



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Reflexiones sobre la aplicación del margen de apreciación nacional en la protección multinivel de derechos humanos, a partir del estudio del Caso Píldora del día siguiente

Tesis para optar el Título de
Abogado

Karen Junett Carranza Buenaño

**Asesor(es):
Dra. Susana María Mosquera Monelos**

Piura, octubre de 2022

NOMBRE DEL TRABAJO

Tesis. Karen Carranza..pdf

AUTOR

Karen Carranza

RECUENTO DE PALABRAS

50884 Words

RECUENTO DE CARACTERES

273697 Characters

RECUENTO DE PÁGINAS

146 Pages

TAMAÑO DEL ARCHIVO

5.5MB

FECHA DE ENTREGA

Sep 23, 2022 10:51 AM GMT-5

FECHA DEL INFORME

Sep 23, 2022 11:22 AM GMT-5**● 21% de similitud general**

El total combinado de todas las coincidencias, incluidas las fuentes superpuestas, para cada base de datos.

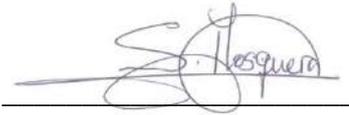
- 20% Base de datos de Internet
- Base de datos de Crossref
- 4% Base de datos de trabajos entregados
- 4% Base de datos de publicaciones
- Base de datos de contenido publicado de Crossref

● Excluir del Reporte de Similitud

- Material bibliográfico
- Material citado
- Material citado
- Coincidencia baja (menos de 11 palabras)

Aprobación

La tesis titulada “Reflexiones sobre la aplicación del margen de apreciación nacional en la protección multinivel de derechos humanos, a partir del estudio del Caso Píldora del día siguiente”, presentada por la bachiller Karen Junett Carranza Buenaño en cumplimiento con los requisitos para obtener el Título de Abogado, fue aprobada por la Directora de Tesis Dra. Susana María Mosquera Monelos.



Directora de Tesis





Dedicatoria

A Dios, por ser el motivo que me hace continuar.

A mis padres, por su apoyo incondicional.

A mi asesora, por su tiempo y apoyo durante el desarrollo del presente trabajo.





Resumen

Mediante el presente trabajo se realiza un análisis de los mecanismos jurídicos utilizados por el Tribunal Constitucional durante el desarrollo del Caso “Píldora del Día Siguiente”, buscando armonizar los dictámenes nacionales con las recomendaciones y normas internacionales. El autor ha dividido el trabajo de investigación en cuatro partes, de manera que: En el primer capítulo, se brindarán los lineamientos generales sobre la Píldora del día siguiente, el desarrollo de la vida humana y el derecho reconocido para tal bien. Posteriormente, en el segundo capítulo se describirá el desarrollo procesal y cuestiones de fondo sobre el uso de figuras como Amparo contra Amparo, la medida cautelar y los criterios de interpretación del proceso constitucional. En el tercer capítulo se resaltarán la importancia de los sistemas internacionales en la protección de los derechos humanos, haciendo un recorrido histórico y jurisprudencial de la utilización del control de convencionalidad y margen de apreciación nacional. Al final se detallarán las conclusiones y recomendaciones a las que llega el autor.

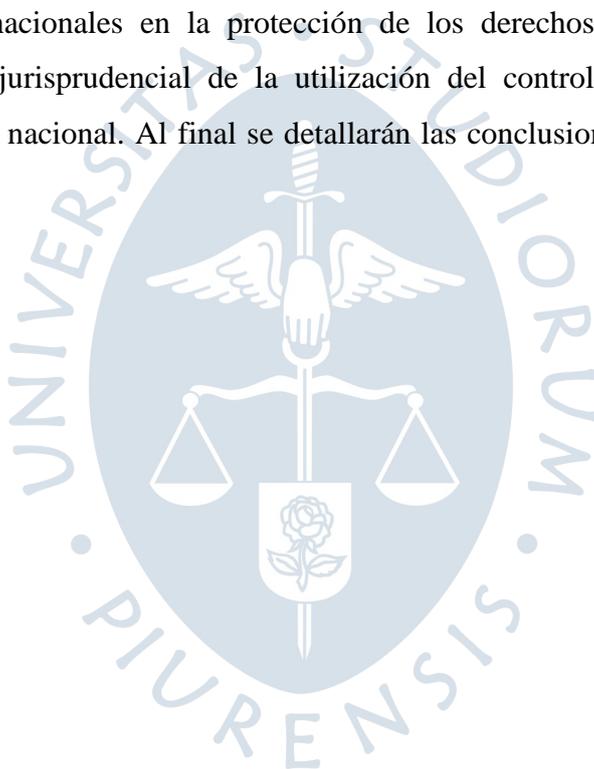




Tabla de contenido

Introducción.....	13
Capítulo 1 Lineamientos generales.....	15
1.1 Origen y desarrollo de la vida humana desde la medicina y la bioética.....	15
1.2 La píldora del día siguiente. Principales componentes y efectos	22
1.3 La actual controversia sobre el inicio a la vida. Planteamientos jurídicos	43
Capítulo 2 Análisis del caso “píldora del día siguiente.....	51
2.1 Síntesis de los hechos y dinámica de la STC del expediente N°02005-20009 PA/TC	51
2.2 De la interpretación de la STC del Expediente N°02005-2009-PA/TC	55
2.2.1 Sobre los principios pro homine, pro debilis y precautorio	56
2.2.2 Sobre la decisión judicial y la flexibilización del principio de congruencia procesal	62
2.2.3 Síntesis de los hechos y dinámica procesal del Expediente N° 30541-2014- 0-1801-JR-CI-01	67
2.3.1 Sobre la demanda de amparo contra amparo	67
2.3.2 Sobre la medida cautelar solicitada.....	71
2.3.3 Sobre la concreción normativa a partir del análisis del artículo 4.1 de la Convención Americana.....	85
Capítulo 3 El margen de apreciación en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos	91
3.1 La Doctrina del Margen Nacional de Apreciación en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho	91
3.2 Margen de apreciación vs control difuso de convencionalidad.....	96
3.3 Margen de apreciación como criterio de interpretación en el caso "Píldora del día siguiente"	104
Conclusiones	113
Lista de abreviaturas	117

Lista de referencias	119
Legislación Nacional y Comparada	129
Jurisprudencia Nacional.....	131
Jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH	133
Anexos	135
Anexo A. Representación esquemática de la interacción hormonal durante el ciclo menstrual completo	137
Anexo B. Esquema del proceso de ovulación	138
Anexo C. Esquema gráfico de la primera semana de desarrollo humano	139
Anexo D. Registro sanitario del fármaco Ellaone 30 mg	140
Anexo E. Registro sanitario del fármaco Esmya 5 mg.....	141
Anexo F. Resumen comparativo entre las diversas fuentes que definen el término concepción.....	142
Anexo G. Registro en Digemid del componente Levonorgestel 1,5 mg	143
Anexo H. Información sobre prescripción médica del componente Levonorgestel 1,5 mg.....	144
Anexo I. Puntaje general del Estado de Derecho de Perú a lo largo del tiempo, 2015-2021	145

Lista de tablas

Tabla 1	Tiempo de traslado hasta el orificio externo del cérvix	26
Tabla 2	Productos de Levonorgestrel 0.75mg y 1.5mg en tabletas con Registro Sanitario Vigente al 21 de mayo del 2020	29
Tabla 3	Productos de Levonorgestrel 0.75mg y 1.5mg en tabletas con Registro Sanitario vigente al 15 de febrero del 2006.....	31
Tabla 4	Productos de anticoncepción combinados (estrógenos y progéstenos) en tabletas con Registro Sanitario vigente al 21 de mayo del 2020.....	33





Introducción

Si bien el presente trabajo recae en un análisis sobre el caso de la píldora del día siguiente, la intención del mismo se enfoca principalmente en la utilización del concepto del margen de apreciación nacional en la protección multinivel de derechos humanos; de manera que las reflexiones que aquí se desarrollen, sirvan para que los tribunales nacionales identifiquen mejor los vacíos de una carente interpretación del principio de convencionalidad, lo cual puede ir muchas veces en contra de lo establecido en los tratados suscritos.

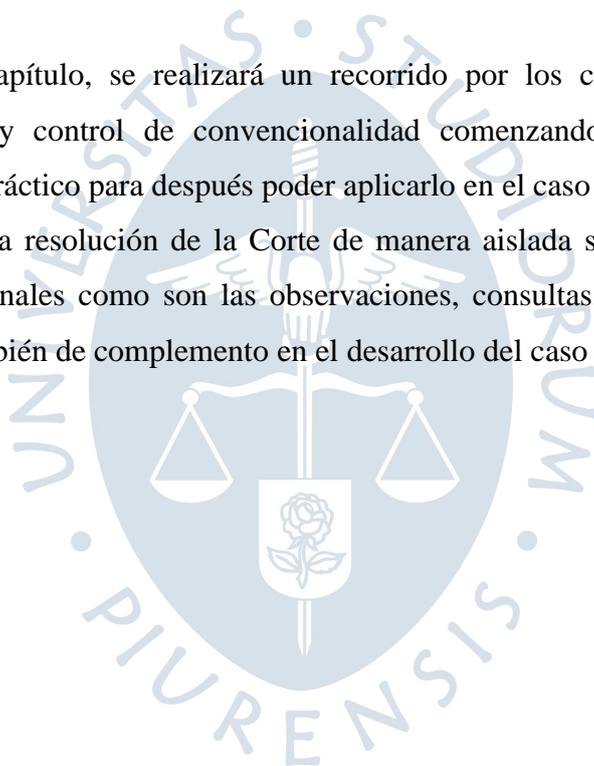
A partir del presente caso, se quiere analizar la doctrina del margen de apreciación con el único fin de dar salidas más amistosas a los problemas que enfrentan ciertos casos que no sólo presentan un aparente conflicto de derechos, sino que también parecen poner en pugna a las normas nacionales con las internacionales. Los problemas jurídicos en derechos humanos resultan muy controversiales, en la medida que al brotar de la misma esencia humana involucran muchas veces aspectos como la moral, la ética, la religión, entre otros; que generan discrepancias por ser una parte muy íntima de los seres humanos. Con el desarrollo de este trabajo, se plantea que el margen de apreciación habría sido una salida idónea que ha podido ser utilizada por los tribunales que evaluaron este caso, ya que, sin dejar de lado incluso el control de convencionalidad; podría haber asegurado más y mejor los derechos que se encontraban en disputa.

Está claro que la intención no sólo implica dar una pauta en el caso concreto, sino marcar un mayor precedente sobre la utilización de esta figura, en la medida que la misma Convención de Derechos Humanos avala el principio de subsidiariedad, el mismo que da sentido a su utilización. Por tanto, siendo materia de análisis el uso de la píldora del día siguiente; en el primer capítulo, se ha creído conveniente abordar conceptos generales acerca que lo significa la vida humana, desde la medicina hasta la bioética con el fin de desmitificar un poco los conceptos de “concepción”, “fecundación” e “implantación” que fueron utilizados por la Corte Interamericana en su sentencia *Artavia Murillo vs Costa Rica*; para después dar paso a la composición y efectos de tal medicamento. Cabe resaltar que, aun cuando se intente ser lo más riguroso posible, estos acercamientos sobre medicina jamás podrán ser mejores que los de un texto especializado en la materia, pero ayudarán por lo menos en el caso concreto, a delimitar conceptos de manera preliminar y que ayudarán al jurista, apoyado de la ciencia y la experiencia, a realizar razonamientos integrales que aseguren en mayor medida la justicia que se pretende otorgar.

A partir del segundo capítulo, se ahondará en materia jurídica. Como primer punto, se evaluarán los hechos y dinámica procesal de la primera sentencia que se dio sobre este caso

(STC del expediente N° 02005-2009-PA/TC) y posteriormente se analizará su interpretación, en el que se destacará la utilización de los principios *pro homine*, *pro debilis*, precautorio y el principio de congruencia procesal, utilizado en las decisiones del Tribunal Constitucional. De manera subsecuente, se procederá al análisis de la segunda sentencia dada en el caso, la sentencia del Expediente N° 30541-2014, la cual fue muy cuestionada ya que se trataba de una demanda de amparo contra amparo. Durante el desarrollo del proceso también se interpone una medida cautelar, la misma que fue otorgada haciendo un uso forzado de los criterios requeridos e introduciendo por primera vez, en el caso concreto, la idea de realizar un control difuso de convencionalidad refiriéndose específicamente a la decisión adoptada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica.

En el tercer capítulo, se realizará un recorrido por los conceptos de margen de apreciación nacional y control de convencionalidad comenzando por un planteamiento histórico, doctrinal y práctico para después poder aplicarlo en el caso concreto, tomando como referencias no sólo una resolución de la Corte de manera aislada sino el conjunto de otros documentos internacionales como son las observaciones, consultas, informes y otros casos que podrían servir también de complemento en el desarrollo del caso concreto.



