

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**Informe Jurídico sobre la Sentencia 197/2023 del Exp.
N.º 00238-2021-PA/TC (Caso AOE)**

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

Pamela Stacy Carhuapoma Vizcardo

ASESORA:
Luz Cynthia Silva Ticllacuri

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, SILVA TICLLACURI, LUZ CYNTHIA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado “**Informe Jurídico sobre la Sentencia 197/2023 del Exp. N.º 00238-2021-PA/TC (Caso AOE)**”, del autor(a) CARHUAPOMA VIZCARDO, PAMELA STACY, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 35%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 16/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y 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, 16 de julio del 2024

SILVA TICLLACURI, LUZ CYNTHIA	
DNI: 42986884	Firma:
ORCID: https://orcid.org/0000-0002-1529-3884	

RESUMEN

El presente informe jurídico analiza la Sentencia del Expediente N.º 238-2021-PA/TC. Para ello, se basa en la siguiente pregunta principal: ¿La medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA implica una vulneración de los derechos a la autodeterminación reproductiva (DAR) y a la igualdad de las personas con capacidad de gestar (PCG)? Para responder la misma, se ha utilizado legislación nacional, así como tratados internacionales. Asimismo, en relación a la jurisprudencia se contó con las sentencias de los Expedientes N° 7435-2006-PC/TC, N° 2005-2009-AA/TC y N° 3378-2019-PA/TC del TC, así como la sentencia del caso Manuela y otros vs. El Salvador y la sentencia del caso I.V. vs. Bolivia de la Corte IDH. Finalmente, tras el análisis correspondiente, se concluye que la prohibición de distribuir gratuitamente el AOE implica una violación del DAR y a la igualdad y no discriminación, afectando desproporcionadamente a PCG de bajos recursos económicos.

Palabras clave

Derechos sexuales, derechos reproductivos, autodeterminación reproductiva, igualdad y no discriminación, sexo, género, estereotipos de género, condición socioeconómica, enfoque interseccional.

ABSTRACT

This legal report analyzes Judgment 197/2023 of Case No. 238-2021-PA/TC. It is based on the following primary question: Does the Ministry of Health's prohibition on the free distribution of emergency oral contraceptives imply a violation of the rights to reproductive self-determination and to equality of persons with the capacity to gestate? The analysis uses national legislation and international treaties. Additionally, jurisprudence was considered, including the rulings of Cases No. 7435-2006-PC/TC, No. 2005-2009-AA/TC, and No. 03378-2019-PA/TC, as well as the ruling in the case of *Manuela and Others vs. El Salvador* and the ruling in the case of *I.V. vs. Bolivia* of the I/A Court H.R. Finally, after the corresponding analysis, it is concluded that the prohibition on the free distribution of emergency oral contraceptives constitutes a violation of the right to reproductive self-determination and to equality, disproportionately affecting economically disadvantaged persons with the capacity to gestate.

Keywords

Sexual rights, reproductive rights, reproductive self-determination, equality and non-discrimination, sex, gender, gender stereotypes, socioeconomic status, intersectional approach.

ÍNDICE

PRINCIPALES DATOS DEL CASO	4
GLOSARIO	5
I. INTRODUCCIÓN	7
1.1 Justificación de la elección de la resolución	7
1.2 Presentación del caso	8
II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES	11
2.1 Antecedentes	11
2.2 Hechos relevantes del caso	12
III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS	14
3.1 Problema principal	14
3.2 Problemas secundarios	14
IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA	15
4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios	15
4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución	18
V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS	20
VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	43
BIBLIOGRAFÍA	47

PRINCIPALES DATOS DEL CASO

N° EXPEDIENTE	Expediente N.° 00238-2021-PA/TC
ÁREA(S) DEL DERECHO SOBRE LAS CUALES VERSA EL CONTENIDO DEL PRESENTE CASO	Derecho Constitucional Derecho Internacional Público Derechos Humanos
IDENTIFICACIÓN DE LAS RESOLUCIONES Y SENTENCIAS MÁS IMPORTANTES	Expediente N.° 2005-2009-PA/TC
DEMANDANTE/DENUNCIANTE	Violeta Cristina Gómez Hinostroza
DEMANDADO/DENUNCIADO	Ministerio de Salud
INSTANCIA ADMINISTRATIVA O JURISDICCIONAL	Tribunal Constitucional

GLOSARIO

Nombre	Abreviatura
Acción de Lucha Anticorrupción	ALA
Anticonceptivo Oral de Emergencia	AOE
Comisión Interamericana de Derechos Humanos	CIDH
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Comité DESC
Comité de Derechos Humanos	CDH
Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer	Comité CEDAW
Convención Americana sobre Derechos Humanos	CADH
Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer	CEDAW
Constitución Política del Perú	CPP
Corte Interamericana de Derechos Humanos	Corte IDH
Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer	CIPSEVM
Derecho a la Autodeterminación Reproductiva	DAR
Derechos Reproductivos	DR
Derechos Sexuales	DS
Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres	LIOMH
Ley General de Salud	LGS
Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las	LPSEVMIGF

Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar	
Ministerio de Salud	MINSA
Organización de las Naciones Unidas	ONU
Organización No Gubernamental	ONG
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	PIDCP
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	PIDESC
Personas con Capacidad de Gestar	PCG
Tribunal Constitucional	TC



I. INTRODUCCIÓN

1.1 Justificación de la elección de la resolución

Para la obtención del título profesional de abogada, se ha decidido sustentar la Sentencia del Expediente N.º 238-2021-PA/TC debido a que su análisis permite desarrollar una mayor comprensión del contenido protegido de, por un lado, los DS y, por otro lado, los DR de las personas. El expediente en cuestión se convierte en un punto clave para la delimitación y definición de los derechos que forman parte de estos ámbitos, destacando especialmente el DAR. Este derecho incluye, entre otros aspectos, el derecho de acceder a métodos de anticoncepción gratuitos, tal como el AOE.

Analizar la presente sentencia ofrece la oportunidad de reflexionar en profundidad sobre la interpretación y aplicación de los DS y DR en el sistema jurídico peruano. El referido análisis permite abordar cuestiones críticas como la defensa y promoción del DAR, que no solo involucra el derecho a decidir en relación a la vida reproductiva y considerar la opción de la maternidad o paternidad, sino también implica acceder a los medios necesarios que permitan ejercer este derecho en la práctica. La inclusión del AOE en la lista de métodos anticonceptivos gratuitos se convierte en un tema central, dado su impacto directo en el DAR de las PCG.

Además, el fallo en cuestión ofrece una oportunidad para reflexionar desde los enfoques de género y de interseccionalidad acerca del derecho a la igualdad, y con ello, sobre la proscripción de discriminación basada en género y situación socioeconómica. En ese sentido, la prohibición de la distribución gratuita del AOE puede ser vista como una medida que afecta desproporcionadamente a las personas con capacidad de gestar, incluidas las mujeres, y especialmente a quienes poseen bajos ingresos, pues aquellas dependen en mayoritariamente del sistema de salud público para acceder a métodos anticonceptivos.

Esta reflexión es realmente significativa en el contexto peruano, donde las elevadas tasas de violación sexual y embarazos forzados en niñas y

adolescentes constituyen una grave problemática social. La carencia de acceso a métodos anticonceptivos gratuitos, especialmente al AOE, perpetúa la vulnerabilidad y desigualdad, afectando generalmente los derechos de las PCG, entre ellas, las mujeres adultas, niñas y adolescentes de los sectores más pobres y marginados.

En conclusión, sustentar la Sentencia del Expediente N.º 238-2021-PA/TC no solo contribuye a una mayor comprensión y consecuente protección de los DS y DR, sino que también proporciona un marco crítico para la evaluación y mejora de las políticas públicas en el Perú, impactando positivamente en la equidad de género y la justicia social.

1.2 Presentación del caso

La sentencia bajo análisis examina si el MINSA debe proporcionar gratuitamente el AOE en todos los centros de salud estatales. La referida medida se encontraba prohibida debido a un fallo previo del propio TC contenido en la sentencia emitida en el marco del Expediente N.º 2005-2009-PA/TC. Así, el referido órgano jurisdiccional resolvió declarar fundada la demanda de acción de amparo promovida por la ONG ALA, ordenando que el MINSA deje de distribuir gratuitamente el AOE.

En este contexto, surge como problema principal la siguiente pregunta: ¿La medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA implica una vulneración del DAR y a la igualdad de las PCG?

Con respecto a los problemas secundarios, surgen las siguientes preguntas: ¿La medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA vulnera el DAR de las PCG? ¿La medida referida es un acto de discriminación basado en género en contra de las PCG? ¿La medida en cuestión es un acto discriminatorio por el motivo prohibido de condición socio-económica en contra de las PCG en situación de pobreza?

En relación a nuestra postura, consideramos que la medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA implica una evidente transgresión del DAR y a la igualdad, vulnerando el mandato de no discriminación, de las PCG en el Perú.

En primer lugar, la autodeterminación reproductiva se entiende como el derecho de toda persona a decidir libremente si procrear o no, así como contar con los recursos para poder hacerlo, en ese sentido, engloba también el derecho a acceder a métodos anticonceptivos, lo que incluye al AOE. En consecuencia, limitar el acceso al AOE impide que las personas con capacidad de gestar ejerzan plenamente este derecho, ya que se les priva de una herramienta esencial para prevenir embarazos no deseados, ya sea después de mantener relaciones sexuales consentidas o tras haber sido víctimas de una agresión sexual sin consentimiento.

En segundo lugar, la prohibición de distribuir de manera gratuita el AOE constituye un acto discriminatorio basado en género en contra de las PCG, toda vez que la restricción de acceso al AOE afecta desproporcionadamente a mujeres cisgénero y personas asignadas mujer al nacer, quienes son las principales usuarias de este método anticonceptivo. Asimismo, implica la imposición de estereotipos de género, como aquel que señala que las personas asignadas mujer al nacer deben decidir ser madres al formar parte de su “naturaleza biológica”.

