

PRIMER JUZGADO ESPECIALIZADO  EN LO CONSTITUCIONAL DE LIMA

EXPEDIENTE: 30541-2014-0-1801-JR-CI-01

MATERIA : ACCIÓN DE AMPARO

ESPECIALISTA : SANCHEZ BARAZORDA PAOLA VICTORIA

DEMANDADO : PROCURADOR DEL MINISTERIO DE SALUD,

MINISTERIO DE SALUD

: ONG ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION SIN

COMPONEDA

DEMANDANTE : GOMEZ HINOSTROZA, VIOLETA CRISTINA

SENTENCIA

RESOLUCIÓN No. CUARENTA Y SIETE

Lima, 02 de julio de 2019.-

VISTOS:

El proceso seguido por **VIOLETA CRISTINA GOMEZ HINOSTROZA** (a quien en adelante se le denominara “La demandante”) contra **MINISTERIO DE SALUD** (a quien en adelante se le denominara “El demandado”) y su litisconsorte necesario pasivo **ACCION DE LUCHA ANTICORRUPCION “SIN COMPONENDA”** (a quien en adelante se le denominara “ONG” o “Acción de Lucha Anticorrupción Sin Componenda”); sobre **PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO**.

RESULTA DE AUTOS:

De la demanda: mediante escrito de fojas 170 a 183, **GOMEZ HINOSTROZA, VIOLETA CRISTINA** interpone **PROCESO CONSTITUCIONAL DE AMPARO** contra el **MINISTERIO DE SALUD**; para que, se ordene al Ministerio de Salud a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia –Píldora del día siguiente (Levonorgestrel) en todo los Centros de Salud del Estado.

La actora alega entre otros hechos que se tienen en consideración los siguientes:

- 1) Que, en julio del 2001, mediante Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, se incorporó la anticoncepción oral de emergencia como un método anticonceptivo que debía ser difundido y distribuido gratuitamente a nivel nacional, asimismo mediante la Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, aprobada con fecha 14 de julio de 2005 entro en Vigencia la Norma Técnica N° 032-MINSA/DGSP-V.01 mediante la cual se reafirmó el deber del Ministerio de Salud de difundir y distribuir gratuitamente el anticonceptivo oral de emergencia.
- 2) Que, la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” mediante un proceso de amparo ante el Poder Judicial, provocó la prohibición de la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia.
- 3) Que, mediante la sentencia de fecha 16 de octubre de 2009 expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 2005-20 09-PA/TC se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por la ONG “Acción Lucha Anticorrupción” y en consecuencia, se ordenó al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada píldora del día siguiente, pese a esta prohibición, la sentencia permitió su venta en los establecimientos privados.
- 4) Que, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, estableció que el inicio de la vida humana se produce con el ingreso del espermatozoide al óvulo, es decir, con la fusión de la célula materna y paterna (fecundación), circunstancia en la cual se origina el huevo o cigoto humano.
- 5) Que, el Tribunal Constitucional señaló en su fundamento 52 de la sentencia comentada que su decisión de prohibir la distribución del anticonceptivo oral de emergencia en los Centros de Salud del Estado no era inmutable y que si en el futuro quedará claro la inocuidad de la píldora del día siguiente (Levonorgestrel) para el concebido, evidentemente se tendría que cambiar de posición.
- 6) Que, con la Sentencia del Tribunal Constitucional emitida en el expediente N° 02005-2009-PA/TC se ha dado lugar a una forma de discriminación indirecta, al prohibir la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia AOE, en los Centros de Salud del Estado, y pese a ello, se permite su venta en boticas, farmacias, y otros establecimientos privados.
- 7) Que, la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Caso Artavia Murillo vs Costa Rica” de fecha 28 de noviembre de 2012 ha definido jurídicamente

desde la Convención Americana de los Derechos Humanos como se debe interpretar el término “concepción”, “embrión” y “persona” respecto a la protección del derecho a la vida.

- 8) Que, los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el concebido y el derecho a la vida son vinculantes al Estado Peruano, a pesar, que la sentencia antes indicada se ha pronunciado respecto a otro Estado, ello debido a que nuestro país forma parte de la Convención Americana de los Derechos Humanos, y a lo establecido en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución Política del Perú.
- 9) Que, a nivel médico y científico existe certeza que el anticonceptivo oral de emergencia no puede causar aborto del óvulo fecundado que se ha implantado en el útero materno, es decir existe certeza que no puede provocar el aborto del concebido.

Del trámite del proceso: Por resolución número uno, de fojas 184 a 186, se declaró improcedente la demanda, por lo que, la demandante interpone recurso de apelación, mediante resolución dos a fojas 192, se concede apelación con efecto suspensivo y se elevan los autos al superior jerárquico.

La Primera Sala Civil mediante resolución tres, de fojas 221 a 225, declara nula la resolución de primera instancia, por lo que, mediante resolución número seis a fojas 231, se admitió a trámite la demanda; y se dispuso correr traslado al demandado, por el plazo de cinco días.

Mediante escrito de fojas 258 a 264 la entidad emplazada contesta la demanda, contradiciéndola y alegando entre otros hechos que se tienen en consideración los siguientes:

- 1) Que, en cuanto la presunta violación de no informar respecto del anticonceptivo oral de emergencia – Píldora del día siguiente, en estricto cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 6° de la Constitución Política del Perú, el Ministerio de Salud brinda la información para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, que no se circunscriben única y exclusivamente al uso de la “píldora del día siguiente”, sino al uso de los distintos métodos anticonceptivos.
- 2) Que, en el caso concreto de la información respecto a la píldora del día siguiente el Ministerio de Salud viene cumpliendo con brindar la información,

conforme consta en la página web del MINSA www.minsa.gob.pe donde se puede advertirse que existe información didáctica y responsable de su uso.