Capítulo 1

Lineamientos generales

1.1 Origen y desarrollo de la vida humana desde la medicina y la bioética

Siempre ha sido una cuestión intrínseca al hombre el preguntarse sobre su propio origen y fin, en ese sentido no sería tan absurdo pensar que algunas de sus interrogantes se hayan podido basar en el desarrollo humano y las posibles malformaciones congénitas del embrión en la etapa pre-natal. Desde la antigüedad, los pueblos más primitivos han tratado de dar respuesta a distintos cuestionamientos utilizando el empirismo, misticismo y su relación con la naturaleza.

En el caso del desarrollo embrionario, Moore et al. (2013) explican cómo una serie de sucesos dieron paso a lo que hoy conocemos como Embriología, aquella ciencia que se dedica al estudio del desarrollo pre natal de los embriones y fetos¹. Los autores comentan que los egipcios a partir del año 3000 a.C comenzaron a descubrir métodos para incubar los huevos de los pájaros y posteriormente, en 1416 a.C, se redactó en sánscrito un breve tratado acerca de la embriología hindú de la Antigüedad llamado “Garbha Upanishad” en el que se trataba de explicar la concepción por medio de la conjugación de la sangre con el semen después del coito dando lugar a un *Kalada* (embrión de un día), dicho proceso se daba de manera progresiva, natural y sin interrupción. Así mismo, en Egipto entre 1353-1336 a. C. Amenofis IV (Akenatón), décimo faraón de la dinastía XVIII de Egipto, atribuía la creación del germen de la mujer, las semillas del hombre y de la vida del hijo, a un dios sol llamado Atón a quien rendía culto para que pudiese entrar el alma a los seres vivientes durante el parto.

En Grecia por su parte, se hicieron importantes contribuciones a la ciencia de la embriología. La primera fue gracias a Hipócrates de Cos quien comenzaría a estudiar el desarrollo del embrión humano a través de la reproducción de las aves aproximadamente entre los años 460-377 a.C, a él se le consideró posteriormente “padre” de la medicina debido a que sus primeros estudios impulsaron el surgimiento de la materia. El segundo aporte se dio gracias a Aristóteles de Estagira y su tratado de embriología en el que describía el desarrollo del pollo y de otros embriones, considerando además que el embrión se originaba a partir de la sangre menstrual tras su activación por el semen masculino.

Durante el siglo II y conforme iban avanzando las investigaciones surgieron otros profesionales como Claudio Galeno y Samuel-el-Yehudi, sendos médicos describieron el desarrollo de los fetos haciendo referencia a estructuras importantes como la placenta y

¹ MOORE, Keith. L, PERSAUD. T, TORCHIA, Mark. *Embriología clínica*. 9º ed. Barcelona: ELSEIVER, 2013; p. 5.

determinando las fases de formación del embrión, respectivamente. Así mismo, aunque durante la Edad Media el estudio de los embriones fue muy escaso el tratado de Constantino el Africano de Salerno titulado *De Humana Natura* dejó vestigios del interés de los medievales por la composición y el desarrollo secuencial del embrión en relación con los planetas.

En 1651 un médico y biólogo inglés, William Harvey, publicó su libro *De Generatione Animalium* en el que descubría como los espermatozoides masculinos se transformaban en una sustancia similar a un huevo. Sus estudios estuvieron influenciados en los trabajos de Frabricius de Aquapendente, un anatomista y embriólogo italiano que llevó a cabo las primeras investigaciones sobre embriones de diferentes especies de animales, y además fue profesor suyo en la Universidad de Padua². Según lo que se describe en líneas anteriores, si bien los aportes que se dieron durante la Edad Antigua y Medieval fueron muy primitivos y escasos también fueron importantes como punto de partida para una posterior investigación, sin embargo, no serían suficientes para considerar que la embriología de esta época era ya considerada como una ciencia formal.

Moore afirma que la verdadera “revolución embrionaria” se dio a partir de la época del Renacimiento con la publicación del libro de Harvey cuando comenzaron a cuestionarse los postulados anteriormente planteados, dicho autor comenzó a estudiar los embriones del pollo mediante una lupa simple realizando numerosas observaciones al respecto, además llegó a examinar el desarrollo del *gamo*³; no obstante después de que fuera incapaz de observar las fases iniciales del desarrollo, su conclusión fue que los embriones eran segregados por el útero⁴. Fue Marcelo Malpigio (1628-1694) quien por primera vez utilizó para sus investigaciones el microscopio y aunque en ese entonces eran sencillos, estos abrieron una puerta a un mejor campo de investigación, gracias a su libro *De ovo incubato* donde describía las fases del embrión a partir del huevo de gallina comenzó a consolidarse la teoría de la preconcepción, en la que se entendía que el huevo contenía un pollo en miniatura⁵; mientras que, paralelamente y durante el año de 1672, De Graaf a través de la observación descubrió los folículos ováricos en los conejos, lo cual le sirvió para considerar que la hembra también generaba semillas necesarias para la fecundación. En esa época aún existían científicos que

² Ibídem; p. 7.

³ Del latín *gammus*, mamífero rumiante de la familia de los cérvidos, originario del mediodía de Europa. Véase en REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [En línea]. Disponible en: <https://dle.rae.es/gamo> [Consultado 30 Mar. 2020]

⁴ MOORE, Keith. L et al. Embriología..., op.cit. p. 7.

⁵ Cfr. Introducción a la ciencia de la embriología. En: Gueimundi Fachado Josefina, eds. Embriología. Habana- Cuba: Ed. Pueblo y Educación; 1986. pp. 3 – 6.

consideraban que la hembra no aportaba nada, es por ello que este último descubrimiento sirvió para cambiar radicalmente esa postura.

Entre los espermistas destacan Johan Ham van Arnheim y Anton van Leeuwenhoek, quienes en 1667 descubrieron los espermatozoides del ser humano, sin embargo, se equivocaron al considerar que eran parásitos del esperma y que en la cabeza del espermatozoide existía un individuo completo en miniatura que aumentaba de tamaño cuando alcanzaba el tracto genital femenino; tal afirmación intentaba parecerse a lo que Malpigio ya había descubierto anteriormente con los huevos de las gallinas. En 1759, Wolff refuta estas hipótesis tras observar que en la formación del embrión algunas de sus partes se desarrollaban a partir de glóbulos o pequeños cuerpos esféricos los cuales se dividían gracias a la aparición de capas en las células. Estas ideas dieron origen a lo que se conoce como teoría de la epigénesis que sostiene que el desarrollo se debe al crecimiento y la diferenciación de células especializadas. Además, observó masas embrionarias de tejido que contribuían parcialmente al desarrollo de los sistemas urinario y genital.

Moore et al. (2013) manifiestan que la controversia relativa a la preformación finalizó en 1775 cuando Lázaro Spallanzani demostró que tanto el ovocito como los espermatozoides eran necesarios para iniciar el desarrollo de un nuevo individuo, para demostrarlo tomó óvulos de rana y los bañó en líquido seminal con lo cual obtuvo la fecundación, además trabajó con la inseminación artificial de los perros y concluyó que el esperma era el agente fertilizante que iniciaba los procesos del desarrollo. A partir de ello, comienza el desarrollo científico de esta teoría con diferentes aportaciones como las de Pader y su descubrimiento de las 3 capas germinales del embrión; Saint Hilaire e hijo, fueron quienes realizaron experimentos para inducir la aparición de malformaciones congénitas, dando inicio a lo que hoy se conoce como teratología y; Karl Von Baer, quien gracias a sus investigaciones comparadas con diversos animales logró identificar el óvulo de una perra en 1827. Además, contribuyó realizando observaciones de la segmentación de los cigotos en la trompa uterina y de los blastocitos en el útero, y formuló conceptos embriológicos importantes como el hecho de que el desarrollo embrionario tiene lugar a través de una serie de fases y el concepto según el cual las características generales anteceden a las características específicas.

Mattías Schleiden y Theodor Schwann desarrollaron la teoría celular concluyendo que el embrión se desarrollaba a partir de una única célula, el cigoto, que experimentaba muchas divisiones celulares a medida que se formaban los tejidos y órganos. En 1875, Oskar Hertwig observó por primera vez la unión del espermatozoide con el óvulo dando lugar a lo que los especialistas del desarrollo humano llamarían el proceso de fecundación. Este proceso

implicaría el encuentro de dos células especializadas llamadas gametos, una de origen materno (óvulo), otra de origen paterno (espermatozoide) oportunamente preparadas a través del proceso de meiosis que conducía como hecho más relevante a la reducción sistemática del número de cromosomas de 46 a 23⁶. Posteriores descubrimientos como los de Sutton, Boveri y Archibald Garrod fueron orientados al desarrollo genético del nuevo individuo dejando constancia que durante la fecundación el cigoto contenía toda la información genética necesaria y propia para dirigir el desarrollo del nuevo ser humano⁷, llegando a la conclusión de que esta etapa determinaría el origen a una nueva vida.

Sin embargo, a inicios del siglo XIX, la ciencia que ya se había visto desarrollada unos cuantos años atrás con la invención del microscopio, comienza su transformación científica apoyada de los avances tecnológicos gracias a la Revolución Industrial. Esto potencia la técnica en el profesional logrando en él una inversión de medios-fines y pervirtiendo incluso el orden natural de las cosas. Si bien, el instrumentalismo del ser humano comienza a notarse durante esta época gracias a los avances tecnológicos que dieron lugar a la cirugía estética y las técnicas de reproducción asistida por mencionar algunos ejemplos, no es menos cierto que esto no era novedad incluso desde el siglo XVII cuando se empieza a disponer arbitrariamente de los derechos del individuo en miras al bien común de la sociedad. Thomas Hobbes (1588-1679) un filósofo-político inglés que se dedicó a cuestionar los principios sociales y el modo de organización de la sociedad influyó mucho en el modo en cómo se llevaba a cabo la medicina de esta época. Tal es así que, en su obra titulada *Leviatán* decía que al ser el estado natural un estado de violencia total entre los seres humanos, el pacto por la convivencia obtendría ventaja para todos al evitar los enfrentamientos y mutuas agresiones, de esta manera la autonomía individual era cedida voluntariamente al soberano quien debía garantizar la convivencia pacífica. Posteriormente John Locke (1632-1704) refuerza la idea del pacto social, dándole un sentido de mediador entre las voluntades de los individuos, para él todos los hombres eran iguales en naturaleza por lo que la autoridad debía residir ya no en una persona sino en un contrato. Mientras que en el primer caso se haría un pacto entre súbditos para otorgar libremente su autonomía al soberano, en el segundo caso, la organización de una sociedad solo podía existir si se daba a la luz de un contrato que uniera las voluntades de todos los ciudadanos.

⁶ ABRISQUETA ZARRABE, José A. Genética y Vida Humana. Desafíos actuales. En: Carthaginensia-Revista de Estudios e Investigación del Instituto Teológico de Murcia O.F.M. [en línea] Vol. 21 N° 40, 2005. [consulta: 01 de abril de 2020] ISSN 0213-4381. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/autor?codigo=107958>

⁷ MOORE, Keith. L et al. Embriología..., op.cit. p. 9.

Estas perspectivas contribuyeron en cierta medida a que la asistencia sanitaria quedara definida como un espacio de búsqueda del bien en el seno de la convivencia social, delimitada por los elementos básicos de autonomía, justicia y no-maleficencia. Sin embargo, esto también ocasionó que en esa búsqueda del bien específico sanitario se cree la propia dificultad para definir el bien en una sociedad pluralista; determinar qué es la salud y cómo debe perseguirse, además del hecho de que, aun consiguiendo un amplio consenso social, el individuo debía poseer la última palabra sobre el bien sanitario que se le ofrecía⁸. Todo esto, dio entrada a las escuelas que defendían el relativismo ético y que, aunque defendían la dignidad humana, lo hacían desde la racionalización. Uno de los representantes históricos del Deontologismo ético fue Immanuel Kant (1724-1804) quien afirmaba que cada persona humana estaba por encima de la especie y era un fin en sí misma, de esta manera pretendía justificar la instrumentalización humana afirmando que al ser la humanidad su dignidad, ningún hombre podía utilizar a otro como instrumento ya que siempre será un fin, y en ello estribaba precisamente su dignidad. Para Kant, la autonomía de la voluntad era el principio sin principio. Esto quería decir que la libertad, para él era entendida como una realidad objetiva indudable, por el contrario, la naturaleza, era un concepto del entendimiento humano que mostraba la realidad desde la propia experiencia⁹.

