

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**INFORME JURÍDICO SOBRE LA SENTENCIA DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EXP. N° 00238-2021-
PA/TC**

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogada
que presenta:

Irene Jetsabel Zegarra Llanos

ASESORA:

Renata Anahí Bregaglio Lazarte


Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, Renata Bregaglio Lazarte, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “Informe Jurídico sobre el Exp. 00238-2021-PA/TC”, del autor ZEGARRA LLANOS, IRENE JETSABEL, deo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 33 %. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 11 de julio del 2025.
- He revisado con detalle dicho reporte, así como el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 15 de julio del 2025

<u>Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:</u> RENATA BREGAGLIO LAZARTE	
DNI: 40284989	
ORCID: https://orcid.org/0000-0003-4306-2511	
Firma:	

RESUMEN

En el año 2023, se emitió la sentencia del Tribunal Constitucional, recaída en el expediente N° 00238-2021-PA/TC, donde se declaró fundada la demanda de amparo interpuesta por Violeta Gómez Hinojosa, y ordenó al MINSA que informe y distribuya gratuitamente el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) en todos los centros de salud estatales. A partir de dicha decisión, el presente informe jurídico se desarrolló con la finalidad de determinar si es que la restricción previa sobre el AOE, respecto a su distribución y difusión de información, implicaba o no una vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, así como una afectación al principio de igualdad y no discriminación de las personas con capacidad de gestar.

Para ello, se recurrió al análisis del estándar internacional y nacional de los DSR y el principio citado, acudiendo a tratados internacionales como el PIDESC, la CEDAW y el CIDI. Asimismo, en relación a la jurisprudencia, se tomaron en cuenta las sentencias de la Corte IDH respecto a los casos *Britez Arce vs. Argentina*, *Manuela y otros vs. El Salvador* y el caso *I.V. vs. Bolivia*.

De lo investigado se concluyó que la medida adoptada por el MINSA sí vulnera los DSR de las personas con capacidad de gestar, en particular su derecho a la autonomía reproductiva, al afectar las dimensiones de accesibilidad y aceptabilidad del derecho a la salud. Asimismo, la medida se configura como discriminatoria, del tipo indirecta e interseccional, al afectar a las personas del colectivo señalado en condiciones económicas vulnerables.

Palabras clave

Derechos sexuales y reproductivos – Anticonceptivo Oral de Emergencia – Principio de igualdad y no discriminación – Interseccionalidad – Derecho a la salud

ABSTRACT

In 2023, the Constitutional Court issued a judgment in case No. 00238-2021-PA/TC, in which it upheld the amparo action filed by Violeta Gómez Hinostroza and ordered the Ministry of Health (MINSa) to provide information on and distribute the Emergency Contraceptive Pill (ECP) free of charge in all public health centers. Based on this decision, the present legal report was developed with the aim of determining whether the previous restriction on the ECP—both in terms of its distribution and the dissemination of related information—constituted a violation of sexual and reproductive rights (SRRs), as well as an infringement of the principle of equality and non-discrimination of individuals with the capacity to gestate.

To that end, the analysis drew on both international and national standards concerning SRRs and the aforementioned principle, referring to international treaties such as the ICESCR, CEDAW, and the Inter-American Convention on the Prevention, Punishment, and Eradication of Violence against Women (Belém do Pará Convention). In terms of jurisprudence, the analysis considered key rulings of the Inter-American Court of Human Rights, specifically the cases of *Britez Arce v. Argentina*, *Manuela et al. v. El Salvador*, and *I.V. v. Bolivia*.

Based on the research conducted, it was concluded that the measure adopted by MINSa indeed violated the SRRs of individuals with the capacity to gestate, particularly their right to reproductive autonomy, by undermining the accessibility and acceptability dimensions of the right to health. Furthermore, the measure constituted a form of indirect and intersectional discrimination, disproportionately affecting members of this group who are in economically vulnerable situations.

Keywords

Reproductive and sexual rights – Emergency Oral Contraceptive – Principle of equality and non-discrimination – Intersectionality – Right to health

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
I. INTRODUCCIÓN	5
1.1 Justificación de la elección de la resolución.....	5
1.2 Presentación del caso y del análisis.....	6
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	7
2.1 Antecedentes.....	7
2.2. Hechos relevantes del caso.....	8
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	11
3.1. Problema principal.....	11
3.2. Problemas secundarios.....	11
IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A	12
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios.....	12
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución.....	14
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	15
VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES	42
BIBLIOGRAFÍA	46

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	00238-2021-PA/TC
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derechos humanos, Derecho Constitucional, Derecho Internacional Público y Derecho Procesal Constitucional
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	STC N° 2005-2009-PA/TC
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Violeta Cristina Gómez Hinostroza
DEMANDADO/DENUNCIADO	Ministerio de Salud
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Constitucional
TERCEROS	Litisconsorte: ONG Acción de Lucha Anticorrupción

I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

En un contexto socio-político de constantes retrocesos respecto a la protección de derechos humanos, la lucha por la erradicación de la violencia de género y el reconocimiento, protección y garantía de los derechos de las poblaciones vulnerables de nuestro país, es importante que desde la academia reflexionemos sobre aquellas decisiones judiciales que aunque representan un avance y un logro importante en materia de reconocimiento de derechos sociales, como lo son los derechos sexuales y reproductivos (DSR), aún no reflexionan críticamente respecto a los límites y tensiones que se producen entre el derecho, las políticas públicas y las perspectivas conservadoras que inciden en la regulación.

Por ello, para el presente programa de segunda especialidad, se ha decidido analizar la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 238-2021-PA/TC, puesto que en el 2023 se materializó como un logro jurisprudencial en el reconocimiento de los derechos reproductivos de las mujeres y, en específico, de su derecho a la autonomía reproductiva. No obstante, pese a este avance significativo, la sentencia resulta de una complejidad específica, puesto que contiene algunas falencias y ausencias de interpretación incurridas por el Tribunal Constitucional.

Es importante tener en cuenta que un Estado y su gobierno se deslegitiman cuando no cumplen de manera integral y adecuada con garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas. En el marco del presente caso, esta deslegitimación se materializa cuando el Estado no garantiza la protección y ejercicio integral de los DSR a las personas con capacidad de gestar en sus diversidades, a través de una adecuada implementación de políticas públicas de salud sexual y reproductiva.

En ese sentido, considero que el Tribunal debió aplicar un enfoque tanto de derechos humanos, de género e interseccional para poder establecer la gravedad de las consecuencias que acarreaban la denegatoria de acceso gratuito al Anticonceptivo Oral de Emergencia como mandato constitucional impuesto al MINSA. La ausencia de esta perspectiva generó un vacío argumentativo que no solamente perpetúa escenarios de discriminación estructural, sino que, además, no le brinda el refuerzo jurídico necesario a derechos sociales tan importantes en el presente contexto social de retrocesos.

1.2 Presentación del caso y del análisis

El presente análisis se enfoca en determinar si es que la medida adoptada por el MINSA, consistente en restringir el acceso a la información y la propia distribución de forma gratuita del AOE en todos los centros estatales de salud, se configura como una forma de vulnerar los derechos reproductivos y sexuales de las personas con capacidad de gestar, así como una forma de discriminación interseccional. Como se verá en el desarrollo del presente informe, la referida medida respondía al cumplimiento de un mandato jurisprudencial emitido por el propio Tribunal Constitucional en el marco del expediente N° 2005-2009-PA/TC.

Teniendo en cuenta dicho contexto, el problema principal y de interés para el presente informe se formula de la siguiente manera: ¿Constituye la decisión de prohibir la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia (AOE), adoptada por el MINSA, una vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, así como del principio-derecho a la igualdad y no discriminación de las personas con capacidad de gestar?

A efecto de estructurar una respuesta al problema central planteado, es preciso abordar tres problemas jurídicos concretos que van a permitirnos comprender los derechos involucrados y el alcance de los mismos. Para ello, como primer punto, analizaremos si es que el proceso de amparo era la vía de impugnación idónea para cuestionar la limitación adoptada por el MINSA de distribuir gratuitamente el AOE. En segundo lugar, verificaremos si es que el acceso a información y la distribución del AOE son obligaciones del Estado que se derivan del ejercicio y garantía de los derechos sexuales y reproductivos (DSR). Para ello, desarrollaremos el alcance y contenido de los DSR tanto a nivel internacional como a nivel nacional. Finalmente, analizaremos si es que la prohibición de la distribución gratuita del AOE, impuesta al MINSA, constituye una forma de discriminación interseccional, puesto que afectaría a las personas con capacidad de gestar en situación de vulnerabilidad económica.

II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

En julio del 2001, se publicó la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, a través de la cual el Ministerio de Salud (en adelante, MINSA) incorporó el anticonceptivo oral de emergencia (en adelante, AOE) como método anticonceptivo no tradicional que debía ser distribuido de forma gratuita a nivel nacional. No obstante, en el 2004, la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” (en adelante, ONG) interpuso un recurso de amparo con la finalidad de que el MINSA se abstenga de iniciar el programa de distribución gratuita de la denominada “Píldora del Día Siguiente” en todos los centros de salud del Estado y desista de iniciar cualquier gestión de política pública de salud vinculada a la difusión de información y distribución del AOE.

La decisión de primera instancia estuvo a cargo del Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, el cual declaró fundada en parte la demanda presentada por la ONG el 17 de agosto del 2005. Dicha decisión se sustentó en la consideración de que no se había excluido de forma concreta el llamado “tercer efecto” del citado fármaco, por lo tanto, su distribución y consumo a través del Programa de Distribución Pública, generaba una potencial amenaza al derecho a la vida del concebido por sus supuestos efectos abortivos.

Con posterioridad a esta primera decisión, el 27 de noviembre de 2008, la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima emitió una nueva resolución, a través de la cual revocó la sentencia de primera instancia de manera parcial. En tal pronunciamiento, se desestimó la alegada vulneración del derecho a la vida, así como la orden judicial que restringía al MINSA y ordenaba excluir el AOE de los programas de planificación familiar estatales.

Finalmente, en el año 2009, el Tribunal Constitucional, a través de la sentencia recaída en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, declaró fundado el recurso de amparo interpuesto por la ONG. En virtud de dicha decisión, dispuso que el MINSA se abstenga de desarrollar cualquier tipo de política pública de salud vinculada a la distribución gratuita a nivel nacional del AOE.

2.2. Hechos relevantes del caso

El 18 de julio de 2014, la señora Violeta Cristina Gómez Hinostraza interpuso un recurso de amparo contra el MINSA solicitando que dicha entidad informe y distribuya de manera gratuita el AOE en todos los centros de salud estatales, a fin de garantizar el acceso a todas las mujeres a este anticonceptivo como parte del ejercicio de sus derechos sexuales y reproductivos.

Cuatro días después, el 22 de julio del 2014, se declaró improcedente la demanda presentada al considerar que se estaba cuestionado la decisión del TC recaída en el expediente N° 2005-2009-PA/TC. Para el juez constitucional, la solicitud vulneraba el precedente vinculante constitucional establecido en la STC. N.º 00917-2007-PA/TC, que prohíbe interponer demandas de amparo contra resoluciones del propio Tribunal Constitucional (literal h). La demandante apeló la Resolución N° 1 y con fecha 21 de julio de 2015, la Sala Superior, mediante Resolución N° 21, dispuso anular la resolución previa y admitir la demanda de amparo interpuesta.

De manera posterior, el 18 de abril de 2016, el MINSA presentó su contestación a la demanda presentada por la señora Violeta Gómez señalando que i) respecto al derecho fundamental a la información, ellos vienen informando en su portal web y ii) sobre el acceso gratuito, el MINSA señala que se había limitado a cumplir lo estipulado en el Expediente 02005-2009-PA/TC. En dicho proceso legal acudió en calidad de litisconsorte del demandante, la ONG “Acción de Lucha Anticorrupción” y resaltó el criterio jurisprudencial establecido por el TC en la sentencia del 2009.

El 02 de julio del 2019, se emitió la Resolución final N° 47, a través de la cual el juzgado constitucional declaró fundada la demanda interpuesta por Violeta Gómez y dispuso que el MINSA proporcione información y distribuya de forma gratuita el AOE en todos los centros de salud estatales. Tal decisión se sustentaba en el hecho de que se había logrado probar científicamente que el consumo del AOE no producía efectos abortivos, por lo tanto, no existía ningún impedimento que justifique que el Estado peruano debía abstenerse de estructurar e implementar políticas públicas de salud orientadas a la distribución gratuita del anticonceptivo a escala nacional.

Sin embargo, el 16 de septiembre de 2020, luego de que el MINSA apelara la Resolución N° 47, la demanda interpuesta fue declarada improcedente. El juzgado de segunda instancia consideró que no resultaba legítimo la interposición de un recurso de amparo

contra un pronunciamiento del TC que provenía de la interposición de otro recurso de amparo. Como resultado de lo anterior, el 12 de noviembre del 2020, la demandante interpuso un recurso de agravio constitucional ante el Tribunal Constitucional contra la Resolución N° 9 expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima.

2.2.1. Hechos procesales

Ante la imposición de dicho recurso, en primer lugar, el Tribunal Constitucional resolvió la cuestión procesal previa referida a si realmente la controversia versaba sobre un proceso de amparo contra amparo. En ese sentido, señalo que tanto el juzgado de primera como de segunda instancia habrían incurrido en un error de percepción, puesto que en el escrito de demanda no se advertía en ningún momento que la demandante cuestiona la decisión adoptada en la STC del año 2009, por lo tanto, las discrepancias surgidas sobre parte de la fundamentación contenida en dicha sentencia no implicaban que se pretendiera desacatarla. De ahí que, si la intención de la demandante hubiera sido plantear un amparo contra amparo habría que tenido que demandar al propio Tribunal Constitucional.

Adicionalmente, el TC resaltó la importancia de lo estipulado en el fundamento 52 de la sentencia del 2009, a través del cual se estableció que, ante la aparición de una certeza científica, correspondía adaptar la decisión de dicha sentencia al nuevo contexto. Por lo tanto, el Tribunal consideró que este mecanismo de auto-revisión establecido por los magistrados de aquella época era el fundamento principal para declarar la procedencia de la demanda de amparo interpuesta.

Superada la revisión del aspecto procesal, el TC estableció como controversia central determinar si es que correspondía exigir al MINSA que informe y distribuya de forma gratuita el AOE en los centros de salud estatales. Para ello, inició el análisis evaluando si habían variado las circunstancias que motivaron la STC correspondiente al expediente N.º 02005-2009-PA/TC. El TC concluyó que, con la nueva evidencia científica presentada a lo largo del proceso, se demostraba que el AOE no era abortivo, por lo tanto, ratificó la legalidad de su reconocimiento como un método anticonceptivo que debía integrarse en las políticas públicas de salud. Asimismo, resaltó que la importancia de tal reconocimiento radicaba en la necesidad de combatir problemáticas como los embarazos no deseados y pertenencia al kit de emergencia para la atención de las víctimas de violencia sexual.

En atención a ello, el TC señaló que el acceso gratuito al AOE para este grupo de personas, incidía directamente en la protección de sus derechos fundamentales vinculados a la dignidad, intimidad y proyecto de vida. Es así que, restringir dicho acceso representaría una limitación inconstitucional (discriminatoria) al ejercicio de sus derechos reproductivos y sexuales agravando su contexto de vulnerabilidad.

En consecuencia, el 21 de marzo de 2023, el Tribunal declaró fundado el recurso de agravio constitucional y determinó la vulneración de los derechos reproductivos de las mujeres, así como su derecho a recibir información respecto al AOE y, finalmente, la vulneración del principio de igualdad y no discriminación. En ese sentido, dictaminó que el MINSA cumpla, a partir de ese momento, con distribuir de forma gratuita el AOE y brinde toda la información necesaria. No obstante, la sentencia contó con dos votos en discordia emitidos por la magistrada Pacheco Zerga y el magistrado Gutiérrez Ticse, así como con un voto con fundamento propio suscrito por el magistrado Monteagudo Valdez.

En relación con la fundamentación del voto del magistrado Monteagudo, este precisó su conformidad con la decisión final de la sentencia, empero, consideró que, en primer lugar, sobre el aspecto procesal referido a la procedencia del amparo, la demandante accionó un amparo de tipo colectivo. Teniendo en cuenta dicha naturaleza colectiva, ello habilitaba su admisibilidad para tutelar derechos fundamentales vinculados a la autodeterminación reproductiva de un colectivo específico como eran las mujeres. En segundo lugar, respecto al derecho fundamental invocado, el magistrado consideró que dicho derecho es el foco sobre el cual debió girar la controversia, debido a que, el DAR se encontraba reconocido en nuestro ordenamiento jurídico al haber le Estado peruano ratificado la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Mujeres (CEDAW).

Por otro lado, respecto a los votos en discordia, ambos magistrados concluyeron que la decisión final debió declarar infundada la demanda en todos sus extremos. Lo anterior, se debía a que consideraban que el AOE si poseía efectos abortivos. Ante dicha duda, el TC debió decidir conforme al principio precautorio y mantener el criterio jurisprudencial establecido en la STC del 2009.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1. Problema principal

¿Constituye la decisión de prohibir la distribución gratuita del anticonceptivo oral de emergencia (AOE), adoptada por el MINSA, una vulneración de los derechos sexuales y reproductivos, así como del principio-derecho a la igualdad y no discriminación de la demandante?

3.2. Problemas secundarios

- ¿El proceso de amparo era la vía de impugnación idónea para cuestionar la prohibición de distribuir gratuitamente el AOE adoptada por el MINSA?
- ¿La distribución gratuita del AOE es una obligación estatal que se deriva del alcance y contenido de los derechos sexuales y reproductivos?
- ¿La prohibición de la distribución gratuita de la AOE, adoptada por el MINSA, constituye una forma de discriminación interseccional dirigida hacia las personas con capacidad de gestar en situación de vulnerabilidad económica?

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO/A

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

➤ Problema principal

La decisión que prohibía el acceso a la información y la distribución gratuita del AOE, adoptada por el MINSA, sí se configura como una vulneración de los derechos reproductivos y sexuales, así como del principio-derecho a la igualdad y no discriminación que agravia a las personas con capacidad de gestar en sus diversidades y que se encuentran en condiciones económicas de desventaja.

➤ Primer problema secundario

La interposición de un recurso de amparo no solamente constituía la vía de impugnación idónea para cuestionar la medida ejecutada por el MINSA, la cual restringía la distribución y el acceso al AOE de forma gratuita, sino que además representaba la única vía jurídicamente procedente para tutelar derechos fundamentales de naturaleza social y colectiva como son los DSR y, en específico, el DAR de las personas con capacidad de gestar en condición de vulnerabilidad económica.

Tal posición, encuentra respaldo en la propia naturaleza del recurso de amparo como mecanismo de protección inmediato ante la amenaza o vulneración de derechos fundamentales. Asimismo, el propio TC habilitó un mecanismo de auto-revisión de su propio criterio jurisprudencial en la STC del 2009. A través del fundamento jurídico 52, el Tribunal permitió la revisión y adecuación de su decisión jurisprudencial, siempre y cuando se haya superado el contexto de incertidumbre científica, convirtiendo la sentencia del 2009 en una decisión mutable.

➤ Segundo problema secundario

El contenido de los DSR se ha desarrollado en el estándar internacional de los derechos humanos como resultado de la interpretación del derecho a la salud, en tanto este derecho posee un carácter multidimensional. De acuerdo lo establecido por el PIDESC, lo Estados poseen la obligación de garantizar el derecho a la salud, en el ámbito de la

atención médica, a través del cumplimiento de sus cuatro dimensiones: disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. Por su parte, la CEDAW ha señalado que en tanto la salud sexual y reproductiva es un ámbito de especial atención para las mujeres, los DSR deben hacerse efectivos también en los términos de las dimensiones del derecho a la salud.

El acceso a métodos anticonceptivos como el AOE forma parte de la dimensión de accesibilidad de los DSR y, en específico, de los derechos reproductivos, puesto a través de este recurso se ejerce de manera efectiva el derecho a la autonomía reproductiva. Por lo tanto, es responsabilidad del Estado y de la Administración Pública garantizar la distribución y el acceso gratuito al AOE, puesto que este recurso es un suministro esencial para que las personas con capacidad de gestar y en situación de vulnerabilidad económica puede decidir libremente no tener hijos/as como parte del ejercicio de su autonomía reproductivas.

➤ Tercer problema secundario

La limitación del acceso a la información y la distribución gratuita al AOE, por parte del MINSA, es una forma de discriminación interseccional y estructural ya que, limita el ejercicio de la autonomía reproductiva y, por ende de los derechos reproductivos, no solo a las mujeres cisgénero, sino que a todas aquellas personas con capacidad de gestar que carecen de recursos económicos suficientes para acceder a dicho anticonceptivo a través de los establecimientos privados de salud, ello incluye identidades transmasculinas y no binarias.

En consecuencia, es fundamental resaltar que la no gratuidad del AOE supone la configuración de una barrera económica y social significativa que impacta directamente al colectivo señalado. Desde la perspectiva de la barrera económica, se establece un costo/gasto que no todas las personas son capaces de asumir, por lo tanto, afecta a las personas en situación de pobreza de manera específica. A su vez, desde la perspectiva de las brechas por desigualdad de género, termina reproduciendo y perpetuando sistemas de dominación sobre la capacidad reproductiva, el libre desarrollo y el dominio sobre el cuerpo de las personas con capacidad de gestar. Asimismo, no debe perderse de vista que esta limitación también genera escenarios de revictimización al incrementar el sufrimiento emocional y psicológico de las víctimas de violencia sexual al estar expuestas a un embarazo no deseado.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Este informe jurídico concuerda con el fallo emitido por el TC en el marco de la distribución y acceso gratuito al AOE en los centros de salud estatales. Sin embargo, existen omisiones cometidas por el Tribunal que pudieron ser abordadas al momento de analizar el estatus legal y contenido de los DSR en el marco del ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva de las personas con capacidad de gestar en su diversidad. Por lo tanto, era necesario que el Tribunal Constitucional analice si es que la medida de prohibición del MINSA en relación a la distribución gratuita del AOE era una vulneración o no de las obligaciones estatales para garantizar y proteger los DSR desde la perspectiva de las dimensiones del derecho a la salud.

Por otro lado, pese al acertado razonamiento del Tribunal, considero que los magistrados no abordaron varios temas importantes en materia del derecho a la igualdad y no discriminación, y su vinculación con la gratuidad de la distribución del AOE. En primer lugar, el TC no abordó la medida de prohibición adoptada por el MINSA desde una perspectiva interseccional. La ausencia de dicho enfoque en el análisis legal del TC impidió que se delimitara de forma integral e inclusiva el colectivo afectado, el cual no solamente abarcaba a las mujeres cisgénero, sino que también afectaba todas las personas con capacidad de gestar (ya sean hombres trans u otras identidades de género) que también se encuentran en estado de vulnerabilidad económica.

En conclusión, aunque la decisión de distribuir gratuitamente el AOE a nivel nacional y, por lo tanto, garantizar su acceso universal, representa un logro importante en materia del reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos para las mujeres, era crucial que dicho reconocimiento llegue acompañado de un análisis jurídico más profundo desde la perspectiva de los derechos humanos, el enfoque de género y el mecanismo de interseccionalidad.

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

Primer problema jurídico: ¿El proceso de amparo era la vía de impugnación idónea para cuestionar la prohibición de distribuir gratuitamente el AOE adoptada por el MINSA?

El primer problema jurídico se enfoca en determinar si es que la presentación de una acción de amparo era la vía idónea de impugnación para cuestionar la limitación adoptada por el MINSA que impedía la distribución gratuita del AOE. Este análisis jurídico es de relevancia para el presente informe, debido a que tanto en la sentencia de primera como segunda instancia surgió el debate respecto a si este amparo se estaba presentando en contra de una decisión del Tribunal Constitucional de años anteriores que había sido resultado de otro proceso de amparo.

En principio, el proceso constitucional de amparo se encuentra regulado en nuestra Constitución Política (CP), en el artículo 200.2 y en el Código Procesal Constitucional (CPC), a partir del artículo 39 hasta el artículo 52. En ambos cuerpos legales, se establece que “la acción de amparo” procederá ante cualquier acto o falta de actuación ejercida por algún servidor público o ciudadano que vulnere y/o amenace derechos fundamentales. Asimismo, en el artículo 44 del CPC determina un listado específico de derechos protegidos por este mecanismo de tutela entre los cuales se encuentra el derecho de a la igualdad y no discriminación y el derecho a la salud.¹

A nivel doctrinario, Samuel Abad (2017) ha señalado que el “amparo constituye una manifestación de la tutela de urgencia que garantiza el contenido protegido de un derecho fundamental ante un acto de poder público” (pp. 99 – 100). Por su parte, Omar Cairo (2001), también ha resaltado este carácter de urgencia que posee el proceso de amparo, puesto que su finalidad principal es “proteger los derechos de las personas cuya afectación o amenaza requieren ser suprimidos con suma rapidez” (p.132).”

En el presente caso, como veremos más adelante, se plantea un escenario de vulneración de los derechos reproductivos y sexuales, los cuales forman parte del contenido esencial del derecho a la salud. Por lo tanto, por regla general, el mecanismo procesal idóneo para ofrecer tutela jurisdiccional efectiva en los casos de vulneración a este derecho y al principio de igualdad y no discriminación es el proceso constitucional

¹ Artículo 44 inc. 1) y 27)

de amparo. Asimismo, también se cumple el requisito previsto de que la afectación generada sobre esos derechos se debe a un hecho que responde a la actuación de la Administración Pública.

Ahora bien, respecto a las partes y su legitimación, hay una distinción entre una legitimación individual y la legitimación colectiva. Esto permite diferenciar el amparo individual, donde lo presenta la persona directamente afectada, de un proceso de "amparo colectivo", donde los derechos no son individuales, sino que tienen una trascendencia distinta. Si bien, el artículo 39 del CPC no alude ni hace una referencia explícita a los derechos difusos y/o colectivos, ello no es una razón suficiente para tratar de forma diferenciada a estos tres tipos de derechos en virtud de la interposición de una acción de amparo.

