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, quien mediante escrito del 11 de Septiembre del 2008 sostiene que la vida humana comienza con la fusión del ovulo y el espermatozoide, dándose con ello inicio a la concepción. Por otra parte y de generalizarse el uso del anticonceptivo oral de emergencia se correría el riesgo de condenar a muerte a un vasto sector de seres humanos cuyo único delito sería no haber llegado a tiempo para implantarse en el útero de la madre.

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

FUNDAMENTOS

Petitorio

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

población, la planificación familiar y el uso de métodos anticonceptivos, **d)** El Anticonceptivo Oral de Emergencia. Utilización y efectos o incidencias en su administración gratuita.

Legitimación Procesal

- 3) De manera preliminar a la dilucidación de la presente controversia y al margen de que la sede judicial se haya pronunciado sobre las excepciones en su momento deducidas por la Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud, consideramos necesario puntualizar, particularmente por lo que respecta a la condición procesal de la demandante, que esta última tiene plena legitimidad para plantear el presente proceso constitucional, habida cuenta de los alcances de la pretensión planteada que, al margen de que pueda o no resultar legítima, incide sobre el derecho fundamental a la vida, que no sólo puede ser invocado a título subjetivo sino que tiene el carácter de un valor objetivo o de trascendencia general que, como tal, puede ser reclamado en forma totalmente abierta y no restringida, como lo pretende la demandada.

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

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

constitucionales. Sólo así será posible dar una respuesta, lo más razonable posible, a eventuales circunstancias conflictivas no deseadas, pero existentes, sea que involucren la vida de la persona humana o del concebido.

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

- 9) El mensaje que la Constitución incorpora al reconocer el derecho fundamental a la vida se dirige a considerar que dicho atributo se refiere tanto a la persona humana como sujeto de derecho individualizado a partir de su nacimiento, como el reconocimiento constitucional de la existencia del concebido, en cuanto sujeto de derecho que está por nacer. El Artículo 2º, inciso 1) de nuestra norma fundamental es concluyente al respecto al reconocer no solo que *“Toda persona tiene derecho: ...A la vida”* sino que *“El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece”*.
- 10) Por otra parte y en concordancia con la directriz establecida en la Disposición Final Cuarta de nuestra norma fundamental (*“Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”*), cabe añadir, que el Artículo 4º, inciso 1) de la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica ha previsto no solo que *“Toda persona tiene derecho a que se respete su vida”* sino que *“Este derecho estará protegido por la ley, y en general, a partir del momento de la concepción”*.
- 11) A nivel infraconstitucional, son diversas las normas que se pronuncian sobre el tema. De todas ellas merecen destacarse, por su adecuado enfoque y por su correcto manejo de los términos: **a)** El Código Civil de 1984, cuyo Artículo 1º reconoce que *“La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento”* que *“La vida humana comienza con la concepción”* y que *“El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece”*; **b)** El Decreto Legislativo 346 o Ley de Política Nacional de Población del 06 de Julio de 1985, cuyo Título Preliminar, Artículo IV, inciso I establece que *“La Política Nacional garantiza los derechos de la persona humana: A la Vida”* y que *“El concebido es sujeto de derecho desde la concepción”*; o **c)** La Ley General de Salud del 20 de Julio de 1997 (Ley N° 26842), cuyo Título Preliminar, Artículo III, prevé que *“Toda persona tiene derecho a la protección de su salud en los términos y condiciones que establezca la ley...”* así como que *“El concebido es sujeto de derecho en el campo de la salud”*.
- 12) De las glosadas disposiciones constitucionales y legales, se aprecia, que el Estado está obligado a proteger la vida en cuanto atributo le corresponde, tanto sobre la condición de la persona ya nacida, como sobre la condición del sujeto de derecho que está por nacer (claro está, con sus evidentes alcances y correspondientes límites), pero, no se infiere de dicho bloque constitucional que el ordenamiento haya definido en sí mismo el instante preciso en que acontece la concepción.

- 13) Debates científicos de larga data han intentado dar respuesta al tema, optando por diversas posiciones o teorías, de las cuales dos son las más difundidas **a) La Fecundación** y **b) La Anidación**.