Al mismo tiempo David Hume (1711-1776) tomará el criterio del bien común de sus predecesores y lo enmarcará como aquel criterio que resulta de maximizar el bienestar y minimizar el sufrimiento del mayor número de personas que se encuentren afectadas, considerándolas a todas con los mismos derechos. De esta manera el parámetro para determinar el bien común será la utilidad social representada por la calidad de vida, valor que incluso se pondrá por encima de la propia vida. Para Hume, Jeremy Bentham (1748-1832), John Stuart Mill (1806-1873) el bien se identificaría con lo útil, por lo tanto, no habría acciones buenas o malas sino correctas o incorrectas según las consecuencias globales sobre los afectados, es decir, no se podría conocer la “bondad” de una acción sino es por sus efectos¹⁰.

A raíz de ello y como se había mencionado antes, empezaron a surgir prácticas que sólo buscaban crear circunstancias “favorables” para el ser humano sin importar si eran

⁸ Cfr. GARCÍA PÉREZ, Miguel A. Los principios de la bioética y la inserción social de la práctica médica. En: Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI [en línea]. Madrid, abril 2006, vol. 4, no. 2, pp.349-350. [consulta: 7 abril 2020]. ISSN 1696-1641 Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2037551>

⁹ MILLÁS MUR, Jaime. Algunos planteamientos filosóficos en el origen de las corrientes bioéticas. En: MILLÁS MUR, Jaime (coord.) [et al.]. Bioética en investigación: fundamentos, principios, aplicaciones. Lima: Universidad de Piura, 1º ed, 2019; p. 46.

¹⁰ *Ibidem*; p. 48.

verdaderos atentados, fue así como muchos centros médicos en Europa inauguraron la iniciativa de utilizar seres humanos para la investigación científica por ser considerados como inferiores, entre ellos: esclavos, reos, enfermos. Además, la primera guerra mundial contribuyó para que la investigación científica en Alemania sea impulsada y dirigida por el nazismo lo que ocasionó que muchos médicos, aproximadamente el 45%, se afiliaran al partido nazi ya que este les ofrecía un panorama profesional muy prometedor a los médicos de la época. Una vez iniciados los abusos impulsados desde el poder público, se empezó a constatar que todo lo que se había establecido a través de filosofías políticas ahora era llevado a la práctica, en concreto por la medicina¹¹. Prueba de ello fueron los juicios de los doctores en el Proceso de Núremberg a inicios del siglo XX, el “caso Neisser” en el que se emplearon prostitutas para investigar una vacuna contra la sífilis y la utilización de embriones para su estudio por medio del Dr. Franklin P. Mall¹². Los nazis usaron a las personas en la investigación científica con el argumento de que había vidas no dignas de ser vividas y que el hecho de servir para el progreso de la ciencia les restituía la dignidad, pero este juicio acerca de la dignidad humana no era pura propiedad de los nazis ya que incluso hasta hoy consideramos que muchas situaciones hacen a las vidas no dignas de ser vividas, como son los casos de la eutanasia, genocidios por razón de raza, religión o incluso, el caso particular del aborto. Todas estas atrocidades cometidas con los seres humanos fueron el primer llamado de atención o la primera consideración sobre el abuso de las personas por parte de ciencia, y especialmente de la ciencia médica¹³.

El itinerario histórico de la reflexión ética en la Medicina, según Sgreccia, está marcado por cuatro etapas: La ética médica hipocrática, la moral médica de inspiración teológica, la aportación de la filosofía moderna y la reflexión sobre los derechos humanos en Europa. La ética hipocrática se desarrolla gracias a Hipócrates de Cos (460-370 a.C), quien redacta una serie de manuscritos recogidos en el llamado *Corpus hippocraticum*, estos escritos recogían en su primera parte las obligaciones éticas del médico hacia sus maestros y familiares, y en la segunda, las relaciones con el enfermo; a través de esta compilación se inicia la tradición científica de la medicina en Occidente nombrándole posteriormente “padre de la medicina”.

¹¹ PFEIFFER, María Luisa. Bioética y Derechos Humanos: Una relación necesaria. En: *Revista Red Bioética de la UNESCO* [en línea]. julio-diciembre 2011, n.º. 2, p.77. [consulta: 7 abril 2020]. ISSN 2077-9445. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3989574.pdf>

¹² La obra *Un mundo Feliz* del escritor británico *Aldous Huxley* (1932) es una muestra del descontento social que se estaba viviendo en aquel entonces por el desarrollo de la tecnología reproductiva, cultivos humanos y el manejo de las emociones por medio de drogas que había sido vendido como un “redescubrimiento” de los poderes de la ciencia.

¹³ PFEIFFER, María Luisa. *Bioética y Derechos Humanos...*, op.cit. pp.78-79.

Según como menciona Machado Rodríguez, Hipócrates en uno de sus escritos presenta una máxima médica que hasta el día de hoy se encuentra vigente en los principios de la bioética la cual es la de beneficiar, o por lo menos no perjudicar (*Primum non nocere*)¹⁴, esta idea recogida actualmente en las corrientes principalistas de Norteamérica hunde sus raíces en corrientes paternalistas ya que el *Corpus hippocraticum* fue creado bajo una argumentación filosófico-teológica.¹⁵ El pensamiento hipocrático quedó como un *canon* para toda la cultura clásica y para la Edad Media, de manera que códigos como el de Asaph (médico hebreo del siglo VI), la Oración de Maimónides (médico judío cordobés del siglo XII) y más tarde, los cinco mandamientos y las diez exigencias de Chen Shihkung, médico chino del siglo XVII, recogían la sacralidad de la vida humana así como su inviolabilidad inspirada por conceptos religiosos¹⁶.

Es a partir de la Edad Moderna que el concepto de “bioética” comienza su auge gracias a las filosofías políticas que impulsaron las atrocidades en distintos sectores de la ciencia, entre ellos el de la medicina. A partir de este momento se desarrollaron 2 líneas normativas que buscaban la protección de la vida y del ser humano bajo los principios de dignidad, igualdad y libertad. Por un lado la línea jurídica que buscaba el reconocimiento y la protección de los derechos con documentos como la Declaración de los Derechos Humanos en 1948 y la Convención de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades individuales en 1950; y por otro lado la línea ética que buscaba marcar un comportamiento adecuado en las practicas técnicas de los profesionales de la salud, las primeras instituciones encargadas de ello fueron la Asociación Médica Mundial (AMM) y la Federación de los Colegios Médicos con la creación de los Códigos de Deontología Médica. En este escenario emerge el concepto de Bioética, cuando en 1970 Van Rensselaer Potter escribió un libro titulado *Bioethics: The Science of Survival*, en el que menciona la importancia del comportamiento humano en el equilibrio del ecosistema, el futuro del hombre y de su supervivencia centrada en la calidad de la vida del ambiente y del ecosistema entero. Potter detectó el peligro que podría surgir en la supervivencia del ecosistema con la ruptura entre dos ámbitos del saber: el científico y el humanístico¹⁷.

¹⁴ Véase, MACHADO RODRIGUEZ, Camilo I. Introducción a la responsabilidad médica. De la deontología al bioderecho. En: *Revista Derecho y Vida del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho* [en línea]. Junio 2009, Núm. 83, p.2 [fecha de consulta: 7 abril 2020]. ISSN: 1692-6455. Disponible en: <https://www.uexternado.edu.co/wp-content/uploads/2017/10/Boletin-DER-Y-VID-83.pdf>.

¹⁵ TOMÁS Y GARRIDO, Gloria M. *Cuestiones actuales de Bioética*. 2º ed. Pamplona: EUNSA, 2011; p. 19. ISBN: 978-84-313-2759-0

¹⁶ MACHADO RODRIGUEZ, Camilo I. *Introducción...*, op.cit. p.2

¹⁷ TOMÁS Y GARRIDO, Gloria M. *Cuestiones actuales...*, op.cit. p. 20.

A partir de este momento el interés por la Bioética comenzó su apogeo pasando a publicarse en 1979 *la Enciclopedia of Bioethics*, fuente que recopiló alrededor de trescientos artículos originales redactados por colaboradores de quince países distintos. Esta nueva disciplina que nació en EE.UU. pasó a Europa, apareciendo por primera vez en Francia en 1973, en España alrededor de 1975-1976 que inspiró la creación del Instituto Borja de Bioética dirigido por el Dr. Abel, en Italia se dio alrededor de 1985 con la creación del primer centro de Bioética en la Facultad de Medicina y Cirugía Gemelli de la Universidad del Sacro Coure, y así sucesivamente se fue extendiendo en todos los países de la Unión Europea, América Latina e incluso Asia. Sin embargo, a pesar de los avances que buscaban lograr una integridad entre la ciencia y la técnica a favor del ser humano, Robert. G Edwards y Patrick Steptone, pioneros de la reproducción humana utilizaron una serie de métodos para sustituir los procesos naturales de la fecundación que si bien no atentaba directamente contra la vida del feto si suponía una manipulación de la naturaleza para la conveniencia humana, es así como a raíz de ello nace la primera “niña probeta” en 1978, Louise Brown, lo que ocasiona polémica entre las prácticas médicas de la época generando nuevos planteamientos bioéticos seculares.

Para finalizar, como bien se ha explicado en líneas anteriores, el descubrimiento de la vida humana llevada a cabo en sus diferentes etapas de la historia ha contribuido a todo lo que hoy conocemos como “concepción”, “fecundación”, “implantación”, etc. Estos términos inequívocos que en principio no pueden ser ideologizados ni politizados sufren hoy por hoy una transfiguración en su concepto, lo que nos lleva a repetir la historia del relativismo ético que desemboca en una crisis generalizada de carácter global que afecta tanto a la supervivencia del individuo como a la sociedad y al medio ambiente del que depende. Además, se ha considerado relevante hablar de ciencia, en concreto de la medicina, por ser la materia que fija los criterios reales sobre la determinación de los procesos evolutivos en el ser humano, siendo necesario también mencionar su característica pluridimensional en el sentido de que para hablar de la vida no podemos hacerlo desde la teoría sino que debemos tener en cuenta su contexto social, histórico y antropológico para que no llegue a ser un mero concepto arbitral impuesto por unos cuantos operadores jurídicos y políticos.

1.2 La píldora del día siguiente. Principales componentes y efectos

La píldora del día siguiente es uno de los métodos anticonceptivos orales de emergencia más utilizados alrededor del mundo. La OMS ha definido al fármaco como un método de anticoncepción poscoital que se usa excepcionalmente para evitar un embarazo en los siguientes casos:

- a) Después de tener relaciones sexuales sin protección
- b) Tras la falla o el uso incorrecto de un anticonceptivo de uso regular
- c) Después de sufrir una violación o ser forzada a tener relaciones sexuales

Además, las ha distinguido según su composición química en píldoras con acetato de Ulipristal (PAE-AUP), únicamente con levonorgestrel (PAE-LNG) y píldoras combinadas con estrógeno y progestágeno (PAE combinadas). Es importante recalcar que esta organización ha recomendado la habilitación de estos regímenes a todas las mujeres y niñas que corran el riesgo de un embarazo no deseado instando a que puedan integrarse sistemáticamente en todos los programas nacionales de planificación familiar. Sin embargo, existen algunos médicos y científicos que se oponen a su distribución ya que entienden al compuesto como nocivo para el cuerpo humano de la mujer y sobre todo para la nueva vida en desarrollo.

Así, manifiesta Orrego «(...) existe una clara diferencia entre “anticoncepción” y “contracepción”, aun cuando para algunos este último sólo sería un anglicismo del primero», para este autor, el último término es más genérico en tanto no solo se refiere a todo procedimiento que impide la unión del oocito con el espermio, sino que también impide el desarrollo temprano de un conceptus o embrión ya formado¹⁸. Por otro lado, Busquets, Preisler y Poli sostienen que la diferencia no está en la etimología sino en los efectos en tanto que pueden funcionar como anticonceptivos propiamente cuando inhiben la ovulación y alteran la migración espermática, y como contraceptivos, cuando impiden la anidación del embrión por el debilitamiento de las paredes endometriales¹⁹. Moore por su parte sugiere llamar a estas píldoras anticonceptivas postcoitales “píldoras antiimplantación” ya que al ser consumidas durante las 72 horas después del coito logran impedir con frecuencia la implantación del blastocito ya formado, alteran la motilidad tubárica e interfieren con la función del cuerpo lúteo dando lugar a cambios anómalos en el endometrio. Él manifiesta que estas hormonas por impedir la anidación y no la fecundación no deberían denominarse píldoras anticonceptivas ya que la consecuencia sería un aborto temprano²⁰. No obstante, para poder entender la composición y los efectos del fármaco es importante primero explicar el medio en el que será aplicado.