- 3) Que, en cuanto a la pretensión de no distribuir gratuitamente el anticonceptivo oral de emergencia – Píldora del día siguiente, debe tenerse en presente que el Tribunal Constitucional al emitir sentencia en el expediente N° 02005-2009-PA/TC, ordenó al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la píldora del día siguiente (Levonorgestrel).
- 4) Que, independientemente de no compartir el criterio del Tribunal Constitucional contenido en dicha sentencia, está obligado a dar cumplimiento a la misma, en sus propios términos, mientras no haya otra sentencia de dicho órgano que modifique el criterio jurisprudencial contenido en la sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC.

Dentro del transcurso del proceso se apersonan al mismo y solicitan ser considerados en la condición de ***amicus curiae*** diversas entidades y organizaciones de las cuales se admiten:

- a. **La Universidad Peruana Cayetano Heredia** quien mediante escrito de fecha 21 de julio 2016 puntualiza que existe amplia y contundente evidencia científica sobre el mecanismo de acción de la anticoncepción oral de emergencia con Levonorgestrel que demuestra en forma indiscutible que no es abortivo, no afecta ni al espermatozoide, ni al ovulo fecundado, ni su implantación. Lo que hace es retrasar o inhibir la ovulación, reduciendo los niveles de las hormonas LH (que estimula la ovulación) y FSH (que produce la maduración del ovulo). Más aún, existe evidencia clara, que si una mujer recibe anticoncepción oral de emergencia con Levonorgestrel y ésta no funciona (porque se tomó luego de la ovulación) no hay ningún efecto ni en el embarazo ni el niño o niña.
- b. **La Defensoría del Pueblo** quien mediante Informe Defensorial de fojas 439 a 448 argumenta que, tanto la Organización Mundial de la Salud como la Organización Panamericana de la Salud han sido categóricas en señalar que la píldora del día siguiente no tiene efecto abortivo, ya que no actúa luego de la implantación del óvulo fecundado. Esta información superaría la “duda razonable” expresada por el Tribunal Constitucional en la sentencia que ordena

la restricción de la entrega de la píldora del día siguiente y ameritaría un pronunciamiento judicial sobre la necesidad actual de su distribución.

Mediante resolución N°10 se declara improcedente el apersonamiento a los presentes actuados de la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”, asimismo, improcedente la nulidad interpuesta por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”. Motivo por el cual, la actora interpone recurso de apelación, el mismo que es concedido sin efecto suspensivo y sin la calidad diferida.

La Primera Sala Civil mediante resolución tres, de fojas 1179 a 1182, declara nulo el auto contenido en la resolución diez que declaró improcedente el apersonamiento a los presentes actuados de la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”, asimismo improcedente la nulidad interpuesta por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”.

Siendo ello así, mediante resolución número veintisiete (fojas 1183 a 1185), se integró a la relación procesal a la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”, en calidad de Litisconsorte Necesario Pasivo.

Mediante escrito de fojas 1282 a 1303, absuelve la demanda ONG “Acción de Lucha Anticorrupción”, contradiciéndola y alegando entre otros hechos que se tienen en consideración los siguientes:

1. Que, se desconocería la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 2005-2009-PA/TC de fecha 16.10.2009, que señala que en nuestro Ordenamiento Jurídico la vida comienza con la fecundación entendida esta desde el momento de la unión del óvulo con el espermatozoide y, por tanto, el uso de la píldora del día siguiente produce aborto en su tercer efecto como resolvió el Tribunal Constitucional.
2. Que, en la sentencia del Caso Artavia Murillo vs Costa Rica, el tema de fondo es distinto, tal como es de verse en lo expresado en la referencia argumentativa en la cual se discutía si el Estado podía negar a sus ciudadanos el acceso a la reproducción asistida. Por otro lado, si bien la CIDH resolvió que no (y por tanto dicho país debía permitir la fecundación asistida), debe tenerse presente, que se trata de una sustanciación jurídica.

Mediante Resolución N° 42 se concedió el uso de la palabra, por lo que el día 05 de diciembre a las once de la mañana se efectuó el informe oral respecto a los argumentos que expusieron las partes. Por lo tanto, mediante Resolución N° 38 se dispuso dejar los autos en Despacho para sentenciar; por lo que siendo ese el estado de la causa, el Juzgado procede a emitir el fallo que corresponde, y.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Del proceso constitucional de amparo: De acuerdo al artículo 200° inciso 02 de la Constitución, el amparo procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza derechos constitucionales distintos a los tutelados por el habeas corpus y al habeas data, siendo su finalidad la de proteger tales derechos, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación, como establece el artículo 01 del Código Procesal Constitucional, Ley 28237.

SEGUNDO: Del petitorio: Según es de verse de la lectura integral de la demanda, la recurrente **GOMEZ HINOSTROZA, VIOLETA CRISTINA** interpone demanda de amparo para que: se ordene al Ministerio de Salud a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia – AOE, Píldora del día siguiente (Levonorgestrel) en todos los Centros de Salud del Estado.

Sobre la base de las consideraciones expuestas *supra en* el expediente 02005-2009-PA/TC, se ha fundamentado la inconstitucionalidad de la distribución gratuita como método anticonceptivo del Programa Nacional de Planificación Familiar. Sin embargo, en el presente caso se presenta una situación especial en la que se debe contemplar lo señalado expresamente por el propio Tribunal Constitucional en el fundamento 52 de la sentencia recaída en el Expediente N° 2005-20 09 PA/TC, ya que con nuevos elementos que se presentan con relación a los presuntos efectos abortivos del producto Levonorgestrel, es posible un cambio de posición en esta materia, de esta manera la Primera Sala Civil de Lima **ORDENO** que el A-quo – con independencia del resultado- tenga por admitida la demanda de amparo interpuesta por la recurrente a fin de emitir el correspondiente pronunciamiento sobre el fondo de la misma.

TERCERO: Factibilidad de tramitar la pretensión vía amparo. Según los hechos expuestos, lo que está en controversia en el caso de autos es si corresponde o no la información y distribución gratuita del “*Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) Levonorgestrel*”; en virtud a ello, si bien la demanda ha sido interpuesta a título personal por la Dra. Violeta Cristina Gómez Hinostraza, **lo que se está planteando resolver con tal pretensión se trata en esencia de una “tutela colectiva”**, en razón que los efectos de lo que se resuelva incidirá no solo respecto a la accionante sino además sobre un grupo determinado de personas que está integrado por “**las mujeres en capacidad de procrear**”, pues el uso de dicha píldora corresponde sólo a las mujeres en esa situación; lo que significa, que se está en el presente caso ante la protección de un “**derecho colectivo**”.