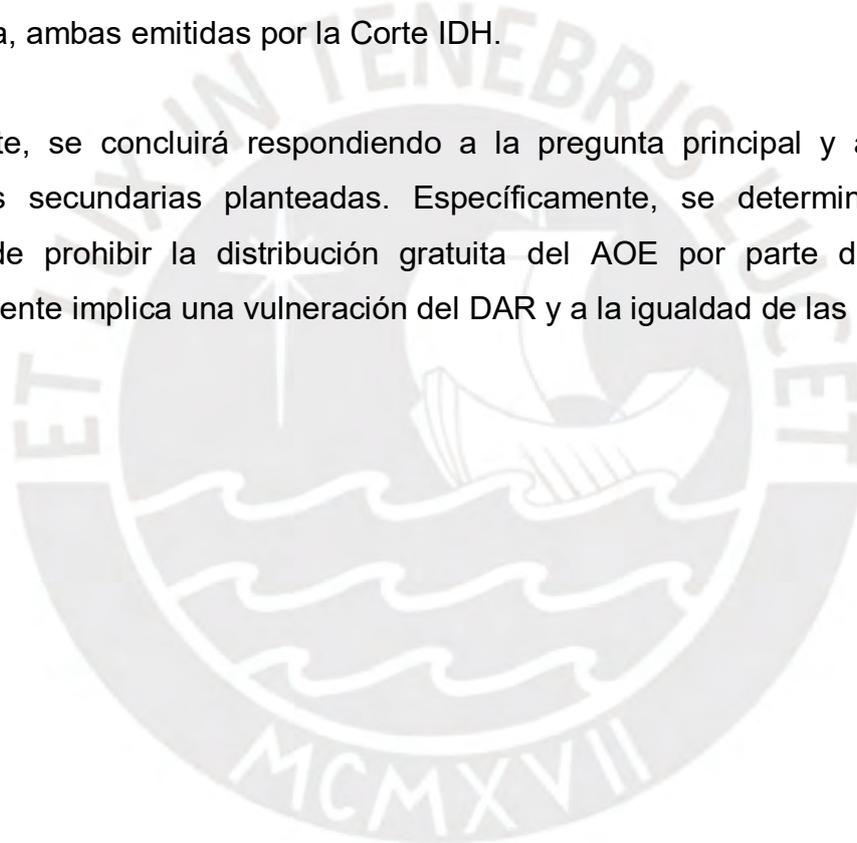
En tercer lugar, concurre también una discriminación por razón de condición socio-económica, puesto que con la medida en cuestión se restringe el ejercicio del DAR de las PCG que poseen escasos recursos económicos frente a las que sí los poseen, quienes pueden adquirir la píldora mediante la compra de la misma en algún centro privado que la comercialice. De este modo, se genera una disparidad injusta en el acceso a métodos de anticoncepción, y con ello, en cuanto al ejercicio pleno del DAR.

Para el desarrollo del presente informe jurídico, nos serviremos de legislación y jurisprudencia tanto a nivel nacional como internacional. En cuanto a la normativa

nacional se cuenta con la CPP, la LIOMH (Ley N° 28983), la LGS (Ley N° 26842) y la LPSEVMIGF (Ley N° 30364). Respecto a la normativa internacional se cuenta principalmente con la CADH (1969), la CEDAW (1967), y la CIPSEVM (1996).

En relación a la jurisprudencia nacional se cuenta con la sentencia del Expediente N° 7435-2006-PC/TC, la sentencia del Expediente N° 2005-2009-AA/TC y la sentencia del Expediente N° 3378-2019-PA/TC, las cuales fueron emitidas por el TC. Respecto a la jurisprudencia internacional se cuenta con la sentencia del caso Manuela y otros vs. El Salvador y la sentencia del caso I.V. vs. Bolivia, ambas emitidas por la Corte IDH.

Finalmente, se concluirá respondiendo a la pregunta principal y a las tres preguntas secundarias planteadas. Específicamente, se determinará si la medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA efectivamente implica una vulneración del DAR y a la igualdad de las PCG en el Perú.



II. IDENTIFICACIÓN DE LOS HECHOS RELEVANTES

2.1 Antecedentes

El 29 de octubre de 2004, la ONG "ALA" presentó una demanda de amparo contra el MINSA, cuyas pretensiones fueron dos. Por un lado, que se detenga la distribución gratuita del AOE en todas las entidades de salud públicas. Por otro lado, que el MINSA se abstenga de distribuir el AOE bajo etiquetas promocionales, sin consultar previamente al Congreso. Estas pretensiones tenían como objetivo evitar lo que la demandante consideraba una flagrante vulneración del derecho a la vida del concebido, argumentando que la distribución del AOE constituía un riesgo de actos abortivos.

Por su parte, el MINSA, a través de su Procuradora Pública, se defendió argumentando la legalidad y constitucionalidad de la distribución del AOE, basada en informes científicos y resoluciones ministeriales. Un informe concluyó que el AOE goza de una base constitucional y legal, debiendo estar disponible para la población de menores recursos. Se basaron en resoluciones que aprobaron guías y políticas de salud sexual y reproductiva que incluyen el AOE, y argumentaron que restringir su distribución gratuita afecta a las mujeres que poseen bajos recursos, impidiéndoles el acceso a un método de anticoncepción reconocido científicamente.

El 29° Juzgado Especializado en lo Civil de Lima declaró fundada en parte la demanda el 17 de agosto de 2005, considerando que el desempeño del MINSA en la ejecución del Programa de Distribución Pública del AOE podría generar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado de manera concluyente el "tercer efecto" del AOE.

De manera posterior, la 2° Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó parcialmente la sentencia el 27 de noviembre de 2008, limitando su decisión a la transgresión del derecho a la información y desestimando la vulneración del derecho a la vida y la exclusión del anticonceptivo de los programas de planificación familiar.

Finalmente, luego de que la ONG referida interpusiera recurso de agravio constitucional, el 16 de octubre de 2009 el TC declaró fundada la demanda de amparo, disponiendo que el MINSA no desarrolle la distribución gratuita del AOE como política pública. Esta decisión se fundamentó en la presencia de una duda razonable sobre el presunto efecto abortivo del AOE. Además, el TC estableció que la vida se inicia con la entrada del espermatozoide en el óvulo, es decir, con la fecundación, que da lugar al cigoto humano. Por lo tanto, cualquier efecto que impida la implantación del óvulo fecundado sería considerado abortivo.

2.2 Hechos relevantes del caso

El 18 de julio de 2014, la ciudadana Violeta Cristina Gómez Hinostroza presentó una demanda de amparo contra el MINSA, exigiendo que se informe y distribuya de manera gratuita el AOE en todos los centros de salud del Estado. La demandante argumentó que la medida prohibitiva en cuestión vulneraba principalmente sus derechos a la igualdad y no discriminación, a la información y a la autodeterminación reproductiva.

Adicionalmente, Gómez Hinostroza afirmó que, a diferencia de años anteriores, en la actualidad existe consenso científico que determina que el AOE no es abortivo, razón por la cual, la sentencia del Expediente N° 2005-2009-PA/TC debe ser actualizada conforme a este nuevo consenso, descartando la idea de que la píldora sea abortiva y, por ende, ordenando su distribución gratuita por parte del MINSA en todo el país.

El MINSA respondió indicando que había cumplido con informar a la población sobre el uso del AOE a través de su portal web y que se abstuvo de distribuir el mismo gratuitamente, toda vez que se limitó a acatar lo resuelto por el TC en el Expediente N° 02005-2009-PA/TC en el cual se había determinado que el AOE sería abortivo.

Así, el 2 de julio de 2019, el 1° Juzgado Constitucional de Lima declaró fundada la demanda, resolviendo inaplicar la interpretación sobre la concepción fijada por el TC, considerando que esta era contraria a los parámetros internacionales establecidos por la Corte IDH en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, y debido a que se había disipado la duda razonable respecto a si el AOE era abortivo. En consecuencia, el TC ordenó al MINSA informar y distribuir gratuitamente el AOE en los centros de salud públicos.

Sin embargo, la 1° Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima revocó esta decisión, declarando improcedente la demanda al considerar que no era procedente un amparo contra pronunciamientos del TC. El 12 de noviembre de 2020, Gómez Hinostroza interpuso recurso de agravio constitucional.

Finalmente, luego de tres años, el 21 de marzo de 2023, el TC declaró fundada la demanda determinando la transgresión de los derechos reproductivos, a recibir información y a la igualdad y no discriminación de la demandante. En consecuencia, ordenó al MINSA la distribución gratuita del AOE en todos los centros de salud del Estado, previa entrega de información adecuada sobre su uso.

III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS

3.1 Problema principal

¿La medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA vulnera el DAR de las PCG?

3.2 Problemas secundarios

- ¿La medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA vulnera el DAR de las PCG?
- ¿La medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA es un acto discriminatorio por el motivo prohibido de género en contra de las PCG?
- ¿La medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA es un acto de discriminación por el motivo prohibido de condición socio-económica en contra de las PCG en situación de pobreza?

IV. POSICIÓN DE LA CANDIDATA

4.1 Respuestas preliminares a los problemas principal y secundarios

Problema principal

La medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA implica una vulneración del DAR, así como a la igualdad, y, en consecuencia, del mandato de no discriminación, de las PCG por las razones que serán expuestas a continuación.

Problema secundario 1

El DAR, el cual forma parte de los DR, se entiende como el derecho fundamental a tomar decisiones libres e informadas sobre la capacidad y deseo de procrear. Este derecho implica que las personas pueden decidir cuándo y con qué frecuencia tener hijos, determinar el número de hijos que desean y espaciar los nacimientos según sus circunstancias y deseos personales. Además, este derecho incluye la posibilidad de optar por no procrear si así lo desean.