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

Para la Teoría de la Anidación, en cambio, la fecundación es importante, pero no determinante del inicio de la concepción, pues el cigoto necesita no solo desarrollarse durante un periodo determinado de días (aproximadamente siete) sino que requerirá obligatoriamente implantarse (anidarse) en la capa interna del útero (el endometrio) que es donde recién podrá gozar de las condiciones necesarias que hagan plenamente viable un embarazo. Durante la fase en que el cigoto aún no se encuentra anidado no se puede asegurar la existencia del embarazo ya que no se han dado las condiciones naturales para ello; prueba de lo señalado, es que muchos de los óvulos fecundados (casi el 60%), nunca llegan a implantarse y se pierden antes de la ovulación sin que la propia persona se percate de ello. La determinación del inicio de la concepción y, en consecuencia, de la subjetividad de la protección constitucional en todo cuanto le favorezca, no es entonces algo que dependa de la fecundación, sino de la anidación, incluso con límites. Esto en la medida que la misma ciencia ha determinado que parte de los óvulos fecundados que logran implantarse, tampoco aseguran su existencia y desarrollo por diversos motivos naturales.

- 14) El Tribunal Constitucional a nuestro entender, no debe pretender solucionar debates científicos ni mucho menos definir lo que solo las especialidades respectivas están llamadas a dilucidar y responder; pero sí es su responsabilidad ser el intérprete constitucional, con el auxilio que cada ciencia o disciplina le proporciona en cada caso, en el espacio y tiempo pertinente. Naturalmente y para tal efecto la ciencia jurídica deberá sustentar sus posiciones de acuerdo con fundamentos que resulten razonables (justos o compatibles con el sentido común) lo que supone por correlato, la exclusión de posturas que resulten típicamente decisionistas o de argumentos carentes de un mínimo o elemental respaldo. El derecho, en suma, no va a definir lo que es propio de las otras ciencias, pero sí puede tener en cuenta todas aquellas respuestas suficientemente sustentadas que le ofrecen estas.
- 15) Al respecto cabe señalar que la Organización Mundial de la Salud (OMS), quien en su condición de organismo internacional de las Naciones Unidas, especializado en la materia, se ha orientado hacia la teoría de la anidación al considerar que el embarazo sólo comienza cuando se completa la implantación y por tanto hay aborto cuando se interrumpe el embarazo; a esta postura, por lo demás, se han sumado otras entidades

especializadas como el Comité de Ética de la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), el Colegio Americano de Obstetricia y Ginecología y en nuestro medio, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, sin perjuicio de haber sido también recogida por instituciones autorizadas en la temática de los derechos humanos, como la Defensoría del Pueblo (Cfr. La Anticoncepción Oral de Emergencia. Informe Defensorial N° 78, Defensoría del Pueblo, Lima Junio del 2004, Págs. 30-32)

- 16) Adicionalmente a lo expuesto es de considerar, por ser especialmente significativo en el plano jurídico, que en el ámbito del derecho penal, escenario donde como bien se sabe, se protege de manera intensa los bienes jurídicos esenciales la determinación de la existencia del delito de aborto, toma como referencia directa el inicio de la gestación. Los artículos 115°, 118°, 119° y 120° del Código Penal no dejan dudas al respecto, al referirse en todos estos casos, a la “gestante” al “embarazo”, o simplemente a la “embarazada”. No existe a nivel de la jurisprudencia penal, un solo caso en el que se haya sancionado a una persona por el citado delito, sin que exista constancia o acreditación a ciencia cierta, del estado de embarazo, gestación o concepción.
- 17) No obstante, con las afirmaciones precedentes, es de absoluta relevancia puntualizar que no estamos afirmando que el estatus de un embrión fecundado pero no anidado no se encuentre ligado a un tema concerniente con la vida y **tampoco estamos tomando posición respecto al debate de la ciencia respecto de las teorías del inicio de la concepción. Sin embargo, atendiendo a la relevancia de la materia, es que consideramos necesario recomendar que el Estado, a través de sus órganos competentes, estime debatir una legislación que responda al tratamiento que el derecho debe dar al embrión antes de su anidación.**