Resulta preciso referir, que doctrinariamente se admite que los derechos colectivos vienen a ser: **a)** derechos difusos (*se califica como tal a aquellos derechos que son indivisibles*), **b)** derechos colectivos en sentido estricto (*alude a derechos de incidencia colectiva*) y **c)** derechos individuales homogéneos (*se tratan de derechos subjetivos individuales, ergo divisibles*).

Conforme a esa posición, “**las acciones colectivas**” nacen para proteger el derecho colectivo de un grupo, dada las características particulares que detenta el proceso civil individual, tradicionalmente estructurado sobre la base del principio dispositivo, en el que el interés no trasciende el interés privado de las partes, el cual no puede trasladarse a los procedimientos donde se materializa la tutela colectiva que protege derechos indivisibles o individuales homogéneos, en el que los sujetos legitimados actúan en representación del colectivo que defienden y los efectos de la sentencia que se dicta alcanza a todos los que conforman el grupo.

CUARTO: Delimitación de la controversia: Estando a los hechos expuestos en la demanda, así como a los términos de los escritos de absolución a la demanda efectuados por la parte accionada; la controversia se circunscribe a determinar:

- i) Si la definición de concepción y sus efectos establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, es contraria a los parámetros fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In vitro) Vs. Costa Rica

- ii) Si existen suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el “Anticonceptivo Oral de Emergencia (Píldora del Día Siguiente) Levonorgestrel” sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital.

Pues, a partir de verificarse estos puntos es que se podrá establecer si se han vulnerado o no los derechos colectivos invocados por la accionante en la demanda, en consideración a lo establecido en el fundamento 52 de la Sentencia N° 2005-2009-PA/TC.

¿Cuáles son los efectos de la Sentencia Expedida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia expedida en el expediente N° 2005-2 009-PA/TC?

CINCO: Del caso en análisis: Que, mediante sentencia de fecha 16 de octubre de 2009 expedida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 02005-2009-PA/TC se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” y, en consecuencia, se ordenó al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada píldora del día siguiente (Levonorgestrel).

Dicha decisión se tomó teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

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

anticonceptivos orales de emergencia, que en su totalidad hacen referencia a tal efecto.

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

Por lo tanto, el Tribunal estableció que un cambio de jurisprudencia era posible, pero estaba supeditado a que **se supere la existencia de la duda razonable respecto a la forma que actúa el Anticonceptivo Oral de Emergencia (Levonorgestrel)**; asimismo esta judicatura resalta el hecho de que esta “duda razonable” **no debe ser tomada como una deficiencia de la mencionada sentencia, sino como un acto de responsabilidad y reflexión de los magistrados que emitieron dicha sentencia en su momento, debido a que fueron conscientes de que la ciencia médica es una ciencia que se encuentra en constante evolución, cambio y actualización tanto en su parte teórica como tecnológica, por lo que, la labor de la ciencia jurídica (derecho y de sus operadores de justicia) es estar a la par de estos cambios y evoluciones, para así administrar justicia de una manera más efectiva**; en tal sentido 10 años después de haberse emitido dicha sentencia corresponde evaluar si la “duda razonable” se ha superado en base a las siguientes consideraciones y en aplicación de los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¿La sentencia expedida por Tribunal Constitucional en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, es Inmutable?

SEXTO: Que, de la revisión de los actuados judiciales se evidencia que la pretensión de la demandante versa respecto al hecho de que se ordene al Ministerio de Salud cumpla con informar y distribuir de manera gratuita el anticonceptivo oral de emergencia – píldora del día siguiente (Levonorgestrel) en todos los centros de salud

del Estado, lo que importa en sí un amparo contra amparo, específicamente contra lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente No. 02005-2009-PA/TC; lo cual constituye una flagrante desavenencia de las reglas de procedencia impuestas en el precedente de observancia obligatoria emitidas por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el Expediente No. 00917-2007-PA/TC, según el cual el amparo contra amparo no procede en contra de las decisiones emanadas por el Tribunal Constitucional, como en el presente.

SEPTIMO: Que, al respecto tenemos que, si bien es cierto en un sentido literalista, lo esgrimido constituiría un amparo contra amparo, también es cierto que dicha interpretación importa una desavenencia e inobservancia a lo dispuesto en los artículos II, III y V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional¹; a la Primera Disposición Final de la Ley No. 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional²; a la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú³; así como, a la finalidad concreta y abstracta de todo proceso, esto es, lograr resolver una controversia jurídica buscando la paz social en justicia, de acuerdo a lo regulado en el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil, aplicado supletoriamente en el presente caso conforme a lo dispuesto en el artículo IX del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional; y a los principios de función integradora y de fuerza normativa de la Constitución⁴.

¹ Artículo II.- Fines de los Procesos Constitucionales: Son fines esenciales de los procesos constitucionales garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales.

Artículo III.- Principios Procesales: Los procesos constitucionales se desarrollan con arreglo a los principios de dirección judicial del proceso, gratuidad en la actuación del demandante, economía, intermediación y socialización procesales.

El Juez y el Tribunal Constitucional tienen el deber de impulsar de oficio los procesos, salvo en los casos expresamente señalados en el presente Código.

Asimismo, el Juez y el Tribunal Constitucional deben adecuar la exigencia de las formalidades previstas en este Código al logro de los fines de los procesos constitucionales.

Cuando en un proceso constitucional se presente una duda razonable respecto de si el proceso debe declararse concluido, el Juez y el Tribunal Constitucional declararán su continuación.

La gratuidad prevista en este artículo no obsta el cumplimiento de la resolución judicial firme que disponga la condena en costas y costos conforme a lo previsto por el presente Código.

Artículo V.- Interpretación de los Derechos Constitucionales: El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

² PRIMERA.- Los Jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.