A fin de que los seres humanos puedan ejercer plenamente este derecho, es imprescindible que puedan acceder a los medios necesarios para tomar decisiones informadas y efectivas, lo cual abarca el acceso a una variedad de métodos anticonceptivos. Entre estos métodos, se destaca el AOE, una herramienta crucial que permite prevenir embarazos no deseados después de haber mantenido relaciones sexuales, ya sean consentidas o en casos de violación.

La restricción en el acceso al AOE, por tanto, conlleva una vulneración directa al DAR. Negar esta herramienta esencial limita severamente la capacidad de las PCG para controlar sus decisiones reproductivas y, por ende, su autonomía sobre sus propios cuerpos.

Problema secundario 2

La medida de prohibir la distribución gratuita del AOE es un acto de discriminación por el motivo prohibido de género, ya que esta restricción impacta de manera desproporcionada a mujeres cisgénero y personas asignadas mujer al nacer, quienes son las principales usuarias de este método anticonceptivo. Al limitar su acceso, se ven privadas de la facultad de tomar decisiones con libertad sobre su vida reproductiva, colocando una carga adicional sobre ellas que no recae sobre personas sin capacidad de gestar, por ejemplo, los hombres cisgénero.

Este tipo de prohibición limita el acceso a un recurso crucial destinado a prevenir embarazos no planificados, y, además, perpetúa una inequidad de género profundamente arraigada. Las PCG, incluidas las mujeres, enfrentan desafíos únicos y significativos en su vida reproductiva, y la disponibilidad de métodos anticonceptivos como el AOE es esencial para asegurar su autonomía y bienestar. La falta de acceso gratuito a este método aumenta la vulnerabilidad de estas personas, especialmente en situaciones de emergencia, como cuando otros métodos anticonceptivos han fallado o en casos de violación sexual.

Además, esta restricción refuerza estereotipos de género profundamente arraigados que dictan que las mujeres deben aceptar la maternidad como un destino inevitable y natural. Este estereotipo sugiere que la identidad y el valor de una mujer están intrínsecamente ligados a su capacidad de procrear y que su papel principal en la sociedad es ser madre. Tal perspectiva reduce la diversidad de experiencias y aspiraciones de las mujeres y PCG, ignorando su derecho a definir sus propias vidas y roles.

En conclusión, la prohibición de distribuir gratuitamente el AOE discrimina por razones de género, afectando principalmente a mujeres cisgénero y personas asignadas mujer al nacer, y limitando su autonomía reproductiva. Esta restricción perpetúa estereotipos de género y desigualdades, reforzando la idea de la maternidad como destino inevitable. Para asegurar la equidad y la autonomía

reproductiva, es crucial eliminar estas barreras y garantizar el acceso gratuito al fármaco en cuestión.

Problema secundario 3

La medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA constituye también un acto discriminatorio por el motivo prohibido de condición socio-económica, ya que dicha medida restringe el ejercicio del DAR de las PCG que poseen escasos recursos económicos frente a aquellas que sí los poseen y que pueden adquirir la píldora mediante la compra en establecimientos privados que la comercialicen.

En ese sentido, las personas con bajos recursos se ven privadas de un método anticonceptivo crucial, lo que limita sus opciones para prevenir embarazos no deseados. En contraste, las personas con mejor posición socio-económica pueden comprar el AOE en algún centro privado, lo que crea una disparidad injusta en el acceso a métodos anticonceptivos, y con ello, en el ejercicio pleno del DAR.

Las PCG con bajos recursos económicos dependen de manera mayoritaria de los servicios públicos de salud para obtener métodos anticonceptivos. La falta de acceso gratuito a la píldora del día siguiente les impone barreras adicionales que dificultan la gestión de su vida reproductiva. Esta situación no solo perpetúa la inequidad socioeconómica, sino que también aumenta el riesgo de embarazos no planificados, los cuales impactan significativamente en la vida de estas personas, interrumpiendo su educación y empleo, y perpetuando ciclos de pobreza.

En resumen, la medida de prohibir la distribución gratuita del AOE agrava las desigualdades socioeconómicas, afectando desproporcionadamente a quienes poseen menos recursos y limitando su capacidad para ejercer plenamente su DAR. Garantizar el acceso gratuito al AOE resulta esencial para promover la equidad social.

4.2 Posición individual sobre el fallo de la resolución

Este informe jurídico concuerda con el fallo de la sentencia emitida por el TC que ordena la distribución gratuita del AOE en los centros de salud estatales por parte del MINSA. Esta decisión representa un avance significativo en la protección de los DR de las PCG. Sin embargo, es importante destacar ciertos aspectos críticos que consideramos que el órgano jurisdiccional no abordó adecuadamente.

El TC no abordó debidamente el ámbito protegido del DAR, tanto en su dimensión positiva como negativa, y más bien, utilizó el término "derechos reproductivos" de manera genérica, sin diferenciar entre los diversos derechos que componen este conjunto. Es fundamental reconocer que los derechos que conforman los DR, aunque interrelacionados, son distintos y deben ser tratados como tales para garantizar su protección integral. El fallo debió haber enfatizado la diferenciación y reconocimiento singular de estos derechos para proporcionar un marco más claro y comprensivo de la protección que ofrecen.

Otro aspecto crítico es la exclusión, en el análisis del TC, de las PCG que no se identifican a sí mismas con el concepto de "mujer". Este enfoque limitado perpetúa una visión binaria y excluyente de los DR, ignorando las experiencias y necesidades de personas transgénero, personas no binarias y otras PCG que no se perciben como mujeres cisgénero. Resulta esencial que cualquier discusión sobre derechos reproductivos y sexuales incluya a todas las personas que tengan la capacidad de llevar a cabo un embarazo. La omisión de este reconocimiento limita la efectividad de las políticas y las protecciones jurídicas y perpetúa la invisibilidad y marginalización de estas poblaciones.

En conclusión, aunque el fallo del TC que ordena distribuir gratuitamente el AOE representa un paso fundamental en aras de proteger los DR, es crucial avanzar hacia una interpretación más completa e inclusiva que reconozca la complejidad y diversidad de estos derechos. Al hacerlo, se puede garantizar una protección más efectiva y equitativa para todas las PCG en el Perú. De manera que, el reconocimiento explícito de las dos dimensiones del DAR y la inclusión de las

PCG son pasos esenciales hacia la formación de un marco jurídico que verdaderamente proteja y promueva los DR.



V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

A continuación, se llevará a cabo un análisis crítico de los principales problemas jurídicos identificados en la Sentencia del Expediente N.º 00238-2021-PA/TC, para ello, se empezará respondiendo los problemas secundarios, para luego terminar resolviendo la interrogante principal. Posteriormente, se expondrán las principales conclusiones arribadas.

Problema secundario 1

El concepto de DR fue empleado por primera vez durante la Conferencia Mundial sobre la Población y el Desarrollo, una reunión internacional realizada por la ONU, y desarrollada en El Cairo en 1994. El Capítulo VII del documento establece que estos derechos se basan en el derecho a:

“(…) decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva” (Naciones Unidas, 1994).

De manera que, los DR implican básicamente el DAR, el cual en palabras de Guevara (2020) se entiende como la capacidad de decidir libre y responsablemente sobre el número de hijos, el espaciamiento entre ellos y el momento de tenerlos, así como contar con la información y los medios necesarios para hacerlo. Además, incluye el acceso a métodos para regular la fecundidad, servicios de calidad para el cuidado de las gestantes, atención de emergencia y todos los recursos necesarios para asegurar una maternidad saludable y segura.

Mientras que, los DS incluyen el derecho de toda persona a disfrutar de:

“(…) una vida sexual responsable, satisfactoria y segura; esto es, libre de enfermedad, lesiones, coerción o violencia, e independientemente de la situación reproductiva de cada uno. A tener acceso a una educación en

sexualidad, (...), y el respeto de las personas a su preferencia sexual; y a contar con información y servicios de prevención y tratamiento de las infecciones de transmisión sexual (...)" (Guevara, 2020).

En síntesis, los DS y DR abarcan un amplio espectro de libertades y protecciones fundamentales para la autonomía y el bienestar de las personas. Ambos conjuntos de derechos son esenciales para asegurar una vida plena y libre de coerción en el ámbito de la sexualidad y la reproducción.

A efectos del presente informe jurídico, nos centraremos en el análisis de los DR, específicamente, en el DAR.

A nivel internacional, este derecho se encuentra implícitamente reconocido en la CADH. El Perú firmó esta convención en 1977 y la ratificó en 1978, comprometiéndose así a respetar y garantizar los derechos humanos establecidos por este tratado internacional. El artículo 17 inciso 2 señala: "Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas (...)" (1969).

Así, aunque la CADH no menciona explícitamente el DAR, el mismo se puede derivar del derecho a fundar una familia, el mismo que está directamente relacionado con la capacidad de decidir sobre el número de hijos a tener. Sin embargo, la idea de un "fundar una familia" no parece hacer referencia a la opción de las personas de decidir no tener hijos.

Asimismo, el derecho bajo análisis se encuentra también reconocido en la CEDAW, tratado internacional firmado por el Perú en 1981 y ratificado en 1982. El artículo 16 menciona lo siguiente:

"1. Los Estados Partes (...) asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

(...) e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (1967).

En ese sentido, el citado artículo resalta la relevancia de asegurar la igualdad de género en la toma de decisiones reproductivas. Al reconocer explícitamente el DAR, la CEDAW establece un marco claro para promover la igualdad de género. Así, los Estados, incluyendo el Perú, tienen la responsabilidad de implementar políticas públicas que garantice el ejercicio pleno de este derecho, asegurando que todas las mujeres puedan ejercer su autonomía reproductiva libres de discriminación.