Por el contrario, el propio código, aunque de manera general, ha señalado en el artículo 1 que la finalidad de los procesos constitucionales como el amparo es proteger determinados derechos fundamentales, sin diferenciar en su naturaleza individual o colectiva. En específico, el "amparo colectivo" se enfoca en la protección de las distintas categorías de derechos con naturaleza colectiva, como pueden ser los derechos difusos, los derechos colectivos en sentido estricto y los derechos individuales con contenido homogéneo. Por lo tanto, si bien no regula de forma expresa dicha modalidad procesal, sí se contempla la tutela respecto de los derechos colectivos.

Aunado a ello, el artículo 200 de la Constitución, al no hacer ninguna distinción o jerarquización entre derechos, brinda igualdad protección a través del amparo a los derechos establecido en el Título I, así como a los establecidos en el Capítulo II (DESC) y Capítulo III (Políticos). A nivel jurisprudencial el Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre la procedencia de acciones de amparo de tipo colectivo, a través del expediente N° 04878-2008, donde estableció que es posible acudir a los procesos constitucionales para la protección de justamente de este tipo de derechos.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario abordar el problema procesal surgido en el marco de la STC del exp. 00238-2021-PA/TC. Como se señaló en los antecedentes, la señora Violeta Gómez Hinojosa activó el recurso constitucional de amparo contra el MINSA para solicitar que informe y distribuya de manera gratuita el AOE en todos los centros de salud estatales. Esa solicitud se planteó con la finalidad de que todas las mujeres puedan acceder a este anticonceptivo como parte del ejercicio de sus DSR.

La demanda, en un primer momento, se declaró improcedente debido a que el juez consideró que se estaba cuestionando una decisión anterior del TC y ello vulneraba el precedente vinculante constitucional establecido en la STC. N.º 00917-2007-PA/TC. Posteriormente, en la sentencia de primera instancia, se determinó que si bien existía la STC del expediente N.º 2005-2009-PA/TC, el criterio jurisprudencial establecido en dicha decisión planteaba una posibilidad de modificación de la conclusión original, pero supeditada a que se superará la incertidumbre científica respecto a los supuestos efectos abortivos del AOE.

Pese a lo anterior, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, sede de la segunda instancia, declaró improcedente la demanda reiterando el primer argumento de rechazo preliminar. Para la Sala Civil, la materia de discusión de fondo no era un tema de su competencia y, por lo tanto, correspondía exclusivamente al Tribunal Constitucional emitir una decisión sobre ello. Lo anterior, aludía al hecho de que la Sala interpretó que el recurso de amparo se había interpuesto contra la STC del 2009.

Finalmente, el TC resolvió la cuestión procesal previa y determinó que no se advertían motivos suficientes para considerar que la demandante buscaba cuestionar la decisión anterior del Tribunal, por lo tanto, las discrepancias surgidas sobre una parte de la fundamentación contenida en dicha sentencia no implicaban que se pretendiera desacatarla. Por consiguiente, la procedencia de la demanda de amparo se debía dar conforme a la situación de excepción establecida en el fundamento 62, el cual estipulaba que, ante la aparición de una certeza científica, correspondía adaptar la decisión de dicha sentencia al nuevo contexto.

Ahora bien, este informe coincide con la decisión de TC que establece que el proceso constitucional de amparo era la vía idónea para afrontar una medida de la Administración Pública que amenazaba el ejercicio de los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres, así como el principio de igualdad y no discriminación; no obstante, la motivación jurídica para dicha decisión implicaba más aspectos que únicamente el fundamento 62 de la sentencia del 2009.

En primer lugar, no se encuentra en cuestionamiento la importancia de la funcionalidad del fundamento 62 referido, el cual permitía un cambio de criterio jurisprudencial, siempre y cuando se haya superado la incertidumbre científica. Sin embargo, la enunciación que tuvo el Tribunal respecto a este argumento fue meramente descriptiva y se evidencia una ausencia de análisis jurídico respecto a la cuestión procesal.

La primera observación que debió realizar el Tribunal radica en reconocer que la naturaleza de la demanda interpuesta era la de un amparo colectivo. El mandato de no distribución del AOE en los centros públicos de salud vulneraba los derechos sexuales y reproductivos de una colectividad específica: las personas con capacidad de gestar². Asimismo, también vulneraba el principio de igualdad y no discriminación, debido a que la restricción afectaba, en específico, a las personas en estado de pobreza o con escasos recursos económicos de dicho colectivo.

A ello se suma que, la urgencia de contrarrestar dicha limitación se motivaba en el hecho de que el AOE tiene la naturaleza de ser un anticonceptivo de emergencia que forma parte del kit de atención en casos de violencia sexual. Por lo tanto, la naturaleza de protección célere que posee esta garantía constitucional hace de la misma la vía más eficaz para impedir el daño que amenaza al colectivo identificado en contextos de necesidad, como es la atención inmediata en situaciones de violencia.

Aunado a lo anterior, el TC debió señalar que la discusión en curso no podría haberse planteado por ninguna otra vía diferente a la acción de amparo, ni si quiera por la vía contenciosa administrativa. Si bien este proceso es una vía específica para cuestionar las actuaciones de la administración pública, de acuerdo lo establecido en el artículo 3 del TUO de la Ley 27584, el mandato de prohibición adoptado por el MINSA no se recoge en un acto administrativo impugnabile a través de la vía contenciosa administrativa.

La Resolución Ministerial 652-2010-MINSA es lo que se conoce como un acto administrativo interno. A través de esta resolución, el MINSA ordena a DIGEMIT abstenerse de realizar cualquier actividad que implique la utilización del *levonogestrel* en cumplimiento del mandato jurisprudencial establecido en la STC del exp. 2005-2009-PA-TC.

Pese al nombre que se le puede otorgar de manera doctrinaria, es necesario precisar que no toda actuación administrativa es un acto administrativo. De acuerdo al artículo 1 del TUO de la LPAG, Ley 27444, a través del cual se establece el concepto de “acto administrativo”, se configura que un acto administrativo son las declaraciones que brinda la Administración Pública, en el ejercicio de sus potestades, destinadas a producir efectos jurídicos sobre la esfera de los administrados. Es decir, los destinatarios del acto administrativo deben ser determinados o determinables, lo que implica la individualización del efecto jurídico.

² Mujeres cisgénero, hombres trans y diversidad que poseen esta capacidad biológica.

En cambio, la actividad interna, la cual será nombrada como acto administrativo interno, si bien implica una decisión de la Administración Pública, el sujeto al que se dirige se encuentra dentro de la esfera de la entidad y son los funcionarios o servidores públicos. Asimismo, de acuerdo al artículo 1.2.1 del TUO LPAG están destinados a la organización o hacer funcionar sus propias actividades y servicios.

En atención a ello, el proceso contencioso administrativo se ha planteado como un proceso pensado para el control o revisión de los actos administrativos bajo el concepto establecido en el TUO de la LPAG. Por lo tanto, ni la Resolución Ministerial 652-2010-MINSA ni cualquier otra norma de organización interna referida a la negativa de distribuir el AOE de forma gratuita a nivel nacional posee la naturaleza jurídica de acto administrativo, por lo que el objeto del litigio no podría haber sido planteada por esta vía.

La negativa se origina de la interpretación del Tribunal Constitucional establecido en la STC del 2009 y la actuación administrativa realizada por el MINSA es el cumplimiento del criterio constitucional establecido por el TC. Por tal razón, la existencia de una amenaza latente contra los derechos fundamentales de las personas con capacidad de gestar en situación de pobreza y aquellas que habían sido víctimas de abuso sexual, no proviene de un acto administrativo.

Finalmente, considero importante señalar que, si bien el TC determinó adecuadamente que el caso en discusión no correspondía a un escenario de “amparo contra amparo”, era necesario que señalar que la STC del 2009 era una sentencia mutable. Esta mutabilidad o ductilidad de la sentencia responde al fundamento principal por el cual el TC decidió restringir el acceso al AOE: el principio precautorio. Ante la incertidumbre científica del 2009, nuestro tribunal decidió que en virtud de dicho principio se detuviera todo tipo de distribución del AOE para salvaguardar al concebido. Sin embargo, de ninguna forma este principio buscaba ser permanente, puesto que su propia naturaleza es provisional.

Como señala Vera (2008), el principio precautorio es aplicado cuando se trata de evitar potenciales daños a la salud y al medio ambiente, por lo que implica una aplicación cuidadosa por parte de los jueces y tribunales que ejercen función jurisdiccional; sin embargo, también implica tener en cuenta un criterio vinculado al desarrollo social y progresividad de los derechos fundamentales.

Es así que, las medidas que se toman en virtud de dicho principio adquieren la naturaleza de ser provisionales y variables, puesto que una vez se supere la incertidumbre científica o la duda razonable, estas medidas deben ser sometidas a una

revisión integral tanto jurídica como científica. Adicionalmente, es pertinente que las medidas tomadas no sean discriminatorias, por lo que deben ser aplicadas por igual ante situaciones similares (Andaluz, 2002, p. 145).

En el presente caso ha de resaltarse que la restricción de distribución del AOE por parte del MINSA se configuró, desde su origen, como una medida discriminatoria, puesto que la limitación solamente afectaba a un grupo específico de personas con escasos recursos que no podían acceder a este medicamento a través del mercado y, además, a las víctimas de violencia sexual, puesto que el AOE ya no podía ser parte del kit de emergencia. No obstante, a lo anterior, actualmente, ha quedado claro que la incertidumbre científica ha sido superada, por lo tanto, la mutabilidad de la decisión del TC responde al principio de razonabilidad y a la propia naturaleza del principio precautoria, en tanto que a través de la presente sentencia se ha realizado la revisión correspondiente al criterio establecido en el 2009.

En resumen, en lo que respecta a la controversia procesal, el recurso de amparo no solamente era la vía idónea para cuestionar la vulneración de los DSR y el principio de igualdad y no discriminación que generaba la restricción de la distribución gratuita del AOE, sino que, además, jurídicamente era la única vía disponible. Al afectar a un colectivo específico, el proceso estudiado se configuraba como un amparo de tipo colectivo. Asimismo, la posibilidad de acudir a esta vía fue habilitada por el propio TC al establecer un mecanismo de auto revisión en la sentencia del 2009 que permitía la modificación jurisprudencial y rescindir de la decisión tomada en aquella época en virtud del principio precautorio.

Segundo problema secundario: ¿La distribución gratuita del AOE es una obligación estatal que se deriva del alcance y contenido de los derechos sexuales y reproductivos?

A través de la segunda pregunta de investigación planteada, buscaremos determinar si la configuración y el contenido de los DSR, en el marco del ordenamiento jurídico peruano, asignan al Estado la obligación de informar y distribuir gratuitamente el AOE como parte de sus responsabilidades en materia de derechos sociales. Para ello, se revisará y estructurará tanto el estándar internacional y nacional de los DSR, a través de los diversos tratados de derechos humanos y leyes internas, así como jurisprudencia relevante, que se ha pronunciado en torno a su reconocimiento como parte del derecho a la salud y también como derecho autónomo.

Con el propósito de abordar este problema, iniciaremos el análisis reconociendo que los DSR se han consolidado en el estándar internacional como resultado de una interpretación del derecho a la salud. Debido a su contundente desarrollo a nivel internacional y en el ámbito de los derechos humanos, son diversos los tratados y declaraciones que han reconocido el derecho a la salud como un derecho inherente al ser humano e interrelacionado con otros derechos como el derecho a la vida, la dignidad, el libre desarrollo de la personalidad, etc. Sin embargo, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) el instrumento legal que ha generado mayor desarrollo de contenido sobre el derecho a la salud.

El artículo 12 del Pacto establece que todo ser humano tiene derecho a disfrutar, durante las diferentes etapas de su vida, del más alto nivel posible de salud integral. Asimismo, establece que la satisfacción de este derecho está vinculada a la existencia de otros factores socioeconómicos que deben ser proporcionados por el Estado. Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador” (1988), a través de su artículo 10, también ha establecido que toda persona tiene derecho al goce de una salud integral, lo que implica el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social, a través del acceso a recursos y servicios para dicha finalidad.

En lo concerniente a sus dimensiones, la OG N° 14 desarrollada por el Comité de DESC en el año 2000, ha determinado que el derecho a la salud posee cuatro dimensiones: i) Disponibilidad, ii) Accesibilidad, iii) Aceptabilidad y iv) Calidad. De inicio, la disponibilidad involucra que cada Estado debe contar con los servicios, recursos y establecimientos suficientes para asegurar el adecuado ejercicio del derecho a la salud (Constantino, 2015).

En segundo lugar, la accesibilidad implica que todos los bienes, servicios e información relacionada a la salud deben ser de acceso universal a todas las personas de manera física, económica y libre de discriminación. En tercer lugar, con relación a la aceptabilidad, esta dimensión implica que el servicio de salud que se brinda debe respetar la ética médica, los valores culturales de cada persona, así como las necesidades particulares que pueden surgir en cada situación. Por último, la atención médica en salud debe brindarse conforme a los más altos criterios de calidad, lo que implica un personal correctamente capacitado, medicamentos y equipos médicos adecuados, y todas las condiciones sanitarias necesarias.

En consecuencia, en el caso particular de los DESC, el cumplimiento de la obligación de garantizar del Estado se materializa a través de la adopción acciones afirmativas para hacer efectivo el ejercicio de dichos derechos. Es decir, respecto al derecho a la salud, no basta solamente con reconocerlo legalmente como un derecho fundamental, sino que, además, debe implementarse políticas públicas y establecer una gestión de gobierno que garantice los recursos necesarios para el cumplimiento de sus cuatro dimensiones.

Ahora bien, en cuanto al derecho a la salud sexual y reproductiva, ambos están inmersos en el derecho a la salud. De acuerdo a la OG N° 22 del Comité DESC, la naturaleza del derecho a la salud es la de un derecho inclusivo que abarca múltiples aspectos socioeconómicos, uno de dichos aspectos es la salud sexual y reproductiva (CESCR, 2016). Por lo tanto, al estar inmersas en el derecho a la salud, se configuran como situaciones jurídicas tutelables y, por ende, producen derechos y obligaciones específicas.

El Comité DESC, en la observación citada, establece que ambos tipos de salud (sexual y reproductiva) se constituyen a partir un conjunto de libertades y derechos. Las libertades poseen como finalidad que la persona pueda adoptar decisiones de forma libre y responsable con relación a asuntos que vinculen el propio cuerpo, la sexualidad y la capacidad reproductiva. Por otro lado, los derechos se configuran como el acceso universal a diversos tipos de servicios, instalaciones o dependencias y recursos que permitirán garantizar el ejercicio y disfrute de las libertades anteriores.

La primera definición que se brindó respecto a la salud reproductiva y la salud sexual se dio en el CIPD en el año 1994. En la conferencia se señaló que el contenido esencial de la salud reproductiva se encuentra conformada por dos aspectos primordiales: i) la salud sexual y ii) la planificación familiar. Por lo tanto, los derechos reproductivos buscan garantizar el ejercicio de una vida sexual de forma libre y segura, así como la facultad de decidir libremente sobre la capacidad reproductiva. Para garantizar ambas aristas de la salud reproductiva, es necesario el acceso a información, servicios de salud y recursos como lo son los métodos anticonceptivos.

De manera complementaria, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo ha brindado también una definición de lo que se entienda por salud reproductiva y la salud sexual, y estableció que ambas forman parte del derecho a la salud de las mujeres. En virtud de ello, la salud reproductiva se vincula

los aspectos relacionados al sistema reproductivo, sus funciones y procesos, por lo tanto, la salud reproductiva implica la capacidad de tomar decisiones respecto al propio sistema reproductivo, como, por ejemplo, la capacidad de procrear (1994). Lo anterior, fue ratificado en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995.

A nivel doctrinario, Villanueva (2021) ha delimitado con mayor claridad las diferencias entre los derechos reproductivos y los derechos sexuales, a partir del análisis de la sentencia *Artavia Murillo vs. Costa Rica*. Los primeros (DR) poseen por finalidad garantizar y proteger la libertad de decidir respecto a la propia capacidad reproductiva que poseen todas las personas con capacidad de gestar. Esta capacidad debe incluir el acceso a servicios de salud, a recursos de todo tipo como medicamentos e inclusive tecnología, y también el acceso a información. Es por ello que derechos como el acceso a TERAS, al aborto terapéutico y a no sufrir violencia obstétrica forman parte del conglomerado de derechos reproductivos.

En ese marco, la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), es el instrumento legal que ha generado un desarrollo esencial respecto a los DSR. Tanto en el artículo 12, 14 y 16, la CEDAW no solamente establece lineamientos de acción para promover y garantizar la igualdad de género, sino que, además, configura la obligación que tienen todos los Estados de garantizar la salud reproductiva y sexual de las mujeres, estableciendo la tutela expresa de los DR y los DS. En específico, la CEDAW señala que el adecuado ejercicio de los DR de las mujeres implica el adecuado ejercicio de su autonomía reproductiva a partir de la libertad, el acceso a la información y recursos, y sin que medie discriminación.

En la Recomendación General N° 24 de la CEDAW del año 1999, el Comité determinó que la provisión de servicios de salud para las mujeres incluye la atención de la salud reproductiva, por lo tanto, se configura como un derecho que forma parte de la Convención. Asimismo, el Comité también señaló que la protección del derecho a la salud de las mujeres dependerá y se realizará de manera adecuada cuando los Estados asuman sus obligaciones y responsabilidades que implique la promoción y protección de dicho derecho en los términos en los que se ha planteado en el PIDESC.

Por lo tanto, en el marco de la CEDAW, una de las múltiples responsabilidades que esta Convención asigna a los Estados en materia de los derechos reproductivos implica el deber de garantizar el acceso en igualdad de condiciones a servicios, recursos,

información y educación en salud reproductiva y sexual. Dicha obligación no se limita a no obstaculizar su ejercicio, sino que también debe adoptar medidas concretas para promoverlos.

Finalmente, la Organización Mundial de la Salud (OMS) también ha señalado que un campo específico de acción vinculado a la salud reproductiva es la orientación y suministros de métodos anticonceptivos. Inclusive ha resaltado la importancia del ámbito de atención médica en la lucha contra la violencia de género a través de garantizar el adecuado “tratamiento y atención a las víctimas de violencia o de agresiones sexuales mediante la anticoncepción de emergencia (...)” (OMS, 2017, p. 7).

A nivel jurisprudencial, la Corte IDH cuentan con tres pronunciamientos relevantes en materia de derechos reproductivos y sexuales: el caso *I.V. vs. Bolivia* del 2016, el caso *Manuela y otros vs. El Salvador* y el caso *Britez Arce y otros vs. Argentina*. La importancia de las tres decisiones radica en que la Corte establece que la salud sexual y reproductiva es un aspecto importante para las mujeres por su vinculación directa con su capacidad de gestar y procrear. Por lo tanto, garantizarlas a través del acceso a servicios adecuados y recursos libres de barreras económicas implica posibilitar el adecuado ejercicio de su autonomía y libertad para tomar decisiones sobre su cuerpo y su capacidad reproductiva, libres de violencia y discriminación.

Asimismo, un concepto transversal de fondo en las tres sentencias es la determinación de tres responsabilidades específicas que poseen los Estado: respetar, proteger y garantizar el acceso a servicios médicos de calidad para tutelar los DSR. Por lo tanto, ante la ausencia de acciones estatales o el establecimiento de barreras por la propia autoridad, en el contexto del ejercicio del derecho a la autonomía reproductiva, sobre todo de las mujeres, esto se traducen en claras violaciones de derechos humanos.

Teniendo en cuenta que los DSR forman parte del contenido esencial del derecho a la salud, su ejercicio y garantía también se efectúa a través del cumplimiento de sus cuatro dimensiones. Para comenzar, la disponibilidad en los DSR implica que el Estado debe garantizar la existencia de suministros suficientes en materia de salud sexual y reproductiva. Ello implica que existan servicios médicos sobre salud sexual y reproductiva, personal capacitado en dicha área y también insumos adecuados, esto incluye el acceso métodos anticonceptivos, cuidados pre o post natales o el acceso a métodos de interrupción del embarazo.

Por su parte, la accesibilidad en los DSR significa que los servicios, recursos e información que se ponen al alcance de la población debe ser brindada sin restricciones indebidas; es decir, para todas las personas sin incurrir en actos discriminatorios. Esta accesibilidad debe ser física, es decir, deben existir suficientes centros de salud en el ámbito urbano como rural que brinden atención médica en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. A su vez, debe garantizarse una accesibilidad económica, lo que conlleva a que el Estado debe garantizar la gratuidad de los servicios y recursos que brinda como la atención ginecológica, obstétrica, métodos anticonceptivos, pruebas de ITS y el acceso a métodos de interrupción del embarazo.

La accesibilidad también implica la facilidad para obtener información relativa a los DSR, por lo que el personal médico debe garantizar siempre toda la información pertinente sin sesgos morales sobre estos derechos y, más aun, cuando se trate del ejercicio de la autonomía reproductiva de toda persona con capacidad de gestar. Por ende, debe brindar información integral respecto a métodos anticonceptivos disponibles, pruebas y evaluaciones médicas, entre otra información pertinente.

En tercer lugar, la aceptabilidad implica que los servicios médicos, en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, deben ser brindados libres de cualquier estigma social, especialmente cuando se trata de la atención de sectores vulnerables de la sociedad, teniendo como objetivo principal el respeto por la dignidad de la persona. En consecuencia, no es aceptable en ningún sentido que el personal médico niegue u obstaculice el acceso a sus servicios y recursos a mujeres indígenas, comunidad LGBTIQ +, niñas y adolescentes por razones discriminatorias.

Finalmente, la calidad en los DSR supone que los servicios deben darse por personal capacitado en materia de salud sexual y reproductiva, y, por el lado de los recursos, esta dimensión exige al Estado que brinde equipamiento adecuado y todos los medicamentos esenciales y recomendados científicamente. Esto quiere decir que el establecimiento de salud deberá contar, por ejemplo, con métodos anticonceptivos y otros medicamentos seguros, eficaces y aprobados por la autoridad de salud.

En contraposición en el plano nacional, el reconocimiento de los DSR ha tenido un desarrollo menos específico. En primer lugar, la Constitución Política del Perú no reconoce de manera expresa en el listado de su artículo 2 a los derechos sexuales y

reproductivos; no obstante, sí señala diversos derechos que se encuentran vinculados a este, tales como el derecho a la vida y a su libre desarrollo y bienestar (inciso 1), el derecho a la libertad de conciencia (inciso 3), el derecho a la libertad de información (inciso 4) y el derecho a la intimidad personal (inciso 7). Asimismo, en el artículo 6 se determina de manera expresa que la Política Nacional de Población tiene como finalidad difundir toda la información necesaria para lograr el ejercicio de una paternidad y maternidad responsable. Por lo tanto, se reconoce el derecho a “decidir” de las personas en el ámbito de su propia reproducción/procreación.

En relación con su implementación, el ordenamiento jurídico peruano cuenta con la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, Ley N° 28983. Esta ley resulta relevante, puesto que expresamente reconoce y hace referencia en su contenido a los DSR. Dicho reconocimiento se puede observar en el artículo 6 inciso i), el cual establece que las tres instancias de gobierno poseen la obligación de salvaguardar y hacer efectivo el derecho a la salud sus ciudadanos, sobre todo cuando se busca garantizar los DSR en el marco de la prevención de embarazos no deseados o para velar el ejercicio adecuado de la maternidad.

Por otro lado, es relevante también tanto la Ley General de Salud, Ley N° 26842 y Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar, Ley N.º 30364, puesto que ambas normas establecen que el derecho a una salud integral se encuentra conformado por una adecuada salud reproductiva. Finalmente, es necesario mencionar la Política Nacional de Igualdad de Género (PNIG), a través de la cual se plantean seis objetivos prioritarios con la finalidad de combatir la discriminación estructural contra las mujeres. En atención a dicha finalidad, su segundo objetivo prioritario establece que debe garantizarse el ejercicio de los DSR.

Como se ha podido observar, el ordenamiento jurídico peruano también ha vinculado los DSR a los demás derechos fundamentales listados en la Constitución. Este ejercicio de vinculación ha permitido reconocerlos como una parte esencial del derecho a la salud (artículo 2, inciso 1 de la CPP), aun cuando no se haya desarrollado una conceptualización expresa de los mismos.

Teniendo en cuenta esta vinculación que existe con el derecho a la salud, es pertinente también resaltar la STC 2945-2003-AA, a través de la cual el TC sostuvo que el derecho a la salud comprende la facultad que tiene toda persona de decidir respecto a su funcionalidad orgánica y mental, por lo tanto, es un derecho fundamental inseparable

del derecho a la vida. En consecuencia, para el ordenamiento jurídico peruano los Derechos Reproductivos de las mujeres implica el derecho a tomar decisiones sobre su propia capacidad reproductiva respecto a la cantidad de descendencia que quiere tener, el tiempo en el que lo hará e incluso la modalidad en la que desea hacerlo.

Particularmente, el TC también se ha pronunciado sobre este concepto a través de dos expedientes: i) del Expediente N° 7435-2006-PC/TC y el ii) Expediente N° 2005-2009-AA/TC. Respecto a la STC del 2006, el TC señaló que el libre desarrollo se encuentra conformado por la libertad de decidir respecto al momento adecuado u oportuno de la reproducción, la capacidad de procrear y el método científico para lograrlo o impedirlo. Por su parte, la STC del 2009, ha establecido de manera expresa que las mujeres tienen derecho a seleccionar el método anticonceptivo de su preferencia y que dicha libertad de elección se encuentra vinculada al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Para cerrar la presente sección es relevante enfatizar que lo desarrollado en el estándar internacional forma parte también del ordenamiento jurídico peruano, debido a que la propia Constitución de 1993 ha determinado que los tratados internacionales ratificados por el Estado peruano son fuente de derecho en nuestro sistema jurídico, sobre todo cuando se trata de la interpretación de derechos fundamentales. Es así que, por dicho mandato constitucional, se produce una integración normativa de los tratados y el estándar internacional analizado. El criterio descrito previamente se encuentra establecido la sentencia recaída en el exp. N° 047-2004-AI-TC.