³ Interpretación de los derechos fundamentales: Cuarta.- Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.

⁴ Sentencia recaída en el Expediente No. 5854-2005-AA/TC: “§4. Principios de interpretación constitucional: 12. Reconocida la naturaleza jurídica de la Constitución del Estado, debe reconocerse también la posibilidad de que sea objeto de interpretación. No obstante, la particular estructura normativa de sus disposiciones que, a diferencia de la gran mayoría de las leyes, no responden en su aplicación a la lógica subsuntiva (supuesto normativo – subsunción del hecho – consecuencia), exige que los métodos de interpretación constitucional no se agoten en aquellos criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarquen, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional. Tales principios son:

OCTAVO: Que, lo anteriormente expuesto tiene su sustento en el hecho que el caso que nos ocupa es un caso *sui generis*, puesto que el mismo se encuentra subsumido en el supuesto excepcional planteado por el fundamento jurídico 52 de la misma sentencia de amparo, recaída en el Expediente No. 2005-2009-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional, esto es, que actualmente se ha llegado a niveles de certeza tales respecto de la inocuidad del Levonorgestrel para el concebido, lo que dispersa las importantes pero no suficientes razones que hacían presagiar en ese entonces al Tribunal Constitucional, que el mismo era abortivo al imposibilitar la fecundación del ovulo maduro (concepción) o la anidación del óvulo maduro fecundado (cigote), siendo su principal mecanismo de acción como anticonceptivo oral de emergencia la inhibición o retraso de la ovulación, lo cual refuerza con la observación que es ineficaz en evitar el embarazo si se administra después de la ovulación, pudiéndose concluir que el referido anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo, conforme se evidencia del cuarto, quinto, sexto, sétimo y octavo párrafo de la Resolución Ministerial No. 167-2010/MINSA, que se sustentó en informes de la Organización Mundial de Salud, la Organización Panamericana de la Salud, la Dirección General de Salud de las personas y la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, obrante a fojas 23/24.

NOVENO: Que, además a lo anteriormente expuesto, debe tenerse en cuenta que con fecha 28 de noviembre de 2012, La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) Vs Costa Rica, dispuso, conforme se desprende de sus fundamentos de derecho 186, 187, 189, que el embrión (óvulo maduro fecundado por el espermatozoide) no puede ser considerado como persona, descartando así la Teoría de la Fecundación respecto del embrión como concebido y por ende, como sujeto de derecho titular de derechos, puesto que dicha situación comienza cuando el mismo se implanta en el útero de la madre, considerando que si ello no llega a ocurrir sus posibilidades de desarrollarse son nulas, adoptando así la Teoría de la Anidación del concebido como sujeto de derecho titular de los mismos, por lo tanto, en el presente caso no debe perderse de vista que si bien no es atendible un proceso de amparo, en el presente caso se presenta una situación especial en la que se debe contemplar lo señalado en el fundamento jurídico 52 de la sentencia de

(...) d) *El principio de función integradora: El “producto” de la interpretación sólo podrá ser considerado como válido en la medida que contribuya a integrar, pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí y las de éstos con la sociedad.*

e) *El principio de fuerza normativa de la Constitución: La interpretación constitucional debe encontrarse orientada a relevar y respetar la naturaleza de la Constitución como norma jurídica, vinculante in toto y no sólo parcialmente. Esta vinculación alcanza a todo poder público (incluyendo, desde luego, a este Tribunal) y a la sociedad en su conjunto.”*

amparo, recaída en el Expediente No. 02005-2009-PA/TC, ya que con los nuevos elementos que se presentan con relación a los presuntos efectos abortivos y a los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible un cambio de posición en esta materia.

¿Esta judicatura en el presente caso está facultada a realizar control de convencionalidad?

DÉCIMO: Que, a fin de determinar si esta judicatura puede aplicar el control de convencionalidad, se debe tener en cuenta que el Estado Peruano no sólo ha ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos (12 de julio de 1978), sino que, en observancia de su artículo 62.1, ha reconocido como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tiene establecido que:

La aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente contenidas en el artículo 62.1 de la Convención (...). El artículo 29.a de la Convención Americana establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados parte, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella. Una interpretación de la Convención Americana en el sentido de permitir que un Estado pueda retirar su reconocimiento de la competencia obligatoria del Tribunal (...), implicaría la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos, y privaría a todos los beneficiarios de la Convención de la garantía adicional de protección de tales derechos por medio de la actuación de su órgano jurisdiccional (...). Un Estado que aceptó la jurisdicción obligatoria de la Corte Interamericana según el artículo 62.1 de la misma, pasa a obligarse por la Convención como un todo (...)

En dicha perspectiva, las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extiendan al contenido normativo de la Convención *strictu sensu*, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus decisiones (sentencias, opiniones consultivas, medidas provisionales, supervisiones de sentencias). En ese sentido, el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, establece:

“El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente Código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Tratados sobre Derechos Humanos, así como de las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional en el quinto considerando de la sentencia expedida en expediente N°04617-2012-PA/TC, ha definido el “control de convencionalidad” y sus efectos, señalando:

“Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad. Pero la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al ius cogens y a la jurisprudencia de la Corte IDH”.

Asimismo, el mismo Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia⁵ ha establecido que las sentencias de la Corte interamericana de Derechos Humanos son vinculantes, aun en casos en los cuales no haya sido parte el Estado, tal como se aprecia a continuación:

“La vinculatoriedad de las sentencias de la CIDH no se agota en su parte resolutive (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o ratio decidendi, con el agregado de que, por imperio de la CDFT (Cuarta Disposición Final Transitoria) de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del CPConst, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado Peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la CIDH, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la CDFT (Cuarta Disposición Final Transitoria) de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal”.

“La cualidad constitucional de esta vinculación derivada directamente de la CDFT de la Constitución, tiene una doble vertiente en cada caso concreto: a) reparadora, pues interpretado el derecho fundamental vulnerado a la luz de las decisiones de la Corte, queda optimizada la posibilidad de dispensársele una adecuada y eficaz protección; y, b) preventiva, pues mediante su observancia se evitan las nefastas consecuencias institucionales que acarrear las sentencias condenatorias de la CIDH, de las que, lamentablemente, nuestro Estado conoce en demasía. Es deber de este Tribunal y, en general, de todo poder público, evitar que este negativo fenómeno se reitere”.