A nivel nacional, la CPP no reconoce de manera explícita los DS y DR, mucho menos el DAR; sin embargo, el artículo 6 de la Carta Magna hace referencia a lo siguiente:

“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 (...)” (1993).

Es así que, el citado artículo refuerza el DAR al reconocer el derecho a decidir sobre la paternidad y maternidad y al asegurar el acceso a la información y los medios necesarios, siempre dentro de un marco que proteja la vida y la salud.

En el mismo sentido, la LIOHM (Ley N° 28983) establece en su artículo 6 diversos lineamientos a seguir por el Estado, entre los cuales se hace mención expresa a los DS y DR:

“i) Garantizar el derecho a la salud (...) con especial énfasis en la vigencia de los derechos sexuales y reproductivos, la prevención del embarazo adolescente, y en particular el derecho a la maternidad segura” (2007).

La citada ley no hace referencia al derecho de acceder a métodos anticonceptivos, no obstante, menciona la prevención del embarazo adolescente, lo cual podría conllevar la promoción del acceso a métodos de planificación familiar. Además, la norma hace mención al derecho a una maternidad segura, lo cual implica el acceso a servicios de atención en salud antes, durante y después del embarazo.

Por su parte, la LGS, Ley N° 26842, reconoce de manera explícita dos de los derechos que conforman el DAR. Por un lado, el artículo 6, establece el derecho de acceder a métodos anticonceptivos: “Toda persona tiene el derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, (...), y a recibir, (...), información adecuada sobre los métodos disponibles, sus riesgos, contraindicaciones, precauciones, advertencias y efectos (...) que su uso o aplicación puede ocasionar” (1997).

Por otro lado, el artículo 7 de la LGS desarrolla el derecho de acceso a métodos de fertilización asistida: “Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida (...)” (1997).

Siendo que, la LGS establece de manera explícita los derechos fundamentales que conforman el DAR. En su artículo 6, garantiza a toda persona el derecho a elegir el método anticonceptivo preferido, asegurando acceso a información detallada sobre los riesgos y efectos de dichos métodos. Adicionalmente, el artículo 7 reconoce el derecho a utilizar técnicas de fertilización asistida para tratar la infertilidad, con el consentimiento informado de los padres biológicos. Estos artículos subrayan el compromiso del Estado peruano de proporcionar a la ciudadanía las herramientas necesarias para ejercer plenamente su autodeterminación reproductiva, promoviendo así la salud y el bienestar individual.

Bajo lo expuesto, podemos concluir que el DAR es un derecho humano reconocido por la CADH y la CEDAW, los mismos que tienen el carácter de

tratados internacionales suscritos y ratificados por el Perú. Por lo tanto, si bien este derecho no se encuentra plasmado en la CPP de 1993, el Estado está obligado a respetarlo y garantizarlo, más aún cuando se encuentra reconocido en normas de rango legal, tales como la LIOHM y la LGS.

En este punto, cabe hacer referencia a la jurisprudencia tanto a nivel nacional como internacional que ha hecho mención y ha desarrollado el contenido protegido del DAR.

A nivel internacional, la Corte IDH se ha pronunciado en el Caso I.V. vs. Bolivia en relación a la salud sexual y reproductiva, indicando que la misma se relaciona con:

“(…) la autonomía y la libertad reproductiva, en cuanto al derecho a tomar a decisiones autónomas sobre su plan de vida, su cuerpo (...). Por el otro lado, se refiere al acceso (...) a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer su derecho a decidir de forma libre y responsable el número de hijos que desean tener y el intervalo de nacimientos”. (2016, párrafo 157)

Es así que, la Corte IDH refuerza la obligación de los estados de proteger y promover los DR como parte integral de los derechos humanos. La autonomía en el marco de las decisiones reproductivas y el acceso a servicios e información son componentes esenciales para garantizar la igualdad de género y el bienestar de las mujeres y las PCG.

En el mismo sentido, la Corte IDH se pronuncia en el caso Manuela y otros vs. El Salvador, indicando que:

“(…) debido a su capacidad biológica de embarazo y parto, la salud sexual y reproductiva tiene implicancias particulares para las mujeres. En este sentido, la obligación de brindar atención médica sin discriminación implica que la misma tome en cuenta que las necesidades en materia de

salud de las mujeres son distintas de las de los hombres, y se presten servicios apropiados para las mujeres”. (2021, párrafo 193).

En la sentencia citada, la Corte IDH resalta la importancia del DAR, especialmente para las mujeres, quienes enfrentan riesgos y necesidades únicas en comparación con los hombres. A diferencia de los hombres, las mujeres necesitan servicios de salud reproductiva que aborden tanto la prevención de embarazos no deseados como la atención durante el embarazo y el parto. La atención médica adecuada y libre de discriminación es esencial para que ellas puedan ejercer plenamente su DAR.

Ahora bien, en el ámbito nacional, el fundamento de voto emitido por Mesía Ramírez en la sentencia del Expediente N° 7435-2006-PC/TC refiere que el DAR es:

“(…) un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. (...) se desprende (...) del derecho general de libertad (...) Libertad para poder decidir (...), con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quien procrear y reproducirse; y 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo.” (2006, p. 19)

Mesía Ramírez concretiza y desarrolla el DAR precisando y definiendo su contenido. De igual manera, hace énfasis en que este derecho implica la decisión de tener hijos (dimensión positiva), pero también la engloba la decisión de no tenerlos (dimensión negativa).

Posteriormente, el TC, citando lo previamente referido por Mesía, ha reconocido de manera explícita el DAR en la sentencia del Expediente N° 2005-2009-AA/TC, señalando que se trata de un derecho implícito contenido en el derecho al libre desarrollo de la personalidad y precisando que toda mujer tiene derecho a elegir el método anticonceptivo de su preferencia, lo cual está estrechamente vinculado con su decisión acerca de cuántos hijos desea tener, con quién y cuándo (fundamento 6).

Asimismo, en su voto singular, Landa Arroyo y Calle Hayen, mencionan que los DR no son absolutos, sino relativos, puesto que poseen una doble naturaleza:

“(…) son derechos subjetivos (...), y son al mismo tiempo objetivos, en tanto su plena realización solo se consigue en el marco de las regulaciones jurídicas proporcionadas desde el Estado, particularmente de aquellas normas prohibitivas, como permisivas. Dentro de estas últimas, las que garantizan la información y el acceso a métodos o fórmulas que permitan hacer viable la autodeterminación reproductiva, sea en un sentido positivo (voluntad de procrear) sea en un sentido negativo (voluntad de no procrear)”. (2009, p. 49)

Así, los magistrados establecen la idea de que el DAR contiene una dimensión negativa y una positiva. Este derecho engloba la decisión de procrear y de no hacerlo. Esta dualidad refleja la importancia de un marco legal que apoye tanto la capacidad de decidir tener hijos como la de optar por no tenerlos, asegurando así la autonomía y el bienestar reproductivo de las personas.

Por consiguiente, en su dimensión negativa, el DAR incluye el derecho de acceder a métodos anticonceptivos que permitan la posibilidad de evitar concebir vida humana. Asimismo, en su dimensión positiva, conlleva el derecho de acceder a métodos de fertilización asistida que hagan factible la posibilidad de lograr un embarazo, así como acceder a servicios médicos para el desarrollo de una maternidad segura, que permita el crecimiento del feto y su efectivo nacimiento en condiciones saludables.

Habiendo establecido el contenido protegido, el marco normativo y la jurisprudencia nacional e internacional respecto al DAR, cabe analizar si la medida de prohibir la distribución gratuita del AOE por parte del MINSA vulnera el derecho en mención de las PCG.

Como señalamos líneas arriba, el DAR, como parte integral de los DR, es fundamental para garantizar que todas las personas puedan tomar decisiones

informadas y libres sobre su capacidad de reproducirse. Este derecho cuenta con dos dimensiones, por un lado, abarca la libertad de decidir cuándo y con qué frecuencia tener hijos, el número y espaciamiento entre ellos (dimensión positiva), así como la posibilidad de elegir no procrear (dimensión negativa). Además, incluye el acceso a información precisa y medios adecuados para hacer realidad estas decisiones.

A fin de que las PCG puedan ejercer plenamente su DAR, es imprescindible que puedan acceder a la información y los medios necesarios para tomar decisiones informadas y efectivas. Esto abarca una educación integral en materia de salud sexual y reproductiva, así como el acceso a una variedad de métodos anticonceptivos. Entre estos métodos, se destaca el anticonceptivo oral de emergencia, una herramienta crucial que permite prevenir embarazos no deseados después de haber mantenido relaciones sexuales, ya sean consentidas o en casos de violación sexual.

El acceso al AOE es particularmente importante porque representa una segunda oportunidad para la prevención de un embarazo que podría no haber sido deseado o planeado. En situaciones donde otros métodos anticonceptivos fallan o no se han utilizado, el AOE ofrece una solución rápida y efectiva para evitar un embarazo no deseado. Esto es especialmente relevante en casos de violación sexual, situaciones en las que las agraviadas necesitan acceso inmediato a métodos que puedan ayudarlas a evitar las consecuencias adicionales y traumáticas de un embarazo resultante de una agresión.

Dentro de este contexto, poder acceder a métodos de anticoncepción como el AOE resulta esencial. Por tanto, la restricción en el acceso a este método anticonceptivo representa una violación directa al DAR. Negar esta herramienta esencial limita severamente la facultad de las PCG para controlar sus decisiones reproductivas y, por ende, su autonomía sobre sus propios cuerpos. Asimismo, esta restricción puede llevar a consecuencias significativas, incluyendo embarazos forzados, especialmente en contextos de violencia sexual.

Por todo ello, garantizar el acceso gratuito y global al AOE es indispensable para que las PCG puedan ejercer plenamente su DAR, asegurando que puedan tomar decisiones autónomas en torno a su deseo y capacidad de reproducción.