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



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

- 18) El Estado Social de Derecho, como lo ha precisado nuestro Colegiado en más de una oportunidad, es el modelo por el que opta el ordenamiento constitucional peruano. Por tal modelo de Estado, los roles abstencionistas típicos del constitucionalismo liberal, se ven integrados y más aún, redimensionados, por la asunción de deberes y obligaciones positivos o prestacionales, estos últimos, legitimados sobre la base de objetivos sociales plenamente reconocidos en nuestro ordenamiento. De acuerdo con estos últimos, el Estado no se limita a ser un garante de las libertades, sino un propulsor de derechos. Su misión, antes que vigilante es promotora, especialmente sobre aquellos derechos cuya realización requiera de condiciones materiales para su plena efectividad.
- 19) Aunque los niveles de actuación que pueda tener un Estado Social, no son iguales en todos los casos, dependiendo ello de la naturaleza de los derechos eventualmente involucrados y por sobre todo, de un adecuado equilibrio entre estos y los objetivos o finalidades que la Constitución proclama, queda claro que en ninguna circunstancia se puede objetar, la necesidad de legitimar conductas positivas y de establecer políticas estatales que las sustenten.
- 20) En el contexto descrito, cuando el Artículo 6º, primer párrafo, de nuestra Constitución Política proclama que *“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables”* que *“Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir”* y que *“...el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud”*, lo que está queriéndose indicar es que con independencia de la libre voluntad de procreación que tienen las personas y las familias, es necesario fomentar una cultura de responsabilidad en las mismas que resulte compatible con el equilibrio demográfico del país. A tales efectos la política nacional de población, no solo se limita a trazarse como una estrategia de acción, sino que comprende aspectos educativos, informativos y materiales que sin afectar derechos esenciales como la vida o la salud, permita consolidar los objetivos de responsabilidad en el rol de las personas.
- 21) En rigor, son esencialmente dos los mensajes centrales que encierra el citado dispositivo, y que aún cuando se encuentran intervencionalmente entre sí, vale la pena, analizarlos por separado.
- 22) La Política Nacional de Población, es un tema de libre opción del legislador y del ejecutivo pero dentro del marco de la Constitución. Sin embargo, también debe tener en cuenta las falencias económico-sociales que nos acompañan y de la incidencia de las mismas sobre la población (especialmente sobre aquella con menores recursos). Es necesario el diseño de una estrategia que permita la superación de situaciones como las descritas en forma paralela al crecimiento o desarrollo del país. En tales circunstancias, el equilibrio demográfico no es una meta que pueda considerarse cuestionable, sino una manera de asegurar el disfrute de condiciones por parte de todos los peruanos haciendo viable el concepto de una auténtica vida digna.

- 23) Ahora bien, el equilibrio demográfico en el contexto de un Estado no solo social, sino y por sobre todo, Democrático, no puede de ninguna manera suponer imposiciones o intromisiones en la esfera autodeterminativa del individuo, sino fórmulas inteligentes y por demás legítimas de cara a los valores y bienes constitucionales. La Constitución, se esfuerza en ello y por lo mismo predica que la manera de entender como legítima la actuación del Estado frente a la sociedad es a través de la paternidad y maternidad responsables, concepto este último que como ya se ha adelantado busca generar, dentro del mas irrestricto respeto por la libertad y autonomía personal, un clima de responsabilidad o toma de conciencia en las familias o personas que decidan procrear.
- 24) Correlato en la existencia de la citada política nacional de población, es sin embargo y como ya se ha visto, el reconocimiento del derecho que tienen las familias y personas de decidir el número de hijos que desean tener. Se ingresa así al escenario de los llamados derechos reproductivos, que permiten, entre otras cosas, reivindicar la libertad responsable para disponer sobre la propia capacidad reproductiva (como, cuándo y cuántos hijos tener), a optar por el método de control anticonceptivo legal que resulte de preferencia, y al de gozar de la información y los medios necesarios destinados a dicho cometido.
- 25) Los llamados derechos reproductivos no son absolutos, sino relativos; en la medida que tienen una doble naturaleza, son derechos subjetivos en cuanto la decisión sobre su puesta en ejercicio no requiere ningún tipo de intervención que no sea la estrictamente personal, y son al mismo tiempo objetivos, en tanto su plena realización sólo se consigue en el marco de las regulaciones jurídicas proporcionadas desde el Estado, particularmente de aquellas normas prohibitivas, como permisivas. Dentro de estas últimas, las que garantizan la información y el acceso a métodos o fórmulas que permitan hacer viable la autodeterminación reproductiva, sea en un sentido positivo (voluntad de procrear) sea en un sentido negativo (voluntad de no procrear).
- 26) En el contexto descrito es donde cobra especial protagonismo la presencia de métodos anticonceptivos como fórmulas de control de la natalidad. Para nadie es un secreto que si lo que se busca es garantizar la paternidad y maternidad responsables son diversas y muy variadas las fórmulas tendientes a lograr dicho cometido; ellas pueden inspirarse en técnicas propiamente naturales (abstención, control temporal, etc.), como también en fórmulas artificiales, creadas ex profeso para dicho propósito (instrumentos, sustancias o medicamentos anticonceptivos). Como es evidente, en el acceso a los citados métodos adquiere un papel gravitante el Estado, sea para informar adecuadamente de su existencia y alcances, sea para garantizar su disponibilidad a las personas interesadas, principalmente, a aquellas con menores o más escasos recursos.
- 27) Respetando la libertad de creencias y los enjuiciamientos que algunos sectores han formulado sobre los métodos anticonceptivos de tipo artificial, consideramos viable su utilización en tanto cumpla con los estándares médicos de calidad, eficiencia, seguridad e información. Igualmente consideramos legítimos los llamados métodos naturales. El sustento constitucional de tal premisa es pues y como ya