Teniendo en cuenta todo lo antes mencionado, esta judicatura puede determinar que no sólo está facultado para aplicar el control de convencional cuando *“una norma o jurisprudencia expedida en sede interna sea contraria a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos*

⁵sentencia del Expediente N° 2730-2006-PA/TC, de fecha 21 de junio de 2006, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 12; sentencia del Expediente N° 00007-2007-PI/TC, de fecha 19 de junio de 2007, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 35; sentencia del Expediente N° 0024-2010-PI/TC, de fecha 21 de marzo de 2010, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 66

ratificados por el Perú, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH⁶”, sino que está obligado, toda vez que el Estado Peruano al haber reconocido la Competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en temas de derechos humanos, “*está obligado a cumplir sus compromisos internacionales, por lo que, las sentencias y parámetros que emita el mencionado tribunal supranacional son vinculantes para la defensa y protección de derechos fundamentales, aun cuando el Estado Peruano no haya sido parte del litigio*”⁷, esto, en concordancia a la interpretación realizada por el propio Tribunal Constitucional y que fue citada en el anterior párrafo; por lo que, en cumplimiento de la mencionada obligación internacional, esta judicatura procederá más adelante a evaluar, si la sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, es contrario a los parámetros establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica.

UNDÉCIMO: Respecto si la definición de concepción y sus efectos establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, es contraria a los parámetros fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) Vs. Costa Rica: Que, el Tribunal Constitucional Peruano al momento de expedir la sentencia en el expediente N° 2005-2009-TC, adopta la teoría de la fecundación respecto del inicio de la vida:

“Este Colegiado se decanta por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna con lo cual da origen a una nueva célula que, de acuerdo al estado actual de la ciencia, constituye el inicio de la vida de un nuevo ser. Un ser único e irrepetible, con su configuración e individualidad genética completa y que podrá, de no interrumpirse su proceso vital, seguir su curso hacia su vida independiente. La anidación o implantación, en consecuencia, parte del desarrollo del proceso vital, más no constituye su inicio. (...) es en la concepción la que condiciona el embarazo y no el embarazo a la concepción, y

⁶ sentencia del Expediente N° 4617-2012 -PA/TC , de fecha 12 de marzo de 2012, expedida por el Tribunal Constitucional, **Fund. 5**

⁷ sentencia del Expediente N° 2730-2006-PA/TC , de fecha 21 de junio de 2006, expedida por el Tribunal Constitucional, **Fund. 12**; sentencia del Expediente N° 00007-2007-PI/TC, de fecha 19 de junio de 2007, expedida por el Tribunal Constitucional, **Fund. 35**; sentencia del Expediente N° 0024-2010-PI/TC, de fecha 21 de marzo de 2010, expedida por el Tribunal Constitucional, **Fund. 66**.

es el concebido el que origina la condición de mujer embarazada, y no la mujer embarazada la que origina la condición del concebido “. Fundamento 38.

Acorde a lo anterior expuesto, el Tribunal Constitucional adopta la teoría de la fecundación respecto del inicio de la vida y concluye en su fundamento 51 que *"hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio (...)",* sin embargo, conforme a lo decidido en el citado fallo, solamente se encuentran imposibilitadas de acceder al consumo del *"Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel"* las personas de escasos recursos, en tanto que lo allí decidido no impide la comercialización de dicho producto, sino solamente que no se establezca políticas para su distribución gratuita a nivel nacional; lo cual en la práctica constituye una discriminación por condición económica en relación al "colectivo mujeres" que se encuentran en la situación descrita en el tercer considerando y que se encuentren en situación de extrema pobreza, *"que evidentemente es el sector más vulnerable y requiere de políticas públicas precisamente para equiparar tal situación con el resto de la población",* en tanto que, conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, sólo se está restringiendo su distribución gratuita en proyección del principio *pro consumidor,* con lo cual, un sector de la población se encontraría excluida de acceder al uso del *" Anticoncepción Oral de Emergencia"*

DUODÉCIMO: La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Artavia Murillo y Otros (Fecundación In vitro) Vs. Costa Rica, realizó interpretación del artículo 4 (derecho a la vida) de la Convención Americana de Derechos Humanos, para tales efectos procedió a definir el término "concepción" señalando lo siguiente:

186. No obstante lo anterior, la Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término "concepción". Al respecto, la Corte resalta que la prueba científica concuerda en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. El Tribunal observa que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo que permite entender que existe la concepción. Teniendo en cuenta la prueba científica presentada por las partes en el presente caso, el Tribunal constata que, si bien al ser fecundado el óvulo se da paso a una célula diferente y con la información genética suficiente para el posible desarrollo de un "ser humano", lo cierto es

que si dicho embrión no se implanta en el cuerpo de la mujer sus posibilidades de desarrollo son nulas. Si un embrión nunca lograra implantarse en el útero, no podría desarrollarse pues no recibiría los nutrientes necesarios, ni estaría en un ambiente adecuado para su desarrollo (supra párr. 180).

187. En este sentido, la Corte entiende que el término “concepción” no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede. Prueba de lo anterior, es que sólo es posible establecer si se ha producido o no un embarazo una vez se ha implantado el óvulo fecundado en el útero, al producirse la hormona denominada “Gonodotropina Coriónica”, que sólo es detectable en la mujer que tiene un embrión unido a ella. Antes de esto, es imposible determinar si en el interior del cuerpo ocurrió la unión entre el óvulo y un espermatozoide y si esta unión se perdió antes de la implantación. Asimismo, ya fue señalado que, al momento de redactarse el artículo 4 de la Convención Americana, el diccionario de la Real Academia diferenciaba entre el momento de la fecundación y el momento de la concepción, entendiendo concepción como implantación (supra párr. 181). Al establecerse lo pertinente en la Convención Americana no se hizo mención al momento de la fecundación.

189. Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal entiende el término “concepción” desde el momento en que ocurre la implantación, razón por la cual considera que antes de este evento no procede aplicar el artículo 4 de la Convención Americana. Asimismo, la expresión "en general" permite inferir excepciones a una regla, pero la interpretación según el sentido corriente no permite precisar el alcance de dichas excepciones.

DÉCIMO TERCERO: Que, de lo antes mencionado se puede colegir que la interpretación realizada por la Corte Interamericana en el caso *Artavia Murillo vs Costa Rica*, del artículo 4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, es de carácter vinculante para nuestra legislación, tal como lo establece el propio Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia⁸, aun en casos en los cuales no haya sido

⁸ sentencia del Expediente N° EXP. N.º 2730-2006-PA/TC , de fecha 21 de junio de 2006, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 12; sentencia del Expediente N° 00007-2007-PI/TC, de fecha 19 de junio de 2007, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 35; sentencia del Expediente N° 0024-2010-PI/TC, de fecha 21 de marzo de 2010, expedida por el Tribunal Constitucional, Fund. 66.

parte el Estado Peruano, por lo que estos parámetros serán confrontados con la sentencia del Tribunal Constitucional.

Para tales efectos, de la revisión de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el caso 2005-2009-PA/TC, se puede apreciar que en su fundamento 53 ha establecido que: *“la concepción” se produce durante el proceso de “fecundación”, cuando un nuevo ser se crea a partir de la fusión de los pronúcleos de los gametos materno y paterno, proceso que se desarrolla antes de la implantación*”, este criterio sobre la “concepción” es contrario a lo establecido en la actualidad por la Corte Interamericana de Derechos humanos en el caso Artavia Murillo Vs. Costa Rica, por lo que, se puede apreciar que la vinculatoriedad de la sentencia Artavia Murillo, obliga a nuestro ordenamiento jurídico a adecuarse al canon convencionalidad, de conformidad con el artículo 55, a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución y a la propia línea interpretativa del Tribunal Constitucional; por lo que, esta judicatura está en la obligación de aplicar el control de convencionalidad interno⁹, que faculta a todo órgano jurisdiccional a *“dejar sin efecto una norma o jurisprudencia contraria a los estándares establecidos por la Corte Interamericana”*; en consecuencia, esta judicatura inaplicará los fundamentos interpretativos respecto a la “concepción” establecidos por el Tribunal Constitucional. Sin perjuicio de lo antes mencionado, esta judicatura también quiere dejar constancia que en el presente caso no sólo aplica el control de convencionalidad, debido a los compromisos y obligaciones internacionales que tiene el Estado Peruano, sino que en cumplimiento de su obligación de administrar justicia y en aplicación y verificación del principio *pro homine* esta judicatura ha realizado una rigurosa revisión y análisis profundo de dicha sentencia supranacional, en la cual se puede apreciar que para realizar la interpretación del artículo 4 de la Convención (Derecho a la vida) y consecuentemente fijar el concepto de “concepción” dicho Tribunal Supranacional ha contado con diverso material bibliográfico especializado y actualizado (científico, social, medico, legal), el cual le ha permitido realizar un análisis reflexivo para obtener una debida interpretación.

DÉCIMO CUARTO: Respecto a si existen suficientes elementos que conducen a una duda razonable en cuanto a la forma en la que actúa el Anticonceptivo Oral de Emergencia (Píldora del Día Siguierte) sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la

⁹ GARCÍA BELAUNDE, Domingo y PALOMINO MANCHEGO, José. “El control de convencionalidad en el Perú”. En Pensamiento Constitucional, Número 18, 2013, p. 22

continuación de su proceso vital: Que, al haberse establecido que la “concepción” se inicia con la “anidación o implantación” y no en la fusión de los gametos paternos y materno, se puede determinar que los supuestos efectos antimplantatorios del Levonorgestrel, que ocurrirían antes de la anidación, no afecta al concebido, debido a que recién podremos hablar de concebido desde el punto de vista jurídico cuando ha ocurrido la “concepción”, el cual a su vez ocurre cuando se logra la “anidación”, ello en concordancia a la interpretación del artículo 4 (derecho a la vida) de la Convención Americana de Derechos Humanos, realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo Vs. Costa Rica*.

De igual manera, la Organización Mundial de la Salud publicó la *“Hoja Informativa sobre la Seguridad de las Píldoras Anticonceptivas de Emergencia de Levonorgestrel”*, en ella aseguró explícitamente, que el *“AOE no posee efectos abortivos”*; esta afirmación se ha mantenido en el transcurso del tiempo, tal es así que en las actualizaciones de la Nota Descriptiva No. 244 de la Organización Mundial de la Salud correspondiente a los años 2016 y 2018¹⁰, establece que tras mayor investigación científica se ha ratificado que el Anticonceptivo Oral de Emergencia “AOE” no posee efectos abortivos, tal es así que se señala explícitamente lo siguiente: *“Las píldoras anticonceptivas de emergencia de Levonorgestrel no son eficaces una vez que ha comenzado el proceso de implantación y no pueden provocar un aborto”*.

DÉCIMO QUINTO: Que, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 02005-2009-PA/TC, en sus fundamentos 45 y 46, citó como evidencia científica los estudios realizados por Food and Drugs Administration (FDA), sobre el producto Plan B forma en la que se presenta el Anticonceptivo Oral de Emergencia – Levonorgestrel en los Estados Unidos, que hasta la fecha de la emisión de su sentencia la FDA consideraba que dicho producto:

“Plan B trabaja como cualquier otra píldora de control de natalidad para prevenir el embarazo. Plan B actúa, primeramente, paralizando la liberación de un huevo (ovulo) del ovario. Puede impedir la unión entre el espermatozoide y el óvulo (fertilización). Si el óvulo estuviera implantado antes de tomar Plan B, Plan B no trabaja.”