¹⁸ ORREGO VICUÑA, Fernando. *La píldora del día después. Aspectos médicos y biológicos*. Santiago de Chile: Universidad de los Andes, 1° ed, 2015; p. 14. ISBN: 978-956-7160-32-7

¹⁹ BUSQUETS C., Maritza; PREISLER, Jessica y POLI, Cecilia. Mecanismo de acción de anticonceptivos orales: ¿Cumplen los ACO de bajas dosis con el objetivo de inhibir la ovulación? En: *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* [online]. 2002, vol.67, n.3, p 243 [consulta: 13 de abril 2020]. ISSN 0717-7526. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchog/v67n3/art14.pdf>.

²⁰ MOORE, Keith. L et al. *Embriología...*, op.cit. p. 516

La píldora del día siguiente a diferencia de las píldoras anticonceptivas de uso regular es suministrada únicamente por la mujer en tanto que sus efectos están dirigidos a impedir el embarazo no como un mecanismo de prevención, afectando la producción o desplazamiento de los gametos sexuales masculino o femenino, sino que principalmente se dirige a afectar el medio en que se incuba la vida del nuevo ser o su desarrollo²¹. Una de las diferencias más comunes entre ellas es que estas últimas son administradas antes del depósito del material seminal en el órgano genital femenino, por tanto, no atacan a una potencialidad de vida humana, sino a la posibilidad de su formación. Sin embargo, tampoco se puede afirmar que desde el momento del coito los espermatozoides son capaces de fecundar ya que este proceso es una secuencia compleja de eventos moleculares coordinados que inicia con el contacto entre un espermatozoide y un ovocito acompañado de etapas previas. En la mujer, estas etapas son la ovulación y formación del cuerpo lúteo; en el hombre, la eyaculación, el desplazamiento y el acondicionamiento de los espermatozoides, antes de fecundar²².

Moore explica que a partir de la pubertad en la mujer se presentan ciclos reproductivos en los que participan diferentes órganos como el hipotálamo cerebral, la hipófisis, los ovarios, el útero, las trompas uterinas, la vagina y las glándulas mamarias, estos ciclos mensuales preparan el sistema reproductor femenino para el embarazo. Durante este proceso las células neurosecretoras del hipotálamo sintetizan una hormona liberadora de gonadotropinas la cual estimula la liberación de dos hormonas producidas por la hipófisis que actúan sobre los ovarios y el endometrio, estas son:

- a) La hormona folículo-estimulante (FSH), la cual estimula el desarrollo de los folículos ováricos y la producción de estrógenos por parte de las células foliculares.
- b) La hormona luteinizante (LH), que actúa como “elemento desencadenante” de la ovulación (liberación del ovocito secundario) y estimula la producción de progesterona.

En la ovulación, la LH contribuye con la maduración de los folículos ováricos de los cuales solo uno alcanzará la plena madurez por cada ciclo ovárico, los demás se degeneran y se vuelven atrésicos²³, este folículo maduro liberará un ovocito secundario para su fecundación. Después de la liberación del ovocito y bajo la influencia de esta hormona, las paredes del folículo ovárico y la teca folicular colapsan y se convierten en una formación

²¹ Se han desarrollado y probado en ensayos clínicos una “píldora” masculina. Contiene un andrógeno sintético que impide la secreción de LH y FSH, detiene la producción de espermatozoides (del 70-90%) o la reduce a niveles de infertilidad. Véase en SADLER, T.W. *Embriología médica*. Barcelona: LWW, 12 ed, 2013. p. 36. ISBN: 978-84-15419-83-9

²² MOORE, Keith. L et al. *Embriología...*, op.cit. pp.20-28

²³ Se refiere a que sufren un proceso de atrofia. Véase en CLINICA UNIVERSIDAD DE NAVARRA: *Diccionario médico*. 2020, [En línea]. Disponible en: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/foliculo-atresico> [Consultado 14 abr. 2020]

glandular, o cuerpo lúteo, que segrega progesterona y una cierta cantidad de estrógenos lo que hace que las glándulas endometriales presenten secreción y preparen al endometrio para la implantación del blastocito. Si el ovocito es fecundado, el cuerpo lúteo aumenta de tamaño y se convierte en el denominado cuerpo lúteo del embarazo, que muestra un incremento en su producción hormonal²⁴²⁵.

Si bien las células foliculares producen estrógenos que favorecen el proceso de ovulación, los estrógenos correspondientes a los anticonceptivos orales (píldoras del día siguiente), por ser sintéticos, actúan sobre el hipotálamo y la hipófisis con inhibición de la secreción de la hormona liberadora de gonadotropinas, de la FSH y de la LH, esta reacción sería contraproducente para la secreción esencial que se necesita en la ovulación lo cual daría sentido al efecto anovulatorio de dicha píldora²⁶. Por otro lado, si el ovocito secundario se forma correctamente y logra ser expulsado del folículo ovárico, comienza su desplazamiento. Las fimbrias de la trompa de Falopio barren la superficie del ovario y dicha trompa empieza a contraerse rítmicamente, se cree que el ovocito rodeado de algunas células granulosas cae dentro de la trompa gracias a esos movimientos de barrido, una vez que está dentro de la trompa, el ovocito se separa de las prolongaciones citoplasmáticas de la zona pelúcida²⁷ y es impulsado por las contracciones musculares peristálticas de la misma hasta la región ampollar de la Trompa de Falopio, donde se dará la fecundación²⁸.

Mientras tanto, los espermatozoides a partir del coito se desplazan rápidamente desde el epidídimo hasta la uretra debido a las contracciones peristálticas de la cubierta muscular, las glándulas sexuales accesorias (glándulas o vesículas seminales, próstata y glándulas bulbo uretrales) producen secreciones que se añaden al líquido en el que están contenidos los espermatozoides, el semen²⁹. Este líquido que durante el coito es depositado en el orificio externo del cérvix uterino y en el fondo del saco vaginal contiene aproximadamente unos 200-600 millones de espermatozoides, los cuales pasarán por un proceso de acondicionamiento de aproximadamente 7 horas que les permitirá fecundar, sin embargo, Ryuzo Yanagimachi en sus estudios sobre la Fertilización de los mamíferos en *The Physiology of Reproduction*

²⁴ MOORE, Keith. L et al. *Embriología...*, op.cit. pp. 24-25

²⁵ Ver Anexo N° 1

²⁶ *Ibídem*, p.26

²⁷ Capa de glicoproteína alrededor de un óvulo en desarrollo en el folículo ovárico. Véase en, INSTITUTO BERNABEU: Diccionario ginecológico. 2020, [consulta: 14 abr. 2020]. Disponible en: <https://www.institutobernabeu.com/es/diccionario-ginecologico/v/zona-pelucida/>

²⁸ Ver Anexo N° 2

²⁹ MOORE, Keith. L et al. *Embriología...*, op.cit. p.27

(1994) pudo identificar que el proceso de capacitación de los espermios puede durar incluso de 3 a 4 horas³⁰.

Habitualmente este proceso de capacitación se da en el útero o trompas uterinas debido al efecto de las sustancias segregadas por estas estructuras del tracto genital femenino. Ahora bien, está comprobado que aunque el desplazamiento de los espermatozoides sea lenta en el entorno ácido de la vagina aproximadamente de una velocidad de 2-3 mm por minuto, el desplazamiento en el entorno alcalino del útero será mayor lo que fundamentará el hecho de haber encontrado espermatozoides con motilidad en la ampolla incluso 5 minutos después de haber sido depositados en la proximidad del orificio externo del cérvix uterino³¹. En ese sentido se pasará a explicar gráficamente y de manera breve, el tiempo promedio que podría llevar a un espermatozoide fecundar.

El Dr. Víctor Figueroa Zevallos, médico especialista en ginecología, explicó en una entrevista realizada por el Diario La República que la vagina es un órgano muscular elástico en forma de conducto que va desde los genitales externos, área conocida como vulva, hasta el cuello del útero. Su largo promedio es de 9 cm según el estudio ‘La longitud vaginal: análisis multivalente’ (2009), realizado en España, aunque comentó también que durante el acto sexual suele prolongarse un poco más pudiendo llegar hasta los 15 centímetros³². Considerando que un espermatozoide puede trasladarse de 2-3mm por minuto y teniendo en cuenta que la vagina cuenta con una longitud de 15 centímetros como máximo, el resultado aproximado de su traslado hasta el orificio externo del cérvix uterino será el siguiente:

Tabla 1

Tiempo de traslado hasta el orificio externo del cérvix

<u>DISTANCIA</u>	<u>TIEMPO</u>
0.30 CM	1 MINUTO
15 CM	X
RESULTADO:	50 MINUTOS (*)
(*) Este resultado no pretende ser exacto ya que existen diversos factores en el sistema reproductor femenino que pueden facilitar o dificultar el desplazamiento de los espermios al interior de la cavidad vaginal.	

Fuente: Elaboración propia

³⁰ ORREGO VICUÑA, Fernando. La píldora..., op. cit. p. 12.

³¹ MOORE, Keith. L et al. *Embriología...*, op.cit. p.28

³² FIGUEROA ZEVALLOS, Víctor, ¿Es cierto que los primeros centímetros de la entrada vaginal son más sensibles? [Entrevista]. Diario La República: Lima, 2019.

Siguiendo con el mismo resultado, se añaden los 5 minutos de traslado hasta la ampolla y las 7 horas de acondicionamiento obteniendo como resultado un tiempo aproximado de 8 horas para fecundar. A pesar de ello, Orrego afirma que existen casos en los que se puede visualizar la llegada de los espermios a la trompa después de los 5 minutos de terminado el acto sexual, lo que reduciría el rango de tiempo anteriormente mencionado³³.

Cuando el espermatozoide más capacitado atraviesa la corona radiada que rodea al ovocito secundario comienza el proceso de fecundación. Para Moore, este proceso es una secuencia de acontecimientos coordinados: 1) El paso del espermatozoide a través de la corona radiada. 2) La Penetración de la zona pelúcida, fase más importante en el inicio de la fecundación porque abre un camino al espermatozoide para que este se pueda introducir en el ovocito. 3) La fusión de las membranas celulares del ovocito y el espermatozoide. 4) La finalización de la segunda división meiótica del ovocito y formación del pronúcleo femenino. 5) La formación de pronúcleo masculino. 6) La fusión de los pronúcleos dando lugar a una agregación diploide única de cromosomas³⁴. Respecto a esta última etapa de la fecundación existen algunos autores que sostienen críticas respecto a la individualidad genética que no se ha logrado con las etapas posteriores. Frente a este argumento Moore manifiesta que en la embriología se habla de un proceso continuo en el que se van actualizando gradualmente todas las potencialidades ya presentes en el cigoto humano, así mismo en la genética este “efecto cascada” también es ampliamente reconocido en tanto que las divisiones y formación de los pronúcleos no son procesos independientes a su identidad cromosómica ya que sería la información genética propia la que dirigirá este proceso de replicación y determinación celular, absorción de moléculas, proteínas y enzimas, hasta la determinación de tejidos y órganos a ser formados³⁵.

Con la fusión de los pronúcleos se determina además el sexo cromosómico del embrión y este cigoto comienza a sufrir una serie de divisiones mitóticas formando blastómeros progresivamente más y más pequeños. Tras la fase de nueve células, los blastómeros muestran un cambio de configuración y se alinean estrechamente entre sí formando una masa redondeada y compacta de células que darán lugar al embrioblasto del blastocito. Cuando ya se hayan formado entre 12 a 32 blastómeros, el ser humano en desarrollo se denomina mórula la cual es introducida en el útero aproximadamente 3 días

³³ ORREGO VICUÑA, Fernando. *La píldora...*, op. cit. pp. 11-12.

³⁴ MOORE, Keith. L et al. *Embriología...*, op.cit. p.30

³⁵ TORRE DÍAZ, Francisco Javier de la. *El embrión humano en la fase de preimplantación*. En: *Bioética: vulnerabilidad y responsabilidad en el comienzo de la vida*. Madrid: Dykinson, 2016. ISBN: 978849085-799-

después de la fecundación, durante esta fase de desarrollo el producto de la concepción³⁶ se denomina blastocito, este permanece flotando en las secreciones uterinas durante unos 2 días aproximadamente y mientras flota en el útero, el embrión obtiene su nutrición a partir de las secreciones de las glándulas uterinas³⁷.

Aproximadamente, 6 días después de la fecundación el blastocito se une al epitelio endometrial configurándose una de las fases iniciales de la implantación del embrión³⁸. Para que pueda darse correctamente este proceso es necesario que se haya iniciado primero la correcta maduración del embrión, un desplazamiento adecuado hasta el lugar de implantación y finalmente la preparación del endometrio que debe haber pasado por un proceso complejo de maduración inducido por la acción de las hormonas ováricas estradiol, progesterona y otros factores menos conocidos, entre los cuales influirían al menos 18 producidos por el embrión mismo. Una falla en cualquiera de estos procesos impedirá la implantación.