Establecido el estándar de normas nacional e internacional, corresponde ahora analizar de qué forma se aplican al caso concreto. Como se reseñó en los antecedentes, el TC dispuso que el objeto del proceso constitucional era determinar si es que correspondía ordenar al MINSA garantizar el acceso al AOE a través de su distribución gratuita en los centros de salud del Estado. Por lo tanto, el TC se ocupó, en primer lugar, en evaluar si es que la incertidumbre científica bajo la cual se motivó la decisión de la sentencia del 2009 había superado o si es que, por el contrario, el AOE aún representa un riesgo para la vida del concebido por sus supuestos efectos abortivos.

El TC concluyó que, teniendo en cuenta la nueva evidencia científica y las conclusiones presentadas tanto por el MINSA, la OMS, la Organización Panamericana de la Salud y la FDA, se evidenciaba que el anticonceptivo en cuestión no era abortivo, por lo tanto, era viable su reconocimiento e integración como método anticonceptivo de emergencia en el sistema de la política nacional de salud. Asimismo, el Tribunal resaltó que más allá

del reconocimiento de su seguridad científica, el AOE es vital la lucha contra la violencia de género, por ser parte del kit de atención de emergencia en casos de agresión sexual, y otras problemáticas sociales como los embarazos no deseados a temprana edad.

En atención a lo último señalado, el Tribunal señaló que el acceso gratuito al AOE para este colectivo específico, incidía directamente en la protección de sus derechos fundamentales vinculados a la dignidad, intimidad y proyecto de vida. Es así que, restringir dicho acceso representaría una limitación inconstitucional al ejercicio de sus DSR agravando su contexto de vulnerabilidad. En consecuencia, el Tribunal Constitución concluyó que la medida restrictiva que se había establecido en la STC del 2009, y que fue adoptada por el MINSA, sí transgredía los derechos reproductivos de las mujeres en situaciones de desventaja.

La deficiencia en el análisis jurídico del Tribunal radica en que, si bien se ha reconocido la importancia del acceso a los servicios de salud reproductiva como parte del ejercicio de la autonomía reproductiva, considero que el TC debió enfocarse en la revisión y aplicación de las cuatro dimensiones del derecho a la salud en los DSR. Como lo hemos señalado previamente, al ser los DSR resultado de una interpretación integral del derecho a la salud, estos se garantizan a través del cumplimiento de sus dimensiones mediante acciones afirmativas del Estado. Por ende, aunque el núcleo es la autonomía reproductiva, tanto su dimensión positiva como negativa solamente se concretan y garantiza a través del cumplimiento de las dimensiones señaladas.

Sobre esta base, corresponde analizar las dimensiones vulneradas de los DSR al caso concreto. En primer lugar, respecto a la **disponibilidad**, este elemento exige la existencia de recursos suficientes que se traducen como establecimientos, servicios, medicamentos esenciales y personal calificado. Como lo hemos señalado previamente, cuando se aborda la salud reproductiva, uno de los recursos esenciales para garantizarla son los métodos anticonceptivos tanto convencionales como de emergencia. Esta premisa ha sido establecida por el Comité DESC en su OG N° 22 del año 2016.

Por su parte, la 22va Lista de Modelos de Medicamentos Esenciales de la OMS ha establecido, como parte de su sección *Medicines for reproductive health and perinatal care*, que los anticonceptivos son medicamentos esenciales. Inclusive, de manera específica, ha señalado cuáles son los medicamentos que se consideran

anticonceptivos hormonales de tipo oral: i) ethinylestradiol + levonorgestrel, ii) ethinylestradiol norethisterone, iii) levonorgestrel y iv) ulipristal. (2021, p. 49)

En segundo lugar, respecto a la dimensión de **accesibilidad**: tanto los centros de salud, los bienes, la información y los servicios de salud en materia sexual y reproductiva deben ser accesibles a todas las personas sin discriminación alguna. El párrafo 34 de la citada OG N° 14 del Comité DESC estableció que los Estados deben “abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otros medios de mantener la salud sexual y genésica” (Parra, 2003, p. 233). Aunado a la anterior, debemos recordar que la accesibilidad implica también asequibilidad; es decir, el acceso a los servicios de salud no debe verse limitado por barreras económicas, sobre todo cuando el acceso lo requieren sectores específicos de la población con mayor requerimiento de tutela jurídica.

En el presente caso, las personas con capacidad de gestar son un sector de la población que puede estar conformado por mujeres cisgénero, hombres trans y personas no binarias. Históricamente este sector ha sufrido restricciones y limitaciones injustificadas en el ejercicio de su salud sexual y reproductiva, por lo que, su derecho a la autonomía reproductiva se ha visto sistemáticamente afectado, en especial, en contextos de discriminación estructural. Por lo tanto, para garantizar el DAR de este sector, lo ideal es que el Estado distribuya de manera gratuita los métodos anticonceptivos esenciales, como lo es el AOE.

Por último, el contexto analizado también exigía garantizar el acceso a información respecto a la funcionalidad y utilidad del AOE, sobre todo cuando era requerido por personas con capacidad de gestar. Esta información, evidentemente, debe ser brindada por el MINSA en formatos amigables de comprensión y debe incluir toda “información relativa a planificación familiar, a efectos de evitar embarazos precoces e indeseados” (González, 2020, p. 23).

En tercer lugar, con relación a la dimensión de **aceptabilidad**, como lo ha señalado el Comité DESC, esta implica que la atención médica se brinde respetando la ética médica la cultura de las personas, además de contar con un enfoque de género, edad y otros aspectos específicos. Es en atención al respeto cultural que la aceptabilidad de la salud, específico de la salud sexual y reproductiva, se debe analizar a partir de la autodeterminación reproductiva.

Como se ha descrito anteriormente, el DAR posee dos dimensiones, una positiva y una negativa. Si bien ambas están vinculadas al ejercicio de la capacidad reproductiva de la persona y la planificación familiar, la faceta negativa se manifiesta en la facultad de la persona de decidir libremente no tener hijos, lo que implica el derecho a no procrear. En ese sentido, esta garantía fundamenta la obligación del Estado de adoptar medidas para ayudar a las personas a alcanzar dicho objetivo, inclusive la decisión de no procrear, “por lo que debe de suministrar servicios de información y atención de alta calidad en materia de planificación de la familia y salud reproductiva. Ello implica, por ejemplo, el acceso igual a diversas opciones en cuanto a métodos anticonceptivos” (Parra, 2003, p. 286).

De esta manera es que el Tribunal Constitucional debió analizar si es que la medida de prohibición del MINSa en relación a la distribución gratuita del AOE era una vulneración o no de las obligaciones estatales para garantizar y proteger los DSR. Como hemos podido observar, el Estado peruano, desde la perspectiva de las dimensiones del derecho a la salud, sí posee como obligación estatal garantizar al acceso a métodos anticonceptivos y, por lo tanto, al AOE.

En síntesis, en el presente caso, la limitación de distribución gratuita del AOE, así como la abstención del MINSa de integrarlo en la elaboración de políticas públicas, definitivamente vulnera la dimensión negativa del DAR, es decir, impide que las personas con capacidad de gestar decidan libremente no ejercer su capacidad reproductiva y, por ende, acceder a recursos médicos esenciales como métodos anticonceptivos de emergencia para hacer eficaz esa decisión.

Para garantizar la dimensión negativa del DAR era necesario que el Estado cumpla con hacer efectiva las cuatro dimensiones del derecho a la salud, siendo que, en el presente caso, la medida restrictiva del MINSa vulneraba tanto la dimensión de disponibilidad, accesibilidad y aceptabilidad. En atención a ello, el TC debió precisar que dichas dimensiones planteaban como obligaciones estatales: i) brindar el acceso a información sobre métodos anticonceptivos, puesto que solamente a través de estas herramientas es que se puede prevenir embarazos no deseados y ii) brindar el acceso a los propios métodos anticonceptivos de manera gratuita para los sectores vulnerables de la población.

El Tribunal Constitucional debió estimar que el acceso al AOE es relevante en este punto, puesto que al configurarse como un método anticonceptivo no convencional y

para situaciones de urgencia, permite la prevención de embarazos no planeados o accionar atención médica en situaciones de violencia sexual. Por lo tanto, restringir el acceso gratuito a este recurso, definitivamente se configura como una acción que vulnera la dimensión negativa del DAR y que impide que toda persona con capacidad de gestar disfrute de una salud reproductiva integral, así como ejerza su libertad de decidir reproducirse o no. En ese sentido, al afectarse el DAR se afectan todos los demás derechos vinculados a este: el derecho a la salud, el derecho al libre desarrollo y la dignidad de la persona.

Tercer problema jurídico: ¿La prohibición de la distribución gratuita del AOE, adoptada por el MINSA, constituye una forma de discriminación interseccional dirigida hacia las personas con capacidad de gestar en situación de vulnerabilidad económica?

El tercer problema jurídico consiste en determinar si la medida adoptada por el MINSA, al impedir y limitar la distribución gratuita del AOE, se configura como un acto de discriminación interseccional al afectar a las mujeres cisgénero, hombres trans y toda persona con capacidad de gestar que no posee los recursos económicos necesarios para obtener dicho anticonceptivo en un centro de distribución privado

“El principio de igualdad y no discriminación es uno de los pilares fundamentales de los derechos humanos” (Facio, 2008, p. 50). Goza de un reconocimiento integral en múltiples instrumentos del derecho internacional³. No obstante, este principio encuentra su desarrollo más actual y preciso en la Convención Interamericana contra toda forma de discriminación e intolerancia (CIDI). Esta convención resulta especialmente relevante, puesto que más allá de establecer la definición universal de discriminación, como toda distinción o exclusión que tiene por finalidad anular o limitar el reconocimiento y ejercicio de derechos humanos en condiciones igualitarias (art. 1 inc. 1), incorpora uno de los listados más extensos respecto a cuáles son los motivos⁴ sobre los que debe configurarse una acción para considerarse discriminatoria.

³ DUDH, artículo 1, 2 y 7; PICDCP, artículos 2, 3 y 26; PIDESC, artículos 2 y 3; CERD, artículo 1; CEDAW, artículo 1, Carta de la OEA, artículos 3 y 45, DADH, artículo II; CADH artículos 1 y 24, Protocolo de San Salvador, artículo 3; CIADDIS, artículo 1, entre otros tratados.

⁴ La discriminación puede estar basada en motivos de nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, de refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Junto a esta convención, los otros tratados internacionales clave en la consolidación del estándar internacional del principio señalado son el PIDESC, la CADH y la CEDAW. Estos tratados en conjunto con la CIDI, reconocen entre los motivos prohibidos de discriminación tanto la condición socioeconómica como el sexo. Como veremos más adelante, si bien la CEDAW brinda un mayor enfoque en la discriminación por razón de género, no pierde de vista su intersección con factores como la condición socioeconómica y, en específico, la pobreza.

Los tres tratados señalados también han establecido como norma general que la protección y garantía de los derechos y libertades establecidos en los cuerpos normativos debe realizarse en el mismo margen de igualdad para todos, por lo tanto, sin discriminación alguna⁵. En atención a esto último, se configura el principio base de igualdad formal y material. La primera implica que todas las personas tienen derecho a una igual protección⁶ ante la ley, es decir, en el momento de su configuración y aplicación. Por otro lado, la igualdad sustancial o material refiere a la protección real que ofrece dicha ley, a través de la corrección de brechas de desigualdad estructural.

De manera previa a abordar los dos motivos prohibidos principales, resulta necesario precisar el contenido del principio de igualdad y no discriminación. Para ello, es importante tener en cuenta la Opinión Consultiva N° 4, a través de la cual, la Corte IDH establece que el concepto de igualdad se origina en la propia esencia que caracteriza a la naturaleza del ser humano como miembros de una misma especie. La idea de igualdad responde justamente a esta característica común que poseemos todos los individuos, por ende, está directamente vinculado con la dignidad de la persona. En consecuencia, es incompatible con la dignidad toda situación en la que se trata con privilegio a un determinado grupo por considerarlo superior y/o se trata con hostilidad a otro grupo por considerarlo inferior (Corte IDH, 1984, p. 16).

Aunado a ello, es relevante la definición doctrinaria brindada por Dinah Shelton (2008), donde concluye que el principio de igualdad es la vertiente positiva del mandato de no discriminación. Este mandato se activa ante situaciones donde se hacen diferenciaciones de cualquier tipo entre colectivos de personas que se encuentran en contextos afines, pero que reciben un trato diferenciado con razón de alguno de los motivos prohibidos (p. 36).

⁵ PIDESC, artículo 2 inc. 1; CADH artículo 1 y CEDAW artículo 2.

⁶ PIDESC, artículo 3; CADH, artículo 24 y CEDAW, artículo 7

Entonces, podemos desagregar el principio de igualdad y no discriminación de la siguiente forma. En primer lugar, respecto al acto generador, discriminación significa cualquier “distinción, exclusión, restricción o preferencia”. La finalidad central de dicho acto es “perjudicar o anular” el ejercicio y/o disfrute de los derechos en cuestión de forma igualitaria. Asimismo, las múltiples cláusulas del mandato de no discriminación establecidas en los tratados de derechos humanos, han identificado determinados motivos prohibidos⁷ que deben configurarse para estar en un escenario de afectación al principio de igualdad.

Cabe añadir a lo anterior, que la Corte IDH ha establecido a través de su OC 18/03 que el principio de igualdad y no discriminación implica una norma *jus cogens*, por lo tanto, se configuraría como una norma imperativa. Es decir, su contenido material es de obligatorio cumplimiento para todos los Estados del mundo, a pesar de que no hayan ratificado determinados tratados. Por su parte, en diversos casos resueltos por la Corte Internacional de Justicia⁸ se ha sugerido que este principio forma parte del *corpus* de la costumbre internacional, en particular cuando nos referimos a los contextos que implican la raza y el sexo (Bayefsky, 1990, p. 20).

En línea con lo anterior, la discriminación puede manifestarse de forma directa, indirecta o de forma múltiple (interseccional). La CIDI en su artículo 1.4 ha establecido que la discriminación indirecta se configura cuando una norma, práctica o criterio que es aparentemente neutral, pero, en el ejercicio social, refleja acciones discriminatorias contra grupos específicos en condición de vulnerabilidad o desventaja. A su vez, la OG N° 20 del Comité DESC⁹ y la RG N° 28 del Comité CEDAW también han definido esta forma de manifestación de discriminación.

Por otro lado, en lo que respecta a la discriminación múltiple, la CIDI la ha definido como una discriminación agravada que se origina ante la convergencia de múltiples motivos prohibidos u otros reconocidos en el marco del derecho internacional. Sin embargo, es Kimberlé Crenshaw en el año 1995, quien desarrollo y aterrizó este concepto a lo que

⁷ Entre los principales motivos listados en los tratados podemos encontrar la raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, pero no debe entenderse como un listado *numerus clausus*. Por el contrario, los tratados internacionales han establecido estas cláusulas de forma abierta de manera que los Estados, en virtud de su autonomía interna, puedan agregar otras motivaciones.

⁸ Algunos ejemplos son lo expresado por el juez Tanaka en los casos de África Suroccidental y la Opinión Consultiva de 1971 referida al caso de Namibia.

⁹ (...) la discriminación indirecta hace referencia a leyes, políticas o prácticas en apariencia neutras, pero que influyen de manera desproporcionada en los derechos del Pacto afectados por los motivos prohibidos de discriminación” (2009, pp. 4 - 5).

hoy conocemos como “discriminación interseccional”. La interseccionalidad se entiende como “la expresión de un sistema complejo de estructuras de opresión que son múltiples y simultáneas con el fin de mostrar las diversas formas en que la raza, el género” (1995, p. 359) y la clase social pueden afectar a un individuo y como, al momento de confluir, estructuran complejas interacciones y generan experiencias particulares.

Ahora bien, en el marco de los DSR van a confluir, principalmente, dos motivos de discriminación: el género y la condición socioeconómica. Respecto al primero, el Comité CEDAW ha precisado diversos lineamientos y criterios de interpretación. En primer lugar, se tiene la Recomendación General N° 24, la cual señala que la renuencia y abstención de un gobierno a brindar determinados servicios de salud reproductiva a las mujeres y demás personas con capacidad de gestar se configura como un acto de discriminación (1999). Por lo tanto, los Estados poseen la responsabilidad de adoptar todas las medidas legislativas y/o de políticas públicas necesarias para hacer efectivo y proteger el disfrute de dicho derecho (acciones afirmativas).

Otro instrumento relevante en este marco es la Convención *Belém Do Pará*, ratificada por el Perú en el año 1996, la cual estableció en su artículo 6 que toda mujer tiene derecho a vivir una vida libre de violencia y que la discriminación es una forma de violencia de género. Asimismo, también determinó que toda mujer tiene el derecho a desarrollarse y recibir una educación libre de estereotipos y prejuicios que se encuentren fundamentados en ideas de inferioridad o subordinación de la mujer.

A nivel jurisprudencial, es preciso resaltar una parte del criterio de la Corte IDH desarrollado en el caso *Brítez Arce y otros vs. Argentina*. Si bien el caso trató el tema de violencia obstétrica, se debe resaltar la afirmación de la Corte cuando señala “que la falta de servicios de salud materna apropiados tiene efectos diferenciales sobre el derecho de la mujer a la vida”¹⁰ (2022, p. 19). Traducido al escenario de los DSR en materia de acceso al AOE, el Tribunal estima que la negativa del acceso a la atención médica refleja no solo la vulneración de los DSR si no también la vulneración del principio de igualdad y no discriminación¹¹. Dicho fundamento es suscrito en el caso de *Manuela y otros vs. El Salvador*, cuando se establece que la falta de trato digno y adecuado en casos de emergencia obstétrica y, por ende, al proporcionar servicios de

¹⁰ La Corte hace referencia al caso *Alyne da Silva Pimentel Teixeira contra Brasil*.

¹¹ Pronunciamiento emitido en el 2022 por la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH)

salud reproductiva, representan una vulneración al derecho a la igualdad y al mandato de no discriminación.

A través del criterio jurisprudencial revisado, la Corte IDH ha establecido un marco de interpretación común en torno a las consecuencias que acarrearán la resistencia o renuencia del Estado a proporcionar servicios de salud sexual y reproductiva. Para la Corte, esta conducta no solo vulnera el derecho a la salud y el derecho a la vida de las personas, en especial de las mujeres, sino que también constituye una forma de discriminación estructural basada en género.

Por otro lado, respecto al motivo prohibido de condición socioeconómica, el PIDESC, a través de su OG N° 20, ha definido a la condición económica como un concepto que abarca aspectos vinculados a la propiedad y la tenencia de bienes personales. Por lo tanto, que una persona carezca de estos o se encuentre en situación de informalidad no puede ser motivo para limitar el acceso y disfrute de servicios básicos de calidad, como lo sería el acceso a servicios de salud. Asimismo, señala que es usual que la discriminación por condición económica se encuentre vinculada a otros motivos prohibidos como el origen nacional o social (Comité DESC, 2009).

En el ámbito de la jurisprudencia, la Corte se ha pronunciado reiteradamente respecto a que la carencia de recursos (condición económica) no puede fundamentar la limitación o anulación de derechos. Un primer caso donde exploran este fundamento es el caso *Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala* cuando señala que la ausencia de recursos materiales no puede motivar una decisión del juez o la administración para separar al infante de su familia y, por ende, privar de otros derechos humanos concatenados.

En segundo lugar, en el caso de los *Empleados de la Fábrica de Fuegos de Santo Antonio de Jesus y sus familiares Vs. Brasil*, el Tribunal reconoció que las afectaciones a los derechos humanos usualmente suelen agravarse o verse motivadas por razones como la marginación por la condición socioeconómica de las víctimas. Es decir, este elemento acompaña y motiva de fondo las vulneraciones a diversos derechos humanos. Por lo tanto, la pobreza se consolida como una condición que incrementa el estado de vulnerabilidad de las personas y, por ende, profundiza y amplía las secuelas del abuso sufrido. Dicho criterio es reiterado en el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde Vs. Brasil*.

En consecuencia, el motivo de discriminación por condición económica no suele presentarse manera aislada, sino que, debido a su estrecho vínculo con el origen étnico o social, es interseccional en la vulneración de los derechos humanos. Como hemos podido revisar, la situación de vulnerabilidad de diversos grupos, como son las mujeres, suele verse agravada por el estado socioeconómico en el que se encuentran, lo que profundiza las barreras en el ejercicio efectivo de sus derechos.

En el ámbito nacional, la Constitución Política del Perú ha establecido en el inciso 2 del artículo 2 el principio de igualdad y no discriminación. En virtud de dicho reconocimiento constitucional, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional han interpretado que este principio se encuentra conformado por dos componentes esenciales: i) el derecho a la igualdad ante la ley y ii) el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley (Salomé, 2024, p. 174).

Por su parte, Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, ha establecido un marco de actuación institucional y de políticas públicas para propiciar que todo ejercicio de derechos fundamentales se de en un marco de igualdad universal sin distinción entre géneros. Asimismo, a través de su artículo 2, ha estipulado la definición universal de discriminación. Esta norma es relevante en el marco del reconocimiento del principio estudiado, debido a que reconoce que la igualdad formal (reconocimiento de igualdad ante la ley) no es suficiente, sino que se requieren mecanismos de actuación que garanticen su cumplimiento. Por ello, en su artículo 4 establece cuales son las obligaciones que el Estado debe cumplir.

Finalmente, a nivel sectorial, se tiene la Ley N.º 30709 – Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, a través de la cual se establece el principio de igualdad y no discriminación en el ámbito más específico del derecho laboral.

Ahora bien, como se señaló previamente, la doctrina y jurisprudencia nacional reconocen que el principio de igualdad y no discriminación posee dos componentes, el primero (igualdad en la ley) impone un límite de actuación al legislador, pero que también funciona frente al poder de regulación de la Administración Pública (Salomé, 2024, p. 174). El segundo componente, entendido como igualdad en la aplicación de la ley, impone una obligación directa a la Administración de no aplicar la ley de manera distinta a personas que se encuentran en situaciones similares (Eguiguren, 1997, p. 64). Lo anterior, también podría traducirse en términos de una obligación positiva y una

obligación negativa, respectivamente, que tiene el Estado en virtud de garantizar el cumplimiento efectivo del principio leído.

Dicho criterio ha sido adoptado por el Tribunal Constitucional a través de la sentencia correspondiente al exp. N° 0004-2006-PI/TC, donde señala que la actuación de la Administración Pública posee límites específicos que buscan asegurar el derecho a la igualdad y no discriminación. En virtud de dichos límites, la ley debe ser aplicada en igualdad de condiciones para todas aquellas que se encuentren en la misma situación, sin permitir diferencias basadas en factores no contemplados en la norma (p. 124).

Es así que, como señala Cesar Landa (2017), “la igualdad material supone un mandato complejo dirigido al Estado a fin de que este despliegue medidas legislativas, administrativas y judiciales con la finalidad de superar las desigualdades reales” (p. 38). Lo anterior, es lo que podemos determinar como obligación positiva.

Por otra parte, cabe revisar cuáles han sido las decisiones tomadas por el TC para garantizar el derecho a la igualdad y en defensa del mandato de no discriminación respecto al colectivo mujeres y diversidades. En primer lugar, a través de la STC recaída en el exp. N° 05527-2008-PHC/TC, se ha determinado que la discriminación contra la mujer vulnera su derecho al libre desarrollo de la personalidad y, además, se traduce en una potencial afectación a su derecho a la salud y a la vida. Por su parte el fallo emitido en el marco del exp. 01423-2013-PHC/TC ha sentado precedente al señalar que la garantía y protección de los derechos sociales se hace efectiva con acciones positivas del Estado y que este rol activo al, por ejemplo, promover y diseñar políticas públicas a favor de las libertades reproductivas, es un deber estatal.

En sentencias más recientes, el TC ha demostrado una clara evolución respecto a la forma en la que ha conceptualizado y comprendido la discriminación contra la mujer, ampliando de esa manera su criterio de interpretación. Un fallo relevante es la STC recaída en el exp. N° 03378-2019-PA/TC, la cual señala que la autonomía sexual asiste también a las mujeres e implica el respeto por su integridad personal.

En consecuencia, podemos observar una clara evolución en la propia jurisprudencia del TC respecto a la forma de abordaje de la discriminación contra la mujer y, en dicha evolución, se ha incorporado de manera acertada el enfoque de género como parte de los lineamientos de actuación de la administración pública para lograr una real igualdad en el disfrute del derecho a la salud de las mujeres.

Cabe a traer a colación la Resolución Ministerial N° 652-2016/MINSA, a través de la cual se aprobó la Norma Técnica de Salud de Planificación Familiar N° 124-MINSA/DGIESP-V.01. Esta norma es relevante debido a que reafirma el deber estatal que posee el MINSA de garantizar una atención integral y gratuita en materia de planificación familiar. Dicha atención abarca desde consejería y orientación, hasta el suministro de métodos anticonceptivos como el AOE. Asimismo, en el numeral 5.10.12 se establece que el acceso a dichos servicios y recursos debe darse en completa sintonía con el principio de igualdad y no discriminación, sin que las decisiones se vean limitadas por la capacidad económica de la persona.

Establecido el marco normativo nacional e internacional, corresponde ahora analizar cómo este se aplica al caso concreto. Como se ha señalado previamente, la decisión del TC fue positiva al ordenar la distribución y el acceso gratuito del AOE en las instituciones de salud estatales, sobre todo porque la acción contraria, la cual implicaba la abstención de acceso a este anticonceptivo gratuitamente, vulneraba el principio de igualdad y no discriminación al afectar directamente a un colectivo específico: las mujeres que carecen de recursos económicos suficientes o se encuentran en estado de pobreza.