se ha visto, el fomento de una adecuada como necesaria paternidad y maternidad responsables.

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

- 28) El llamado Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE), en el escenario descrito, se encuentra referido a “*determinados métodos usados por las mujeres después de pocas horas o pocos días de haber tenido una relación sexual sin protección, con la finalidad de prevenir el embarazo*”, definición esta última que ha sido adoptada por el Consorcio para la Anticoncepción de Emergencia y que se encuentra integrado por más de 25 organizaciones internacionales e instituciones no gubernamentales y gubernamentales que vienen trabajando en el campo de la salud, educación y derechos sexuales y reproductivos, encontrándose integrado al mismo, la propia Organización Mundial de la Salud
- 29) Existe uniformidad de criterio en estimar que la razón por la que se hace legítimo contar con la existencia de los AOE radica en el hecho de prevenir, urgentemente, embarazos no deseados. Determinar en todo caso, las motivaciones por las que se opta por tal decisión, puede responder a diversas circunstancias que a nuestro juicio dependen de la estricta autonomía personal. A diferencia de la polémica que suele suscitarse cuando se trata de la interrupción voluntaria del embarazo (es decir, del proceso de concepción ya iniciado) donde la determinación de las motivaciones que lo acompañan, puede resultar y de hecho resulta un asunto gravitante a considerar, no ocurre lo mismo, cuando se trata de prevenirlo. En tal contexto es solo la persona o, desde una perspectiva más amplia, la pareja, la que decide en total e irrestricta autonomía.
- 30) Se acepta a nivel internacional la existencia de dos formas de Anticonceptivos de Emergencia. Unos son de tipo hormonal y otros de tipo no hormonal. Los de tipo hormonal se aplican a través de dos posible planes o métodos: el método Yuzpe que supone la ingesta de una combinación de estrógenos (etinil estradiol) y progestágenos (levonorgestrel, norgestrel, gestodeno o desogestrel) o la ingesta de sólo progestágenos. Entre los anticonceptivos de emergencia no hormonales, encontramos a los dispositivos intrauterinos post coitales o también a la denominada Píldora RU 486. Es pertinente precisar que no todos los anticonceptivos considerados de emergencia, son los autorizados en nuestro país como parte de los programas de planificación familiar, sino específicamente los de tipo hormonal.
- 31) De acuerdo con la información científica de la que se dispone, existe consenso en señalar que es el anticonceptivo de emergencia no hormonal conocido como Píldora RU 486, el que puede considerarse como de efectos típicamente abortivos; sin embargo también es conveniente anticipar que no es sobre éste último que se realiza el presente análisis, toda vez que, como ya se anticipó, se encuentra totalmente excluido de los programas de planificación familiar existentes en nuestro país.