Finalmente, cabe realizar una apreciación crítica sobre lo desarrollado por el TC en la sentencia objeto de análisis. Así, se observa que el TC hace referencia a los "derechos reproductivos" de manera general, lo que representa una oportunidad perdida para desarrollar y diferenciar entre los DS y DR. Estos dos conceptos, aunque relacionados, abarcan diferentes aspectos y su distinción es crucial para una comprensión más completa y precisa.

Como hemos señalado en páginas anteriores, los DS incluyen el derecho a la libertad sexual, esto es, la capacidad de decidir con quién, cómo, y cuándo mantener relaciones sexuales, así como el derecho a acceder a servicios médicos de tratamiento de ITS, entre otros. Por otro lado, los DR se centran más en la capacidad de las personas para decidir libremente sobre cuestiones relacionadas con la reproducción, como el DAR, que incluye el derecho a acceder a métodos de planificación familiar, a acceder a servicios de salud durante la maternidad, a acceder a métodos de fertilización asistida, entre otros.

Adicionalmente, el TC no ha hecho referencia explícita al DAR, un componente esencial de los DR. Este derecho implica que las personas deben tener la libertad de tomar decisiones sobre su capacidad reproductiva sin coerción, discriminación o violencia. Esto abarca tanto la dimensión positiva del derecho, como la posibilidad de tener hijos y acceder a los servicios necesarios para ello, como la dimensión negativa, es decir, el derecho a no procrear si así se desea. La omisión de una discusión detallada sobre este derecho específico deja un vacío importante en el reconocimiento explícito y aplicación práctica de los DR.

Además, la definición brindada por el TC parece enfatizar principalmente la dimensión positiva del DAR, es decir, el acceso a servicios de salud reproductiva con la finalidad de procrear. Sin embargo, no se aborda adecuadamente la dimensión negativa, que incluye el derecho a decidir no tener hijos y a acceder a métodos de anticoncepción para evitar embarazos no deseados. Esta omisión

puede llevar a una interpretación incompleta y sesgada de los DR, limitando el alcance de su protección y el reconocimiento de la autonomía reproductiva de las PCG.

En conclusión, al no desarrollar ni diferenciar claramente los DS y los DR, y al omitir la referencia explícita del DAR, el TC ha dejado un vacío importante en la interpretación de estos derechos fundamentales. Resulta crucial que futuras interpretaciones y decisiones judiciales aborden estos aspectos de manera más detallada y completa, para asegurar así una protección efectiva y una comprensión integral de estos derechos en el contexto legal y social.

Problema secundario 2

En el ámbito internacional, el derecho a la igualdad se encuentra reconocido en el PIDCP, tratado internacional firmado en 1968 y ratificado en 1978 por el Estado peruano. En efecto, el artículo 26 del mismo menciona que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. (...) la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de (...) sexo, (...), posición económica, (...) o cualquier otra condición social.” (1976)

En ese sentido, el artículo 2 del PIDCP indica que todo Estado Parte, incluyendo al Estado peruano:

“(...) se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos (...) los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de (...), sexo, (...), posición económica, (...) o cualquier otra condición social.” (1976)

Este marco legal internacional obliga al Perú a implementar medidas que coadyuven a eliminar cualquier forma de discriminación y promover la igualdad

efectiva, reflejando su compromiso con los principios fundamentales de los derechos humanos.

En el ámbito nacional, la CPP de 1993 establece en su artículo 2 inciso 2 que: “Nadie debe ser discriminado por motivo de (...) sexo, (...), condición económica o de cualquiera otra índole”. Dado lo anterior, en palabras de César Landa, el derecho a la igualdad implica consigo un mandato de no discriminación (2017, p. 30).

En consecuencia, el derecho a la igualdad y no discriminación está firmemente arraigado en tratados internacionales y la legislación nacional, estableciendo un mandato claro para proteger a todas las personas contra cualquier forma de discriminación. Este derecho implica una protección igualitaria ante la ley y la garantía de acceso equitativo a todos los derechos humanos y libertades fundamentales sin distinción alguna.

En esa línea, César Landa sostiene que “el derecho a la igualdad tiene una dimensión relacional, pues las afectaciones al mandato de no discriminación (...) se presentan en el ejercicio de otros derechos fundamentales” (2017, p. 32). Esta dimensión relacional enfatiza que la discriminación puede afectar el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya que la igualdad no solo se trata de un principio aislado, sino que interactúa constantemente con otros derechos. Por ejemplo, la discriminación en el acceso a la educación puede limitar el derecho a la educación. Asimismo, la discriminación laboral puede restringir el derecho al trabajo.

De manera que, cuando se transgrede el derecho a la igualdad, se crean barreras que impiden el pleno ejercicio de otros derechos, generando un efecto dominó que perpetúa la exclusión y la marginalización. Esta interdependencia sugiere que para garantizar el derecho mencionado es esencial adoptar un enfoque integral que considere cómo las políticas y prácticas discriminatorias en un área pueden tener repercusiones amplias en la vida de las personas. Por lo tanto, combatir la discriminación no solo mejora la igualdad en sí misma, sino que también fortalece el goce y la protección de otros derechos fundamentales.

Ahora bien, ¿qué se debe entender por discriminación? A nivel internacional, el CDH, órgano de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDCP, ha señalado en la Observación General N° 18 que la discriminación es:

“(…) toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen en determinados motivos, como (...) el sexo, (...), la posición económica, (...) o cualquier otra condición social, y que tengan por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos (...).” (1989, párrafo 7)

En similar sentido, a nivel nacional, el artículo 2 inciso 1 de la LPSEVMIGF (Ley N° 30364) establece que el principio de igualdad y no discriminación debe asegurar la igualdad entre hombres y mujeres, prohibiendo cualquier forma de discriminación. Esta última es entendida como: “(...) cualquier tipo de distinción, exclusión o restricción, basada en el sexo, que tenga por finalidad o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos de las personas.” (2015)

Bajo lo mencionado, la discriminación se entiende como cualquier forma de distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en factores como raza, sexo, origen social, entre otros, que tenga como objetivo o resultado disminuir o anular el reconocimiento y disfrute de los derechos humanos en condiciones de igualdad. En los ámbitos internacional y nacional se resalta la relevancia de prohibir toda forma de discriminación para asegurar la equidad entre hombres y mujeres. Este principio esencial busca garantizar que las personas ejerzan sus derechos sin ser sujetas a trato desigual o injusto, promoviendo una sociedad más inclusiva.

Respecto a la **discriminación basada en el sexo**, la misma es definida por dos instrumentos internacionales. En primer lugar, por la ya citada CEDAW, que en su artículo 1 plasma lo siguiente:

“(…) la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer (...) de los derechos humanos (...)” (1981).

En segundo lugar, la CIPSEVM, conocida también como Convención de Belém do Pará, firmada en 1995 y ratificada en 1996 por el Perú, señala en su artículo 6 que:

“El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros:
a. el derecho de la mujer a ser libre de toda forma de discriminación, y
b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación” (1996).

En tal sentido, la discriminación por sexo está claramente definida y prohibida por instrumentos internacionales como la CEDAW y la CIPSEVM. La CEDAW establece que cualquier distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que limite los derechos fundamentales de las mujeres constituye discriminación. Por su parte, la CIPSEVM refuerza el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia y discriminación, y destaca la importancia de ser valoradas y educadas sin estereotipos de inferioridad o subordinación. Estos tratados internacionales subrayan la urgencia de eliminar la discriminación y promover la igualdad de género.

Ahora bien, para efectos del presente informe jurídico, resulta importante realizar la diferencia entre “sexo” y “género”. El TC, en la sentencia del Expediente N° 3378-2019-PA/TC, ha entendido al género de la siguiente forma:

“(…) la construcción social y cultural que responde al conjunto de roles asignados a las personas tomando en cuenta su sexo biológico (...). Así, (...) se considera por ejemplo a las mujeres como más emocionales, más sensibles, más empáticas, más organizadas, más relacionadas con el ámbito doméstico; en tanto que a los hombres se les considera más

racionales, menos sensibles, más productivos económicamente, más predispuestos a la actividad política (...).” (fundamento 54)

En ese sentido, el sexo se refiere a las diferencias biológicas entre hombres y mujeres, como los órganos reproductivos y las características sexuales. En contraposición, el género hace referencia a los roles y comportamientos que una sociedad atribuye a hombres y mujeres. Esta diferenciación es esencial para comprender y abordar las desigualdades y discriminaciones que surgen no de las diferencias biológicas, sino de las expectativas y normas sociales que limitan las oportunidades de las personas en función de su género. Reconocer esta distinción permite desarrollar políticas más efectivas y justas que promuevan la equidad.

En relación a la **discriminación basada en género**, en el ámbito internacional, el Comité DESC, órgano de expertos independientes que supervisa la implementación del PIDESC, tratado internacional firmado y ratificado por el Estado peruano en 1968 y en 1978, respectivamente, ha establecido en la Observación General N° 20 lo siguiente:

“(…) el concepto de “sexo” como causa prohibida [de discriminación] ha evolucionado considerablemente para abarcar no solo las características fisiológicas sino también la creación social de estereotipos, prejuicios y funciones basadas en el género que han dificultado el ejercicio de los derechos (...) en igualdad de condiciones.” (2009, párrafo 20).

Dicho avance en la comprensión del término "sexo" destaca la necesidad de abordar las diferencias biológicas, pero también las construcciones sociales, tales como el “género”, que perpetúan la desigualdad. Los estereotipos y prejuicios basados en el género crean barreras significativas para el acceso equitativo a derechos como la educación, el trabajo y la salud. La eliminación de estas barreras es esencial para garantizar que todas las personas, más allá de su sexo o género, puedan disfrutar de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones.