El razonamiento jurídico del Tribunal reconoció que restringir dicho acceso gratuito representaría una limitación inconstitucional al ejercicio de sus derechos reproductivos agravando su contexto de vulnerabilidad, puesto que, sin la intervención del Estado, el anticonceptivo solo podría ser adquirido por aquellas que poseen los recursos económicos suficientes para adquirirla en los establecimientos particulares. Por ende, era necesario deshacer dicha medida que resultaba discriminatoria.

Sin embargo, pese a la acertada decisión del Tribunal, considero que el análisis en torno a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación fue deficiente, puesto que no se tuvo en cuenta, en ningún momento, el mecanismo de interseccionalidad, a través del cual se podría haber observado que la medida del MINSA afectaba a todas las personas con capacidad de gestar en situación de pobreza (ya sean hombres trans u otras identidades de género) y no solo a las mujeres cisgénero. Asimismo, el Tribunal tampoco identificó que la medida de prohibición del MINSA propiciaba escenarios de discriminación estructural que reproducen patrones de control social sobre el cuerpo y la sexualidad de las personas.

Respecto a la primera crítica planteada, el enfoque interseccional nos permite observar que los sistemas de dominación no operan de manera separada, sino que están interconectados y deben ser analizados en contextos específicos (género y pobreza). Los sujetos subordinados están jerarquizados dentro de sus propios grupos y, por ejemplo, ciertas mujeres gozan de privilegios que otras mujeres no poseen. Por ende, la interseccionalidad no implica una sumatoria de derechos, sino una fusión de vectores de subordinación. Ello obliga a que los factores de discriminación no se analicen por separado, pero tampoco como una sumatoria de tipos de discriminación. La intersección entre las distintas variables de discriminación en una persona específica se transmuta en una experiencia única que debe ser analizada de manera particular.

Ahora bien, bajo el enfoque de interseccionalidad, el TC debió establecer que la medida de prohibición de distribución y acceso gratuito al AOE se configura no solamente como una medida discriminatoria en general, sino que es un claro ejemplo de discriminación interseccional que afecta, por un lado, a las mujeres cisgénero con escasos recursos económicos, pero que también afecta a las personas con capacidad de gestar que no se identifican con el concepto de “mujer”, como son los hombres trans y otras identidades de género que pueden gestar.

La experiencia que se genera respecto a la afectación del ejercicio de la autonomía reproductiva de las mujeres cisgénero, los hombres trans y otras identidades con capacidad de gestar es diferente entre cada una de ellas. Por ejemplo, en el caso de las mujeres cisgénero, estamos ante una manifestación de la asimetría de género que existen entre el ejercicio de la autonomía reproductiva de ellas y los hombres cisgénero y que responden a supuestos de subordinación y dominación del cuerpo de las mujeres (Álvarez, 2017).

Desde una perspectiva con enfoque de género en el ámbito de las experiencias de las mujeres cisgénero, es necesaria la implementación de la distribución gratuita del AOE, en la política pública de salud, debido a que representa una herramienta clave para despojar de todo tipo de prejuicios de género al ejercicio de la maternidad. De ese modo, su disponibilidad y acceso gratuito permitirían solidificar la idea de que la maternidad deber ser ejercida de manera libre y consciente, es decir, debe ser deseada.

En otro extremo, se tiene la experiencia de los hombres trans en la limitación de su capacidad reproductiva y, por ende, su derecho a la autonomía reproductiva. A diferencia de las mujeres cisgénero, la restricción al acceso gratuito del AOE no

solamente afecta su derecho a la salud, sino que además vulnera su identidad de género. Es decir, la negación del acceso a este anticonceptivo, no responde de manera directa al dominio del cuerpo de los hombres trans, sino que se fundamenta en una visión binaria y biologicista del género.

La estructura social y del Estado en la que nos movemos a diario se ha construido sobre las bases de un sistema heteronormativo y binario. Ello quiere decir que lo que nosotros entendemos como “normal y adecuado” son aquellas personas que encajan con dicho marco estructural siendo heterosexuales y únicamente identificadas como hombre o mujer, y todos los roles sociales que implican dichas categorías. En ese contexto, las normas y políticas públicas buscan mantener aquella “normalidad” enfocándose en la distinción binaria entre lo que significa ser hombre y ser mujer. El Derecho, de igual forma, asume que aquella distinción es correcta por lo que privilegia el actuar de los legisladores que busquen mantener esa estructura social.

Teniendo en cuenta lo anterior, el binarismo jurídico se estructura como un modelo social que genera la exclusión de personas que no encajan con las identidades preestablecidas (masculino o femenino) o sus expresiones de identidad son distintas a las asignadas como “correctas”. Por lo tanto, genera que solamente las mujeres cisgénero sean reconocidas como sujetos de derecho incluidos en las políticas públicas de salud que buscan el adecuado ejercicio de los DSR. Es decir, a nivel legislativo, los hombres trans se encuentran completamente invisibilizados en las políticas nacionales de salud, por lo tanto, la desprotección de sus DSR es total, debido a que su identidad de género no se ajusta al modelo tradicional binario.

Es así que, el análisis parcial del TC, asocia exclusivamente la salud reproductiva y el derecho a la autonomía reproductiva, respecto a la decisión de gestar o no, solamente a las mujeres cis. Por lo tanto, lo que se encuentra en el fondo de dicho razonamiento es la idea biologicista de que solamente las mujeres cisgénero pueden gestar y la equiparación del sexo biológico a la identidad de género, en consecuencia, invalidan la existencia de identidades transmasculinas. Contrario a lo que se cree, el AOE es un método anticonceptivo que puede ser usado tanto por las mujeres cisgénero como por los hombres trans, inclusive en situaciones de emergencia ante una agresión sexual.

Garantizar la distribución y el acceso al AOE es una forma de garantizar una vía efectiva para el ejercicio adecuado de la autonomía reproductiva de las mujeres cisgénero y las personas con capacidad de gestar en su diversidad. En ese sentido, la necesidad de su

distribución de forma gratuita y su incorporación a las políticas públicas de salud a nivel nacional, representan también un mecanismo de combate para enfrentar las constantes ideaciones cargadas con prejuicios de género que, en cuanto a la experiencia de las mujeres cis, aún persisten entorno al propio ejercicio de la maternidad y que suelen asignarle una naturaleza punitiva e inevitable, en lugar de definirla como una decisión que debe ser tomada de forma libre, informada y deseada. Por otro lado, respecto a la experiencia de las identidades transmasculinas, es una forma de combatir las nociones biologicistas de la normatividad y la transfobia institucional.

Por otro lado, el TC tampoco advirtió que la medida que restringía el acceso al AOE, también se configuraba como una forma de discriminación estructural al perpetuar y mantener barreras institucionales que reproducen escenario de desigualdad social basadas justamente en el género y la condición económica.

La medida estudiada si bien posee una apariencia de neutralidad, del análisis interseccional realizado, podemos observar que ha terminado reproduciendo desigualdades históricas de género y económicas. En primer lugar, respecto a las brechas estructurales de género, la medida adoptada por el MINSA ha reforzado patrones de control social sobre la sexualidad y el cuerpo de las personas. En el caso de los hombres trans, la desigualdad histórica reproducida corresponde a esta invisibilización como sujetos de derecho un sistema jurídico que no reconoce ni proteger su derecho a la autonomía reproductiva. Por su parte, en el caso de las mujeres cisgénero, se reproduce este patrón cultural de control sobre su cuerpo y libre desarrollo, sobre todo, en lo que respecta a su capacidad reproductiva.

Aunado a lo anterior, podemos hablar también de una reproducción del tradicional sistema de opresión de género que divide la vida en sociedad en dos esferas: i) la esfera pública y ii) la esfera privada. Abstrayendo lo previamente señalado al contexto del AOE, podemos observar que aún existe una idea de que lo relativo a la salud sexual y reproductiva, como es el ejercicio de la autonomía reproductiva “pertenece” a la esfera privada, pero a la vez, se trata y controla políticamente cuando el legislador prohíbe la distribución y el acceso gratuito al anticonceptivo. Dicha dicotomía refleja que el orden de la diferencia sexual en la condición natural, es también una diferencia política, por lo tanto, se genera un sistema de género en el que la subordinación de las mujeres será transformada en política pública, leyes y derecho mismo.

En tercer lugar, no debe perderse de vista que el AOE forma parte del kit de emergencia para la atención en casos de violencia sexual. Al negarse su acceso inmediato y gratuito a las víctimas de abuso, que pueden ser mujeres cisgénero o demás identidades con capacidad de gestar, se propicia escenarios de revictimización. Lo anterior se debe a que, al encontrarse en riesgo de tener un embarazo no deseado como resultado del acto delictivo sufrido, obstaculizar el acceso al AOE o condicionarlo al estatus económico de la persona incrementa el sufrimiento psicológico y emocional.

Con respecto a la reproducción de desigualdades económicas, esta responde principalmente al privilegio del acceso a servicios y recursos médicos, en materia de salud reproductiva, únicamente para las personas que pueden costear dicha atención. La distribución del AOE no fue restringida en su totalidad, sino que únicamente se limitó al sistema público de salud y no su venta regular en las farmacias pertenecientes al ámbito empresarial y privado. La medida limitativa, por lo tanto, poseía un doble estándar que afectaba directamente a las personas con escasos recursos económicos y que reproducían la histórica barrera de clase socioeconómica en materia de acceso a servicios y recursos de calidad para gozar de manera efectiva del derecho a la salud.

En suma, el análisis realizado por el Tribunal Constitución respecto a si la medida que prohibía su distribución y acceso gratuito se configura como un acto de discriminación, si bien el TC señaló que sí lo era y que vulnera los derechos reproductivos de las mujeres, adolescentes y niñas, resultó insuficiente en cuanto a determinar la protección efectiva del principio de igualdad y no discriminación en el marco de los DSR y, sobre todo, del DAR de las personas con capacidad de gestar. El TC erró al no reconocer que la prohibición era una forma de vulneración de la dimensión de accesibilidad de los DSR.

Al omitir esta relación, el Tribunal dejó sin desarrollar una de las obligaciones más relevantes del derecho internacional: garantizar la igualdad sustantiva en el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva de las mujeres y personajes con capacidad de gestar. En segundo lugar, al no adoptar un enfoque interseccional, el TC invisibilizó la experiencia de discriminación de las identidades transmasculinas y otras que poseen la capacidad de gestar.

VI. CONCLUSIONES Y/O RECOMENDACIONES

A manera de cierre del presente informe, en esta última sección desarrollaremos las principales ideas y análisis planteados como resultado de los tres problemas

secundarios. Esto nos permitirá revisar las principales conclusiones y que, en conjunto, conducen a una respuesta integral a la pregunta de investigación principal.

En primer lugar, respecto a la controversia entorno a si la vía de amparo era la vía de impugnación idónea para cuestionar la medida que restringía la distribución gratuita del AOE, tanto el análisis de la propia naturaleza de recurso de amparo como parte de una tutela jurisdiccional efectiva, así como el propio mecanismo de auto revisión planteado por los magistrados del TC en la sentencia del año 2009, la cual asignaba un carácter mutabilidad a su decisión, nos permiten concluir que la vía de amparo era la única vía posible de cuestionamiento.

En el contexto analizado, los derechos que se encontraban siendo vulnerados eran los derechos reproductivos de las personas con capacidad de gestar. Dicho colectivo incluye tanto a las mujeres cisgénero como a otras identidades con capacidad de gestar, y que, además, carecen de recursos económicos para acceder al AOE a través de centros de venta privados y/o se encuentran expuestas a un riesgo elevado de embarazos no deseados, como son las personas que han sufrido una agresión sexual. Por lo tanto, la naturaleza que se planteaba en la demanda, al tener en cuenta a quienes afectaba dicha medida, era la de un amparo colectivo.

Por su parte, el cuestionamiento a parte de la fundamentación expresada en la STC del 2009, era viable a través de este recurso, no solo por la naturaleza del contexto y los derechos involucrados, sino por la propia función del fundamento 62 establecido en la propia sentencia, el cual habilitaba la revisión del criterio jurisprudencial establecido ante el surgimiento de nueva data científica que superara la duda razonable bajo la cual se avocó el principio precautorio. En consecuencia, la naturaleza de la sentencia del 2009 era la de ser una decisión dúctil, no solo por lo señalado por el TC, sino también porque la propia esencia del principio precautorio así lo exige.

En segundo lugar, respecto a la determinación de la distribución gratuita del AOE como una obligación estatal, a partir del alcance y contenido de los DSR, debemos tener presente que todas las personas, ya sean hombre o mujeres, poseen DR y DS que deben ser tutelados y garantizados por el propio Estado. Estos derechos cobran aún más relevancia en el caso de las personas con capacidad de gestar, debido a que dicha capacidad necesita de una mayor atención y cuidado por parte de la Administración Pública, tanto en su dimensión positiva, es decir cuando estas personas deciden gestar, así como en su dimensión negativa, la cual consistiría en la decisión de no procrear.

Dicha libertad de decidir, como lo hemos señalado, se manifiesta través del ejercicio efectivo del derecho a la autonomía reproductiva. Sin embargo, para garantizar el cumplimiento del DAR, el Estado debe tener una participación activa de diferentes modos dependiendo de la dimensión que se quiera tutelar. En cuanto a la dimensión positiva, es claro que el Estado debe garantizar el acceso a servicios médicos de calidad para lograr que la gestación sea llevada de la mejor manera y a término. Es decir, el estado debe garantizar la salud de las personas que pueden gestar a través de los diversos servicios de atención médica antes, durante y posterior al embarazo, o cuando deciden no ejercer dicha capacidad reproductiva.

Por su parte, respecto a la dimensión negativa, es necesario que el Estado garantice el acceso a servicios y recursos que coadyuven a las personas en su decisión de no ejercer su capacidad reproductiva (no tener hijos/as). Esta obligación de actuar que posee el Estado se debe a que los DSR se han desarrollado en el estándar internacional de los derechos humanos como resultado de una de las múltiples interpretaciones del Derecho a la Salud, en tanto este derecho posee un carácter multidimensional.

En el ámbito específico de las mujeres y las personas con capacidad de gestar, una de las facetas a través de las cuales se garantiza su derecho a la salud es a través de la protección de la salud sexual y reproductiva. Particularmente, cuando nos referimos a los derechos reproductivos (DR) podemos observar que, si bien poseen diferentes manifestaciones¹², todas poseen un mismo núcleo que es la protección y garantía de la autonomía reproductiva. Por lo tanto, al encontrarse vinculada con el derecho a la salud, es necesario que su goce efectivo y protección se realice a través de la garantía de sus cuatro dimensiones.

En tercer lugar, el análisis del tercer problema jurídico se enfocó en determinar si es que la medida prohibitiva adoptada por el MINSA que limitaba el acceso gratuito al AOE era una forma de discriminación interseccional. Ante ello, es fundamental resaltar que la no gratuidad del AOE supone la configuración de una barrera económica significativa que impacta directamente en las mujeres y las personas con capacidad de gestar en su diversidad que se encuentra en situación de pobreza. Ello se debe a que se establece un costo económico que no todas las personas son capaces de asumir, afectando de

¹² Como el derecho al acceso a métodos anticonceptivos, el derecho a una adecuada atención de salud gestacional, el derecho al acceso a TERAS y el aborto.

esa manera el ejercicio de su derecho a la autonomía reproductiva en su dimensión negativa, esto es, su decisión de no procrear.

Como lo hemos señalado previamente, la dimensión de accesibilidad implica que todos los materiales y servicios médicos necesarios para garantizar el adecuado goce de la salud reproductiva deben encontrarse a un alcance físico, económico y en igualdad de condiciones, sobre todo cuando se trata de salvaguardar el derecho de las personas con capacidad de gestar y en estado de pobreza. En ese sentido, teniendo en cuenta que existe una barrera económica de acceso en lo que se refiere a métodos anticonceptivos, es responsabilidad del Estado plantear políticas públicas que aseguren la gratuidad de dicho medicamento en sus centros de salud, puesto que solo a través de dicha gratuidad se garantiza el acceso económico a los sectores de la población que más lo necesitan.

En atención a ello, se configura una discriminación de tipo interseccional debido a que la medida que restringe el acceso al AOE genera dos situaciones de opresión que confluyen en un mismo sujeto y, por lo tanto, agrava su estado de desventaja. Al limitar el acceso a este anticonceptivo, no solo se afecta a las mujeres cisgénero, sino que afecta a otras identidades con capacidad de gestar, como son los hombres trans y las personas no binarias. Sumado a ello, la limitación del derecho a su autonomía reproductiva se aplica únicamente a las personas que no poseen los medios económicos necesarios para adquirir el recurso en un centro privado.

Esta afectación interseccional reproduce, a su vez, escenarios de discriminación estructural puesto que perpetúa escenarios de dominación y control sobre el cuerpo de las personas, por ende, sobre su derecho a la autonomía reproductiva; además refuerza las barreras y brechas de desigualdad económica que privilegian el acceso a la atención médica y a servicios de salud de calidad solamente a través del sistema privado y, en consecuencia, lo vinculan a la posesión de medios económicos. Finalmente, mantienen escenarios de revictimización al momento de brindar la atención médica correspondiente a las víctimas de violencia sexual.

En función a todo lo expuesto, la decisión que prohibía el acceso a la información y la distribución gratuita del AOE, adoptada por el MINSA, sí se configura como una vulneración de los derechos reproductivos y sexuales, así como del principio-derecho a la igualdad y no discriminación que agravia a las personas con capacidad de gestar en sus diversidades y que se encuentran en condiciones económicas de desventaja.

Con base a las conclusiones alcanzadas, se estima necesario plantear algunas recomendaciones breves para el Tribunal Constitucional. En principio se propone que, con la finalidad de poder brindar un reconocimiento específico tanto de contenido como de alcance a los DSR, se integren las dimensiones del derecho a la salud en el análisis jurídico del tribunal. Ello es relevante, puesto que, por medio de la evaluación del cumplimiento de las condiciones de cada dimensión, será posible identificar con mayor certeza y claridad las afectaciones concretas que puede generar una norma o decisión de la Administración Pública. Lo anterior responde, justamente, a la naturaleza del derecho a la salud y los demás derechos que se desprenden de él como DESC.

Sumado a lo anterior, es necesaria la integración de un enfoque de interseccionalidad y de género en la toma de decisiones del TC. Como se ha podido revisar, las experiencias que generan los escenarios de discriminación múltiple son diversas y específicas dependiendo del sujeto que está sufriendo la afectación. En el presente caso, si bien el TC identificó una parte del colectivo afectado (las mujeres cisgénero), al no integrar el enfoque interseccional, invisibilizó a los hombres trans y personas no binarias que pueden gestar y que, por lo tanto, también resultan afectadas por la medida.

Finalmente, en un contexto sociopolítico de retrocesos respecto al reconocimiento de los derechos reproductivos y, por lo tanto, del derecho a la autonomía reproductiva de las personas con capacidad de gestar, resulta crucial que el TC aborde de manera más clara y precisa el DAR, sobre todo en el aspecto de su dimensión negativa que implica la decisión de no tener hijos/as o decidir el momento en el que se desea hacerlo con libertad. La ausencia del reconocimiento del DAR como derecho multidimensional que puede afectar otros derechos como la vida, el libre desarrollo y la propia dignidad de la persona, genera un vacío legal que se traduce en inseguridad jurídica, puesto que promueve la promulgación de medidas legislativas o políticas públicas que vulneren dicho derecho con un carácter aparentemente legítimo.

BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, S. (2017). La autonomía reproductiva. Relaciones de género, filiación y justicia. *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* (35), 145 – 170.
- Bayefsky, A. (1999). El principio de Igualdad y No Discriminación en el Derecho Internacional. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r31086spa.pdf>

- ❑ Cairo, O. (2001). La tutela de urgencia y el proceso de amparo. *Revista de Derecho Themis*, (43), 131-136. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/11595/12124>
- ❑ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). *Observación general N.º 14: El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)* <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>
- ❑ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2016). *Observación general N.º 20 sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*. https://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/General%20Comment%202009_ESP.pdf
- ❑ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2016). *Observación general N.º 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto)* <https://docs.un.org/es/E/C.12/GC/22>
- ❑ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (1999). *La mujer y la salud. Recomendación General N.º 24*. Naciones Unidas. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>
- ❑ Constantino, R. (2015). *Rampas, camillas, pastillas y más: Barreras en el ejercicio del derecho a la salud de personas con discapacidad*. Lima: Paz y Esperanza. Consulta: 10 de mayo de 2025.
- ❑ Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2017). *Opinión Consultiva OC-24/17: Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo*. Solicitud de opinión consultiva presentada por la República de Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_26_esp.pdf
- ❑ Crenshaw, K. (1991). Mapping the margins: Intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review* 43(6), 1241-1299. <https://blogs.law.columbia.edu/critique1313/files/2020/02/1229039.pdf>
- ❑ Guevara, R. (2020). Derechos sexuales y derechos reproductivos. *Rev. Perú Investig. Matern. Perinat.* 9(1), 7-8. <https://investigacionmaternoperinatal.inmp.gob.pe/index.php/rpinmp/article/view/183/181>
- ❑ Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Colección “Lo Esencial del Derecho”. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://repositorio.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/420e7128-c4d5-4274-9ec3-1fccb20d1f95/content>
- ❑ Organización de las Naciones Unidas. (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>
- ❑ Organización de los Estados Americanos (OEA). (2013). *Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*. Recuperado de https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia.pdf
- ❑ Organización Mundial de la Salud. (2017). *La salud sexual y su relación con la salud reproductiva: un enfoque operativo*. <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/274656/9789243512884-spa.pdf>
- ❑ Organización Mundial de la Salud. (2021). *22nd WHO model list of essential medicines* [22.ª Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS]. <https://ciris.who.int/bitstream/handle/10665/345533/WHO-MHP-HPS-EML-2021.02-eng.pdf>
- ❑ Parra, O. (2003). *El Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales*. Defensoría del Pueblo – Colombia. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/27803.pdf>
- ❑ Salomé, L. (2024). El principio de igualdad y no discriminación. En H. Domínguez y A. Crispín (eds.), *La Constitución 30 años después* (pp. 173 – 185). Gaceta Jurídica

- Shelton, D. (2008). Prohibición de Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. En *Anuario de Derechos Humanos* (pp. 15 – 30). <https://anuariodh.uchile.cl/index.php/ADH/article/view/13488/13756>
- Vera, G. (2008). El principio precautorio en el Derecho peruano. *Revista de Derecho Administrativo* (6), 87 – 101 <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/14053>
- Villanueva, R. (2009). Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo. *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 16(2), 269-274. <https://www.redalyc.org/pdf/3710/371041325012.pdf>
- World Health Organization. (2015). *Sexual health, human rights and the law*. https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/175556/9789241564984_eng.pdf





TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Pleno. Sentencia 197/2023

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

RAZÓN DE RELATORÍA

En la sesión del Pleno del Tribunal Constitucional, de fecha 21 de marzo de 2023, los magistrados Morales Saravia, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez (con fundamento de voto) y Ochoa Cardich han emitido la sentencia que resuelve:

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse vulnerado los derechos reproductivos, a recibir información y a la igualdad y no discriminación de doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza.
2. **ORDENAR** al Ministerio de Salud que cumpla con otorgar a doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza el anticonceptivo oral de emergencia [AOE] – *levonorgestrel* en cualquier centro de salud del Estado a nivel nacional y previa entrega de información adecuada relacionada con su uso.
3. **DISPONER** que el Ministerio de Salud desarrolle, como política pública, la distribución nacional gratuita del anticonceptivo oral de emergencia [AOE] —*levonorgestrel*.
4. **EXONERAR** al Ministerio de Salud del pago de costos procesales.

Por su parte, los magistrados Pacheco Zerga y Gutiérrez Ticse emitieron votos singulares que declaran infundada la demanda de amparo.

La presente razón encabeza la sentencia y los votos antes referidos y que los magistrados intervinientes en el Pleno firman digitalmente en señal de conformidad.

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

SS.

MORALES SARAVIA
PACHECO ZERGA
GUTIÉRREZ TICSE
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 21 días del mes marzo de 2023, el Pleno del Tribunal Constitucional, integrado por los señores magistrados Morales Saravia, Pacheco Zerga, Gutiérrez Ticse, Domínguez Haro, Monteagudo Valdez y Ochoa Cardich, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto del magistrado Monteagudo Valdez y los votos singulares de los magistrados Pacheco Zerga y Gutiérrez Ticse, que se agregan.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza contra la Resolución de fojas 1826, de fecha 16 de septiembre de 2020, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Demanda

Con fecha 18 de julio de 2014 [cfr. fojas 170], doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud [Minsa]. Plantea, como petitorio, que dicha entidad informe y distribuya gratuitamente el denominado anticonceptivo oral de emergencia o anticoncepción oral de emergencia [en adelante AOE] —*levonorgestrel*— en todos los centros de salud estatales, a fin de que todas las mujeres puedan acceder, de manera libre e informada, a dicho producto y, de este modo, puedan evitar exponerse a embarazos no deseados y embarazos forzados. Denuncia la conculcación de los derechos fundamentales a la igualdad y no discriminación, a la información, a la autodeterminación reproductiva, entre otros. La demandante alega que tiene el derecho a acudir a la vía judicial en su condición de mujer en edad reproductiva, al haber sido afectada con la prohibición de no poder acceder gratuitamente al AOE en los centros de salud del Estado, además de que se está ante un caso de protección de intereses difusos.

En síntesis, la parte demandante sostiene que, a diferencia de hace algunos años, actualmente existe consenso científico en que la AOE no es abortiva; en consecuencia, lo decretado en la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC debe adecuarse al nuevo consenso científico, que ahora descarta que la píldora sea abortiva.

Refiere que en la sentencia citada el Tribunal Constitucional ordenó al Minsa abstenerse de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la AOE [primer punto resolutivo] debido a que, en aquel momento, existían dudas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

razonables en torno a si ese producto era abortivo o no lo era [cfr. fundamento 51]; dicho pronunciamiento contempló la posibilidad de que se revise tal decisión, en caso, en el futuro, se descarte que fuera abortiva [cfr. fundamentos 52 y 62].