- 32) Tomando en cuenta que el presente análisis se circunscribe a los anticonceptivos de emergencia de carácter oral, que si han sido autorizados en los programas de planificación familiar existentes en el Perú, debe precisarse, en primer término, que si se examina sus diversos componentes, es perfectamente posible acreditar que estos últimos son, en la práctica, los mismos que conforman los anticonceptivos de uso normal, con la única variante que son administrados en dosis mayores y en forma posterior a la relación sexual; en otras palabras, la ingesta de anticonceptivos de uso normal en dosis mayores (por ejemplo 0.75mg en dos tomas sucesivas de levonogestrel) y luego de la relación sexual tendrá el mismo efecto que los AOE.
- 33) Si se trata en consecuencia de precisar la ubicación de los AOE, en el ámbito de la política de control de la natalidad, una primera conclusión, sería entonces la de considerarlos como métodos de anticoncepción absolutamente regulares.
- 34) Determinar sin embargo los efectos o incidencias de los AOE, es lo que a pesar de todo y por largo rato ha estado en el centro del debate. La comunidad científica, en un principio, ha venido considerando uniformemente que son dos los efectos o incidencias de los mismos **a)** Un efecto sobre el proceso de ovulación, el mismo que es inhibido o retrasado, y **b)** Un efecto sobre el proceso de migración espermática, el que se ve interrumpido o dificultado al volverse inusualmente espeso el moco cervical. En uno u otro caso no existiría mayor observación, desde que incidencias como las descritas, son típicas de todo método anticonceptivo y no tienen nada de irregulares, tanto más si se producen en el período anterior a la fecundación.
- 35) Posteriormente se ha mencionado la existencia de un tercer efecto, que al incidir directamente sobre el endometrio o capa interna del útero, podría alterar el proceso de implantación del embrión y por tanto podría resultar abortivo. Sobre el particular la comunidad científica acepta que junto con los dos efectos antes descritos, también se podrían producir determinadas alteraciones sobre el endometrio. Sobre esta base, consideramos que el punto central del debate consistiría entonces en determinar, si las aceptadas alteraciones endometriales, por muy leves que resulten, serían tan gravitantes como para provocar una afectación decisiva en la existencia del cigoto, sea para impedir o inhibir su anidación, sea para fomentar su desprendimiento. Sin embargo, el ingreso a este debate sólo se puede dilucidar con el apoyo de la ciencia acudiendo a sus postulados relevantes y consistentes en el actual espacio y tiempo.
- 36) La respuesta, de acuerdo con la información de la que se dispone, no permite considerar como válidas las observaciones formuladas al uso de los AOE. En primer lugar, cuando se trata de un embrión ya implantado, la comunidad científica acepta pacíficamente que no se va a producir desprendimiento alguno, por lo menos a instancias del fármaco. Basta con revisar la posología del cualquier AOE para acreditarlo (inclusive la demandante ha acompañado una de estas posologías a fojas 610-A, en la que se deja claramente establecida esta consideración). En segundo lugar, consideramos, atendiendo a la posible afectación del derecho a la vida o, en todo caso, al bien jurídico constitucionalmente protegido constituido por la vida del embrión contenido en el artículo 2 inciso 1 de la Constitución Política del Perú, que es pertinente pronunciarse respecto de si la

inhibición de su implantación implica la afectación del derecho-bien a la vida humana; No obstante, acudiendo nuevamente al estado actual de la ciencia debe verificarse si este efecto se encuentra presente o si se han despertado dudas razonables de su existencia.

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

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

37) Al respecto, resulta muy ilustrativo constatar lo que Gedeon Richter Ltd., fabricante del producto cuestionado y citado por la propia demandante como fuente de respaldo a la

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

Dilucidación de la Controversia.

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

legislativas propias de su campo. Si todos los actos de la administración y los actos administrativos propios de un Ministerio, se sometieran a una preliminar consulta o aprobación por parte del Congreso quebraría el principio constitucional de la división de poderes. En el presente caso, la materia discutida tiene que ver con un tema de la ejecución de la política de salud reproductiva y por consiguiente resulta plenamente constitucional la actuación del Poder Ejecutivo a través del sector correspondiente. Naturalmente lo dicho en nada descarta o imposibilita el que *a posteriori* y en la lógica de regular un tema tan relevante como el presente, el Congreso pueda intervenir por vía de sus competencias fiscalizadoras.

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

- 41) Un aspecto adicional a tomar en consideración y que en el presente caso merece especial referencia, es **el que se refiere a la discriminación que podría generarse de haberse optado por acoger la demanda.** Como es bien sabido, la venta y uso del AOE se encuentra plenamente garantizado por el Ministerio de Salud en tanto que sus componentes no se encuentran prohibidos ni daña la salud de las mujeres; ello equivale a sostener que quien goza de recursos económicos, y cuenta con la autorización médica respectiva, y no requiere de la atención de los centros de salud estatales, no tiene ni tendrá jamás impedimento alguno para su adquisición en las farmacias y su uso extraordinario.
- 42) Lo que sin embargo objeta la parte demandante es que sea el Estado el que a través de su política de salud establezca programas de distribución gratuita del AOE. Estos últimos como es bien sabido, no están diseñados para quienes cuentan con recursos económicos y no necesitan por tanto medidas estatales de tipo prestacional. El diseño de los programas estatales de salud reproductiva, en realidad y sin perjuicio de su carácter universal, está diseñado preferentemente para los sectores poblacionales más necesitados; es decir, aquellos que no cuentan con recursos económicos y aquellos que tienen escasa educación. **En tales circunstancias, resulta contradictorio, por decir lo menos, que la parte demandante pretenda que la única manera de poder acceder a los AOE sea contando con recursos económicos que demandan la asistencia médicas o de otro tipo privadas y la compra de píldoras anticonceptivas en las farmacias privadas y esté vedado para aquellos que por imposibilidad de contar con los recursos económicos o que no estén adecuadamente instruidos puedan ejercitar de manera libre e informada su derecho a escoger el método anticonceptivo de su elección.**