¿Qué pasa entonces con la píldora del día siguiente si está hecha para ser administrada después del coito? La píldora del día siguiente, o también llamada “píldora del día después” es el nombre común que se le atribuye al llamado anticonceptivo oral de emergencia. Existen distintos tipos, sin embargo, el más usado actualmente es aquel que está compuesto principalmente por un elemento químico sintético denominado Levonorgestel (en adelante, LNG). Según su compuesto químico principal, los métodos de anticoncepción oral de emergencia se dividen en 3 tipos:

- a) Los que contienen sólo Acetato de Ulipristal (PAE-AUP), este componente es un esteroide sintético derivado de la 19-norprogesterona, con selectividad tisular, cuyo mecanismo de acción es el antagonismo parcial de los receptores de progesterona. Presenta dos indicaciones aprobadas en el Perú bajo diferentes dosis³⁹: 1) Como anticonceptivo de emergencia a dosis de 30 mg bajo la marca comercial EllaOne⁴⁰, y, 2) Como tratamiento preoperatorio de los miomas uterinos comercializado con el nombre

³⁶ El concepto “producto de la concepción” se refiere a todas las estructuras que se desarrollan a partir del cigoto (p. ej. El embrión, el amnios y el saco coriónico). Se utiliza el término “producto de la concepción” para indicar un embrión y sus membranas extraembrionarias. El término “aborto” se refiere a los productos parciales o completos de un aborto; es decir, el embrión y sus membranas, incluyendo la placenta. Así un aborto es un producto de la concepción abortado. Cfr. MOORE, Keith. L et al. Embriología..., op.cit. p.516

³⁷ Ver Anexo N° 3

³⁸ Ibídem, p.32-33

³⁹ CASTRO, Mauricio; SANTIS, Agustina de; GALARRAGA, Florencia y DOMINGUEZ, Viviana. Acetato de Ulipristal: Restricciones de uso por riesgo de daño hepático. En: Boletín Farmacológico [online]. Diciembre 2018, vol.9, n.4, p 243. [consulta: 14 de abril 2020] Disponible en: https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/21078/1/alerta_de_farmacovigilancia_-_acetato_de_ulipristal.pdf

⁴⁰ Ver Anexo N° 4 (Registro Sanitario)

comercial Esmya⁴¹. Como anticonceptivo, deberá ser suministrado por vía oral hasta las 120 horas (5 días) siguientes al contacto sexual sin protección o cuando se sospeche del fallo del anticonceptivo usado, no está indicada para la terminación de un embarazo conocido o sospechado ya que, si este medicamento se usa inadvertidamente durante el embarazo, la mujer puede exponer a un peligro potencial al feto⁴².

- b) Los que contienen sólo Levonorgestrel (PAE-LNG), el LNG es un compuesto químico sintético derivado de la 19-nortestosterona la cual, a su vez, deriva de la hormona masculina testosterona. Este origen hace que el LNG tenga una acción dual: Por un lado, similar a la hormona femenina progesterona (que favorece la gestación) y, por otro, que tenga efectos masculinizantes que antagonizan la acción de las hormonas femeninas⁴³. En cuanto a las indicaciones, contraindicaciones y dosificación de este anticonceptivo, debe ser suministrada dentro de las 72 horas (3 días) posteriores al acto sexual, no está diseñado para uso rutinario y puede ser ingerida en 2 modalidades: 1 tableta de 1,5 mg en dosis única o 2 tabletas de 0.75 mg, suministradas cada 12 horas⁴⁴.

En nuestro país actualmente existen 62 marcas aprobadas de medicamentos con este compuesto utilizadas exclusivamente para la anticoncepción de emergencia bajo prescripción médica.

Tabla 2

Productos de Levonorgestrel 0.75mg y 1.5mg en tabletas con Registro Sanitario Vigente al 21 de mayo del 2020

N°	Nombre	Composición	Condición de venta	N° registro
1	POSTINOR 2	0,75 mg	con receta médica	E14208
2	LEVISTRIL	0,75 mg	con receta médica	EN05643
3	VESTREL	0,75 mg	con receta médica	EN05795
4	VONORGES	0,75 mg	con receta médica	EN05796
5	NORISTIL	0,75 mg	con receta médica	EN05793
6	SAFEX	0,75 mg	con receta médica	EN05604
7	TIBEX	0,75 mg	con receta médica	EE02126
8	TACE	0,75 mg	con receta médica	EE04091

⁴¹ Ver Anexo N° 5 (Registro Sanitario)

⁴² Para comprobar este efecto la FDA (Agencia Federal para la Administración de Alimentos y Drogas de los Estados Unidos de América) realizó un estudio con ratas y conejos en donde se comprobó una pérdida embriofetal durante el periodo de organogénesis, después de 12 y 13 días de dosificación con exposiciones diarias a los medicamentos de 1/3 y 1/2 de la exposición humana, y según el área de superficie corporal (mg / m²). Véase, FOOD & DRUG ADMINISTRATION U.S. Ficha Técnica EllaOne. [consulta: el 14 de abr. 2020]. Recuperado de https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2010/022474s000lbl.pdf

⁴³ ORREGO VICUÑA, Fernando. La píldora..., op. cit. p.16

⁴⁴ FOOD & DRUG ADMINISTRATION U.S. Ficha Técnica PlanB. [consulta: el 14 de abr. 2020]. Recuperado de https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2009/021998lbl.pdf

N°	Nombre	Composición	Condición de venta	N° registro
9	DETALLE	0,75 mg	con receta médica	EE04481
10	DINAFEM DUO	0,75 mg	con receta médica	EE04827
11	MERGYNEX DUO	0,75 mg	con receta médica	EE02659
12	POSTINOR 1	1,5 mg	con receta médica	E17268
13	UNIPIL 1	1,5 mg	con receta médica	E22464
14	LNG - METHOD 5 PLUS	1,5 mg	con receta médica	E22950
15	GUVARIX -V	1,5 mg	con receta médica	EE00367
16	EVITTA	1,5 mg	con receta médica	EE01046
17	EMKIT DS	1,5 mg	con receta médica	EE01254
18	DIA UNICA	1,5 mg	con receta médica	EE01743
19	PREVEMB 1	1,5 mg	con receta médica	EE01814
20	DETALLE +	1,5 mg	con receta médica	EE02753
21	TIBEX	1,5 mg	con receta médica	EE03181
22	MARYLIN 1.5	1,5 mg	con receta médica	EE03183
23	MIXYDAY	1,5 mg	con receta médica	EE03331
24	PLAKIT 1.5	1,5 mg	con receta médica	EE03923
25	PILLANT 1.5	1,5 mg	con receta médica	EE04633
26	POSTDAY 1	1,5 mg	con receta médica	EE04644
27	VELOR	1,5 mg	con receta médica	EE04982
28	CERCIORAT	1,5 mg	con receta médica	EE05026
29	KUYDATEE ONE	1,5 mg	con receta médica	EE05154
30	NOVANOR 1	1,5 mg	con receta médica	EE05293
31	GLANIX	1,5 mg	con receta médica	EE05534
32	VIKA	1,5 mg	con receta médica	EE05565
33	DAMICOCYN	1,5 mg	con receta médica	EE05702
34	LEVONOR	1,5 mg	con receta médica	EE05738
35	MERGYNEX PLUS	1,5 mg	con receta médica	EE05931
36	D-SIGYENT	1,5 mg	con receta médica	EE05965
37	FASPIL®	1,5 mg	con receta médica	EE05984
38	FEM DAY 1	1,5 mg	con receta médica	EE05990
39	VIXINOR 1	1,5 mg	con receta médica	EE06182
40	FEMERGYN 1	1,5 mg	con receta médica	EE06212
41	DIA DES	1,5 mg	con receta médica	EE06252
42	SCAPE-TAB	1,5 mg	con receta médica	EE06378
43	DESI-D	1,5 mg	con receta médica	EE06656
44	EVIT 1®	1,5 mg	con receta médica	EE06769
45	LYAGRAM	1,5 mg	con receta médica	EE06883
46	LINDIOL 1	1,5 mg	con receta médica	E22561
47	ZINTEMORE	1,5 mg	con receta médica	E22841
48	GYNATURE 1.5	1,5 mg	con receta médica	E06911

N°	Nombre	Composición	Condición de venta	N° registro
49	THEOPEL	1,5 mg	con receta médica	EE07201
50	DIA S MP	1,5 mg	con receta médica	EE07227
51	ELUDDE	1,5 mg	con receta médica	EE07324
52	SACADOL	1,5 mg	con receta médica	EE07615
53	POSTPIL	1,5 mg	con receta médica	EE07754
54	JANICOCYN®	1,5 mg	con receta médica	EE07765
55	SAFEDAY	1,5 mg	con receta médica	EE08506
56	LEVONORGESTREL	1,5 mg	con receta médica	EN02321
57	NOGESTROL	1,5 mg	con receta médica	EN03192
58	SAFEX	1,5 mg	con receta médica	EN05605
59	LEVISTRIL	1,5 mg	con receta médica	EN05644
60	GESTRIL	1,5 mg	con receta médica	EN05791
61	NORISTRIL	1,5 mg	con receta médica	EN05792
62	SEXIULTRA	1,5 mg	con receta médica	EN06417

Fuente: Elaboración propia de datos obtenidos por DIGEMID

Sin embargo, en el 2006 mediante el Informe Técnico N° 03-2006 elaborado por La Dirección de Acceso y Uso de Medicamentos del Ministerio de Salud se constató que existían todavía 12 Registros Sanitarios aprobados para la comercialización de este compuesto en la concentración de 0,75mg, y sólo 02, en la concentración de 1,5mg.

Tabla 3

Productos de Levonorgestrel 0.75mg y 1.5mg en tabletas con Registro Sanitario vigente al 15 de febrero del 2006

Nro	Producto	Fabricante	Registro
1	IMPREVIAT 0.75 MG.	CRAVERI S.A.I.C.	E17423
2	POSTDAY 0.750MG	URUFARMA S.A.	E17806
3	PREGNON 0.75 mg	FAMY CARE LIMITED	E16309
4	EMKIT 0.75mg	ZAFA PHARMACEUTICAL LABORATORIES (PRIVATED) LTD.	E16473
5	IMEDIAT N 0.750mg	LABORATORIOS BLIPACK S.A.	E16484
6	TIBEX 0.75mg	LABORATORIO RECALCINE S.A.	E16627
7	LEVONORGESTREL 0.75%	LAB. AC FARMA S.A. - LACFASA	NG4253
8	GLANIQUE 0.75 mg	LABORATORIOS BLIPACK S.A.	E16117
9	POSTINOR 2 0.75 mg	GEDEON RICHTER S.A.	E14208
10	NORVELO 0.75 MG	L.C.O. SANTE	E13203
11	PILL 72 0.75MG	CIPLA LTD	E18085
12	PILLEX 0.75 MG	CIPLA LTD	E18127
13	GLANIQUE 1.5MG	CRAVERI S.A.I.C	E17690
14	TIBREX 1.5MG	LABORATORIO RECALCINE S.A.	E18037

Fuente: MINISTERIO DE SALUD. DIRECCION GENERAL DE MEDICAMENTOS INSUMOS Y DROGAS, Informe técnico N°03-2006

Desde 1999, la U.S Food and Drug Administration (FDA) aprobó el Levonorgestel como contraceptivo de emergencia (con el nombre comercial de Plan B) y fue lanzado al mercado el 23 de agosto, un mes después a su aprobación. Seguidamente la

OMS, ese mismo año, lo consideró como medicamento esencial dentro de su lista en el 14° lugar lo que contribuyó a su comercialización y distribución en distintos países como parte de sus políticas sociales.

- c) Combinadas o también llamado método Yuzpe, con estrógeno y progestágeno (PAE combinadas), fueron impulsadas por el doctor Albert Yuzpe de la Universidad de Ontario Occidental del Canadá, quien en la década del 70 propuso este método con la utilización de píldoras anticonceptivas de uso regular combinadas que contienen etinil-estradiol y levonorgestrel, pero administradas en dosis más altas⁴⁵. Como método anticonceptivo oral de emergencia están compuestas por un estrógeno (de 100 a 120 mcg de etinilestradiol) y un progestágeno (de 0,50 a 0,60 mg de levonorgestrel o de 1,0 a 1,2 mg de norgestrel). La primera dosis se debe tomar tan pronto como sea posible después de la relación sexual sin protección (preferentemente en las 72 horas posteriores y, a más tardar, en las 120 horas posteriores [5 días]) y la segunda dosis, 12 horas más tarde. Si se experimentan vómitos durante las 2 horas posteriores a la toma del medicamento, se debe administrar una nueva dosis⁴⁶. La misma OMS se ha manifestado sobre este método como el de peor eficacia y menor tolerancia⁴⁷, sin embargo, en el Perú aún se sigue dispensando este tipo de fármacos para los fines anteriormente mencionados. Actualmente existen 36 Registros sanitarios vigentes autorizados para comercializar estos compuestos químicos bajo diferentes marcas. Se muestra en la Tabla 4.