Entonces, una vez descartado que la AOE sea abortiva, enfatiza que negar su distribución gratuita tiene como consecuencia que solamente pueda ser utilizada por las mujeres, adolescentes y niñas que tengan el dinero para comprarla, lo que, en su opinión, resulta discriminatorio, pues, en la práctica, solamente se encuentran expuestas a quedar embarazadas ante relaciones sexuales sin protección o fallas del método anticonceptivo, las mujeres que no tienen dinero para adquirirla.

Contestación de la demanda del Minsa

Mediante escrito de fecha 18 de abril de 2016 [cfr. fojas 258], el Minsa se apersona y contesta la demanda esgrimiendo que, en cuanto a la alegada transgresión del derecho fundamental a la información, a través de su portal institucional web, viene informado a la población sobre el uso de la AOE. Más puntualmente, detalla los siguientes puntos: ¿en qué consiste?, ¿cuál es su finalidad?, ¿cuándo debe usarse?, ¿qué tan efectiva es?, ¿cuáles son sus efectos secundarios? ¿dónde adquirirlo? Es más, incluso en relación con esto último, refiere que “La AOE puede adquirirse en cualquier farmacia o botica autorizada. Es esfuerzo del Ministerio de Salud estudiar el acceso gratuito a través de cualquier establecimiento de salud, para las ciudadanas de bajos recursos”.

Ahora bien, en lo que respecta la distribución gratuita de la AOE, sostiene que se ha limitado a acatar lo resuelto por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Expediente 02005-2009-PA/TC, pese a disentir de lo resuelto en aquel pronunciamiento, toda vez que considera que no es abortiva.

Auto de integración de la relación jurídico procesal

El Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 27 [cfr. fojas 1183], de fecha 13 de junio de 2017, integró a la relación procesal a la ONG Acción de Lucha Anticorrupción “Sin Componenda”, en calidad de litisconsorte necesario pasivo, al tener la calidad de *parte demandante vencedora* en el Expediente 02005-2009-PA/TC.

Contestación de la demanda de la ONG Acción de Lucha Anticorrupción “Sin Componenda”

Mediante escrito de fecha 11 de septiembre de 2017 [cfr. fojas 1282], la ONG Acción de Lucha Anticorrupción “Sin Componenda” contesta la demanda solicitando la



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

inmutabilidad de la posición del Tribunal Constitucional plasmada en la sentencia dictada en el Expediente 02005-2009-PA/TC, en la que se determinó que la AOE es abortiva.

Sentencia de primera instancia

El Primer Juzgado Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 47 [cfr. fojas 1488], de fecha 2 de julio de 2019, declaró fundada la demanda y, en consecuencia, ordenó al Minsa informar y distribuir en forma gratuita la AOE en todos los establecimientos de salud del Estado. En resumen, sustentó su posición en lo siguiente: [i] conforme lo señala la OMS y la OPS, la AOE no es abortiva; [ii] la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* ha descartado que el embrión califique como concebido; y, [iii] solamente se encuentran imposibilitadas de acceder a la AOE las personas de escasos recursos económicos, por lo que resulta discriminatoria.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante mencionar que, durante la tramitación del presente proceso de amparo, la parte demandante solicitó una medida cautelar a efectos de que se ordene la distribución gratuita de la AOE de manera provisional en los centros de salud del Estado. El Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de la Corte de Justicia de Lima, a través de la Resolución 3, de fecha 19 de agosto del 2016, concedió la medida cautelar de no innovar. En tal virtud, el Minsa reactivó la distribución gratuita del AOE en cumplimiento de lo dispuesto por el Juzgado referido y hasta la fecha continúa haciéndolo.

Sentencia de segunda instancia

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Resolución 9 [cfr. fojas 1826], de fecha 16 de septiembre de 2020, declaró improcedente la demanda, tras considerar que no resulta procedente el *amparo contra amparo* contra pronunciamientos del Tribunal Constitucional.

Escritos presentados por los amicus curiae admitidos por el Tribunal Constitucional a favor de la posición de la parte demandante

La Defensoría del Pueblo, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, el Colegio Médico del Perú y el médico Juan Alfredo Guzmán Changanahui informaron, de modo escrito y oral, que, en las actuales circunstancias, tanto la OMS como la OPS sostienen, basándose en evidencia científica, que la AOE no es abortiva ya que se limita a prevenir la ovulación, a fin de impedir que los espermatozoides fertilicen al óvulo, tal como ocurre con el resto de anticonceptivos. Por consiguiente, no tiene la capacidad de interrumpir ni de interferir un embarazo en curso, pues únicamente tiene la capacidad de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

prevenirlo.

Por su parte, la Organización de las Naciones Unidas [ONU], a través de la Coordinación Residente del Sistema de Naciones Unidas en el Perú [OCR], el Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA], la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujeres [ONU Mujeres] y el Programa Conjunto de Naciones Unidas sobre el VIH y Sida [ONU Sida], informaron por escrito que el Estado tiene la obligación de garantizar el acceso universal a la AOE, al haber suscrito y ratificado [i] el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, [ii] el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, [iii] la Convención Americana sobre Derechos Humanos, [iv] la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, [v] la Convención sobre los Derechos del Niño y [vi] la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —“Convención de Belém do Pará”—. Sus alegaciones son enteramente jurídicas y se basan en la observancia de tales tratados.

Escritos presentados por los amicus curiae admitidos por el Tribunal Constitucional a favor de la posición de la parte demandada

El Instituto de Ciencias de la Familia de la Universidad de Piura sostiene, de modo oral y escrito, que, según la Food and Drug Administration [FDA] de los Estados Unidos de Norteamérica, la AOE puede inhibir la implantación al alterar el endometrio. Por lo tanto, no es demostrable, con evidencia certera, que el efecto antiimplantatorio haya desaparecido. Es más, pone de relieve que “[1]a declaración de la FDA no deja lugar a dudas sobre el potencial efecto antiimplantatorio de este medicamento”.

A su vez, don Luis Solari de la Fuente sostiene, de modo oral y escrito, que, según el vademécum farmacológico de referencia mundial, Prescribers Digital Reference – PDR, la AOE afecta el endometrio y, en ese sentido, puede perjudicar la implantación, por lo que sería abortiva, ya que la gestación comienza con la fusión de un óvulo y un espermatozoide dentro del tracto reproductor femenino.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

1. Conforme aparece del petitorio contenido en la demanda interpuesta, el objeto del presente proceso constitucional se dirige a que el Minsa cumpla con informar y distribuir gratuitamente la AOE —comúnmente denominado como *píldora del día del siguiente* [levonorgestrel]— en todos los centros de salud del Estado.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

Cuestión procesal previa: ¿se está realmente frente a un proceso de amparo contra amparo?

2. En la sentencia de primera instancia contenida en la Resolución 47, de fecha 2 de julio de 2019 [cfr. fojas 1488], se expuso que en el caso se configura un supuesto de “amparo contra amparo, específicamente promovido contra lo resuelto por el Tribunal Constitucional en su sentencia recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC” [cfr. fojas 1497]; “que si bien no es atendible un proceso de amparo, (...) se presenta una situación especial (...) [señalada] en el fundamento jurídico 52 de la sentencia (...) recaída en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, ya que con los nuevos elementos (...) [sobre] los presuntos efectos abortivos y (...) los criterios interpretativos (...) [de] la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es posible un cambio de posición en esta materia” [cfr. fojas 1499].
3. Por su parte, en la Resolución 9, de fecha 16 de septiembre de 2020 [cfr. fojas 1826], que revocó la apelada y declaró improcedente la demanda, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima sostuvo que “la posibilidad de que se tramite una demanda de amparo contra una sentencia de amparo que culminó con un pronunciamiento del Tribunal Constitucional, está prohibida no sólo porque así lo establezca el precedente vinculante adoptado en la sentencia N° 4853-2004-PA/TC, sino porque así se reafirma la garantía constitucional del efecto de las decisiones que adopta el máximo intérprete de la Constitución, en sede de última instancia (...)” [cfr. fojas 1831]; sin embargo, la misma Sala Superior “admitió la presente demanda de amparo al considerar que el presente caso es un caso sui géneris, al entender que se encontraba subsumido en el supuesto excepcional planteado por el fundamento jurídico 52 de la sentencia de amparo, Expediente No. 2005-2009-PA/TC, emitida por el Tribunal Constitucional (...)” [cfr. fojas 1831]. “Al respecto, es de advertir que no existe normativa alguna ni pronunciamiento alguno del Tribunal Constitucional que haya previsto, cómo actuar ante casos como el presente, en que un ciudadano interponga una demanda de "amparo contra amparo", cuestionando una sentencia del propio Tribunal Constitucional, en la cual se invoque el propio dicho del Tribunal Constitucional expresado en la propia sentencia de amparo que se cuestiona en la vía de amparo contra amparo” [cfr. fojas 1834].
4. De los fundamentos citados y que en esencia son la glosa de lo resuelto por primera y segunda instancia respecto del tema procesal planteado, se advierte por principio, que tanto el *a quo* como el *ad quem*, no obstante diferir en sus conclusiones, consideran que se configura un *sui generis* proceso de amparo promovido contra otro amparo resuelto en última instancia por el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

Ello, sin lugar a dudas, exige un previo esclarecimiento de este Colegiado sobre la situación procesal graficada, pues de ser cierto lo que dicen las resoluciones judiciales precedentes, se estaría entonces, en el contexto de la demanda planteada, ante una solicitud de cambio jurisprudencial, en particular de una de las reglas establecidas en el precedente recaído en el Expediente 04853-2004-PA/TC y su ulterior desarrollo jurisprudencial [la regla según la cual no cabe el *amparo contra amparo* contra las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional]. Al contrario, y de no ser exacto lo que afirma el Poder Judicial en sus dos instancias, este Colegiado debe delimitar el petitorio por lo que este en el fondo realmente implica o presupone.

5. Lo primero que hay que recordar es que de acuerdo con la sentencia recaída en el Expediente 04853-2004-AA/TC, y bajo el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional, así como de su posterior desarrollo jurisprudencial, el proceso de *amparo contra amparo*, así como sus demás variantes [amparo contra *habeas data*, amparo contra cumplimiento, etc.] es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional cuya procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos o criterios, a saber: **a)** Su procedencia sólo se da en los casos en que la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta; **b)** Su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad, **c)** Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales estimatorias como contra las desestimatorias; **d)** Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales independientemente de la naturaleza de los mismos; **e)** Procede en defensa de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; **f)** Se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias no pudo acceder el agravio constitucional; **g)** Procede como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, y **h)** No procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional; **i)** Procede cuando el proceso cuestionado se torna inconstitucional en cualquiera de sus fases o etapas [subrayado es nuestro].
6. Sin embargo, aunque está claro que conforme a la jurisprudencia precitada no sería procedente la interposición de un proceso de amparo contra lo resuelto por este Supremo Intérprete de la Constitución, este Colegiado está persuadido que el *a quo* y el *ad quem* han incurrido en un error de percepción, pues en el escrito de la demanda [cfr. fojas 173 a 186] no se advierte en momento alguno que la recurrente cuestione la decisión adoptada en la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC [expedida en tiempo y circunstancias determinadas]. En todo caso y como luego se verá, las eventuales discrepancias sobre parte de la fundamentación contenida en la citada ejecutoria y que se dejan



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

en claro en la demanda, no significan que se le pretenda desacatar, sino más bien adaptarla a un nuevo contexto, a la luz de lo dispuesto en su propia fundamentación.

7. Si la intención de la demandante hubiese sido plantear una demanda de *amparo contra amparo*, el trámite procesal de la presente causa hubiera sido uno distinto, empezando por el hecho de que se hubiese tenido que demandar a este Tribunal Constitucional mediante el presente proceso, lo que hubiese supuesto que se tenga que notificar a su procurador público, lo cual simplemente no ha ocurrido ni podría ocurrir, dado el alcance de la pretensión planteada. La demandante expresamente ha demandado sólo al Minsa, porque considera que es este quien le viene vulnerando, actualmente, los derechos alegados [cfr. fojas 170].
8. Algo que debe quedar perfectamente establecido y que va de la mano con lo señalado precedentemente es que cuando este Colegiado [con anterior composición de magistrados] decidió por mayoría y mediante ejecutoria recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, prohibir el reparto gratuito de la AOE, dicha decisión fue emitida en inobjetable voluntad condicional. En efecto, en el fundamento 52 de la citada sentencia, que ordenó al Minsa abstenerse de la distribución de la también denominada píldora del día siguiente, expresó enfáticamente que “la decisión de ninguna manera podría pretender ser inmutable (...). Más aún, atendiendo justamente a esa situación, debe quedar claro que, si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la inocuidad del *levonorgestrel* para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición”. Dicho fundamento, por lo demás, obedecía a la particularidad del caso resuelto, el cual se encontraba relacionado con estudios médico científicos respecto del *levonorgestrel*, cuyos avances futuros llevarían a disipar las dudas que se tenían en ese momento sobre sus efectos.
9. La hoy demandante alega, entre otras cosas, que en la actualidad se ha demostrado incuestionablemente que la píldora del día siguiente no tiene efectos abortivos; por lo tanto, solicita al Minsa cumplir con informar y distribuirla gratuitamente en todos los centros de salud del Estado. Es pues debido -y como se dice en la demanda-, al transcurso del tiempo y al avance médico científico, que han variado las circunstancias en que fue emitida la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, por lo que siguiendo su propio tenor [el de la citada sentencia] corresponde adaptarla, lo que en el fondo evidencia que no se la está cuestionando, sino más bien contextualizándola ante circunstancias y actos lesivos diferentes.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

10. Resta por añadir, como ya se anticipó, que el que se cuestione específicos aspectos contenidos en la fundamentación de la citada ejecutoria, no significa que se trate de una impugnación vía proceso de amparo, pues de lo que se trata en la presente controversia es de decidir si la actual prohibición de reparto gratuito de la AOE vulnera los derechos fundamentales invocados, o no.
11. Sobre la base de lo expuesto, hay que decirlo enfáticamente, no se está, en el caso, ante un supuesto de *amparo contra amparo*, sino ante una demanda constitucional que tiene por objeto adaptar lo que en su día fue dispuesto por este Tribunal Constitucional, en atención a la condicionalidad que estableció en su propia argumentación [sentencia emitida en el Expediente 02005-2009-PA/TC, fundamentos 52 y 62].

Actuaciones del Minsa posteriores a la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC y lo dispuesto en fase de ejecución de la misma

12. Por ser importante para la presente controversia, conviene que este Colegiado recuerde que, mediante sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, se ordenó “al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada ‘Píldora del Día Siguierte’”. En el fundamento 51 de la referida sentencia se expresó que “hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital”. En tal sentido, en el punto 8.2 de la misma sentencia, denominado “[d]ilucidación de la controversia” se expresó que “teniendo en cuenta (...) que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada "Píldora del Día Siguierte" afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto”.
13. No obstante, en el fundamento 62 de la misma sentencia se expresó que “[s]on las autoridades competentes las que deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen tales exámenes y autoricen el fármaco sin grados de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan (inversión de la carga de la prueba)”.
14. En este contexto y con posterioridad a la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, el Minsa, con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

fecha 10 de noviembre de 2009, en su condición de autoridad competente, solicitó a la OMS y a la OPS la información científica actualizada sobre el medicamento *levonorgestrel*–Anticonceptivo Oral de Emergencia, LNG-AOE, específicamente sobre su supuesto efecto abortivo. Como resultado de ello y con fecha 16 de noviembre de 2009, la OPS remitió al Minsa la Comunicación PER/COO/010/63/03/2116-2009, referida a los estudios científicos actualizados realizados sobre la pastilla LNG-AOE, a través del cual se concluye que esta no es abortiva.

15. En concordancia con lo concluido por la OPS, el Minsa consideró oportuno instaurar procedimientos de difusión y publicidad que aseguren la debida promoción de carácter permanente de los servicios de planificación familiar, incluida la referida al *levonorgestrel* para la AOE, la cual no produce efectos dañinos o mortales, ni es abortiva. Es más, mediante Resolución Ministerial 167-2010-MINSA, de fecha 8 de marzo de 2010, dicha entidad estatal resolvió:

Artículo 1.- Hacer de conocimiento público que de conformidad con los informes técnicos científicos expedidos posteriormente a la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC, por parte de la OMS/OPS y de las autoridades competentes, Dirección General de Medicamentos Insumos y Drogas y la Dirección General de Salud de las Personas, ambas del Ministerio de Salud, así como del Instituto Nacional de Salud, existe certeza, que el uso de *levonorgestrel* como anticonceptivo oral de emergencia no es abortivo, y no produce efectos secundarios mortales o dañinos, teniendo propiedades benéficas para la salud.

Artículo 2.- Disponer que la Dirección General de Salud de las Personas en coordinación con la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas, efectúen lo conveniente para aplicar la N.T. N° 032-MINSA/DGSP-V.01: Norma Técnica de Planificación Familiar, aprobada por Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, acerca del uso del *levonorgestrel* en la anticoncepción oral de emergencia en concordancia con el fundamento 62 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 02005-2009-PA/TC.

16. A pesar de las actuaciones realizadas por el Minsa que concluyeron con la emisión de la Resolución Ministerial 167-2010-MINSA, el juez encargado de la ejecución de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, mediante Resolución 23, de fecha 17 de mayo de 2010, resolvió requerir al Minsa para que, en el plazo de dos días, cumpla con ejecutar la parte resolutive de la referida sentencia. Dicha resolución fue confirmada por el *ad quem*, mediante Resolución 7, de fecha 25 de mayo de 2011. La apelación contra la referida Resolución 23, fue concedida sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida por la Resolución 29, de fecha 18 de junio de 2010; por lo que, mediante Resolución 31, de fecha 4 de agosto de 2010, el *a quo* requirió al Minsa, por última vez, para que cumpla con lo resuelto en la mencionada sentencia, lo cual



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

motivó la expedición de la Resolución Ministerial 652-2010-MINSA, de fecha 19 de agosto de 2010, que resolvió:

Artículo 1.- Disponer que la Dirección General de Salud de las Personas y la Dirección de Medicamentos, Insumos y Drogas se abstengan de realizar cualquier actividad referida al uso del Levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia, en concordancia con el punto 1 de la parte resolutive de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 02005-2009-PA/TC, y en cumplimiento a lo ordenado por la Resolución N° 31, recaída en el expediente N° 2004-72276-28 J.E.C.L., emitida por el 28 Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima”.

Análisis sobre el cambio de las circunstancias que motivaron la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC

17. Como ya se expresó *supra*, atendiendo al fundamento jurídico 62 de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, posteriormente a su emisión, el Minsa solicitó a la OMS y a la OPS la información científica **actualizada** sobre el medicamento *levonorgestrel*–Anticonceptivo Oral de Emergencia, LNG-AOE, específicamente sobre su supuesto efecto abortivo. Ante dicho requerimiento la OPS remitió al Minsa la Comunicación PER/COO/010/63/03/2116-2009, de fecha 13 de noviembre de 2009, que contiene un resumen actualizado de los estudios científicos llevados a cabo hasta la fecha de su emisión. En esta línea, expuso:

Efecto sobre la ovulación: Numerosos estudiosos han demostrado que el LNG-AOE previene o demora la ovulación. Si se ingiere antes que la ovulación ocurra, el LNG-AOE inhibe el incremento preovulatorio de la hormona luteinizante (LH), impidiendo el desarrollo del folículo y la maduración o liberación del óvulo. Este es el mecanismo fundamental –y probablemente el único mecanismo de acción– del LNG-AOE como anticonceptivo (Referencias 1 al 7).

Efecto sobre el esperma: Pudiera interferir con la motilidad de los espermatozoides, espesando el moco cervical, impidiendo así que los espermatozoides alcancen el óvulo y por tanto la fertilización (8, 9). También podría afectar la adhesión del espermatozoide al óvulo (10) (todos estos hallazgos no son tan concluyentes como el efecto sobre la ovulación).

No hay efecto sobre la implantación: El LNG-AOE sólo tiene efecto si se ingiere antes de la ovulación (11). Si el LNG-AOE se ingiriera el día de la ovulación o días después entonces no se podrá prevenir el embarazo. Estudios demostraron que el LNG-AOE no tenía efecto sobre el endometrio (1, 2, 12). Otro estudio (in vitro) demostró que el LNG –AOE no impidió la anidación del huevo fecundado en el endometrio (13). Estudios en animales demostraron que el LNG-AOE no impidió la implantación del huevo fecundado en animales (14, 15).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

Otros elementos: El AOE con levonorgestrel NO ES ABORTIVO. La contracepción de emergencia sólo es efectiva antes de que el óvulo sea expulsado por el ovario y antes que el esperma alcance el óvulo maduro. Una vez que el óvulo es fecundado NO IMPIDE LA ANIDACIÓN y por tanto no puede interrumpir la vida de un óvulo fecundado, haya estado anidado o no (16 y 17).

(...)

El LNG-AOE no interrumpe el embarazo (interpretado este como el óvulo fecundado (...)).”.

18. Asimismo, y también con posterioridad a la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, la OMS publicó, en el año 2010, la *Hoja informativa sobre la seguridad de las Píldoras Anticonceptivas de Emergencia de Levonorgestrel solo (PAE-LNG)* de cuyo texto se advierten las siguientes consideraciones:

¿Pueden las PAE-LNG causar un aborto?

Las PAE-LNG no interrumpen un embarazo en curso ni dañan un embrión en desarrollo. La evidencia disponible actualmente muestra que el uso de las PAE-LNG no impide que un huevo fecundado se implante en la capa que recubre la cavidad uterina. El principal mecanismo de acción de las PAE-LNG es bloquear o alterar la ovulación; su uso también puede impedir el encuentro del espermatozoide y el óvulo. [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: WHO_RHR_HRP_10.06_spa.pdf?jsessionid=46A942450125698E9424EED66B08C469, revisado el 20 de marzo de 2023].

19. En esa misma línea, debe precisarse que la Nota Descriptiva n.º 244 de la OMS, revisada en octubre de 2005, expresa que las píldoras anticonceptivas que contienen *levonorgestrel* previenen la ovulación y no tienen efecto detectable sobre el endometrio [revestimiento interno del útero] o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación, no son eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado, y no provocan aborto. Después de la emisión de la sentencia emitida en el Expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, dicha nota descriptiva fue revisada y actualizada, reafirmando en su misma postura. Así en el año 2016 detalló que:

La anticoncepción de emergencia solo es eficaz en los primeros días posteriores a la relación sexual, antes de la salida del óvulo del ovario y antes de que ocurra la fertilización por un espermatozoide. La anticoncepción de emergencia no puede interrumpir un embarazo establecido ni dañar al embrión en desarrollo. (...). Las píldoras anticonceptivas de emergencia de levonorgestrel (...) previenen el embarazo impidiendo o retrasando la ovulación. También pueden impedir la fertilización de un óvulo por su efecto sobre el moco cervical o la capacidad del espermatozoide de unirse al óvulo. (...) [N]o son eficaces una vez que ha comenzado el proceso de implantación y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

no pueden provocar un aborto. [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: <https://www.rets.epsjv.fiocruz.br/es/anticoncepcion-de-emergencia>, revisado el 20 de marzo de 2023]

De igual forma, en el año 2018 reafirmó que

[l]as píldoras anticonceptivas de urgencia impiden el embarazo al evitar o retrasar la ovulación y no pueden provocar un aborto. (...) La anticoncepción de urgencia no puede interrumpir un embarazo establecido ni dañar al embrión en desarrollo. [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/emergency-contraception>, revisado el 20 de marzo de 2023].

20. A mayor abundamiento, resulta pertinente recordar que en el fundamento 51 de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC se argumentó que la decisión “se adopta fundamentalmente sobre la base de la información expresada en los insertos de cada una de las presentaciones de los anticonceptivos orales de emergencia (...)”. En la referida sentencia el Tribunal Constitucional consignó que:

40. (...) [E]xisten posiciones encontradas en el mundo científico respecto a los efectos de la píldora, es necesario e importante determinar lo que los fabricantes y/o distribuidores del producto, que operan en nuestro país con sus correspondientes autorizaciones, refieren respecto de aquél y la forma en la que actúan.

- a. **GLANIQUE** (Levonorgestrel) 0.75 ó 1.5 mg., elaborado en Argentina por Laboratorios Blipack S. A. En el inserto del producto se señala: “Farmacodinamia: El mecanismo de acción de levonor-gestrel no se conoce completamente. GLANIQUE, en dosis de dos tomas ... o dosis única ... bloquea la ovulación, impidiendo la fecundación si la relación sexual ha ocurrido en las 72 horas precedentes a la ovulación, es decir, en el periodo durante el cual el riesgo de fecundación es el más alto. Podría impedir igualmente la implantación de un óvulo, pero es ineficaz si el proceso de implantación ha comenzado” (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: http://www.facmed.unam.mx/bmnd/plm_2k8/src/prods/35280.htm).
- b. **TIBEX** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Farmaindustria S.A. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: Levonorgestrel inhibe la secreción de la gonadotropina y la pituitaria anterior, previniendo la ovulación y la maduración folicular. Interfiere con la fertilización y la implantación en el ciclo luteal por espesamiento del moco cervical y cambios en el endometrio” (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en: <http://www.farmindustria.com.pe/productos/222.html>).
- c. **POSTINOR 2** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Fabricado por: Laboratorio Gedeon Richter S.A. Budapest, Hungría. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: POSTINOR 2 (Ievo-norgestrel) a la dosis recomendada inhibe la secreción de las gonadotropinas de la hipófisis anterior, de este modo actúa



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

impidiendo o previniendo la ovulación y la maduración folicular. Asimismo, tiene acción anticonceptiva a través de otro mecanismo interfiriendo con el transporte espermático por espesamiento del moco cervical. **Consecuentemente, previene la fecundación e implantación en el ciclo luteal.** Por el contrario, no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación. (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la página web www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/32067.htm).