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

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

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

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

- 46) La información sobre los métodos anticonceptivos y su implicancia en la salud sexual y reproductiva tiene especial relevancia para la dilucidación del presente caso pues resulta

medular en la eficacia del derecho de una persona a decidir cuándo, con quién, cómo y cuántos hijos va a tener; este derecho es central para la mujer pues es ella la que al convenir en su deseo de procrear tendrá, por la causa natural del proceso de gestación, las responsabilidades que supongan el cuidado del *naciturus*; esta responsabilidad reposa además en una obligación del Estado en brindar de toda la información posible respecto de los métodos anticonceptivos, además de la protección de la mujer gestante y del concebido, así como de la protección regulada por el Estado de la etapa post parto.

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

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

En efecto, aún cuando hay posiciones científicas que postulan la existencia de un posible efecto inhibitorio de implantación, esta duda no desvirtúa la posición que establece que no se inhibe la implantación del embrión en el endometrio **siempre que se use el AOE de forma adecuada, es decir en las dosis recomendadas y atendiendo no a su uso regular y continuo sino a su uso estrictamente en caso de emergencia.** En consecuencia también se debe informar de manera intensa sobre los efectos dañinos, sean estos probados o solo riesgos que produce el uso regular del AOE, fuera de circunstancias

excepcionales de emergencia, así como la ingesta de dosis mayores a la establecida en los estudios científicos corroborados por la HRP (*cf.* Fundamento 37 *supra*) . Queda claro, acudiendo al lenguaje de la ciencia actual que mientras los programas de salud pública reproductiva suministren la AOE en forma debida, no provoca un efecto detectable sobre el endometrio y no evita el proceso de anidación o peor aún el desprendimiento del embrión. Sus efectos como ya se dijo, son de dos tipos y en ellos, no existiría ningún tipo de paralelo con la interrupción voluntaria del embarazo. Asimismo, esta misma exigencia de información debida y completa se debe hacer extensiva a los particulares, en especial a los profesionales de la salud que brindan las recetas y a los establecimientos que expenden el AOE, quienes también deberán informar de manera completa al consumidor potencial del AOE conforme las exigencias médicas, y lo especificado en este fundamento; por ello se debe exigir se cumpla con insertar en la literatura que acompaña a la venta de los AOE la misma información que se inserta en su país de origen, consideración, esta última, que debería hacerse extensiva a todos los productos farmacéuticos que se suministran legalmente en nuestro país.

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

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

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

- 49) En consecuencia, no se puede derivar de la aplicación del principio precautorio como dispone el fallo en mayoría, que la medida a adoptar sea la prohibición absoluta de la distribución de la píldora del día siguiente, en el marco de la política de salud pública; por cuanto, el principio precautorio debe fundamentarse no sólo en una duda razonable sobre la supuesta violación de derechos constitucionalmente protegidos; sino que requiere de un test mínimo de razonabilidad o proporcionalidad consagrado en la jurisprudencia

constitucional (STC N° 06089-2006-AA, STC N° 045-2004-AI, STC N° 0012-2006-AI, STC N° 00007-2006-AI); en el cual se realizan los tres sub juicios:

- 1.- Verificar si la medida de restringir la provisión gratuita de la píldora del día siguiente (AOE) en los servicios de salud públicos, es *adecuada*, tanto a los derechos a la salud sexual y reproductiva de las usuarias como a la protección de los bienes constitucionales protegidos por la salud pública.
- 2.- Evaluar si es *necesario* prohibir el derecho de las mujeres que se atienden en los servicios de salud públicos, usualmente las de menores recursos económicos, de acceder a la píldora del día siguiente, por no haber otra medida que la haga menos gravosa.
- 3.- Optar razonadamente por la medida estrictamente *proporcional* al logro de la tutela de los derechos y bienes constitucionales en conflicto; mediante la graduación de la intensidad de la limitación al acceso de la píldora del día siguiente; más aún, cuando es constitucional el expendio de la misma en las farmacias y los servicios de salud privados.

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

Por estos fundamentos, nuestro voto es porque:

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

Publíquese y Notifíquese.

SS

LANDA ARROYO
CALLE HAYEN