¿Cuáles son los efectos de esta pastilla? ¿Existe realmente una inocuidad del fármaco respecto a la vida engendrada? En las diferentes prescripciones y empaques de estas píldoras se hace referencia con frecuencia solo a dos efectos ampliamente conocidos, el efecto anovulatorio y el efecto anti espermático; sin embargo, algunos científicos, médicos, proveedores e incluso organizaciones internacionales incluyen en su composición, ampliamente conocido también, un tercer efecto que pondría en jaque la legitimidad de su distribución a nivel mundial, el efecto anti-implantatorio.

⁴⁵ JUSTO CALLO, Jenny E. *La Píldora del Día Siguiente y el Tratamiento de los Derechos Humanos en el Perú*. [en línea]. Tesis de Maestría en Derechos Humanos. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. [consulta: 15 abril de 2020]. Disponible en: <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/1401>

⁴⁶ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD -OMS. *Anticoncepción de emergencia*. Suiza; 2016 [Recuperado el 16 de abril de 2020]. Disponible en: <http://promsex.org/oms-nota-descriptiva-n-244-anticoncepcion-de-emergencia/>

⁴⁷ Cfr. ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS/RHR). *Planificación Familiar: Un manual para proveedores*. USAID: Fundación Johns Hopkins University. Baltimore y Ginebra: CCP y OMS, 2011. ISBN 978-92-7-532886-6, p.24.

Tabla 4

Productos de anticoncepción combinados (estrógenos y progestenos) en tabletas con Registro Sanitario vigente al 21 de mayo del 2020

N°	Nombre	Composición	condición de venta	N° registro
1	MINIGYNON	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	E15045
2	FAMILIA 28	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	E16474
3	ANULETTE 20	Etinilestradiol 0.56 mg + Levonorgestrel 2.8 mg	con receta médica	E17518
4	ANULETTE CD	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	E17889
5	ACTIVA 28	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	E22360
6	ACTIVA 21	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	E22381
7	C-GURA 21	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE00182
8	PUNTUAL® 28	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg + Fumarato ferroso 2.1 mg	con receta médica	EE01126
9	MINIPIL SUAVE	Etinilestradiol 0.56 mg + Levonorgestrel 2.8 mg	con receta médica	EE01335
10	ANULETTE 20	Etinilestradiol 0.56 mg + Levonorgestrel 2.8 mg	con receta médica	EE01393
11	PUNTUAL	Etinilestradiol 0.56 mg + Levonorgestrel 2.8 mg + Fumarato ferroso 2.1	con receta médica	EE01432
12	ANULETTE CD	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE02258
13	RIGEVIDON 21 +	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE02401
14	DORITA 28	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE03029
15	ACTIVA 28	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE03155
16	MICROGYNON	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE03380
17	SINOVUL	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE03477
18	ACTIVA 21	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE03989
19	FAMILA 28F	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE04629

20	RIGEVIDON	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE05201
21	LIPHGESTREL-28	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE05707
22	DIVINA 28	Etinilestradiol 1.68 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE05910
23	XICLOGYNON	Etinilestradiol 1.68 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE06030
24	EFFECTIVA 21	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE06047
25	NORVETAL	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE06277
26	ANAYSS 21	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE06496
27	NORGESTRIOL	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE06697
28	NERGYNOL 28	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg + Fumarato ferroso 2.1	con receta médica	EE06726
29	SYNPREG	Etinilestradiol 0.56 mg + Levonorgestrel 2.8 mg	con receta médica	EE06765
30	BELEZZA 21	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE06815
31	EFFECTIVA PLUS - 28	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg + Fumarato ferroso 2.1	con receta médica	EE06824
32	LIPHGESTREL F-28	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EE07163
33	MEDGYNOL	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EN00839
34	GYNOPACK-E	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EN02774
35	GENIROX	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EN05883
36	ROXEGIN	Etinilestradiol 0.84 mg + Levonorgestrel 4.2 mg	con receta médica	EN05910

Fuente: Elaboración propia de datos obtenidos por DIGEMID

Según la OMS, estas pastillas previenen la ovulación y no tienen un efecto detectable sobre el endometrio (revestimiento interno del útero) o en los niveles de progesterona, cuando son administradas después de la ovulación. Además, manifiestan que son totalmente inofensivas e ineficaces cuando el proceso de implantación se ha iniciado y por lo tanto, no provocarían un aborto⁴⁸. Sin embargo, la Biblioteca Nacional de Medicina a través de su

⁴⁸ *Ibíd.*, p.45.

Enciclopedia Medline determina dentro de sus efectos dicha píldora tampoco permite que el revestimiento del útero se desarrolle lo suficiente como para recibir y nutrir un óvulo fertilizado. Esta información ha sido validada por URAC, una organización sin fines de lucro que opera en Estados Unidos como el primer acreditador de información sobre Salud y Calidad Médica, que facilita incluso revisiones de validación a empresas/sociedades estadounidenses que tengan operaciones internacionales⁴⁹.

Así mismo, los manuales básicos de embriología que se utilizan en diversas universidades a nivel mundial como material académico para las carreras de Medicina, Farmacia, Obstetricia también tienen una postura acerca de los efectos de este fármaco, incluso como posibles advertencias. Así dice Moore, el endometrio es como un “espejo” del ciclo ovárico debido a que responde de manera estable a las fluctuaciones en las concentraciones de las hormonas gonadotrópicas y ováricas, de esta manera los anticonceptivos orales para el control de natalidad actúan sobre el hipotálamo y la hipófisis con inhibición de la secreción de la hormona liberadora de gonadotropinas y de la FSH y la LH, lo que afectaría indudablemente también al útero⁵⁰. Además, manifiesta que la administración de dosis relativamente elevadas de progesterona, estrógenos o ambos (“píldora del día después”), no suele evitar la fecundación, aunque se administre durante varios días y al poco tiempo de un coito sin protección, lo que impide es la implantación del blastocito por la alteración del equilibrio normal de hormonas necesario para la preparación del endometrio⁵¹.

a) Respecto al efecto anovulatorio, existen posturas encontradas en cuanto a los cambios que pueden darse en el proceso ovulatorio de la mujer si la píldora es administrada, antes, durante o después de la ovulación. En lo que coinciden muchos estudios es en determinar que durante la fase folicular, la píldora del día siguiente, tiene la capacidad de impedir la ruptura folicular o la luteinización, pero incluso existen estudios que afirman que no siempre se da debido a que depende mucho el rango de tiempo en que es ingerida, siendo menos eficaz incluso si se consume 5 días antes a la ovulación.

Así Croxatto y cols. Observan que, si su consumo se da 5 días antes de la ovulación, ésta se inhibe en 80%, si se da tres días antes, la inhibición es de 50%, y en dos días antes ésta ya no se altera por lo que, de haber ovulación, el efecto siguiente sería suprimir el pico de LH

⁴⁹ Sobre el tercer efecto. Véase, LIBRERÍA NACIONAL DE MEDICINA DE LOS ESTADOS UNIDOS DE NORTEAMÉRICA- MEDLINE PLUS. Anticonceptivos a base de hormonas [En línea]. Consultado el 17 de abr. 2020. Recuperado de: <https://medlineplus.gov/ency/imagepages/17101.htm>

⁵⁰ MOORE, Keith. L et al. *Embriología...*, op.cit. p.30

⁵¹ *Ibíd.*, p.50

haciendo difícil la ulterior implantación del embrión⁵². Sin embargo, como diría López Guzmán, el hecho de que la Píldora del día siguiente no sea capaz, en todos los casos, de impedir la ovulación, no indica directamente que actúe sobre el embrión o el endometrio del útero ya que su eficacia o ineficacia podría depender de otros factores como: la etapa del ciclo menstrual en que se hayan usado.

Por ello, para que estos presupuestos lleguen a ser concluyentes se tendría que justificar y demostrar tal hipótesis con el suficiente rigor científico⁵³, médicos e investigadores en ginecología afirman que los días fecundantes del ciclo menstrual son seis, el día de la ovulación y los cinco días previos a la ovulación. Si a los cinco días previos a la ovulación la píldora funciona en un 80% como inhibitoria, y a los 3 días en un 50% ¿Verdaderamente se cumpliría con el 95% de eficacia que se propone en la posología del fármaco, quienes indican que es más eficaz mientras se administre inmediatamente después del acto sexual? ¿Depende entonces de la inmediatez de la ingesta o de la fase pre o postovulatoria en que se encuentre la mujer? Creinin en el año 2006 realizó una investigación en el que se indicaban los embarazos detectados con la toma de la PDS en relación al día del ciclo. Se realizó una tabla de los embarazos esperados y producidos en los distintos días del ciclo, y el resultado fue el siguiente: Si se toma la PDS después de una relación sexual efectuada entre el día -1 al +5, el número de embarazos esperados tendría que coincidir con el de producidos si el único mecanismo de acción se debiera a la anovulación. Sin embargo, se comprobó que en ese rango de tiempo quedaron embarazadas 12 mujeres de un total de 461, lo esperado si no se hubiera tomado la PDS, era de 38 embarazos. De ahí se desprende que hubo 26 embarazos menos de los esperados y que no están relacionados con la anovulación. Por esa razón, López Guzmán afirma que hay razones suficientes para mantener que la inhibición de la ovulación no es el único mecanismo de acción de la PDS⁵⁴.

En el mismo sentido, Busquets manifiesta que como contraceptivos, además del efecto anovulatorio considerado como el mecanismo principal, se describen mecanismos secundarios que consisten en los efectos sobre la migración espermática y en el endometrio. Estos solo actuarían en la medida que se produzca la ovulación, es decir, que fallara la inhibición de esta última como mecanismo principal. En este caso, una de las primeras preguntas que debe formularse es en qué porcentaje se inhibe la ovulación en la utilización de los anticonceptivos

⁵² ORREGO VICUÑA, Fernando. *La píldora...*, op. cit. p.17

⁵³ LÓPEZ GUZMÁN, José. Sesgos en la publicación sobre el mecanismo de acción de la píldora del día siguiente. En: *Cuadernos de Bioética* [online]. mayo-agosto 2011, vol.22, n.2, p. 175 [consulta: 17 de abril 2020]. ISSN: 1132-1989. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/875/87519895003.pdf>

⁵⁴ *Ibidem*, p.176.

de emergencia⁵⁵. Glaiser en el año 2010, demostró que el Levonorgestel inhibe la ovulación en un 83% cuando este se toma en presencia de un folículo de 12-14 mm, estado temprano en el proceso ovulatorio, y cuando el riesgo en la concepción en mujeres con ciclo regular es menor del 30%⁵⁶. Así también Croxatto y cols⁵⁷ estudiaron el mismo efecto con el método Yuzpe, y comprobaron que se inhibía la ovulación en un 65% cuando el diámetro del folículo dominante tenía de 12 a 14 mm, en un 40% cuando tenía de 15 a 17mm y en un 0% cuando tenía 18 a 20 mm (ovulación inminente).

Además, mediante un estudio realizado en el año 2007 en Cádiz se comprobó que la reducción de embarazos estimable a un efecto anovulatorio de la PDS no superaría el 32% cuando se toma con 24h de retraso, e incluso aun asumiendo un irreal efecto anovulatorio del 100% hasta el último momento antes del pico de LH que marca la ovulación, la reducción de embarazos no sería superior al 60% con un retraso de 24 h en la administración. A menos que la reducción de la tasa de embarazos fuera mucho más baja de lo estimado, dicha píldora presentaría una actividad post-fecundación⁵⁸. Así, es legítimo entender que incluso el efecto principal y más importante de la PDS perdería sentido aun cuando esta sea administrada a pocas horas posteriores al acto sexual, a los 5 días anteriores a la ovulación (etapa más lejana a la maduración del ovocito) o, peor aún, cuando ya se dio la ovulación. En estos tres casos, ya no se podría hablar de un efecto anovulatorio sino quizás de un efecto espermicida o anti-implantatorio que se proponen también en otros estudios. Cabe resaltar que incluso datos científicos sobre la “mini píldora” (la versión más actualizada de la PDS) demuestran que esta no previene la ovulación en más de la mitad de las mujeres obteniendo un rango de fallo del 67-81%⁵⁹.

b) Respecto al efecto sobre los espermios, como ya se explicó anteriormente, para que los espermatozoides alcancen y fecunden el oocito maduro, estos tienen que pasar por un

⁵⁵ BUSQUETS C., Maritza; PREISLER, Jessica y POLI, Cecilia. *Mecanismo de acción de anticonceptivos...*, op.cit. p. 243.