- d. **NORTREL** (Levonorgestrel) 0.75 mg.; Laboratorios Farmacéuticos Markos S.A. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: Mecanismo de acción/Efecto. Anticonceptivo (sistémico): La inhibición de la excreción de las gonadotropinas de la pituitaria anterior previene la ovulación y la maduración folicular y es una de las acciones anticonceptivas de levonorgestrel. En algunos pacientes que usan anticonceptivos solamente dosis bajas de progestinas, particularmente implantes subdérmicos de levonorgestrel, la ovulación no se suprime consistentemente de ciclo a ciclo. **El efecto anticonceptivo de la progestina se alcanza a través de otros mecanismos que resultan en interferencia con fertilización e implantación en el ciclo luteal tal como adelgazamiento del moco cervical y cambios en el endometrio**” (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/52934.htm>).
- e. **POST DAY** (Levonorgestrel) 0,75 mg.; Lafracol. En el inserto del producto se señala: “Acción Farmacológica: POSTDA y es un medicamento que inhibe y retrasa la ovulación, altera el transporte espermático mediante el espesamiento del moco cervical. **Posteriormente impide la fecundación e implantación** por lo que no se debe administrar después de dicho suceso. Una de las acciones anticonceptivas del levonorgestrel es la inhibición de la secreción de gonadotropina de la glándula pituitaria anterior previniendo la ovulación y maduración del folículo” (Negrita y subrayado nuestro). (información aparecida en la siguiente dirección electrónica <http://www.col.org.pe/biblio/plm/PLM/productos/47894.htm>).

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

(...)

43 (...) [L]os insertos incluidos en los envases de los productos farmacéuticos en general, y obviamente en los que corresponden a Levonorgestrel en sus distintas presentaciones y marcas, no sólo se trata de informaciones que los propios fabricantes consignan sobre la base de sus investigaciones y experimentaciones con el producto que colocan al acceso del público. También, y esto es sumamente importante relevar, constituyen dichos insertos un pronunciamiento de las autoridades sanitarias peruanas, pues al momento de otorgar el Registro Sanitario a un medicamento, se está aprobando su comercialización “una vez pasado el proceso de evaluación” (...).”



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

21. Actualmente, sin embargo, se advierte que los anticonceptivos orales de emergencia, dentro de los cuales se encuentran algunos de los citados previamente por el Tribunal Constitucional en su antes referida sentencia, ya no mencionan o vuelven a hacer referencia al denominado “tercer efecto”, esto es, a la prevención, interferencia o impedimento de la implantación. Así puede verificarse por ejemplo en los casos de:

a. GLANIQUE 1 [Levonorgestrel 0.75 mg.]

Mecanismo de acción Levonorgestrel, anticonceptivo emergencia.

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

Anticonceptivo de emergencia dentro de las 72 h siguientes haber mantenido relaciones sexuales sin protección o al fallo de un método anticonceptivo.

[...]

No debe administrarse a mujeres embarazadas. La administración de levonorgestrel no interrumpirá el embarazo. En el caso de que el embarazo continúe, los limitados datos epidemiológicos de que se dispone no indican efectos adversos sobre el feto, no obstante, no existen datos clínicos sobre las consecuencias potenciales si se toman dosis mayores de 1,5 mg de levonorgestrel.
[..]

[Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: [glanique tablet 0.75 mg de Perú \(vademecum.es\)](http://glanique-tablet-0.75-mg-de-peru.vademecum.es), revisado el 20 de marzo de 2023].

b. TIBEX [Levonorgestrel 1.5 mg.]

Mecanismo de acción Levonorgestrel, anticonceptivo emergencia

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

Anticonceptivo de emergencia dentro de las 72 h siguientes haber mantenido relaciones sexuales sin protección o al fallo de un método anticonceptivo.

[...]

No debe administrarse a mujeres embarazadas. La administración de levonorgestrel no interrumpirá el embarazo. En el caso de que el embarazo continúe, los limitados datos epidemiológicos de que se dispone no indican efectos adversos sobre el feto, no obstante, no existen datos clínicos sobre las consecuencias potenciales si se toman dosis mayores de 1,5 mg de levonorgestrel.
[...]

[Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: [TIBEX 1.5 mg Tab. de Perú \(vademecum.es\)](http://tibex-1.5-mg-tab-de-peru.vademecum.es), revisado el 20 de marzo de 2023].



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

c. POSTINOR 1 [Levonorgestrel 1.5 mg.]

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

Anticonceptivo de emergencia dentro de las 72 h siguientes haber mantenido relaciones sexuales sin protección o al fallo de un método anticonceptivo.

[...]

No debe administrarse a mujeres embarazadas. La administración de levonorgestrel no interrumpirá el embarazo. En el caso de que el embarazo continúe, los limitados datos epidemiológicos de que se dispone no indican efectos adversos sobre el feto, no obstante, no existen datos clínicos sobre las consecuencias potenciales si se toman dosis mayores de 1,5 mg de levonorgestrel.

[...]

[Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: [postinor_1 comprimido 1,5 mg de Perú \(vademecum.es\)](https://www.vademecum.es), revisado el 20 de marzo de 2023].

d. POSTDAY [Lenonorgestrel 0.75 mg. o 1.5 mg.]

POSTDAY® es un anticonceptivo de emergencia (Postcoital) únicamente, está indicado después de cualquier coito no protegido incluyendo:

- Cuando no se usó algún anticonceptivo.
- El método anticonceptivo pudo haber fallado por:
 - Rotura, deslizamiento o mal uso del condón.
 - Desplazamiento, rotura o remoción anticipada de un diafragma o de un capuchón.
 - Falla del coito interrumpido.
 - Falla en el cálculo de un método de abstinencia periódica.
 - Expulsión de un dispositivo intrauterino.
 - Olvido de tres o más píldoras anticonceptivas en un ciclo.
 - Cuando ocurrió una violación.

[...]



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

Los estudios realizados para determinar el mecanismo de acción del levonorgestrel como anticonceptivo postcoital, sugieren que puede afectar el crecimiento folicular y el desarrollo del cuerpo lúteo, evitando o retrasando la fecundación en la fase pre ovulatoria. Así mismo el levonorgestrel aumenta la viscosidad del moco cervical impidiendo que los espermatozoides del reservorio cervical vayan a renovar la población espermática en el sitio de la fecundación. Administrado después de la fecundación en rata y *cebus apella*, se demostró que no interfiere con la implantación del embrión.

[Información aparecida en la siguiente dirección electrónica:
https://www.medicamentosplm.com/Home/productos/postday_comprimidos/81/101/9327/25, revisado el 20 de marzo de 2023].

e. **NOGESTROL 1** [Levonorgestrel 1.5 mg.]

[A]ctúa principalmente evitando la ovulación y la fecundación si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria, que es el momento en el que la posibilidad de la fecundación es la más elevada. Levonorgestrel no es eficaz una vez iniciado el proceso de implantación. [cfr. fojas 1046].

f. **MERGINEX PLUS** [Levonorgestrel 1.5 mg.]

De acuerdo a la nota descriptiva OMS N° 244 de la Organización Mundial de la Salud revisada en octubre de 2005, se ha demostrado que las píldoras anticonceptivas (PAE) que contienen levonorgestrel previenen de la ovulación y no tienen efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona cuando son administradas después de la ovulación, no siendo eficaces una vez que el proceso de implantación se ha iniciado, no provocando aborto. (fojas 1050).

g. **NORLEVO** [Levonorgestrel 1.5 mg.]

Norlevo funciona parando la liberación de un óvulo de sus ovarios. No para la adhesión de un óvulo fertilizado al útero [cfr. fojas 1054].

22. En todo caso, no se soslaya que la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, que prohibió al Minsa la distribución gratuita de la píldora del día siguiente, básicamente fundamentó su decisión en lo sostenido por la Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas [FDA], que, en su momento, no descartaba que tuviera efectos abortivos, pues existían dudas con relación a si podía alterar el endometrio. Empero, el 23 de diciembre de 2022, la FDA cambió de parecer. Ahora descarta expresamente de que la AOE sea abortiva [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: Plan B One-Step [1.5 mg *levonorgestrel*] Information | FDA, revisado el 20 de marzo de 2023]; incluso ha actualizado su etiquetado. Al respecto, la FDA indica lo siguiente:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

Is Plan B One-Step an abortifacient (causing abortion)?

No. Plan B One-Step will not work if a person is already pregnant, meaning it will not affect an existing pregnancy. Plan B One-Step prevents pregnancy by acting on ovulation, which occurs well before implantation. Evidence does not support that the drug affects implantation or maintenance of a pregnancy after implantation, therefore it does not terminate a pregnancy.

[Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: Plan B One-Step (1.5 mg levonorgestrel) Information | FDA, revisado el 20 de marzo de 2023].

Para este Tribunal Constitucional, la traducción de aquel enunciado es:

¿Es el Plan B One-Step un abortivo (causante de aborto)?

No. Plan B One-Step no funcionará si una persona ya está embarazada, lo que significa que no afectará un embarazo existente. Plan B One-Step previene el embarazo al actuar sobre la ovulación, lo que ocurre mucho antes de la implantación. La evidencia no apoya que el medicamento afecte la implantación ni la continuidad de un embarazo después de la implantación; por lo tanto, no interrumpe un embarazo.

23. A tenor de la argumentación de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, la decisión de prohibir al Minsa la distribución gratuita de la AOE, se fundamentó, en su día, en el principio precautorio, debido a la duda razonable existente en la mayoría de magistrados que en aquel momento integraban este Tribunal, respecto a la forma cómo actuaba la píldora sobre el endometrio y su posible efecto de inhibir o interferir en la implantación o anidación. Esta postura, discutible o no, de alguna forma se explicaba en la documentación médica y científica revisada al momento de resolver.
24. Sin embargo, los temas médico-científicos se encuentran sometidos a constantes investigaciones y necesarias actualizaciones, pues es de ese modo como se depuran o, en último término, se perfeccionan. Por ello, a diferencia de lo resuelto en la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, este Tribunal Constitucional —con vista en la abundante documentación científica y médica acompañada al expediente materia de este nuevo proceso y de la propia información consignada oficialmente en los portales virtuales que aquí se ha mencionado— considera que en las actuales circunstancias, tal como se ha verificado *supra*, la AOE solo tiene efecto si se ingiere antes de la ovulación y, posiblemente, antes de que el esperma alcance al óvulo maduro, mas no tiene efecto sobre el endometrio y mucho menos impide la implantación o anidación.
25. En ese sentido, conforme lo establece el fundamento 52 de la mencionada sentencia, actualmente existe un nivel de consenso sumamente elevado respecto



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

- de la inocuidad del *levonorgestrel*. Incluso tal es el grado de convicción alcanzado al respecto que la propia FDA, cuyas opiniones sirvieron de base a la referida sentencia para prohibir la distribución gratuita del mencionado anticonceptivo, ahora niega que tengan efectos abortivos.
26. No esta demás recordar que incluso para la fecha en la que la citada sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC fue emitida, no es que existiera un convencimiento pleno de un presunto tercer efecto generado por el AOE — como así lo evidencian las posiciones de los magistrados Landa Arroyo y Calle Hayen—, sino que de alguna manera se mantenían algunas posturas todavía discrepantes a nivel científico, las mismas que condujeron a las dudas que en su momento expresó este Colegiado y que motivaron que una mayoría de sus magistrados optara por una fórmula de espera, la misma que en las actuales circunstancias carece de asidero alguno, según ya se ha visto.
27. Tampoco esta demás omitir que el debate sobre la AOE ha sido materia de recurrente conocimiento por parte de este Colegiado, como lo demuestra la antigua sentencia recaída en el Expediente 07435-2006-PC/TC, en la que la unanimidad —y no simplemente una mayoría— de los magistrados del Tribunal llegó a la conclusión de que el citado fármaco hacía las veces de un simple anticonceptivo [cfr. el fundamento 22 de la citada sentencia]. Ello demuestra palmariamente que, si alguna vez hubo debate, este último ya no existe o ha quedado cerrado para el mundo científico, de modo que sus incidencias son determinantes para el ámbito rigurosamente jurídico que es el que ahora, y como corresponde, debe decidirse.
28. Por todo ello, este Tribunal Constitucional considera que lo determinado en el Expediente 02005-2009-PA/TC necesariamente debe ser contrastado a la luz de lo expuesto por el Minsa, la OMS, la OPS y la FDA, pues la fundamentación de aquella sentencia apeló al *principio precautorio* para proscribir su distribución gratuita, ante la falta de certeza científica —en ese momento— respecto del potencial riesgo de interrumpir un embarazo que ya se hubiera iniciado. Por consiguiente, al existir razonables dudas en torno a si dicho producto era abortivo, o no lo era, el Tribunal Constitucional adoptó una solución provisoria que, por su propia lógica, es mutable.
29. Así las cosas, este Tribunal Constitucional estima que la legitimidad de lo decretado en dicho pronunciamiento se encuentra subordinada al mantenimiento en el tiempo de similares niveles de incertidumbre científica. Consecuentemente, mientras aquella incertidumbre persista, lo decidido deberá mantenerse. En tal sentido, la leal ejecución en sus propios términos de dicha sentencia *exige* la revisión de la mencionada prohibición al haberse determinado, con un alto grado



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

de certeza científica —no una certeza absoluta, que eventualmente podría ser inalcanzable—, la inocuidad de la medida adoptada frente a un embarazo que ya se produjo.

30. En ese orden de ideas, este Tribunal Constitucional deja en claro que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado, y por ende el derecho a la vida debe ser el bien jurídico tutelado por excelencia; y si según la evidencia científica y conclusiones a las que han arribado el Minsa, la OMS, la OPS y la FDA, en el sentido de que la AOE no es abortiva, el Tribunal Constitucional hace suyas dichas conclusiones.

Sobre el anticonceptivo oral de emergencia como parte de la política pública sobre planificación familiar y de atención a mujeres víctimas de violación sexual [en particular de niñas y adolescentes]

31. El primer párrafo del artículo 6 de la Constitución establece la política pública del Estado respecto de la familia, la política pública de planificación familiar:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. [...] [subrayado nuestro].

32. Al no ser abortiva la AOE, este Tribunal Constitucional ratifica la constitucionalidad de su reconocimiento como método de planificación familiar integrante de la política pública del Estado —cuya rectoría recae en el Minsa— así como su inclusión dentro del *kit* para la atención de casos de violencia sexual, principalmente para niñas y adolescentes, conforme está prescrito en el artículo 6 de la Ley 26842 —Ley General de Salud—, que dispone lo siguiente:

Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar.

Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito.

33. Atendiendo a ello, este Tribunal Constitucional juzga necesario recalcar que el Minsa en su oportunidad incorporó la AOE como un método anticonceptivo que debía ser difundido y distribuido gratuitamente a nivel nacional, como parte de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

la política nacional de planificación familiar. Al respecto, cabe mencionar la Resolución Ministerial 399-2001-SA/DM, que amplió las Normas de Planificación Familiar, e incorpora a la AOE como método anticonceptivo; la Resolución Ministerial 536-2005/MINSA, que aprobó la Norma Técnica 032-MINSA/DGSP-V.01 —Norma Técnica de Planificación Familiar—; la Resolución Ministerial 652-2016/MINSA, que aprobó la Norma Técnica 124-2016-MINSA-V.01 —Norma Técnica de Salud de Planificación Familiar—, modificada por Resolución Ministerial 536-2017/MINSA; y la Resolución Ministerial 227-2019/MINSA, sobre Directiva Sanitaria 083-MINSA/2019/DGIESP, Directiva Sanitaria para el Uso del Kit para la Atención de Casos de Violencia Sexual, que incluye a la AOE dentro del grupo de productos preestablecidos que deben ser entregados gratuitamente en la atención de tales casos y estar disponibles en los establecimientos de salud de primer nivel de atención y hospitales. Dicho listado de normas y las mencionadas en los fundamentos desarrollados en la parte “Actuaciones del Minsa posteriores a la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC y lo dispuesto en fase de ejecución de la misma”, constituyen una situación particular de altas y bajas sobre el uso de la AOE en función a lo resuelto anteriormente por el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial.

34. Precisamente lo anterior afianza el hecho de que el uso de la AOE tiene una incidencia importante para toda mujer, adolescente y niña que ha sido víctima de violación sexual, pues puede coadyuvar a evitar embarazos no deseados producto de tal acto ilícito penal, con mayor impacto en aquellas víctimas de escasos recursos económicos.
35. A este respecto, el Minsa resalta que “Según el registro de información de la Dirección de Salud Sexual y Reproductiva, en el año 2019 se atendió con el kit de emergencia sexual a 564 víctimas de violación sexual; en el 2020, a 1325 y en el 2021, a 2519. De esta última cifra, el 65 % corresponde a niñas, niños y adolescentes. [...] De acuerdo con el Sistema de Registro del Certificado de Nacido Vivo en Línea, 1699 menores de 12 a 17 años se convirtieron en madres en el año 2021. La estadística indica que en los últimos tres años el embarazo de adolescentes, entre los 14 y 19 años, ha disminuido a 8.3 % a nivel nacional. En años anteriores la cifra llegaba a 12.6 %. [...]. Las estadísticas arrojan que el 75 % de embarazos en menores de 15 años, son producto de violencia sexual; y en el caso de menores de 14 años, es casi el 100 %” [https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/587183-minsa-advierte-que-solo-el-5-de-las-victimas-de-violencia-sexual-acuden-a-un-servicio-de-salud, Última visita 20 de marzo de 2023]. [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: <https://www.gob.pe/institucion/minsa/noticias/587183-minsa->



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

advierte-que-solo-el-5-de-las-victimas-de-violencia-sexual-acuden-a-un-servicio-de-salud, revisado el 20 de marzo de 2023].

36. Asimismo, el Fondo de Población de Naciones Unidas [UNFPA, por sus siglas en inglés] afirma que “En nuestro país, 1 de cada 4 habitantes es adolescente o joven entre 10 y 24 años. [...] Cada año, alrededor de 50 000 niñas y adolescentes de hasta 19 años son madres en el Perú. En 2020, 1,158 menores entre 10 y 14 años experimentaron una maternidad, aspecto que se incrementó en 2021 a 1,437 equivalente a un 24%. Aún más lamentable fue el episodio experimentado por 23 niñas menores de 10 años quienes se vieron forzadas a ser madres en ese mismo año, según cifras preliminares del Certificado del Nacido Vivo del Ministerio de Salud en línea. Según el orden jurídico peruano los nacimientos en niñas menores de 15 años serían el resultado de delitos de violación sexual”. [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: <https://peru.unfpa.org/es/news/se-debe-visibilizar-el-embarazo-y-la-maternidad-adolescentes-para-construir-un-mejor-futuro>, revisado el 20 de marzo de 2023].
37. Como se observa, la problemática de embarazos no deseados de niñas y adolescentes víctimas de violación sexual es una lamentable realidad, con alta incidencia en el país; por ende, corresponde al Estado adoptar acciones y medidas para afrontarla.
38. Se advierte entonces que, considerando el panorama antes referido, el libre acceso gratuito a la AOE de aquellas víctimas mujeres menores de edad, puede evitar que queden embarazadas por una violación sexual, lo que repercutirá favorablemente en su vida personal y en su proyecto de vida. El restringir tal acceso implicaría entonces negarles la posibilidad de evitar un embarazo no deseado, con todo lo que ello implica en el ejercicio de otros de sus derechos, tales como los sexuales y reproductivos. Por consiguiente, es importante que la AOE continúe siendo parte del *kit* para la atención de casos de violencia sexual, y que se refuerce las acciones correspondientes para su distribución.
39. En consecuencia, es pertinente reafirmar la necesidad de que la AOE sea distribuida libre y gratuitamente a nivel nacional para todas las mujeres sin discriminación y como parte de la política pública de planificación familiar bajo la rectoría del Minsa, en los términos del artículo 6 de la Ley General de Salud.

Sobre los derechos reproductivos

40. Son derechos fundamentales de la persona -de la mujer en el ámbito sexual y reproductivo-, los denominados “derechos reproductivos”, que tienen la siguiente base normativa en sede nacional:



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

Artículo 6 de la Constitución, primer párrafo:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. [...] [subrayado nuestro].

Artículo 6 de la Ley 26842, Ley General de Salud, que prescribe lo siguiente:

Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar.

Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito [subrayado nuestro].

41. En efecto, los derechos reproductivos analizados por el Tribunal Constitucional en la presente cuestión, se circunscriben al reconocimiento de las personas, en este caso de la mujer, de decidir libre y responsablemente si desea tener hijos, la oportunidad de la reproducción, con qué frecuencia, cuántos hijos tener, elección de la persona con quien desea tener hijos, o elegir el método anticonceptivo de su preferencia. Es decir, se está ante determinadas manifestaciones que comprenden los derechos reproductivos, lo que presupone la capacidad de planificar qué familia se desea formar. Para tal efecto, resulta imperativo que las mujeres tengan a su alcance toda la información y todos los métodos anticonceptivos que el Estado les pueda suministrar para que, en ejercicio de dicha libertad, puedan elegir de modo responsable e informado.

Sobre la vulneración del derecho a la igualdad y la prohibición de no discriminación de las personas por su condición económica

42. El artículo 2.2 de la Constitución reconoce el principio-derecho de igualdad en los siguientes términos:

Toda persona tiene derecho: [...] 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole [subrayado es nuestro].

43. En tal virtud, este Tribunal Constitucional recuerda que la igualdad, consagrada constitucionalmente, ostenta la doble condición de principio y de derecho



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

subjetivo constitucional [cfr. sentencia emitida en el Expediente 00045-2004-AI/TC]. Como principio, constituye el enunciado de un contenido material objetivo que, en tanto componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. Mientras que, como derecho fundamental, constituye el reconocimiento del derecho a no ser discriminado por razones proscritas por la propia Constitución [origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica] o por otras [“motivo” “de cualquier otra índole”] que jurídicamente resulten relevantes.

44. En relación con esto último, este Tribunal Constitucional recuerda que este derecho no garantiza que todos los seres humanos sean tratados de la misma forma siempre y en todos los casos. La igualdad jurídica exige, por el contrario, dar un trato igual a lo que es igual y desigual a lo que no lo es. De modo que se vulnera no solo cuando frente a situaciones sustancialmente iguales se da un trato desigual [discriminación directa, indirecta o neutral, etc.], sino también cuando frente a situaciones sustancialmente desiguales se brinda un trato igualitario [discriminación por indiferenciación]. Tanto lo uno como lo otro necesariamente debe ser observado por las políticas públicas tendientes a promover la paternidad y maternidad responsables, conforme lo manda el artículo 6 de la Constitución, que dispone lo siguiente en su primer párrafo:

La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. [...] [subrayado nuestro].

45. En atención a ello, este Tribunal Constitucional estima que, al haberse determinado que la AOE no es abortiva, no existe base objetiva y razonable para impedir que el Estado, en cumplimiento de su obligación de asegurar el acceso a los medios de planificación familiar, distribuya gratuitamente la referida píldora a aquellas personas que, por su condición económica, no puedan comprarla.
46. En similar sentido, este Tribunal Constitucional juzga que corresponde ordenar que el Minsa incluya a la AOE en los métodos de planificación familiar que pone a disposición de la población como política pública, a fin de que toda mujer, adolescente o niña pueda consumirla, en caso lo requiera. Por consiguiente, la abstención del Estado de distribuirla gratuitamente viola el derecho fundamental a la igualdad, pues, sin su intervención, solamente podrán acceder a la AOE únicamente quienes tiene el dinero para adquirirla.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

47. Tal situación, a criterio de este Tribunal Constitucional, resulta discriminatoria, pues permitiría que, en los hechos, el acceso a la AOE se convierta en un privilegio de quienes puedan adquirirla en el mercado. Así pues, y como ha sido expuesto, la exigencia constitucional de tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales no significa que el Estado deba tratar igual a todas las mujeres, adolescentes y niñas independientemente del estrato socioeconómico al que pertenezcan; por el contrario, exige que implemente todas aquellas medidas que resulten necesarias para que esa falta de recursos económicos no les impida decidir si desean exponerse a un embarazo que claramente no han planificado y que, en definitiva, alterará sus proyectos de vida.
48. Así las cosas, este Tribunal Constitucional opina que, en las actuales circunstancias, la no realización de un tratamiento diferenciado que garantice el acceso universal a la AOE vulnera el derecho fundamental a la igualdad, al no equiparar situaciones que objetivamente son desiguales. Por ese motivo, corresponde estimar el extremo de la demanda relacionado con que el Estado distribuya gratuitamente la AOE.

Sobre la vulneración del derecho a recibir información

49. El artículo 6 de la Constitución antes referido no solamente establece la obligación del Estado de asegurar el acceso a los medios de planificación familiar, sino también el deber estatal de garantizar el derecho de las personas de recibir, por parte de aquel, información adecuada sobre los métodos anticonceptivos, de conformidad también con el artículo 6 de la Ley General de Salud anteriormente señalado. En ese sentido, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos se constituye en el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer de modo libre, consciente y responsable.
50. Por esa razón, este Tribunal Constitucional, entiende que la sola divulgación de ello en su portal web institucional resulta claramente insuficiente, pues, al fin y al cabo, los sectores menos pudientes —y quienes, en la práctica, serían las potenciales beneficiarias de esa política pública— no necesariamente tienen acceso a internet, en especial en zonas rurales. En efecto, de acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (Inei), “en los primeros tres meses del 2022, 73 de cada 100 personas de 6 y más años de edad accedieron a Internet en el país” [Información aparecida en la siguiente dirección electrónica: <https://www.inei.gob.pe/prensa/noticias/mas-del-50-de-la-poblacion-de-6-y-mas-anos-de-edad-usa-internet-1155>, revisado el 20 de marzo de 2023], por lo que, según esta data existe un 27 % de la población que tiene ciertas dificultades para acceder a internet.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

51. Por consiguiente, este Tribunal Constitucional estima que, adicionalmente a la distribución gratuita de la AOE, resulta imperativo que el Minsa informe a toda persona, mujer y/o a los padres, tutores o quien se haga cargo de ellas de corresponder, de las especificaciones y características de la píldora del día siguiente, explicando cómo actúa, que la AOE solamente debería ser usada en situaciones de emergencia, excepcionalmente, por lo que debe ser utilizado de modo responsable, ya que no puede sustituir a los anticonceptivos ordinarios. Igualmente, el Minsa está en la obligación de absolver las dudas y consultas de la información que suministre al respecto. Por la tanto, la información que suministre el Estado debe estar en consonancia con lo dispuesto por el artículo 6 de la Ley General de Salud, considerando el uso excepcional de la AOE.
52. Para este Tribunal Constitucional, el suministro de dicha información es importante, puesto que, al fin y al cabo, la decisión sobre consumir la AOE o no hacerlo dependerá de la persona, mujer y/o de los padres, tutores o quien se haga cargo de ellas de corresponder, en la medida que se deba contar con toda la información objetiva posible. En ese sentido, resulta necesario que el Minsa emprenda campañas informativas permanentes tendientes a difundir la existencia de la política pública consistente en el suministro gratuito de la AOE.