¹⁰<https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/emergency-contraception>

DÉCIMO SEXTO: Que, el 20 de junio de 2013, la FDA aprobó el uso del Anticonceptivo de Emergencia Plan B One – Step (Levonorgestrel) para uso sin receta médica de todas las mujeres en edad fértil (fojas 1020 a 1027), concluyendo:

*“el producto contiene niveles más altos de una hormona que se encuentran en algunos tipos de píldoras anticonceptivas orales hormonales de uso diario y trabaja en forma similar a estas píldoras anticonceptivas **al detener la ovulación y por lo tanto prevenir el embarazo**”.*

Es decir, la FDA cambió su posición sobre la posibilidad de afectación del endometrio como mecanismo de acción del Levonorgestrel, considerándola como un método anticonceptivo ya que previene el embarazo y su único mecanismo de acción es detener la ovulación.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, de similar manera en la sentencia N° 02005-2009-PA/TC, en sus fundamentos jurídicos 40 y 41, el Tribunal hace referencia a la información sobre los mecanismos de acción del Levonorgestrel contenida en los insertos de este insumo. El Tribunal cita las siguientes marcas. **GLANIQUE, TIBEX, POSTINOR 2, NORTREL Y POST DAY**, concluyendo lo siguiente:

*“Conforme se desprende de la glosa aparecida en el inserto de los cinco productos y autorizados en nuestro país como Anticonceptivos Orales de Emergencia, en **todos los casos** se hace referencia al denominado tercer efecto, esto es expresamente refieren, según el caso, que además de inhibir la ovulación o espesar el moco cervical, **previenen, interfieren o impiden la implantación**”.*

DÉCIMO OCTAVO: Que, al respecto, a la luz de la nueva evidencia científica, los productores de las diversas marcas de Levonorgestrel, que se comercializan en nuestro país, han ido progresivamente modificando su información en sus insertos sobre los mecanismos de acción del anticonceptivo oral de emergencia. Tal es el caso de:

POSTINOR 1 (Levonorgestrel 1.5 mg) (fojas 1044):

“Se piensa que el Levonorgestrel actúa principalmente evitando la ovulación y la fecundación si la relación sexual ha tenido lugar en fase preambulatoria,

que es el momento en la que la posibilidad de fecundación es más elevada.
Levonorgestrel no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación.

GLANIQUE:

*“Levonorgestrel es un fármaco anticonceptivo. Una vez que se ha producido la ovulación o más aún, la implantación del trofoblasto y se ha iniciado el proceso gestacional, **Levonorgestrel carece de actividad alguna para interrumpir el curso del embarazo, independientemente de la dosis que fuere administrada**¹¹.”*

NORTREL 2:

“Evita ovulación y fertilización si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria (posibilidad de fertilización más elevada)¹²”.

NOGESTROL 1. (Fojas 1046)

*“A las dosis recomendadas, se piensa que el Levonorgestrel actúa principalmente evitando la ovulación y la fecundación si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria, que es el momento en el que la posibilidad de la fecundación es la más elevada. **Levonorgestrel no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación.**”*

NORVELO (Fojas 1500)

*“Norvelo funciona parando la liberación de un óvulo de sus ovarios. **No para la adhesión de un óvulo fertilizado al útero.**”*

Por lo tanto, de lo esgrimido se concluye que diversas marcas de Levonorgestrel que se comercializan en nuestro país han descartado el supuesto “tercer efecto” del que se hacía referencia en la Sentencia N° 02005-2009-PA/T C, sustentando de modo contundente que el mecanismo de acción del Anticonceptivo Oral de Emergencia – Levonorgestrel (LGN), es inhibir o retrasar la ovulación.

¹¹www.medicamentosplm.com.ec/home/productos/glanique_1_comprimidos_/16/101/17170/25.

¹²www.vademecum.es/equivalencia-lista-nortrel+2+comprimido+recubierto+0.75+mg-peru- g03ad01-pe
1.

DÉCIMO NOVENO: De lo anterior expuesto, y diez años después de haberse emitido la sentencia N° 02005-2009 PA/TC, esta judicatura **concluye que existe suficiente evidencia científica que sustenta que el mecanismo del Anticonceptivo Oral de Emergencia, Levonorgestrel (LNG), es inhibir o retrasar la ovulación; no afectando la función de los espermatozoides ni al ovulo fecundado, por lo tanto, no se puede considerar este como abortivo**, más aún si el propio Tribunal Constitucional en su fundamento 52 indicó que *“la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable, pues reiteradamente se ha señalado, ésta ha debido ser tomada aun cuando hay importantes razones de lado de la demandada, importantes pero no suficientes, para vencer la duda razonable aludida, por lo menos hoy en día”*. **Por lo tanto**, no existe impedimento para que el Estado Peruano se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada "Píldora del Día Siguiente", como se había dispuesto en la Sentencia en mención, por haberse disipado la duda razonable expresada por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC.

VIGÉSIMO: Que, respecto al **derecho a la autodeterminación reproductiva**, esta judicatura tiene presente que, la Observación General 14 sobre el derecho a la salud del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU establece, que:

“Los Estados tienen la obligación internacional en materia de derechos humanos de garantizar la disponibilidad, la accesibilidad (física y económica) y la calidad de los servicios de salud, lo que incluye los métodos anticonceptivos modernos. Como parte de esta obligación central relativa al derecho a la salud, el Comité recomienda a los Estados que garanticen que los productos que se enumeran en los formularios nacionales se basen en la Lista modelo de la Organización Mundial de la Salud de medicinas esenciales, que orienta la adquisición y el suministro de medicinas en el sector público. En esta lista modelo se incluye un amplio abanico de métodos anticonceptivos, incluidos anticonceptivos de emergencia”¹³

En este aspecto, nuestra Constitución Política del Perú en el artículo 3° señala que la enumeración abierta de los derechos establecidos en el artículo 2° de nuestra Carta

¹³ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, observación general n° 14 (El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud), 2000

Magna no excluye los demás que la Constitución garantiza, o que se fundan de la dignidad del hombre, entre otros.