⁵⁶ GLASIER, A. et al. Ulipristal Acetate versus levonorgestel versus levonorgestel for emergency contraception: a randomized non-inferiority trial and meta-analysis. En: *The Lancet* [en línea] vol. 375, n° 9714, 2010, p. 560. [consulta: 17 de abril 2020]. DOI: 10.1016/S0140-6736(10)60101-8. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/20116841>.

⁵⁷ CROXATTO, H. et al. Effects of Yuzpe regimen, given during the follicular phase, on ovarian function. *Contraception* [online] vol. 65, n° 2, 2002, pp. 121-128. [consulta: 17 de abril 2020] DOI: 10.1016/s0010-7824(01)00299-2. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/11927114>

⁵⁸ ALEGRE DEL REY, Emilio J; FÉNIX CABALLERO, Silvia; DÍAZ NAVARRO, Jorge. Controversias sobre el mecanismo del levonorgestrel postcoital: pruebas a partir de la disminución de embarazos. En: *Farmacia Hospitalaria* [en línea] vol.41, n.6, diciembre 2017, pp. 696-697. [consulta: 17 de abril 2020]. ISSN 2171-8695. Disponible en: <http://scielo.isciii.es/pdf/fh/v41n6/2171-8695-fh-41-06-00696.pdf>

⁵⁹ GRAHAM, Sian; FRASER, Ian S. The progestogen-only mini-pill en *Contraception* [en línea] vol. 26, n. 4, octubre 1982, pp. 373-398 [fecha de consulta: 17 de abril 2020]. DOI: 10.1016/0010-7824(82)90104-4. Disponible en: <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/0010782482901044>.

periodo de capacitación para lo cual son conservados en las criptas espermáticas y son alimentados por el líquido seminal/los fluidos vaginales hasta que puedan migrar a las trompas de Falopio, una vez capacitados, comienzan su desplazamiento gracias a la mucosidad del cuello uterino. El moco cervical en condiciones adecuadas para fecundar suele ser claro, transparente, abundante, elástico y sus moléculas se disponen en paralelo formando canales que facilitan la migración de los espermatozoides, sin embargo, cuando se torna viscoso, grueso, espeso y hostil quiere decir que esta arquitectura normal ha sido alterada por la presencia de un AOE⁶⁰. La fluidificación de dicha mucosidad es dependiente de la proximidad de la ovulación, por ello algunos estudios descartan la eficacia del AOE cuando este es ingerido en el periodo medio y tardío de la fase folicular, es decir, cuando el ovocito ya se encuentra maduro o a punto de salir del folículo ovárico.

Además, gracias a los estudios de Okewole et al. Y Marions et al. se pudo comprobar que el desplazamiento de los espermatozoides hasta las Trompas de Falopio, durante este periodo, podía darse en muy poco tiempo (aproximadamente un minuto)⁶¹, lo cual pone en cuestión la verdadera alteración del moco cervical para inhibir la movilidad del espermio, especialmente durante los días -1 y 0 de la ovulación. Así mismo, de los estudios realizados por Kesserü y col, se reportó una marcada disminución del número de espermatozoides recién después 3-10 horas de producido el coito, un aumento del pH del fluido uterino a las 5 horas, lo cual inmovilizaba a los espermatozoides; y un aumento de la viscosidad del moco cervical a partir de las 9 horas impidiendo el paso de más espermatozoides hacia la cavidad uterina⁶². Esto demuestra también que habría un rango horario bastante amplio para que comiencen los cambios en la mucosidad, considerando que el espermio podría desplazarse en un minuto si se encuentra dentro del periodo medio y tardío de la fase folicular.

Por tanto, si el espermatozoide logra ingresar al útero y se produce la unión a la zona pelúcida del oocito, junto con la reacción acrosómica, se producirá la fecundación. Sin

⁶⁰ TÁVARA OROZCO, Luis. Puesta al día sobre los mecanismos de acción de la anticoncepción oral de emergencia. En: *Federación Latinoamericana de Sociedades de Ginecología y Obstetricia, Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos, y el CLAE* [online] El Salvador, 2010, p.6 [consulta: 17 de abril 2020]. Disponible

en:http://www.adolescenciaalape.com/sites/www.adolescenciaalape.com/files/AOE%20Puesta%20al%20dia%202010_0.pdf

⁶¹ ALEGRE DEL REY, Emilio J. Informe sobre la píldora del día siguiente. En: *Centro de Información de Medicamentos Hospital Universitario de Puerto Real- Cádiz* [online]. Julio 2012, pp.9-10 [consulta: 17 de Abril 2020]. Disponible en: http://hazteoir.org/sites/default/files/adjuntos/informe-PDS_Emilio%20Jes%C3%BAs%20Alegre%20del%20Rey.pdf

⁶² CROXATTO A, Horacio y ORTIZ S, María Elena. Mecanismo de acción del levonorgestrel en la anticoncepción de emergencia. En: *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología* [en línea] vol.69, n.2, 2004, pp.157-162 [consulta: 17 de abril de 2020]. ISSN 0048-766X. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0717-75262004000200011&lng=es&nrm=iso.

embargo, estos procesos al ser dependientes de una regulación hormonal normal, y al ser esta última alterada por la ingesta de los AOE, existen posturas que afirman que el levonorgestel podría afectar a la capacidad de los espermatozoides para adherirse al óvulo, por la mayor producción de glicodelina-A, sustancia que se segrega en el endometrio y dificulta la unión del espermatozoide con la zona pelúcida del ovocito. A pesar de que esta última postura no es ampliamente compartida, Alegre del Rey clasifica los posibles efectos sobre inhibición espermática a través de un efecto directo (alteración de la funcionalidad o activación de los espermatozoides) o indirecto (alteración en la mucosa y el cérvix que favorecen su acceso al óvulo). Si bien el autor entiende que estos procesos son dependientes de la regulación hormonal que tal vez podría verse alterada por la ingesta de un progestágeno a altas dosis, manifiesta que gracias a distintos estudios⁶³ se ha podido comprobar que la motilidad, la reacción acrosómica y la capacidad de unión a la zona pelúcida no se ven afectadas por las concentraciones de levonorgestel alcanzadas en el tracto genital femenino con el uso de la PDS.

Así mismo Trussell, investigador principal de la Universidad de Princeton, afirma que en un estudio que se llevó a cabo hace más de 30 años, se encontró que el LNG interfería con la migración y función de los espermatozoides en todos los niveles del trato genital. Sin embargo, existe un estudio más actualizado y diseñado para evaluar dicha cuestión en donde se encontró que LNG de 1.5 mg no tenía efecto sobre la calidad del moco cervical, ni sobre la penetración de los espermatozoides en la cavidad uterina⁶⁴, y mucho menos sobre la función espermática, la cual podría verse afectada únicamente con niveles mucho más altos de LNG de los que se utilizan en los AOE⁶⁵. Ahora bien, considerando que el efecto sobre los espermatozoides existe, aun cuando los datos que se obtuvieron sobre la fluidez del moco cervical, en muchos casos se dieron gracias a implantes de LNG y con dosificación distinta a

⁶³ YEUNG, William et al. The effects of levonorgestel on various sperm functions. En: *Contraception* [en línea] vol.66, n. 6, diciembre 2002, pp.453-457 [consulta: 17 de abril 2020] DOI: 10.1016/s0010-7824(02)00408-0 Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/12499039>.

⁶⁴ El grupo de Do Nacimiento y col. (2007) comprobó a través de estudios *in vitro* que los espermatozoides no se ven afectados por levonorgestel a las dosis presentes en la toma de la PDS (...). Encontraron que la concentración de levonorgestel en el mucus 24h después de la toma era 1,38% de la concentración pasmática. Por ello, concluye que la toma de 1,5 de LNG no afectaría al mucus, permitiendo la penetración normal de los espermatozoides al útero, de donde se recuperaron en buena cantidad 24-60h tras la toma. *Cfr.* ALEGRE DEL REY, Emilio J. *Informe sobre la píldora*, op.cit. p.10.

⁶⁵ TRUSSELL, James; RAYMOND, Elizabeth G; CLELAND, Kelly. Anticonceptivos de emergencia: Una última oportunidad para prevenir embarazos no deseados. En: *Emergency Contraception*, Princeton University [online] diciembre 2016, pp.7. [consulta: 17 de abril 2020]. Disponible en: <https://ec.princeton.edu/questions/ec-review-espanol.pdf>

la de una toma puntual⁶⁶, se descartó que la dosis utilizada pudiera afectar a la capacidad de penetrar del esperma.

Según lo expuesto anteriormente, habría evidencia disponible que sustente la capacidad de fecundación de los espermatozoides aún después de la ingesta de la PDS, en estos casos ¿Podría considerarse que estamos frente a la posibilidad un aborto?, y si es así ¿Se podría hablar de inocuidad en la píldora? Aunque la estadística y los datos científicos arrojen una posibilidad minúscula de un efecto abortivo en la píldora, el porcentaje no podría modificar la ontología del ser. Para una correcta regulación en la práctica, esa posibilidad debería defenderse desde la visión que la misma ciencia defiende ¿Desde cuándo habría vida? Desde la unión de un oocito con un espermio⁶⁷.

c) Respecto al efecto de anti-implantación del óvulo fecundado, este punto es el más controversial no solo porque en algunos países se ha obviado la inclusión de este tercer efecto en la posología del medicamento sino porque la defensa de esta postura está avalada además por organismos internacionales con opiniones importantes en la materia como son la OMS, la FIGO, la IPPF, la UNFPA. Pero, además, así como se hacen esfuerzos en conjunto y a nivel organizativo, también está claro que algunos médicos, en línea particular, defienden la inexistencia de este tercer efecto con argumentos incluso que contradicen la misma ciencia.

Alegre del Rey explica que los procesos fisiológicos que acaban dando lugar a la implantación del embrión son extremadamente complejos y que, en gran medida, son específicos para cada ser humano⁶⁸. En tal sentido, de existir al menos una remota posibilidad de afectación al embrión no se podría hablar de inocuidad en dicho medicamento. Agrega también que los procesos fisiológicos del endometrio como la decidualización, están regulados hormonalmente, los cuales se alteran si estas últimas también son alteradas. La permeabilidad de la trompa para el embrión, por ejemplo, depende de una señal de progesterona, que se alcanza cuando ésta va aumentando su concentración al principio de la fase lútea, si se produjera demasiado pronto, el embrión podría llegar al endometrio aun cuando éste no esté bien preparado para acogerle⁶⁹.

En otras palabras, Agulles manifiesta respecto a este efecto que se produce una alteración de la motilidad tubárica, la cual afectaría al óvulo ya fecundado, puesto que no le

⁶⁶ ALEGRE DEL REY, Emilio J. *Informe sobre la píldora...*, op. cit. p. 10

⁶⁷ Cfr. CARLSON, Bruce M. *Embriología Humana y Biología del Desarrollo*, 4º ed. Barcelona: ELSEIVER, 2009, pp. 3, 35,57. ORREGO VICUÑA, Fernando. *La píldora...* op. cit. p. 10. SADLER, T.W. *Embriología...* op.cit. p. 10 y MOORE, Keith. L et al. *Embriología...*, op.cit. pp. 13,50,516.

⁶⁸ ALEGRE DEL REY, Emilio J. *Informe sobre la píldora...*, op. cit. p. 10

⁶⁹ *Ibíd*em, p.11

permitiría llegar a implantarse en el útero, esto fundamentaría uno de los efectos secundarios como son los embarazos ectópicos. Así mismo, indica que existen modificaciones en el endometrio a nivel morfológico que altera la expresión de algunas integrinas-proteínas superficiales de adhesión- vitales para la unión del blastocito con la pared uterina, provocando la imposibilidad de anidación. Por último, expresa que durante el proceso de fecundación el cuerpo lúteo favorece con su secreción a la implantación del embrión en el útero, y lo que haría la PDS sería ocasionar insuficiencia luteínica (luteólisis) que haría imposible la anidación⁷⁰.

De todos estos efectos, la hipótesis más estudiada es la del asincronismo del endometrio, provocado por las modificaciones morfo-histoquímicas del mismo. Algunos especialistas defienden que esta alteración pueda estar asociada a una reducción de la encima anhidrasa carbónica, imprescindible para la anidación. Sin embargo, un posicionamiento de la FIGO (marzo 2011) afirmó la ausencia de evidencias de efectos endometriales basándose en varios estudios bastante cuestionables, *in vitro*⁷¹, en animales-ratas⁷² y en monos capuchinos⁷³, para negar la existencia de un posible efecto post-fecundación asociado a la PDS. Se debe tener en cuenta el hecho de que los modelos de reproducción de la rata y del mono capuchino presentan diferencias sustanciales con el de los humanos haciéndose patente, por ejemplo, en el propio estudio realizado en monas en el que la tasa de embarazo en los 12 animales estudiados fue muy elevada (del 70% por cada cópula, con levonorgestel postcoital o sin él), cuestión que no pasa en los seres humanos⁷⁴.