En el ámbito nacional, Elena Alvites hace referencia al “mandato de no discriminación por razón de sexo o por la construcción social en torno al mismo que es el género” (2015, p. 83). Además, precisa que la discriminación por razones de género o sexo “obedece a percepciones sociales que han generado tratamientos sociales inequitativos entre hombres y mujeres, los mismos que han sido tolerados y, en el peor de los casos, reforzadas por el sistema jurídico” (2015, p. 83).

En esa línea, la autora resalta una similitud esencial entre la discriminación por razón de sexo y la basada en género. Tanto el sexo, entendido como las diferencias biológicas, como el género, visto como una construcción social, han servido como base para justificar desigualdades.

En el presente informe jurídico, se analizará si la prohibición de distribuir gratuitamente el AOE vulnera el derecho a la igualdad y no discriminación de las PCG, lo que implica, que las discrimina por razones de género. Para ello, resulta indispensable precisar qué se entiende por “personas con capacidad de gestar” y por qué es importante su inclusión al tratarse temas relacionados con el DAR.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, mediante la acción de inconstitucionalidad 148/2017, precisó que “personas gestantes” se refiere a aquellas personas que no se identifican con el género “mujer”, pero cuyo cuerpo sí tiene la capacidad de gestar, tales como, hombres trans, personas no binarias, lesbianas y otras identidades de género que puedan quedar embarazadas (p. 19).

En otras palabras, se trata de aquellas personas que poseen la anatomía y fisiología necesarias para concebir y llevar a cabo un embarazo, lo que incluye a la mayoría, no a todas, las mujeres cisgénero, algunas mujeres transgénero que conservan sus órganos reproductivos femeninos, y hombres transgénero que no se han sometido a cirugías de reasignación de sexo que impliquen la remoción de sus órganos reproductivos femeninos. También puede referirse a personas no binarias que poseen órganos reproductivos femeninos.

Es de observar que el TC, en el análisis efectuado en la sentencia del Expediente N° 00238-2021-PA/TC, no hace referencia a las PCG como aquellas personas a quienes se les ve vulnerado su DAR tras la medida de prohibir la distribución gratuita del AOE. Por el contrario, solo menciona a las mujeres, niñas y adolescentes como las afectadas con esta medida. Al respecto, consideramos que este enfoque limitado establecido por el Tribunal perpetúa una visión binaria y excluyente de los DR, ignorando las experiencias y necesidades de personas transgénero, personas no binarias y otras PCG que no se identifican con el concepto de “mujer”. La exclusión de estas personas perpetúa la discriminación y refuerza los estereotipos de género, limitando su acceso a cuidados médicos necesarios y su autonomía sobre sus propios cuerpos.

Es así que, resulta crucial incluir a las PCG en los debates sobre el DAR para asegurar que todas las personas que son susceptibles de llevar a cabo un embarazo tengan acceso equitativo a los servicios de salud reproductiva. La omisión de este reconocimiento limita la efectividad de las políticas y las protecciones jurídicas y perpetúa la invisibilidad y marginalización de estas poblaciones. En otras palabras, reconocer y respetar la diversidad de género es esencial para crear políticas inclusivas y garantizar que nadie sea marginado o privado del ejercicio pleno de sus derechos por motivos de género.

A partir de lo mencionado, cabe determinar si la medida de prohibir la distribución del AOE constituye un acto discriminatorio por razones de género en contra de las PCG, y, por ende, si vulnera el derecho a la igualdad de las mismas.

Como explicamos en el apartado anterior, el DAR implica el derecho a decidir sobre la reproducción, incluyendo la elección de cuándo y cómo tener hijos, o no hacerlo. La restricción en el acceso al AOE impide a las PCG ejercer este derecho plenamente, debido a que les niega una herramienta crucial para evitar embarazos no deseados después de mantener relaciones sexuales consentidas o tras haber sido víctimas de alguna agresión sexual.

La discriminación por razones de género se manifiesta claramente en la restricción del acceso al AOE, afectando desproporcionadamente a mujeres

cisgénero y personas asignadas mujer al nacer, quienes son las únicas capaces de utilizar este método anticonceptivo. Esta medida limita su plena facultad de tomar decisiones sobre su vida reproductiva, una privación que no afecta a personas sin capacidad de gestar, como los hombres cisgénero.

Este tipo de discriminación se agrava al considerar que el AOE es un medio crucial para evitar embarazos no deseados tras relaciones sexuales consentidas o situaciones de violación sexual. Al restringir su acceso, se está negando a las PCG una herramienta esencial para ejercer su DAR, que incluye decidir cuándo y con qué frecuencia procrear, o incluso no hacerlo. La falta de acceso a métodos de anticoncepción pone en riesgo la salud y el bienestar de estas personas, al tiempo que perpetúa la desigualdad de género.

De igual manera, restringir el acceso al AOE implica la imposición de estereotipos de género hacia las PCG. Esta restricción no solo limita el acceso a una herramienta fundamental para ejercer el DAR, sino que también refuerza la noción de que la maternidad debe ser la opción predeterminada y prácticamente inevitable para estas personas, debido a su capacidad biológica de gestar.

Sobre la definición de los estereotipos de género, en la sentencia del caso Campo Algodonero, la Corte IDH considera que: "(...) el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente." (2009, f. 401). En similar sentido, Cook & Cusack señalan que los estereotipos de género: "Se refieren a la construcción social y cultural de hombres y mujeres, en razón de sus diferentes funciones físicas, biológicas, sexuales y sociales (...)" (2011, p. 23).

En este punto, cabe aclarar que, aunque estas definiciones se refieren principalmente a los estereotipos de género en relación a hombres y mujeres, se debe también incluir a las personas de diversas identidades de género. La comprensión contemporánea de los estereotipos de género reconoce que no todas las personas se identifican exclusivamente como hombres o mujeres, y

que las identidades de género son diversas. Así, las personas no binarias, transgénero y de género fluido, entre otras, también enfrentan estereotipos y discriminaciones específicas basadas en su identidad de género. Justamente, a estas personas se les atribuyen estereotipos que dictan cómo debe ser un hombre o una mujer, lo que perpetúa la exclusión y marginación de quienes no encajan en estas categorías binarias. Por lo tanto, es fundamental que las discusiones y acciones encaminadas a eliminar los estereotipos de género incluyan a todas las personas en su diversidad.

Ahora bien, Cook & Cusack hacen referencia al estereotipo de que “la maternidad es el rol y destino natural de la mujer” (2011, p. 13). En relación a ello, precisan lo siguiente:

“(…) tenemos una opinión generalizada de que todas las mujeres deben ser madres, sin que sean relevantes sus específicas capacidades reproductivas, circunstancias emocionales o prioridades personales. Para definir el estereotipo, no tiene importancia que una mujer en particular (...) no desee (...) ser madre, sino que justamente porque (...) se ha categorizado como mujer, se piensa que la maternidad es su papel natural y destino” (2011, p. 13).

En esa línea, podemos afirmar que los estereotipos de género están arraigados en la idea de que las mujeres y, en general, las PCG tienen un rol predestinado en la sociedad, centrado en la maternidad. Al imponer barreras para acceder al AOE, se perpetúa la visión de que su valor y su identidad están intrínsecamente ligados a la capacidad de procrear, y se les niega el derecho a decidir sobre su vida reproductiva.

Además, esta imposición invisibiliza la diversidad de experiencias y aspiraciones de las mujeres y PCG. Puesto que, no todas desean o están en una posición adecuada para asumir la maternidad en un momento dado, y forzarlas a llevar adelante embarazos no deseados es una evidente vulneración de su DAR y a vivir libres de discriminación. Este tipo de políticas refuerza una narrativa de control sobre los cuerpos de las mujeres y PCG, limitando su libertad y su

capacidad de construir plenamente su proyecto de vida en la sociedad bajo sus propios términos.

En resumen, prohibir la distribución gratuita del AOE perpetúa estereotipos de género limitantes y opresivos, imponiendo la maternidad como un destino obligatorio y negando la diversidad y la agencia de las mujeres y PCG.

Problema secundario 3

La condición socio-económica es un motivo prohibido de discriminación y está reconocido explícitamente en el artículo 2 inciso 2 de la CPP. Este artículo establece que ninguna persona debe ser discriminada por razones de “(...) condición económica o de cualquiera otra índole” (1993). Este reconocimiento garantiza que todas las personas, independientemente de su situación financiera, tengan derecho a un trato igualitario y justo.

A nivel internacional, en la Observación General N° 20, el Comité DESC señala que la posición económica: “(...) es un concepto amplio que incluye los bienes raíces (por ejemplo, la propiedad o tenencia de tierras) y los bienes personales (por ejemplo, la propiedad intelectual, los bienes muebles o la renta) o la carencia de ellos”. (2009, párrafo 25)

Es así que el Comité subraya la importancia de abordar la discriminación basada en la condición socio-económica. Asimismo, la definición de la condición económica propuesta por el Comité refleja una comprensión integral de cómo la situación económica de una persona puede influir en su acceso a derechos y oportunidades.

La discriminación basada en la condición socio-económica puede manifestarse de diversas formas, desde la negación de acceder a servicios esenciales como la educación y la salud, hasta la exclusión de oportunidades de empleo y participación social. Las personas en situación de pobreza o con recursos económicos limitados a menudo enfrentan barreras adicionales que perpetúan su marginalización y limitan su capacidad para mejorar su situación.

En este contexto, es crucial que las políticas públicas y las medidas legislativas no solo reconozcan la prohibición de la discriminación por condición socio-económica, sino que también implementen acciones concretas para reducir las disparidades económicas y promover la inclusión social. Esto incluye garantizar el acceso igualitario a recursos, oportunidades y servicios esenciales para todas las personas, más allá de su situación económica, y trabajar para eliminar las barreras estructurales que perpetúan la pobreza y la desigualdad.