Sobre el pago de costos procesales

53. Al respecto, en primer lugar, el artículo 28 del Nuevo Código Procesal Constitucional dispone lo siguiente:

Si la sentencia declara fundada la demanda, se impondrán las costas y costos que el juez establezca a la autoridad, funcionario o persona demandada, salvo en los supuestos de temeridad procesal. Si el proceso fuere desestimado por el juez, este podrá condenar al demandante al pago de costas y costos cuando estime que incurrió en manifiesta temeridad.

En los procesos de *habeas corpus*, amparo y de cumplimiento, el Estado solo puede ser condenado al pago de costos. En los procesos de *habeas data*, el Estado está exento de la condena de costas y costos.

En aquello que no esté expresamente establecido en el presente código, los costos se regulan por los artículos 410 al 419 del Código Procesal Civil.

54. En segundo lugar, el primer párrafo del artículo 412 del Código Procesal Civil contempla lo siguiente:

La imposición de la condena en costas y costos no requiere ser demandada y es de cargo de la parte vencida, salvo declaración judicial expresa y motivada de la exoneración.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

55. Sobre la base de tales disposiciones, este Tribunal Constitucional considera que, muy al margen de la deficiente solicitud de inejecución de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, el Minsa ha tenido la intención de distribuir la AOE, como se ha desarrollado en la parte pertinente de la presente resolución. Es más, incluso no impugnó el extremo de la sentencia de primera instancia que estimó la presente demanda, pues únicamente recurrió la condena de costos procesales. Por ese motivo, resulta razonable exonerarlo del pago de los costos procesales.

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

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse vulnerado los derechos reproductivos, a recibir información y a la igualdad y no discriminación de doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza.
2. **ORDENAR** al Ministerio de Salud que cumpla con otorgar a doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza el anticonceptivo oral de emergencia [AOE] – *levonorgestrel* en cualquier centro de salud del Estado a nivel nacional y previa entrega de información adecuada relacionada con su uso.
3. **DISPONER** que el Ministerio de Salud desarrolle, como política pública, la distribución nacional gratuita del anticonceptivo oral de emergencia [AOE] — *levonorgestrel*.
4. **EXONERAR** al Ministerio de Salud del pago de costos procesales.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MORALES SARAVIA
DOMÍNGUEZ HARO
MONTEAGUDO VALDEZ
OCHOA CARDICH

PONENTE DOMÍNGUEZ HARO



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MONTEAGUDO VALDEZ

Emito el presente fundamento de voto porque, si bien coincido con el sentido del fallo y los puntos resolutivos que contiene, creo necesario exponer algunas consideraciones que, a mi juicio, precisan los argumentos en los que se ha sustentado la decisión adoptada en el amparo de autos.

§1. Sobre la procedencia del amparo a favor de colectivos de personas

1. Doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza interpuso demanda de amparo contra el Ministerio de Salud (Minsa) con el objeto de que esta entidad informe y distribuya gratuitamente el denominado anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en los centros de salud estatales para que *todas* las mujeres puedan acceder, de manera libre e informada, a dicho producto y, de este modo, puedan evitar exponerse a embarazos no deseados y a embarazos forzados. Es decir, la accionante promovió un amparo de tipo *colectivo* para que se garantice la tutela de los derechos fundamentales a la autodeterminación reproductiva, a la información, así como a la igualdad y no discriminación de *todas* las mujeres en edad reproductiva. Sin embargo, en la sentencia no se advierte de manera expresa que el presente caso es un amparo de tipo colectivo, a pesar que, como expondré en lo que sigue, cumple con las condiciones que habilitan su procedencia.
2. Al respecto, resulta oportuno recordar que el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia recaída en el Expediente 00688-2020-PHC/TC, no obstante la ausencia de regulación expresa en el Nuevo Código Procesal Constitucional, validó la posibilidad de interponer demandas constitucionales de tipo colectivas al haber reconocido como legítima la procedencia de un habeas corpus que tenía por objeto permitir el ingreso al territorio nacional de migrantes venezolanos sin visa y en situación de vulnerabilidad, previa verificación de ciertas condiciones mínimas. Estas condiciones o requisitos estaban referidos a la comprobación de (i) la existencia de un colectivo determinado o determinable de personas; (ii) que la persona que interpone la demanda constitucional debe encontrarse directamente perjudicada con la medida cuestionada; y, (iii) que debe tratarse de una situación que amerite la adopción de un remedio de carácter general.
3. En el presente caso, doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza interpuso la demanda de amparo a favor de *todas* las mujeres en edad reproductiva y, en particular, a favor de aquellas que se encuentran en situación de vulnerabilidad, sea por su situación económica y/o sea por haber sufrido abuso sexual. Las mujeres en edad reproductiva representan, pues, un colectivo que, no obstante ser amplio, constituye un grupo determinado y específico de personas. En cuanto al segundo requisito de



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

procedencia, corresponde precisar que la accionante también interpuso la demanda de amparo a título individual, alegando la vulneración de sus derechos a la autodeterminación reproductiva y a recibir información adecuada sobre los métodos anticonceptivos reconocidos como tales por el Estado en el marco de la política pública de planificación familiar. Y, en cuanto al tercer requisito, cabe señalar que la justificación de la promoción del presente amparo se explica en el accionar del Minsa que, desde el año 2009, por mandato de la jurisdicción constitucional, estaba prohibido de desarrollar como política pública la distribución gratuita de la AOE en los centros de salud a nivel nacional. Esta medida ha supuesto la afectación, entre otros derechos, a la autodeterminación reproductiva de todas las mujeres del país que se encuentran en edad reproductiva, sobre todo de aquellas cuya condición económica es precaria; siendo, por tanto, el reconocimiento de esta situación de inconstitucionalidad la que exige un remedio con alcances generales.

4. Lo expuesto, pues, corrobora que el presente caso se configura como un amparo colectivo y que su procedencia es plenamente legítima.

§2. Sobre el derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva y la pretensión de tutela en el presente caso

5. La vulneración del derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva ha sido una de las razones constitucionales que justificaron la promoción del presente amparo colectivo. Así también lo expresó doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza en el escrito de la demanda (f. 170) e, incluso, en el escrito presentado por su defensa en esta instancia para sustentar su informe oral (cfr. cuaderno del Tribunal Constitucional). Sin embargo, la sentencia aborda tangencialmente este extremo de la pretensión cuando alude a los “derechos reproductivos”. En lo particular, considero que en el presente caso la controversia gira, principalmente, en torno al derecho a la autodeterminación reproductiva, por lo tanto, es obligatoria una dilucidación directa al respecto.
6. El Tribunal Constitucional afirmó en su oportunidad que el derecho fundamental a la autodeterminación reproductiva constituye una manifestación implícita del derecho que tiene toda persona a su libre desarrollo reconocido expresamente en el artículo 2, inciso 1 de nuestra Constitución (cfr. sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA, fundamento 6). Si bien es cierto, la libertad en su sentido más básico supone que las personas están facultadas para autodeterminarse y escoger de forma autónoma, conforme a sus convicciones y particular modelo de virtud, entre las distintas opciones que le dan sentido a su existencia, por lo que es correcto inferir que la decisión de trascender como personas es expresión de esa libertad; considero también, que no es menos cierto que el derecho a la autodeterminación reproductiva,



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

además, de poseer entidad propia, también ostenta del reconocimiento expreso en nuestro sistema de fuentes normativas.

7. Conforme a lo prescrito por el artículo 55 de la Constitución, “[I]os tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”. En tal sentido, las normas recogidas en tales instrumentos resultan directamente aplicables y, como ha señalado el Tribunal Constitucional, es deber de todos los poderes públicos la obligatoria observancia tanto de los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Perú, como de la interpretación de ellos realizada en todo proceso por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte (cfr. sentencia recaída en el Expediente 02730-2006-PA/TC, fundamento 14).
8. Bajo esta premisa, entonces, el derecho de las mujeres a la autodeterminación reproductiva tiene la condición de un derecho humano reconocido como tal en el ordenamiento jurídico peruano debido a su regulación expresa en la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer” (CEDAW)¹, que en su artículo 16, literal e) reconoce que los estados parte adoptarán las medidas que aseguren a las mujeres “a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.
9. El derecho de las mujeres a la autodeterminación reproductiva es, pues, una norma *iusfundamental* integrante de nuestro ordenamiento jurídico y cuyo ámbito protegido alcanza a la elección sobre la decisión de ser madre, cuántos hijos tener, en qué momento de la vida y con quién tenerlos. De ahí que en el caso de embarazos forzosos producto de violaciones sexuales se produce una gravísima afectación a la autodeterminación reproductiva. En consecuencia, es deber del Estado prevenir, a través de políticas públicas conformes con nuestro ordenamiento constitucional, toda forma de afectación a la libertad reproductiva de las mujeres.
10. Por las razones expuestas en la sentencia y las consideraciones complementarias expresadas aquí, corresponde declarar **FUNDADA** la demanda de amparo.

S.

MONTEAGUDO VALDEZ

¹ Con fecha 23 de julio de 1981, El Estado peruano suscribió la CEDAW; la misma que fuera aprobada mediante Resolución Legislativa N° 23432 de fecha 5 de junio de 1982 y, luego de la correspondiente ratificación, entró en vigor en nuestro ordenamiento jurídico el 13 de octubre de 1982.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA PACHECO ZERGA

Con el mayor respeto por la opinión de mis colegas magistrados, emito el siguiente voto singular por las siguientes razones:

El uso de anticonceptivos en las políticas públicas de salud

1. Coincido con el criterio de la mayoría en que el uso de los anticonceptivos no es contrario al orden constitucional, ya que como su denominación indica, no impide la vida del concebido, sino la fecundación². Por tanto, emplear un método natural o artificial dependerá de las convicciones morales de cada persona, ámbito que el Estado no debe violentar. En cambio, el Estado tiene el grave deber de dar a conocer esos métodos, tal como lo establece la Ley General de Salud³, a fin de que se cumpla con los objetivos de la política nacional de población recogida en la Constitución, que está orientada a la maternidad y paternidad responsables y al cuidado de la salud⁴.
2. Asimismo, coincido en que la prohibición de distribuir gratuitamente el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) por parte del Ministerio de Salud (MINSU), ordenada en la sentencia del expediente 02005-2009-PA/TC, respondió a la duda razonable que existía sobre el denominado “tercer efecto” de esa píldora, que afectaba el endometrio e impedía la implantación del óvulo fecundado, es decir, del concebido, tal como lo sostenía en ese momento la *U.S. Food & Drug Administration* (FDA) y otras entidades científicas. En consecuencia, su distribución no podía incluirse en las políticas públicas de planificación familiar.
3. También considero que la presente demanda no consiste en un “amparo contra amparo” sino en una circunstancia excepcional de revisión, prevista expresamente en la sentencia 02005-2009-PA/TC en su fundamento 52⁵.
4. La demandante califica como discriminatoria esa sentencia en la situación actual, pues permitió a personas con recursos económicos adquirir el AOE en las farmacias, mientras que las de menos recursos no podían hacerlo. Sin embargo, se silencia que el mandato de esa sentencia tenía que limitarse al peticorio de la demanda de amparo

² Cfr. fundamentos 30 y 32 de la sentencia.

³ “Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar. Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito”.

⁴ Cfr. artículo 6.

⁵ Cfr. fundamento 11.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

dirigida “contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga: a) de iniciar el programa de distribución de la denominada “Píldora del Día siguiente” en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios en los cuales se pretenda su entrega gratuita, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. A juicio de la demandante, se trata de evitar que se vulnere en forma flagrante el derecho a la vida del concebido”⁶. Por tanto, la sentencia no era discriminatoria en perjuicio de las mujeres con menos recursos, ya que la lógica de la argumentación debería llevar a concluir que su venta tampoco debería permitirse, pero el Tribunal no tenía competencia para extender su prohibición más allá del ámbito de lo demandado.

5. Esa discriminación se materializaría sólo si se demostrase que el AOE no es abortivo, que es lo que la demandante ha argumentado en el presente proceso, especialmente en la audiencia pública, y que ha convencido a la mayoría del colegiado, que es consciente del deber que la Constitución nos impone de defender el derecho a la vida, en particular de las personas más vulnerables, entre las que se cuenta el concebido, tal como se establece en el artículo 2.1 de nuestra carta magna⁷.
6. Se debe tener en cuenta que la Constitución, reconoce que la “política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables”. Asimismo, reconoce “el derecho de las familias y de las personas a decidir el número de hijos que quieran tener”⁸. Y es precisamente, en esa medida, que el Estado debe asegurar “los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud”⁹.
7. En consecuencia, el acceso a los anticonceptivos debe realizarse con la información adecuada, no sólo sobre el producto o el método a emplear, sino también de sus consecuencias en relación al desarrollo de la personalidad y a la salud de la mujer.

Las “dudas razonables” de los efectos del AOE sobre el concebido

8. De acuerdo a la FDA el fármaco denominado “Plan B”, (levonogestrol) es un anticonceptivo que, empleado de modo regular, previene embarazos porque retrasa o impide la ovulación. El denominado “Plan B-One Step”, en cambio, es una única

⁶ Exp. 02005-2009-PA/TC, Antecedentes, ubicable en <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>

⁷ 2. **Toda persona tiene derecho:** 1. **A la vida**, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. **El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece**” (énfasis añadido).

⁸ Constitución, artículo 6.

⁹ Loc. Cit.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

dosis mayor de levonogestrol (1.5 mg), es decir, es un AOE cuyo prospecto describía su mecanismo de acción de la siguiente forma¹⁰:

“It works mainly by stopping the release of an egg from the ovary. It is possible that Plan B One-Step® may also work by preventing fertilization of an egg (the uniting of sperm with the egg) or by preventing attachment (implantation) to the uterus (womb)”.

Nuestra traducción:

“(…) funciona principalmente al detener la liberación de un óvulo del ovario. Es posible que “Plan B One-Step®” también prevenga la fertilización de un óvulo (la unión del esperma con el óvulo) **o impida la unión (implantación) al útero (matriz)**”.

9. El 23 de diciembre de 2022, la FDA autorizó modificar los términos del prospecto o folleto informativo de ese AOE, que ahora debe indicar¹¹:

In the “Warnings” section, under “Do not use”, the following statement will remain: “Do not use if you are already pregnant (because it will not work).” In the Consumer Information Leaflet, the following statements relevant to mechanism of action will be retained: Under the heading “What Plan B One-Step® is not.”, the following statement will remain: “Plan B One-Step® will not work if you are already pregnant and will not affect an existing pregnancy.” Under the heading “When not to use Plan B One-Step®.”, the following statement will remain: “Plan B One-Step® should not be used if you are already pregnant, because it will not work.”

Nuestra traducción:

En la sección “Advertencias”, bajo “No usar”, permanecerá la siguiente declaración: “No lo use si ya está embarazada (porque no funcionará)”. En el Folleto de Información al Consumidor, las siguientes declaraciones relevantes al mecanismo de acción se conservarán: Bajo el encabezado “Lo que Plan B One-Step® no es”, se mantendrá la siguiente declaración: “Plan B One-Step® no funcionará si ya está embarazada y no afectará un embarazo existente. Bajo el encabezado “Cuándo no usar Plan B One-Step®”, se mantendrá la siguiente declaración: “Plan B One-Step® no debe usarse si ya está embarazada, porque no funcionará”.

10. Para comprender el alcance del cambio realizado en las advertencias sobre el uso del AOE y sobre su inocuidad ante el embarazo, resulta esencial definir lo que la FDA entiende por “embarazo”. Para ese organismo el embarazo empieza con la implantación o anidación del óvulo fecundado y no con la concepción. Por eso el nuevo prospecto reiteradamente afirma, que no actuará si la mujer ya está

¹⁰ *Decisional Memorandum, New Drug Application 21998, Supplement 5 Levonorgestrel 1.5 mg Tablet Emergency Contraceptive Labeling Supplement for Update to Mechanism of Action Information*, página 4. Énfasis añadido.

¹¹ *Decisional Memorandum*, página 21



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

embarazada, es decir, si el concebido ya se ha implantado en el útero materno.
Transcribo el texto en cuestión¹²:

“As noted earlier, the scientific and clinical concept of the time period of pregnancy is generally consistent with the example found in the Code of Federal Regulations (CFR) under 45 CFR 46.202, which reads: **“Pregnancy encompasses the period of time from implantation until delivery.” LNG-EC prevents pregnancy by acting on ovulation, which occurs before implantation, and because data do not support that LNG-EC affects implantation, LNG-EC does not terminate pregnancy**”.

Nuestra traducción:

Como se señaló anteriormente, el concepto científico y clínico del período del embarazo es, en general, coherente con el ejemplo que se encuentra en el Código de Regulaciones Federales (CFR) bajo 45 CFR 46.202, que dice: **“El embarazo abarca el período de tiempo desde la implantación hasta el parto”**. LNG-EC previene el embarazo al actuar sobre la ovulación, que ocurre antes de la implantación, y porque los datos no respaldan que LNG-EC afecta la implantación, LNG-EC no termina el embarazo.

11. En primer lugar, se debe destacar que el concepto “embarazo” empleado por la FDA es inexacto y restrictivo porque no responde a su definición en el idioma español, que según la Real Academia de la Lengua (RAE) significa: “estado en que se halla la mujer gestante”. Es decir, comprende desde el primer momento de vida del embrión, que es el de la concepción, que tiene lugar con la fecundación del óvulo por el espermatozoide hasta el parto. Y no desde la implantación del cigoto humano en el endometrio de la madre, que es el significado que le atribuye la FDA.
12. Consecuente con esa terminología, la FDA emplea el término “anticonceptivo” de modo equívoco porque excluye del término “embarazo” la etapa inicial, que se inicia con la fecundación y culmina con la implantación, lo cual ocurre, aproximadamente, en unos seis o siete días después de la fecundación¹³. Para la FDA, lo que pueda ocurrir antes de la implantación, al no formar parte del “embarazo”, no tiene relevancia. Sin embargo, como hemos mencionado antes, la ciencia desde hace varias décadas ha comprobado que el concebido es un individuo, con una carga genética distinta al de la madre¹⁴. Por eso, nuestra Constitución lo

¹² *Decisional Memorandum, New Drug Application 21998, Supplement 5 Levonorgestrel 1.5 mg Tablet Emergency Contraceptive Labeling Supplement for Update to Mechanism of Action Information*, página 21.

¹³ Cfr. los datos recogidos en el Informe del *amicus curiae* de la demandada, Instituto de Ciencias para la Familia (ICF) de la Universidad de Piura, página 2.

¹⁴ Por todos, cito el estudio realizado por Forero y Sandoval (2009) según el cual: “El momento de la concepción actualmente es de conocimiento universal, ya que forma parte de los estudios básicos de la Biología Humana (...) porque se sabe que la vida humana comienza con la fecundación, (...) desde que es posible “fabricar” in vitro seres humanos, esto ha pasado a ser una “verdad científica” incontestable. En efecto, “la fecundación extracorpórea es anterior a la anidación y, cualquiera sea la técnica utilizada, luego de lograda la concepción es preciso implantar el embrión. Ningún técnico dedicado a la fecundación artificial se animaría a implantar un ser vivo que no fuera humano” (p. 61)”, recogido en el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

reconoce como sujeto de derechos para todo lo que le favorezca¹⁵. Y el primer derecho, sobre el que se apoyan todos los demás, es el derecho a la vida.

13. El AOE, por tanto, no es un anticonceptivo sino un fármaco abortivo, ya que su acción se realiza en el primer estadio de la vida de un ser humano: el que va desde la fecundación hasta antes de la implantación. Luego de sucedida ésta no tiene efecto que pueda perjudicar el embarazo ni al feto, según afirma la FDA. Ahora bien, la RAE define el aborto como “la interrupción del embarazo por causas naturales o deliberadamente provocadas. Puede constituir eventualmente un delito”. El AOE, en caso que no haya detenido la ovulación o la fecundación en los primeros días siguientes a la relación sexual, tiene el efecto de alterar el endometrio, para impedir la implantación. En consecuencia, no se trata de un “anticonceptivo” sino de un producto abortivo porque interrumpe el embarazo deliberadamente.
14. La Constitución del Política del Perú protege la vida del concebido desde el primer instante de su existencia y no sólo desde la implantación en el útero. Y, en concordancia con este mandato constitucional, toda la legislación relativa a la vida y salud comprende esta tutela¹⁶. Su transgresión, en el caso del Perú es un delito¹⁷. El Código Penal ha previsto para el delito de aborto no sólo distintos tipos penales, sino también atenuantes¹⁸ y eximentes de responsabilidad penal¹⁹.
15. La definición de “embarazo” propuesta por la FDA es la misma que la de la demandante y los *amicus curiae* que han sido incorporados al proceso avalando su demanda. Esta definición de embarazo es la que ha adoptado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Artavia-Murillo y otros-Fecundación in vitro vs Costa Rica*, y que ha sido invocada por la demandante como fundamento de su pretensión²⁰. Sin embargo, la sentencia en mayoría no ha acogido esa restricción del término “embarazo” y, por eso, no ha tenido en cuenta ese argumento en su fundamentación jurídica. Sin embargo, la acepta cuando admite las nuevas prescripciones de la FDA, renunciando así a su misión de garante en la interpretación de los derechos fundamentales y en clara contradicción con ella.

Informe del ICF ya citado, página 5.

¹⁵ Cfr. artículo 2.1

¹⁶ Constitución, artículo 2, inciso 1; Código Civil, artículo 1; Código de los Niños y Adolescentes (Ley 27337), artículo I del Título Preliminar y artículo 1; Ley General de Salud (Ley 26842), artículo III del Título Preliminar; y Ley de Política Nacional de Población (Decreto Legislativo 346), artículo IV, inciso 1, del Título Preliminar.

¹⁷ Cfr. Código Penal, artículos 114 a 118

¹⁸ Cfr. Código Penal, artículo 120

¹⁹ Cfr. Código Penal, artículo 119

²⁰ Según la demandante se debe acoger su pedido porque “se realiza en virtud de los fundamentos de la **sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 expedida por la Corte interamericana de Derechos Humanos - caso Artavia Murillo y otros-Fecundación In Vitro, vs. Costa Rica**”, Fojas 170, negrita en el original.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

16. En segundo lugar, hay que analizar cómo llega la FDA a la conclusión de que el AOE no afecta al endometrio y, por tanto, no impide la implantación del concebido. El documento en el que se apoya la sentencia en mayoría -y la demandante-concluye que los efectos de la inoculación de 1.5 mg. de levonogestrel en ratas y en glándulas endometriales en la fecundación *in vitro*, tiene que producir los mismos efectos en el organismo de una mujer²¹. En consecuencia, al no observar cambios en las glándulas endometriales en esos experimentos, declara que tampoco existen en el endometrio de la mujer.
17. Deducir, en base a indicios, no es demostrar científicamente una teoría sino establecer, por analogía, una hipótesis. De hecho, la FDA reconoce que, para concluir que el levonogestrel no afecta la receptividad del endometrio para la implantación del embrión, se utilizaron marcadores que “no son biomarcadores validados” y apoya sus afirmaciones en investigaciones realizadas hace más de una década²².
18. A mayor abundamiento hay que recordar que no existe, ni puede existir, data de experimentos realizados en seres humanos sobre la sobrevivencia del concebido luego de ingerir un AOE, por ser contrario a la ética médica experimentar con la vida humana²³. Cuando la FDA afirma que “la evidencia no apoya que el medicamento afecte la implantación”, se debe entender en el marco conceptual ya explicado, es decir, la implantación ya realizada, tanto porque no considera embarazo a la etapa que existe entre la concepción y la implantación, como porque no hay experimentos que avalen su tesis de inocuidad. Por tanto, no se puede negar la presunción de ese mecanismo de acción.
19. El debate científico no se agota con la decisión de la FDA basada, como hemos visto, en una endeble certeza. Existen otros estudios científicos, realizados en Estados Unidos, que contradicen lo afirmado por esa agencia. Por ejemplo, el del profesor de la Universidad de Princeton, James Trussell (Trussell et al. 2014), quien, citando 193 artículos, de los cuales 25 tratan sobre el mecanismo de acción del levonogestrel, concluye que no es científicamente posible negar el mecanismo de inhibición de la implantación de un óvulo fecundado al endometrio²⁴.
20. No obstante, se debe reconocer que organismos internacionales también han reducido el alcance del término “embarazo” como lo ha hecho la FDA. Estos cambios, permiten plantearse dudas sobre la imparcialidad de esos organismos en esta materia, teniendo en cuenta el interés de los grandes laboratorios en comercializar ese producto y el itinerario observado en esas modificaciones.

²¹ Cfr. *Decisional Memorandum*, página 21.

²² Cfr. *Decisional Memorandum*, página 21.

²³ Cfr. Informe del ICF, página 8.

²⁴ Cfr. Informe del ICF, página 10.