Con relación a este punto el Tribunal Constitucional, en el fundamento 4 de la sentencia expedida en el expediente N°0895-2001-AA/TC señala que:

“En la medida en que sea razonablemente posible, debe encontrarse en el desarrollo de los derechos constitucionales expresamente reconocidos las manifestaciones que permitan consolidar el respeto a la dignidad del hombre, puesto que ello impediría la tendencia a recurrir constantemente a la cláusula constitucional de los derechos "no enumerados" y, con ello, desvirtuar el propósito para el cual fue creada. La apelación al artículo 3° de la Constitución, en ese sentido, debe quedar reservada solo para aquellas especiales y novísimas situaciones que supongan la necesidad del reconocimiento de un derecho que requiera de una protección al más alto nivel y que, en modo alguno, pueda considerarse que está incluido en el contenido de algún derecho constitucional ya reconocido en forma explícita”.

Asimismo, el mencionado Tribunal en diversa jurisprudencia ha establecido que:

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

Esta judicatura teniendo en cuenta lo establecido en el presente considerando así como lo desarrollado en la presente sentencia, puede determinar, que la sentencia expedida en el caso 2005-2009-PA/TC, ha estado vulnerando el derecho a la autodeterminación reproductiva de las mujeres en edad fértil, debido a que privilegia el acceso a dicho fármaco únicamente a aquellas mujeres que tenían condición económica para poder adquirirlo, discriminando de manera directa a aquellas mujeres que no tenían capacidad económica para acceder a este fármaco debido a que el Estado Peruano se encontraba prohibido de distribuir dicho fármaco, lo cual no puede ser concebido en un Estado Constitucional de derecho, en el cual el juez constitucional debe velar por el respeto y garantía de los derechos fundamentales, como lo es en el presente caso al velar por la no discriminación económica, la que se ha generado con la expedición de la sentencia mencionada..

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, respecto al **derecho a recibir información**, en la legislación internacional el derecho a la información se encuentra consagrado el artículo 19º de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos*, el artículo 19º del *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*; a nivel Interamericano el artículo 13º de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, y A nivel nacional, en el mismo sentido se encuentra establecido en el inciso 4), artículo 2º, de nuestra Constitución Política.

El Tribunal Constitucional en diversa jurisprudencia ha establecido que:

“el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos que se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer, consagrados en el artículo 6º de la Constitución. Pero es también, un auténtico principio constitucional que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, obligando a que las personas asuman a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable”.

Esta judicatura tiene presente que *“toda persona tiene derecho al acceso a la información, y que el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso a la misma”*, partiendo de esta premisa, en el caso del acceso a la información respecto a los métodos anticonceptivos, toda mujer en edad fértil tiene derecho a que el Estado Peruano a través de sus instituciones públicas de salud, le permita acceder a la información respecto a los métodos anticonceptivos tradicionales, no obstante en caso de la *“píldora del día siguiente”*, al ser un anticonceptivo de emergencia, es decir de carácter excepcional, el Estado Peruano deberá informar a las mujeres que este fármaco es de carácter excepcional y no tradicional, esto con la finalidad de otorgar una información clara y precisa y llevar un registro del mismo..

VIGÉSIMO SEGUNDO: **Que respecto al principio de igualdad y no discriminación:** Que, al abordar el tema de una perspectiva constitucional, conviene empezar señalando que la conceptuamos en una doble dimensión; de un lado, como un principio rector de todo ordenamiento jurídico del estado democrático de derecho, siendo un valor fundamental y una regla básica que éste debe garantizar y preservar. Y, de otro lado, como un derecho constitucional subjetivo, individualmente exigible, que confiere a toda persona el derecho de ser tratado con igualdad ante la ley y de no ser objeto de forma alguna de discriminación. Lo anterior conlleva a que si bien lo corriente es encontrar en los textos constitucionales un artículo expreso que consagra de manera específica el derecho a la igualdad ante la ley y la prohibición de toda forma de discriminación, el principio de igualdad supone también un valor esencial y una regla que debe ser observada en el desarrollo legislativo y en aplicación del conjunto de los derechos fundamentales que la constitución recoge.

De esta manera, acorde a lo expuesto en la sentencia del Tribunal Constitucional en el citado fallo, solamente se encuentran imposibilitadas de acceder al consumo del *“Anticonceptivo Oral de Emergencia Levonorgestrel”* las personas de escasos recursos, en tanto que lo allí decidido no impide la comercialización de dicho producto, sino solamente que no se establezca políticas públicas para su distribución gratuita a nivel nacional; lo cual en la práctica constituye una discriminación por condición económica en relación al *“colectivo de mujeres”* que se encuentran en la situación descrita en el tercer considerando y que se encuentren en situación de extrema pobreza, *“que evidentemente es el sector más vulnerable y requiere de políticas públicas precisamente para equiparar tal situación con el resto de la población”*, en tanto que conforme a lo resuelto por el Tribunal Constitucional, sólo se está

restringiendo su distribución gratuita, con lo cual, dicho sector se encontraría excluida de acceder al uso del “*Anticonceptivo Oral de Emergencia*”, por tener tal condición, lo cual genera un trato desigual que se encuentra prohibido en virtud a lo que establece el artículo 2 inciso 2° de la Carta Constitucional.

Por tales consideraciones, e impartiendo Justicia en Nombre de la Nación.

FALLO:

1. **INAPLICAR** los fundamentos interpretativos respecto a la “concepción” establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, por ser contrariar e n la actualidad a los estándares establecidos por la Corte Interamericana, así como por haberse disipado la “duda razonable” establecida en dicha sentencia.
2. **DECLARAR FUNDADA LA DEMANDA** interpuesta por **VIOLETA CRISTINA GOMEZ HINOSTROZA** en consecuencia **ORDENESE AL MINISTERIO DE SALUD** a informar y distribuir en forma gratuita el anticonceptivo oral de emergencia denominada Píldora del día siguiente (Levonorgestrel) en todos los Centros de Salud del Estado, promoviendo de manera primordial el desarrollo y ejecución de una política de información ,distribución y orientación a la población nacional , que permita a los miembros de la sociedad y en especial aquellos sectores de menores recursos, instruirse de modo adecuado respecto de todas las características y efectos que produce la utilización del anticonceptivo oral de emergencia (Levonorgestrel), como mecanismo de emergencia y excepcional; con costos.