Habiendo desarrollado la discriminación basada en la condición socio-económica, es fundamental ampliar la discusión para abordar la discriminación múltiple y el enfoque interseccional, los cuales en realidad se tratan de conceptos relacionados.

La discriminación múltiple, en palabras del Comité DESC en la Observación General N° 20, sucede cuando ciertos sectores:

“(…) sufren de discriminación por más de uno de los motivos prohibidos, por ejemplo, las mujeres pertenecientes a una minoría étnica (...). Esa discriminación acumulativa afecta a las personas de forma especial y concreta y merece particular consideración y medidas específicas para combatirla” (2009, párrafo 17).

La realidad descrita exige un enfoque interseccional que visibilice cómo los múltiples modos de discriminación interactúan, amplificando las barreras y las injusticias que enfrentan las personas afectadas. Por ejemplo, una mujer indígena con discapacidad puede enfrentar no solo la discriminación por género y etnicidad, sino también por su condición de discapacidad, lo que crea una experiencia única de exclusión.

En la misma línea, la Recomendación General N° 35 del Comité CEDAW, órgano de expertos independientes que supervisa la implementación de la CEDAW por sus Estados Partes, ha señalado que “(…) la discriminación contra la mujer, estaba inseparablemente vinculada a otros factores que afectan a su vida. El

Comité, en su jurisprudencia, ha destacado que esos factores incluyen (...) la situación socioeconómica y/o las castas, (...) la condición de lesbiana, bisexual, transgénero o intersexual (...). (2017, párrafo 12).

En ese sentido, se tiene que el Comité CEDAW subraya la complejidad y la intersección de los diversos modos de discriminación que las mujeres pueden enfrentar. Al reconocer que la discriminación de género no ocurre en un vacío, sino que está interconectada con otros factores sociales y personales, el Comité destaca la necesidad de abordar estas intersecciones de manera integral. Las mujeres que pertenecen a grupos socioeconómicamente desfavorecidos, que forman parte de castas marginadas o que tienen orientaciones sexuales e identidades de género no normativas, enfrentan desafíos específicos y agravados que requieren medidas de protección y políticas inclusivas. Esta perspectiva interseccional resulta fundamental a fin de implementar estrategias que aborden la discriminación en todas sus formas y promuevan la igualdad sustantiva para todas las mujeres, reconociendo sus diversas experiencias y necesidades.

Por su parte, el enfoque interseccional se encuentra reconocido en el ámbito nacional por la Ley N° 30364 la cual establece a este enfoque como principio rector en su artículo 2, señalando que el mismo:

“Reconoce que la experiencia que las mujeres tienen de la violencia se ve influida por factores e identidades como su etnia, color, religión; opinión política o de otro tipo; (...), orientación sexual, (...); y, en su caso, incluye medidas orientadas a determinados grupos de mujeres.” (2015)

Este reconocimiento legislativo implica una comprensión profunda de cómo las diversas facetas de la identidad de una mujer pueden interactuar para agravar su vulnerabilidad a la violencia. La ley citada no solo reconoce la existencia de estas intersecciones, sino que también exige la implementación de medidas específicas que aborden las necesidades particulares de las mujeres que pertenecen a dichos sectores vulnerables. Al incluir un enfoque interseccional, la ley peruana avanza hacia una respuesta más adecuada y efectiva a la violencia,

asegurando que las políticas de prevención y protección no sean homogéneas, sino que estén adaptados a las realidades variadas y complejas que enfrentan las mujeres en diferentes contextos.

Bajo lo mencionado, cabe determinar si la decisión de prohibir la distribución del AOE constituye un acto discriminatorio por razón de condición socio-económica en contra de las PCG, y, por lo tanto, si se ve afectado su derecho a la igualdad en relación al ejercicio de su DAR.

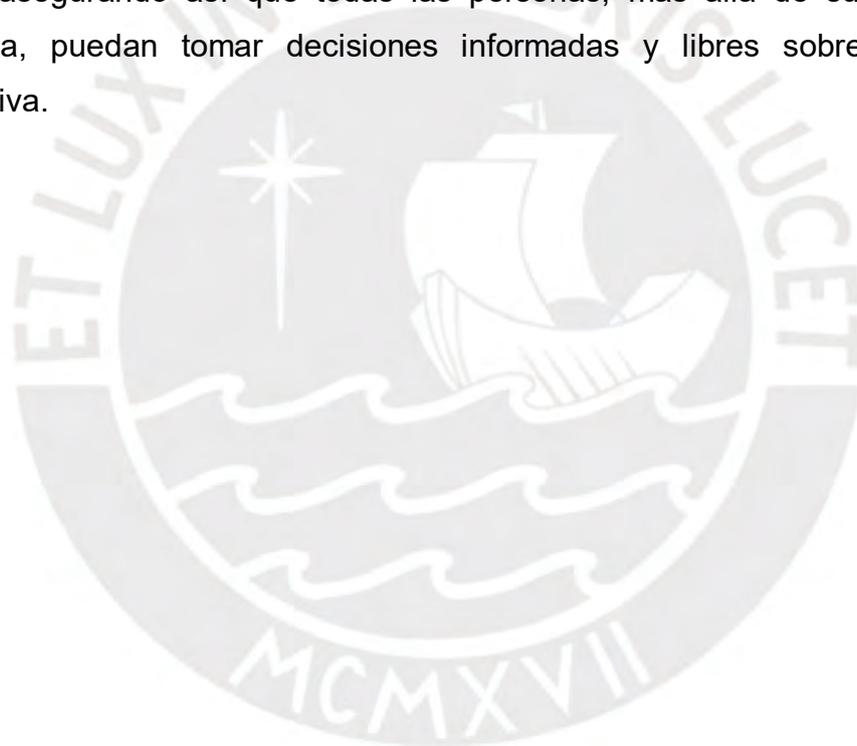
Es así que, se aprecia que la medida adoptada por el TC consiste en prohibir la distribución gratuita del AOE en los centros de salud del Estado; sin embargo, no se restringe su venta libre en las farmacias. Por consiguiente, dicha decisión afecta desproporcionadamente a aquellas personas de bajos recursos económicos que no tienen la capacidad adquisitiva para comprar el AOE, cuyo costo promedio es de S/. 20.00 (veinte soles) en boticas.

En este contexto, se realiza un tratamiento diferenciado injustificado, puesto que las personas con mayor capacidad adquisitiva pueden comprar la píldora sin dificultad en una farmacia privada, logrando así ejercer plenamente su DAR. En contraste, las personas que carecen de los recursos económicos necesarios se ven impedidas de acceder al AOE, limitando su capacidad de decidir libremente sobre su esfera reproductiva. Así, mientras que un sector de la población puede ejercer el mencionado derecho sin obstáculos, otro sector queda excluido de ejercer el mismo debido a barreras económicas. Este tipo de desigualdad es incompatible con los principios de justicia social y equidad que deberían guiar las políticas públicas.

La única vía para garantizar que todas las PCG ejerzan su derecho a la igualdad y a la autodeterminación reproductiva es que el Estado, a través de los centros de salud, distribuya de manera gratuita el AOE. Esta medida no solo promovería la equidad en el acceso al DAR, sino que también contribuiría a reducir las desigualdades socioeconómicas y a proteger los derechos de las personas más vulnerables.

Adicionalmente, las personas en situación de pobreza que no pueden acceder al AOE enfrentan un mayor riesgo de embarazos no deseados, lo que puede tener consecuencias económicas y sociales significativas. Los embarazos no planificados pueden interrumpir la educación y el empleo, con lo cual, se perpetúan los ciclos de pobreza y se ven limitadas las oportunidades de desarrollo personal y profesional. Además, los costos asociados con la atención prenatal, el parto y el cuidado infantil pueden ser prohibitivos para las personas con recursos escasos, exacerbando aún más las desigualdades económicas.

En resumen, para satisfacer el derecho a la igualdad y a la autodeterminación reproductiva, es crucial que el Estado intervenga proporcionando acceso gratuito al AOE, asegurando así que todas las personas, más allá de su situación económica, puedan tomar decisiones informadas y libres sobre su vida reproductiva.



VI. CONCLUSIONES

El presente informe jurídico concluye respondiendo la pregunta principal planteada y afirma que la prohibición de distribuir gratuitamente el AOE por parte del MINSA implica una clara vulneración del DAR y a la igualdad y no discriminación por razones de género y condición socioeconómica de las PCG. A partir de dicha conclusión, surgen tres **conclusiones**, las cuales responden a cada una de las preguntas secundarias, respectivamente.

En primer lugar, el DAR es un derecho fundamental que permite a las personas decidir libremente sobre su capacidad y deseo de procrear, incluyendo el número de hijos y el espaciamiento entre ellos, con acceso a la información y los medios necesarios para tomar estas decisiones informadas. Este derecho abarca el acceso a métodos de anticoncepción, como el AOE. La restricción en el acceso al AOE, por tanto, viola este derecho al negar a las PCG una herramienta esencial para prevenir embarazos no deseados, ya sea tras relaciones sexuales consentidas o en casos de violación sexual. Así, garantizar el acceso al AOE es crucial a fin de que las PCG puedan ejercer plenamente su autodeterminación reproductiva.

En segundo lugar, la prohibición de distribuir el AOE constituye un acto de discriminación de género, ya que afecta desproporcionadamente a mujeres cisgénero y personas asignadas mujer al nacer, quienes son las principales usuarias de este método anticonceptivo. Esta restricción limita su capacidad de tomar decisiones en el ámbito reproductivo, imponiéndoles una carga que no recae sobre personas sin capacidad de gestar. Además, refuerza estereotipos de género que dictan que las mujeres deben aceptar la maternidad como un destino inevitable y natural, vinculando su identidad y valor a la procreación y su rol principal en la sociedad a ser madres. Esta perspectiva ignora la diversidad de experiencias y aspiraciones de las mujeres y PCG, restringiendo su derecho a definir sus propias vidas y roles.