21. Una cuestión especialmente relevante, para la mayor o menor aceptación del AOE por las mujeres, es que la mayoría prefiere emplear métodos anticonceptivos, sean naturales o artificiales, que los abortivos. Por tanto, también se debe analizar si estos cambios en la terminología de los folletos informativos es una estrategia de mercado para lograr que lo consuman mujeres que antes se resistían a hacerlo por sus convicciones personales en estas cuestiones.
22. De hecho, se comprueba que subsisten diversidad de opiniones sobre el mecanismo de acción que tiene el AOE. Así, el vademécum electrónico de medicinas del Reino Unido, denominado, *Electronic Medicines Compendium* (EMC), señala como propiedades farmacológicas del AOE, comercializado con la marca “Emerres Una” (levonorgestrel 1.5 mg), lo siguiente²⁵:

“The precise mode of action of levonorgestrel as an emergency contraceptive is not known.

At the recommended regimen, levonorgestrel is thought to work **mainly** by preventing ovulation and fertilisation if intercourse has taken place in the preovulatory phase, when the likelihood of fertilisation is the highest. **Levonorgestrel is not effective once the process of implantation has begun**”.

Nuestra traducción:

Se desconoce el mecanismo de acción preciso del levonorgestrel como anticonceptivo de emergencia. En el régimen recomendado, se cree que levonorgestrel funciona principalmente impidiendo la ovulación y la fertilización si la relación sexual ha tenido lugar en la fase preovulatoria, cuando la probabilidad de fertilización es más alta. **Levonorgestrel no es efectivo una vez iniciado el proceso de implantación.**

23. Como puede apreciarse, se reconoce, por un lado, que no hay total claridad sobre el mecanismo de acción del AOE y, por otro, que *principalmente*, **pero no únicamente**, evita la ovulación y la fertilización. Añaden que no es efectiva una vez que tuvo lugar la implantación. Silencian, por tanto, lo que puede suceder entre la fecundación y la implantación. Por consiguiente, se reconoce que hay efectos que no se detallan. Respecto a su efectividad se afirma que, cuando se ingiere dentro de las 72 horas después de la relación sexual, es del 85%²⁶, pero que va disminuyendo a medida que pasen las horas.
24. Criterio similar encontramos en el vademécum farmacológico *Prescriber’s Digital Reference (PDR)*²⁷, en el que se consignan los distintos nombres comerciales del levonorgestrel en los Estados Unidos de América. Cuando se refiere a la marca “Plan B One-Step”, señala, al igual que su homólogo en el Reino Unido, que “su exacto mecanismo de acción es desconocido”²⁸. Sin embargo, precisa que esa

²⁵ Cfr. <https://www.medicines.org.uk/emc/product/9570>. Consultado el 25 de marzo de 2023.

²⁶ Cfr. loc. cit.

²⁷ Citado en el Informe de Luis Solari de la Fuente *amicus curiae* de la demandada.

²⁸ “The exact mechanism of action, however, is unknown” Ubicado en <https://www.pdr.net/drug-summary/Plan-B-One-Step-levonorgestrel-573>, el 25 de marzo de 2023. La traducción es personal.



hormona logra impedir “la maduración folicular y la ovulación. Pueden estar implicados mecanismos adicionales. **Otras acciones de las progestinas incluyen alteraciones en el endometrio que pueden afectar la implantación** y un aumento en la viscosidad del moco cervical que impide la migración de los espermatozoides hacia el útero”²⁹.

25. La *Medicines & Healthcare products Regulatory Agency* es la entidad que, en el Reino Unido, tiene la autoridad de la FDA en Estados Unidos. Este organismo advierte de la posible acción antiimplantatoria del producto levonorgestrel 1.5 mg (“Emerres Una”), mediante la alteración del revestimiento del útero³⁰:

“How does Emerres Una work?

Emerres Una contains the active ingredient levonorgestrel, which is a synthetic derivative of the naturally occurring female sex hormone progesterone. Emerres Una **is thought to work by preventing ovulation, fertilization and also by altering the lining of the womb, depending on which stage of the menstrual cycle the woman is at**”.

Nuestra traducción:

¿Cómo actúa Emerres Una?

Emerres Una contiene el ingrediente activo levonorgestrel, que es un derivado sintético de la progesterona, la hormona sexual femenina natural. Se cree que Emerres Una **actúa impidiendo la ovulación, la fecundación y también alterando el revestimiento del útero, dependiendo de la fase del ciclo menstrual en que se encuentre la mujer.**

26. Finalmente, el carácter abortivo del AOE sigue siendo declarado por la misma FDA, porque **no ha modificado, a la fecha, los efectos antiimplantatorios de ese mismo producto en la presentación de 0.75 mg.** En el prospecto, aprobado por la FDA, que se publica en su página web, se lee³¹:

How does Plan B® work?

Plan B® is two tablets with levonorgestrel, a hormone that has been used in many birth control pills for several decades. Plan B® contains a higher dose of levonorgestrel than birth control pills, but works in a similar way to prevent pregnancy. It works mainly by stopping the release of an egg from the ovary. It is possible that Plan B® may also work by preventing fertilization of an egg (the uniting of sperm with the egg) or by preventing attachment (implantation) to the uterus (womb).

²⁹ “(...) thereby preventing follicular maturation and ovulation. Additional mechanisms may be involved. Other actions of progestins include alterations in the endometrium that can impair implantation and an increase in cervical mucus viscosity which inhibits sperm migration into the uterus” Ubicado en <https://www.pdr.net/drug-summary/Plan-B-One-Step-levonorgestrel-573.1694>. Consulta: 25 de marzo de 2023. La traducción es personal y el énfasis añadido.

³⁰ Ubicado en

<https://mhraproductsproduction.blob.core.windows.net/docs/0779e7a4338db691137367bb8198f7fa3e8fe104>. Consultado el 27 de marzo de 2023. El énfasis es añadido.

³¹ https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2018/021045Orig1s017lbl.pdf. Consultado el 25 de marzo de 2023. El énfasis es añadido.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

Nuestra traducción:

¿Cómo funciona Plan B®?

Plan B® son dos tabletas con levonorgestrel, una hormona que se ha utilizado en muchas píldoras anticonceptivas durante varias décadas. Plan B® contiene una dosis más alta de levonorgestrel que las píldoras anticonceptivas, pero funciona de manera similar para prevenir el embarazo. Actúa principalmente deteniendo la liberación de un óvulo del ovario. Es posible que Plan B® también pueda impedir la fecundación de un óvulo (la unión del espermatozoide con el óvulo) **o impedir la unión (implantación) al útero (matriz).**

27. La demandante también cita, en abono de su tesis, que la Organización Panamericana de la Salud (OPS), en el año 2009, comunicó que el AOE no era abortivo sino simplemente anticonceptivo³², pero sin respaldo científico que haya sido puesto en conocimiento de la opinión pública. Respecto a la Organización Mundial de la Salud (OMS), debe recordarse que no siempre ha tenido pronunciamientos definitivos y acertados en el campo de la salud, por lo que no tendría necesariamente que aceptarse, como verdad última e inobjetable, su posición sobre la ausencia del efecto antianidatorio del AEO. Ejemplo de estos vaivenes son las recomendaciones que, durante la pandemia del COVID-19, dio en abril de 2020 sobre el uso de la mascarilla: primero, sólo para la gente que atendía a personas potencialmente contaminadas o que tenían tos o estornudos, así como para el personal sanitario. En junio del mismo año, lo extendió a todas las personas que no pudieran mantener con otras una distancia de dos metros, que luego redujo a metro y medio. También durante esa pandemia, la OMS inicialmente no recomendó la vacunación en embarazadas, pero después accedió a ello. Y en el 2004 reconoció que se equivocó al descartar que el virus H5N1 de la “gripe de pollo” se transmitiera entre personas. Por tanto, las opiniones de ambos organismos, no constituyen prueba plena del posible efecto no abortivo del AOE.

28. Llegados a este punto podemos concluir lo siguiente sobre los AOE:

- a. A la fecha no se conocen todos sus efectos.
- b. El término “embarazo”, según la FDA y otros organismos internacionales, se inicia con la implantación y termina con el parto. No incluye los primeros días de vida del concebido, es decir, el que comprende el lapso entre la fecundación y la implantación, que es de seis o siete días.
- c. La mayor o menor eficacia de su acción depende de la prontitud con que se ingiera en relación con el momento de la relación sexual, es decir, antes de que ocurra la implantación, en caso de haberse producido la fecundación.

³² Cfr. fundamento 14 de la sentencia.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

- d. Algunos prospectos no hacen referencia al efecto antiimplantatorio, pero se mantiene esa certeza en estudios científicos y en los compendios farmacéuticos de Estados Unidos y del Reino Unido, así como en la *Medicines & Healthcare products Regulatory Agency* del Reino Unido.
- e. Cuando los prospectos de los AOE afirman que no afectan ni interrumpen el embarazo, se refieren al efecto después de la implantación. Sin embargo, al estar reconocido por diversos estudios científicos que alteran el endometrio, entonces también impiden que el concebido continúe con vida, al no permitirle su implantación.
- f. En conclusión, los AOE son abortivos y no pueden, por tanto, ser parte de la política nacional de salud.
29. Esta realidad exige que no se comercialicen en el país. Sin embargo, la presente demanda de amparo se circunscribe a la distribución del AOE por el MINSA, por lo que, al igual que ocurrió en el 2009, este Tribunal no puede extender su mandato más allá de lo demandado.
30. Quisiera resaltar que, respecto a la protección de los derechos relativos al medio ambiente, los estados partes de las Naciones Unidas, en la Declaración de Río³³ acordaron, como un principio de acción, que “los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”³⁴. Con cuánta mayor razón se ha de tener en cuenta este criterio si está en peligro la vida de un ser humano inocente y vulnerable.
31. Consecuentemente, debe mantenerse la prohibición de que el MINSA distribuya gratuitamente el AOE, conforme este Tribunal dispuso en la sentencia del expediente 02005-2009-PA/TC, en protección del derecho a la vida del concebido, y por aplicación, como se hizo en aquella oportunidad, de los principios *pro homine* (pues se presenta una situación en que se encuentra en juego un derecho fundamental³⁵), *pro debilis* (ya que “debe tenerse especial consideración con aquella parte más débil”³⁶, en este caso, el concebido), y el *principio precautorio*, aplicable cuando “se encuentran en controversia la posible afectación de los derechos a la

³³ Realizada del 3 al 14 de junio de 1992

³⁴ Principio 15, ubicable en <https://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> El énfasis es añadido.

³⁵ Cfr. STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 33.

³⁶ STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 34.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

salud y a la vida, por actividades, procesos o productos fabricados por el hombre”³⁷, como es el caso del AOE.

32. No puede extenderse la prohibición a su comercialización por el sector privado, porque excede el petitorio de la demanda. Sin embargo, se exhorta a la Dirección General de Medicamentos, Insumos y Drogas (DIGEMID) para que, en cumplimiento del mandato constitucional de proteger la vida del concebido, no permita su comercialización en el país.

La eficacia de las políticas públicas para erradicar la violencia sexual contra la mujer

33. Finalmente quisiera hacer referencia a la eficacia de las políticas públicas en esta materia, ya que la transversalidad del enfoque de género tiene más de una década en el país. Lo cual debería reflejarse en una convivencia cada vez más respetuosa entre varones y mujeres que cristalice en la igualdad de oportunidades, en todos los campos, con equidad.
34. Sin embargo, de acuerdo a los datos publicados por el MINSA: “*el registro de información de la Dirección de Salud Sexual y Reproductiva, en el año 2019 se atendió con el kit de emergencia sexual a 564 víctimas de violación sexual; en el 2020, a 1325 y en el 2021, a 2519*”³⁸. En ese kit se incluye el AOE, no obstante, como reconoce la misma institución, la violencia contra la mujer, en lugar de disminuir, ha ido en aumento. Asimismo, el número de embarazos de adolescentes también ha ido en aumento en los últimos años³⁹.
35. Estas cifras indican que el problema no se resuelve con los AOE: se requiere un cambio cultural y ético. El trauma de una mujer violada no se remedia con una pastilla: es necesario poner otros medios para evitar la raíz de esos embarazos no deseados. Considero que se requiere una nueva estrategia en el enfoque de género para lograr un efectivo descenso en las cifras de abuso, sea cual sea la edad de la víctima.
36. Las autoridades competentes deben revisar qué tipo de información han facilitado a los padres, en el caso de las menores de edad, así como a las mujeres mayores de edad, a fin de que hayan podido decidir si usaban o no el AOE, teniendo en cuenta el impacto que podría causar en su organismo, así como las circunstancias en que habían sufrido violencia.

³⁷ STC 02005-2009-PA/TC, fundamento 47.

³⁸ Transcrito del fundamento 35 de la sentencia en mayoría.

³⁹ Cfr. loc.cit.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

37. La violencia, verbal y física, se encuentra cada vez más extendida y afecta siempre a los más vulnerables, como queda reflejado en los casos de *bullying*, acoso sexual en los lugares de estudio o trabajo. La educación en el respeto y la solidaridad exige que los padres acompañen a sus hijos en el descubrimiento de su sexualidad y, en coordinación con los centros de estudios, les orienten, a fin de integrarla en la dimensión racional y afectiva, propia del ser humano.
38. La sentencia en mayoría encuadra los denominados “derechos reproductivos” en el marco constitucional y legal de nuestro país⁴⁰. Sin embargo, considero que esa terminología, muy empleada por organismos internacionales, no refleja la verdadera dimensión de la condición sexuada de la persona. El término “reproducción” según la RAE significa “acción y efecto de reproducir o reproducirse”. Los vegetales y los animales se reproducen, los seres humanos *engendran* hijos. Y son realmente *padres* cuando cuidan de ellos: la Constitución se refiere al derecho y deber que tienen de “alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos”⁴¹. De allí que el enfoque de maternidad y paternidad responsables implique, no sólo el derecho de decidir el número de hijos que se desee tener, sino también el asumir los deberes de esa decisión. Los temas relativos al ejercicio de la sexualidad deben plantearse desde la dignidad de la persona humana y de sus aspiraciones más profundas, que permiten la convivencia pacífica y solidaria.

Por estas consideraciones, mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

PACHECO ZERGA

⁴⁰ Ver fundamentos 40 y 41.

⁴¹ Artículo 6.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO GUTIÉRREZ TICSE

Con el mayor respeto por la opinión de mis colegas magistrados, no comparto el voto en mayoría toda vez que se sustenta en interpretaciones polémicas que no son pacíficas en el debate científico ni tampoco en el esquema *iusfilosófico* de nuestra Constitución; por las razones que paso a exponer:

1. Conforme a nuestro documento basilar, la vida es una condición sustantiva a partir del cual se construyen los círculos sociales de la comunidad. La familia, la paternidad, los deberes con los padres con los hijos y de los hijos con los padres, forman parte del núcleo constitucional conforme a los primeros dispositivos que proyecta el principio capital alojado en el artículo 1: vida y dignidad.
2. En ese sentido, una política pública de salud que incorpore el uso de anticonceptivos como una forma de paternidad responsable debe ser lo más certero posible, y no evidenciar ni la más mínima duda de que se trata de un medicamento (o sustancia) que produzca un aborto.
3. Sobre el “efecto abortivo” que tiene la AOE respecto del concebido, debemos señalar que existen diversos sectores que cuestionan su alegado descarte. Así, por ejemplo, el estudio “*Mecanismo de Acción del Levonorgestrel*”⁽⁴²⁾ sostiene:

Los argumentos utilizados para justificar el uso de Levonorgestrel como un fármaco no abortivo conllevan debilidades sustanciales. Además, la administración pre ovulatoria del Levonorgestrel no altera consistentemente el flujo y la función de espermatozoides u óvulos. Sin embargo, se evidencia la ausencia de embarazos clínicos en los casos en que la fecundación es probable. Lo que sugiere que el aborto es un mecanismo probable de acción. Por lo tanto, la afirmación de que existe certidumbre moral sobre la acción no abortiva del Levonorgestrel es actualmente indefendible.

4. En el Estudio “*UPA (Ella One) y LNG en anticoncepción de emergencia: la información de EMA y las evidencias científicas indican un efecto anti-implantación prevalente*”⁽⁴³⁾, se afirma:

Los anticonceptivos de emergencia funcionan predominantemente mediante la prevención de la implantación de embriones. Las personas deben recibir información correcta (traducción propia)

⁴² Kahlenborn C., Peck, R., Severs, W.B. (2015) Mechanism of Action of Levonorgestrel Emergency Contraception. *The Linacre Quarterly*. 82(1). 18-33. doi:[10.1179/2050854914Y.0000000026](https://doi.org/10.1179/2050854914Y.0000000026)

⁴³ Mozzanega, B., Battista Nardelli G. (2019). UPA and LNG in emergency contraception: the information by EMA and the scientific evidences indicate a prevalent anti-implantation effect. *Eur J Contracept Reprod Health Care*. Feb;24(1):4-10. doi: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/30656992/>



5. Por su parte, en el Estudio “¿Tiene el anticonceptivo de emergencia *Levonorgestrel* un efecto post-fecundación? Una revisión de su mecanismo de acción”⁽⁴⁴⁾ se sostiene:

Nuestro análisis estima que el potencial de inhibición ovulatoria del fármaco podría prevenir menos del 15 por ciento de las concepciones potenciales, lo que hace que un mecanismo de acción de pre fertilización sea significativamente menos probable de lo que se pensaba. Los efectos lúteos (como disminución de la progesterona, alteración de los niveles de glicodelina y acortamiento de la fase lútea) presentes en la literatura pueden sugerir un efecto pre ovulatorio inducido por efectos post-fertilización del fármaco. Se puede demostrar que afecta la función lútea y puede afectar negativamente la supervivencia del embrión (traducción propia).

6. En tanto, en el estudio “*El Levonorgestrel* y su mecanismo de acción”⁽⁴⁵⁾, se afirma:

El hecho de que el levonorgestrel sea efectivo en el tiempo de la ovulación indica que debe tener un efecto impidiendo la implantación. [...] La probabilidad de atentar contra la vida de un óvulo ya fecundado por el uso del levonorgestrel es de un 25% (6 días de fertilidad de 28 días del ciclo menstrual), ya que en general, la mujer que recurre a este método no sabe con exactitud su actual condición de fertilidad. Si a esto añadimos que naturalmente la frecuencia de implantación en el período fértil es de un 36% y que el levonorgestrel no impide la implantación en un 2% a las 24-48 horas, tenemos que la probabilidad de atentar contra la vida del embrión queda reducida a un 8% por el uso de levonorgestrel (traducción propia).

7. Del mismo modo, Peck y Tudela⁽⁴⁶⁾ refieren que “si el *Levonorgestrel* se administra en la fase folicular tardía de la ventana fértil (antes de la ovulación), podría alterar la secreción de LH, disminuir los niveles de progesterona, acortar la fase lútea y conducir a un sangrado vaginal aberrante. Todos estos hallazgos perjudicarían la capacidad del embrión para sobrevivir. Por lo tanto, la administración del referido medicamento en la pre-ovulatorios podría llevar a efectos post-fertilización” (traducción propia).

⁴⁴ Peck R., Rella, W., Tudela, J., Aznar, J., Mozzanega, B. (2016). Does Levonorgestrel Emergency Contraceptive have a Post-Fertilization Effect? A Review of its Mechanism of Action. *The Linacre Quarterly*. 83(1):35-51. doi: [10.1179/2050854915Y.0000000011](https://doi.org/10.1179/2050854915Y.0000000011). (p.47).

⁴⁵ Rodríguez, E. (2016). El levonorgestrel y su mecanismo de acción. *ARS MEDICA Revista de Ciencias Médicas*, 31(1), 36-46. (p.44).

⁴⁶ Peck R., Rella, W., Tudela, J., Aznar, J., Mozzanega, B. (2016). Does Levonorgestrel Emergency Contraceptive have a Post-Fertilization Effect? A Review of its Mechanism of Action. *The Linacre Quarterly*. 83(1):35-51. doi: [10.1179/2050854915Y.0000000011](https://doi.org/10.1179/2050854915Y.0000000011). (p.44).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

8. Como se evidencia, aún existe una posición claramente discrepante respecto al efecto abortivo de la AOE a nivel científico; razón por la que -al no encontrarnos frente a una verdad apodíctica- es deber del Tribunal Constitucional invocar la aplicación del *principio precautorio* en los términos de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC.
9. Si bien en el fundamento 52 de la dicha STC se destaca la posibilidad de que “si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso respecto de la inocuidad del levonorgestrel para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición”, a la fecha, aún no existe un nivel de consenso a nivel científico que deje en claro que no existe una duda razonable sobre un posible efecto abortivo de la AOE.
10. Por consiguiente, desde la teoría de la fecundación (o fertilización), es imperantemente necesario aplicar el principio precautorio ante la posibilidad de eventuales efectos post-fertilización de la AOE.
11. De otro lado, se debe objetar la sentencia de fecha 28 de noviembre de 2012 expedida por la Corte interamericana de Derechos Humanos - caso Artavia Murillo y otros-Fecundación In Vitro, vs. Costa Rica”, toda vez que el accionante la ha invocado para justificar su pretensión alegando que el embarazo se inicia con la implantación del cigoto humano en el endometrio de la madre.
12. El colegiado no puede avalar ni a modo doctrinal esta decisión de la Corte, ya que no es compatible con el modelo constitucional peruano, por lo que correspondía también un pronunciamiento expreso en contra en los fundamentos del actor, ya que no debe quedar duda alguna del deber del alto colegiado de proteger la vida humana y, no admitir, por la vía de la interpretación la doctrina convencional como si pudiera aplastar el modelo cultural peruano sin ninguna valoración interna.
13. Es por ello que, en su oportunidad, en decisiones como esta, he expresado el deber de invocación del *margen nacional de apreciación*, el cual tiene como principal propósito conceder al Estado un ámbito para la adopción de medidas comprometidas con el tema decidido por la corte, conforme a su propia realidad.
14. En la misma sintonía el nuevo Código Procesal Constitucional en el artículo VIII del título preliminar ha recepcionado el referido margen de apreciación al señalar que: “En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”.
15. Al respecto, y como idea general, debo señalar que el margen de apreciación nacional es definido como un método de interpretación propio del Tribunal



Europeo de Derechos Humanos (TEDH), que lo utilizó por primera vez en el *Caso Handyside*. En él, el TEDH consideró que en un ámbito en el que no había una posición uniforme entre los Estados parte, como era la protección de la moral, las autoridades nacionales gozaban de un cierto margen de apreciación al estar en una mejor posición para decidir; siendo una concesión a los Estados que implica cierta deferencia al aplicar las restricciones a derechos fijadas en el Convenio en ámbitos en los que no existe un consenso europeo, deferencia que -por cierto- no es absoluta, correspondiendo al propio Tribunal la consideración de la idoneidad de su uso a través de un juicio de proporcionalidad” (47).

16. A nuestro modo de ver las cosas, si se pretendiera imponer la postura ideológica de la Corte, el Estado peruano podría apartarse de la misma utilizando el margen de apreciación nacional.
17. Finalmente, respecto de la educación sexual sobre métodos anticonceptivos como mandato constitucional, debe tenerse presente lo señalado expresamente por el artículo 6 de nuestro Texto Fundamental, cuando señala:

“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud. (...)” (subrayado nuestro).

18. A nivel infraconstitucional, se ha precisado la relevancia de la información sobre métodos anticonceptivos:

Artículo 6 de la Ley 26842, Ley General de Salud:

“Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, incluyendo los naturales, y a recibir, con carácter previo a la prescripción o aplicación de cualquier método anticonceptivo, información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos físicos, fisiológicos o psicológicos que su uso o aplicación puede ocasionar. Para la aplicación de cualquier método anticonceptivo se requiere del consentimiento previo del paciente. En caso de métodos definitivos, la declaración del consentimiento debe constar en documento escrito”. (subrayado nuestro)

19. Es preciso resaltar que de la literalidad del artículo 6 de la Constitución, por mandato constitucional debe existir una política nacional de población que tenga como objetivo difundir la paternidad y maternidad responsables. En ese orden de ideas, queda absolutamente claro que una política pública en materia de educación sexual sobre métodos anticonceptivos –para ejercer una paternidad y maternidad

⁴⁷ Sánchez-Molina, P. (2014). El margen de apreciación nacional en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativas al derecho a elecciones libres. *Estudios de Deusto*, 62(1), 371-386. (p.374)



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 00238-2021-PA/TC
LIMA
VIOLETA CRISTINA GÓMEZ
HINOSTROZA

responsables– no debe atentar contra la vida (desde la concepción), ni contra la salud de las personas.

20. Es por estas razones que el Estado no puede distribuir gratuitamente el AOE. Podría distribuirse sí de modo gratuito como parte de la política pública del Estado en determinadas condiciones que debió expresarse en la sentencia y que no corresponde sino de manera excluyente. Así por ejemplo, personas con enfermedades graves o crónicas o en situación de violencia sexual, en donde la autoridad sanitaria y fiscal respectivamente, ponderen y balanceen los derechos en conflicto.
21. Al no haberse precisado tampoco los límites en su distribución ni la fundamentación tuitiva del derecho a la vida, me veo en la obligación de emitir el presente voto singular en los términos expuestos.
22. Finalmente cuestiono el denominado derecho a la “autodeterminación reproductiva”, que si bien es verdad que el colegiado en mayoría no la emplea y opta correctamente por el término “derechos reproductivos”, se debió rechazar expresamente en los fundamentos de la sentencia toda vez que no es posible de ser configurado un supuesto derecho como este por la vía de la interpretación, ya que en puridad de verdad, deja al concebido como una cosa en decisión autónoma de la gestante. Ello a mi criterio solo podría ser admisible mediante una reforma constitucional que varíe el modelo cultural pro vida de la Constitución política vigente e histórica. *Contrario sensu*, el Tribunal Constitucional estaría convirtiéndose en constituyente, superando sus propios límites.

Por las consideraciones expuestas, en el presente caso mi voto es por declarar **INFUNDADA** la demanda.

S.

GUTIÉRREZ TICSE