En tercer lugar, la prohibición de distribuir gratuitamente el AOE también constituye un acto de discriminación por condición socioeconómica. Esta medida

restringe el ejercicio del DAR de las PCG que tienen escasos recursos económicos, en comparación con aquellas que pueden comprar la píldora en centros privados. Las personas con bajos ingresos, que dependen principalmente de los servicios públicos de salud, se ven privadas de un método anticonceptivo crucial, lo que limita sus opciones para prevenir embarazos no deseados. En contraste, las personas con capacidad adquisitiva pueden comprar el AOE en centros privados, creando una disparidad injusta en el acceso a métodos de anticoncepción y, con ello, en el ejercicio pleno del DAR. Esta situación perpetúa la desigualdad y afecta desproporcionadamente a quienes más necesitan el apoyo del sistema de salud pública.

Para culminar, resulta importante realizar una serie de **recomendaciones** al Tribunal Constitucional en relación al análisis que efectuó en la sentencia objeto de análisis del presente informe jurídico.

Como primer punto, en aras de contribuir a la protección de los DS y DR, es fundamental que el TC aborde de manera más específica y detallada estos conceptos en sus futuras decisiones. En la sentencia bajo análisis se observó que el TC utilizó el término "derechos reproductivos" de manera general, lo cual representa una oportunidad perdida para desarrollar y diferenciar entre los DS y DR. Estos dos conceptos, aunque relacionados, abarcan diferentes aspectos y su distinción es crucial para una comprensión más completa y precisa.

El TC debería diferenciar claramente entre los DS y los DR. Los primeros incluyen el derecho a la libertad sexual, el derecho a la autonomía, la integridad y la seguridad del cuerpo sexual, el derecho a la privacidad sexual, entre otros. Por otro lado, los segundos se centran en la capacidad de las personas para decidir libremente sobre cuestiones relacionadas con la reproducción, como el derecho a la planificación familiar, el derecho a la información y la educación en salud reproductiva, y el derecho a acceder a servicios de salud reproductiva seguros y asequibles.

Asimismo, es imperativo que el TC haga referencia explícita al DAR, el cual implica que las personas deben tener la libertad de tomar decisiones sobre su

capacidad reproductiva sin coerción, discriminación o violencia. Esto abarca tanto la dimensión positiva del derecho, como la posibilidad de tener hijos y acceder a los servicios necesarios para ello, como la dimensión negativa, es decir, el derecho a no procrear si así se desea. La omisión de una discusión detallada sobre este derecho específico deja un vacío importante en la interpretación y aplicación práctica de los DR.

Además, el TC debe abordar de manera equitativa tanto la dimensión positiva como la negativa del DAR. La definición brindada por el TC parece enfatizar principalmente la dimensión positiva, es decir, el acceso a servicios de salud reproductiva con la finalidad de procrear. Sin embargo, es crucial que también se reconozca adecuadamente la dimensión negativa, que incluye el derecho a decidir no tener hijos y a acceder a métodos de anticoncepción para evitar embarazos no deseados ni planificados. Esta omisión puede llevar a una interpretación incompleta y sesgada de los derechos reproductivos, limitando el alcance de su protección y el reconocimiento pleno de la autonomía reproductiva de las PCG.

Como segundo punto, se recomienda al TC que, en sus futuras decisiones, aborde de manera más inclusiva y precisa el DAR, reconociendo a todas las PCG. En el análisis efectuado en la sentencia analizada, el TC solo mencionó a mujeres, niñas y adolescentes como las afectadas por la prohibición de la distribución del AOE, excluyendo a personas transgénero, personas no binarias y otras PCG que no se identifican con el concepto de “mujer”. Este enfoque perpetúa una visión binaria y excluyente de los derechos reproductivos, ignorando las experiencias y necesidades de una parte significativa de la población.

Resulta crucial que el TC incluya a todas las PCG en los debates sobre el DAR. Reconocer a personas transgénero y no binarias en estos contextos asegura que todas las personas susceptibles de quedar embarazadas cuenten con acceso a los servicios de salud reproductiva. La omisión de este reconocimiento no solo limita la efectividad de las políticas y protecciones jurídicas, sino que también perpetúa la invisibilidad y marginalización de estas poblaciones.

La inclusión de todas las identidades de género en las decisiones judiciales es esencial a fin de luchar contra la discriminación y los estereotipos de género. Al no hacerlo, se corre el riesgo de reforzar barreras que limitan el acceso a cuidados médicos necesarios y la autonomía sobre los propios cuerpos de las personas afectadas. Reconocer y respetar la diversidad de género es, por lo tanto, fundamental para crear políticas inclusivas que garanticen que nadie sea marginado o privado de sus derechos.

En conclusión, por un lado, resulta fundamental que el TC desarrolle y diferencie claramente los DS y los DR en sus futuras interpretaciones y decisiones judiciales. Además, debe hacer referencia explícita al DAR, abordando tanto su dimensión positiva como negativa. Solo así se puede asegurar una protección efectiva y una comprensión integral de estos derechos fundamentales en el contexto legal y social. Estas recomendaciones tienen la capacidad de fortalecer la interpretación y aplicación de los DS y DR.

Por otro lado, el TC debe ampliar su enfoque para incluir explícitamente a todas las PCG en sus decisiones sobre DR. Esto no solo fortalecerá la protección de los derechos de estas personas, sino que también promoverá una mayor equidad y justicia, asegurando que las políticas públicas reflejen la diversidad y complejidad de las experiencias reproductivas en la sociedad peruana.

BIBLIOGRAFÍA

Alvites, E. (2015). La discriminación de género en el disfrute de derechos sociales: Las brechas por superar par alcanzar la igualdad. Conferencias Descentralizadas Alfa, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontifica Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP), pp. 77-93.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2009). Observación General N° 20. *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales*. 42° periodo de sesiones.

Comité de Derechos Humanos (1989). Observación General N° 18. *No discriminación*. 37° periodo de sesiones.

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2017). Recomendación General N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General N° 19.

Constitución Política del Perú (1993)

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969)

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1996)

Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (1967).

Cook, R. J., & Cusack, S. (2010). Estereotipos de género: perspectivas legales transnacionales. Profamilia.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2009). Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, sentencia de 16 de noviembre (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas).

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

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2021). Caso Manuela y otros vs. El Salvador, sentencia de 2 de noviembre (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Guevara-Ríos, E. (2020). Derechos sexuales y derechos reproductivos. Revista Peruana De Investigación Materno Perinatal, 9(1), pp. 7–8.

Landa, C. (2017). Los derechos fundamentales. Colección “Lo Esencial del Derecho”. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial.

Ley General de la Salud (1997)

Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres (2007)

Ley para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres y los Integrantes del Grupo Familiar (2015)

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

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)

Tribunal Constitucional del Perú (2006). Sentencia del Exp. N.º 7435-2006-PC/TC, 13 de noviembre.

Tribunal Constitucional del Perú (2009). Sentencia del Exp. N.º 02005-2009-PA/TC, 16 de octubre.

Tribunal Constitucional del Perú (2020). Sentencia del Exp. N.º 03378-2019-PA/TC, 5 de marzo.

Suprema Corte de Justicia de la Nación de México (2020). Acción de inconstitucionalidad 148/2017.





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 Hinostrza.
2. **ORDENAR** al Ministerio de Salud que cumpla con otorgar a doña Violeta Cristina Gómez Hinostrza 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 a 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 “[l]a declaración de la FDA no deja lugar a dudas sobre el potencial efecto antiimplantatorio de este medicamento”.

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

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

5. Lo primero que hay que recordar es que de acuerdo con la sentencia recaída en el Expediente 04853-2004-AA/TC, y bajo el marco de lo establecido por el Código Procesal Constitucional, así como de su posterior desarrollo jurisprudencial, el proceso de *amparo contra amparo*, así como sus demás variantes [amparo contra *habeas data*, amparo contra cumplimiento, etc.] es un régimen procesal de naturaleza atípica o excepcional cuya procedencia se encuentra sujeta a determinados supuestos o criterios, a saber: **a)** Su procedencia sólo se da en los casos en que la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta; **b)** Su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad, **c)** Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales estimatorias como contra las desestimatorias; **d)** Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales independientemente de la naturaleza de los mismos; **e)** Procede en defensa de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional; **f)** Se habilita en defensa de los terceros que no han participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias no pudo acceder 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 Siguiente’”. En el fundamento 51 de la referida sentencia se expresó que “hay suficientes elementos que conducen a una duda razonable respecto a la forma en la que actúa el AOE sobre el endometrio y su posible efecto antimplantatorio, lo que afectaría fatalmente al concebido en la continuación de su proceso vital”. En tal sentido, en el punto 8.2 de la misma sentencia, denominado “[d]ilucidación de la controversia” se expresó que “teniendo en cuenta (...) que existen dudas razonables respecto a la forma y entidad en que la denominada ‘Píldora del Día Siguiente’ afecta al endometrio y por ende el proceso de implantación; se debe declarar que el derecho a la vida del concebido se ve afectado por acción del citado producto”.
13. No obstante, en el fundamento 62 de la misma sentencia se expresó que “[s]on las autoridades competentes las que deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos. Sin embargo, una vez que esas autoridades efectúen tales exámenes y autoricen el fármaco sin grados de dudas sobre ello, los terceros que sostengan que las autoridades se han equivocado, deben probar el efecto dañino que alegan (inversión de la carga de la prueba)”.
14. En este contexto y con posterioridad a la emisión de la sentencia recaída en el Expediente 02005-2009-PA/TC, de fecha 16 de octubre de 2009, el Minsa, con



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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

(...)

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



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.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 \(vademecum.es\)](#), 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 \(vademecum.es\)](#), 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 tienen 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 inexecución 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 petitorio 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.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

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

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