En un estudio realizado por Mikolajczyk y Stanford se tomaron datos fisiológicos y clínicos para cuantificar la acción anticonceptiva de la PDS respecto a los embarazos confirmados no atribuibles a los mecanismos pre-fecundación. Para ello tuvieron en cuenta varios factores como: El momento del ciclo en el que se administra la PDS- antes o después

⁷⁰ AGULLES SIMÓ, Pau. El farmacéutico y la “píldora del día siguiente. En: *Cuadernos de Bioética* [en línea] vol.153, n°63, mayo-agosto 2007, p.208 [consulta: 17 de abril 2020]. ISSN: 1132-1989. Recuperado de: <http://aebioetica.org/revistas/2007/18/2/63/195.pdf>.

⁷¹ LALITKUMAR, P.G et al. Mifepristone, but not Levonorgestrel, Inhibits Human Blastocyst Attachment to an in Vitro Endometrial Three-Dimensional Cell Culture Model. *Human Reproduction* [online] vol.22, n° 11, September- November 2007, p.3031 [consulta: 17 de abril 2020]. DOI: 10.1093/humrep/dem297. Recuperado de: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/17890724/>

⁷² MÜLLER, A. L.; LLADOS, C. M.; CROXATTO, H. B. Postcoital Treatment with Levonorgestrel Does Not Disrupt Postfertilization Events in the Rat. En: *Contraception* [en línea] vol. 67, n°5, mayo 2003, p. 415 [consulta: 17 de abril 2020]. DOI: 10.1016/s0010-7824(03)00021-0. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/12742567/>

⁷³ ORTIZ, M. E.; ORTIZ, R. E.; FUENTES, M. A.; PARRAGUEZ, V. Post-coital Administration of Levonorgestrel Does Not Interfere With Post-Fertilization Events in the New-World Monkey Cebus Apella. En: *Human Reproduction* [en línea] vol. 19, n° 6, abril-Junio 2004, p. 1352 [consulta: 17 de abril 2020]. DOI: 10.1093/humrep/deh180. Recuperado de: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15105392/>

⁷⁴ ALEGRE DEL REY, Emilio J. *Informe sobre la píldora...*, op. cit. p. 12.

de la ovulación-, el retraso con el que se toma la PDS- a mayor retraso, menor probabilidad de efecto preovulatorio- y la probabilidad de embarazo- que varía según el día en que se realiza el acto sexual⁷⁵.

Respecto al primer punto, autores afirman que la administración del LNG incluso dos días antes de la ovulación no tiene ningún efecto sobre esta etapa del proceso de fecundación y sin embargo sí produce alteraciones en el endometrio que varían en intensidad dependiendo del tiempo en que se ingirió, lo que nos conduce al segundo punto⁷⁶. Así mismo, se afirma que de ser tomada la PDS en las setenta y dos horas después de la relación sexual, el efecto anovulatorio es irrelevante siendo la siguiente acción, la modificación de la pared del útero que impide la implantación de embrión⁷⁷. Por otro lado, Kahlenborn et al. Constatan que tanto el método Yuzpe como el Plan B actúan normalmente después de la fertilización como mecanismo prevalentemente implantatorio (cerca del 80% de los casos), incluso sin importar el momento del ciclo en el que fueron utilizados⁷⁸. En ese sentido, es curioso como de la recopilación de datos se ha podido contrastar que Durand M. et al en un trabajo realizado en el 2001 manifestó que la histología del endometrio fue normal después de la ingesta de levonorgestrel antes, durante y después de la ovulación, y posteriormente en otro trabajo realizado en el 2005 actualiza dicha información manifestando que los niveles séricos de glicodelina se elevaron tempranamente y que la expresión endometrial fue mucho más débil⁷⁹.

Teniendo en cuenta que para que se produzca la implantación se tiene que dar un proceso coordinado de factores en el ámbito materno y en el propio embrión dentro de los cuales se encuentra el aspecto histológico característico del embrión (hipertrofia glandular con células epiteliales cilíndricas que contienen vacuolas en su interior, hipervascularización,

⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁶ Cfr. AZNAR LUCEA, Justo. Contracepción de emergencia. En: *Cuadernos de Bioética* [online] vol. 17, n. 3, septiembre- diciembre 2006, p.315 [consulta: 17 de abril 2020] ISSN: 1132-1989. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/pdf/875/87506103.pdf>

⁷⁷ TOMÁS Y GARRIDO, Gloria M. *Cuestiones...*, op.cit. p. 114

⁷⁸ Cfr. KAHLENBORN, Chris; STANFORD, Joseph, LARIMORE, Walter. Postfertilization effect of hormonal emergency contraception. En: *The Annals of pharmacotherapy* [online] vol. 36, n. 3, marzo 2002, pp. 465–470 [consulta: 17 de abril 2020] Recuperado de: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1345/aph.1A344>; sobre el efecto postovulatorio también se puede consultar a PINEDA, Rafael L. Contracepción de emergencia, un mal llamado método contraceptivo. En: *Cuadernos de Bioética* [online] vol. 12, n. 45, febrero 2001, pp. 179-193 [consulta: 17 de abril 2020]. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=170487>

⁷⁹ Véase, LÓPEZ GUZMÁN, José. *Sesgos en la publicación...*, op.cit. p.180. Para mayor información consultar a: DURAND, M et al. On the mechanisms of action of short-term levonorgestrel administration in emergency contraception. En: *Contraception* [online] vol. 64, n. 4, octubre 2001, pp. 227–234 [consulta: 17 de abril 2020]. Recuperado de: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/11747872/> y DURAND, M et al. Late follicular phase administration of levonorgestrel as an emergency contraceptive changes the secretory pattern of glycodeilin in serum and endometrium during the luteal phase of the menstrual cycle. En: *Contraception* [online] vol.71, n.6, enero-junio 2005, pp. 451–457 [consulta: 17 de abril 2020]. DOI: 10.1016/j.contracepción.2005.01.003. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/15914136/>

edema del estroma, transformaciones de la membrana plasmática, etc.) y también los distintos marcadores bioquímicos y moleculares como las hormonas esteroidales y sus marcadores, hormonas peptídicas, factores de crecimiento y citoquinas, moléculas de adhesión, conexinas, etc. Se concluye que principalmente el efecto abortivo se manifiesta por un efecto luteolítico de la combinación hormonal o por modificaciones de la maduración endometrial, con alteraciones, a nivel celular o del complejo enzima-receptor⁸⁰. De ser probado no podría descartarse entonces la inocuidad del fármaco.

1.3 La actual controversia sobre el inicio a la vida. Planteamientos jurídicos

Si bien en los acápites anteriores se ha visto que el inicio de la vida humana puede ser demostrada científicamente a través de la medicina en áreas especializadas como la Biología, Embriología y Genética, no es menos cierto que el debate sobre este tema se extiende a otros campos de estudio de igual relevancia social, por tratarse de una realidad pluridimensional. Entender el concepto de “persona”, “vida humana” o “ser humano” únicamente desde su corporeidad conllevaría a negar las distintas – y a la vez, complementarias- dimensiones que esta realidad presenta. Cuando se habla de algo -una realidad concreta-, es inevitable preguntarse por el *ser* de la cosa, por aquello que lo diferencia de las demás, es decir, por su esencia. Se sabe que en la naturaleza existen diversos seres con características esenciales que terminan por definir las particularidades por las que los hace ser algo y no otra cosa, entre ellos están los denominados seres animados-aquellos que solo pueden ser movidos por otro- y los inanimados, categoría en la que se encuentra el ser humano. Siguiendo esta lógica no se podría hablar de vida humana sin tener en cuenta la necesaria complementariedad de un análisis científico y meta científico en su estudio.

La vida humana presenta características propias a su ser que lo ponen en un nivel superior respecto al orden de creado de las cosas, entre ellas están la capacidad de conocimiento, autoconciencia, voluntad y libertad, que responden a principios de unidad y unicidad propios del ser humano. Cuando se habla de unidad, se entiende a la naturaleza humana como una realidad compuesta por distintos ámbitos de los que brotan exigencias y necesidades humanas particulares que no pueden ser entendidas como parte del ser si es que no se manifiestan siempre en conjunto. De esta manera y únicamente con finalidad didáctica, se dividirán en cuatro: El ámbito material – la materia que conforma el ser, el cuerpo-; el ámbito espiritual- la fuerza que anima a la materia, que es capaz de determinarlo y dirigirlo en su actuación-; el ámbito individual- vinculado al principio de unicidad, por el cual es una

⁸⁰ Véase, LÓPEZ GUZMÁN, José. *Sesgos en la publicación...*, op.cit. p.177.

realidad irrepetible material y espiritualmente-, y el ámbito social- vinculado a la vocación vital relacional o de convivencia; estos elementos constitutivos de la naturaleza humana ayudarán a determinar que son y cuáles son los derechos humanos protegidos jurídicamente⁸¹.

El derecho a la vida actualmente regulado de manera positiva tanto en el derecho interno como en el derecho internacional está reconocido como un “Derecho Humano” cuya fuente de juricidad es la persona humana, entender entonces los criterios anteriores, ayudarán en gran medida a determinar el bien humano debido, partiendo de esas necesidades o exigencias naturales propias del ser. La argumentación jurídica de la dignidad humana y la protección especial de la persona se basa en la posesión de su ser en propiedad privada como realidad inalienable e indisponible, esto lo hace titular de determinados bienes jurídicos que se le deben por el simple hecho de ser hombre y no otra cosa. El Derecho en su tarea de regular las relaciones de justicia, es capaz también de tutelar estos bienes a través del ordenamiento jurídico con el fin de lograr la máxima realización de la persona y de la sociedad. Ya lo decía nuestra Constitución de 1979 al afirmar en su preámbulo que los derechos de la persona humana tenían validez universal y eran anteriores y superiores al Estado.

La actual Constitución Política del Perú expresa en su artículo primero que “(...) la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, así mismo el Tribunal Constitucional Peruano manifestó en una de sus sentencias que la dignidad humana es vinculante (...) pues, en ella y desde ella, es posible establecerse un correlato entre el ‘deber ser’ y el ‘ser’ garantizando así la plena realización de cada ser humano. Además, se manifestó también que este valor era el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilitaba el ordenamiento⁸². No podría entenderse entonces la protección jurídica u otorgamiento de un derecho humano, entendido como bien humano, si no está fundado en el concepto de dignidad humana, es decir en aquel valor intrínseco que le dota al ser de cierta superioridad respecto a las demás cosas, solo así se conseguiría la máxima realización de la naturaleza humana en los cuatro ámbitos: material, espiritual, individual y social- simultáneamente.

Ahora bien, toda disposición legal busca establecer un conjunto de reglas de conducta que protejan aquellos valores garantizados por una organización estatal pero preexistentes a ella, sin embargo, no todos lo aprecian de esta manera. Algunos países han intentado regular la protección de los derechos del individuo teniendo en cuenta los estadios de su desarrollo,

⁸¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho En J. Sosa (Coord.), *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 31-72.

⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, Sentencia del EXP. N. ° 2273-2005-PHC/TC, fundamentos 5-8.

de esta manera, la vida por ejemplo solo podría ser protegida a partir de determinados momentos que le dotarían de personalidad jurídica al sujeto. En ese sentido, desde el plano jurídico, se tendría que discernir qué criterios serían válidos para regular el Derecho a la Vida en el Derecho Positivo. Así, entendiendo que la existencia de los derechos humanos no depende ni de la voluntad del constituyente ni del legislador, sino que su validez jurídica radica en las exigencias de justicia que son debidas al hombre en tanto emanan de su ser y valor como persona, el Derecho entonces solo los reconoce más no los crea. Cuando los DDHH son reconocidos por el Constituyente en un Estado determinado, esos derechos se convierten en derechos fundamentales, es decir, en derechos humanos constitucionalizados. Este tipo de disposiciones presentan un máximo grado de indeterminación normativa ya que se limitan a mencionar el nombre del bien humano debido⁸³.

Por ejemplo, en el artículo 2.1: Toda Persona tiene derecho: (...) 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, cuando el constituyente emplea estas disposiciones no las realiza como fórmula hueca, sino que su sentido se encuentra en vinculación con las necesidades/exigencias humanas propias de la naturaleza del ser porque justamente es la fuente jurídica propia de donde brotan esos derechos humanos constitucionalizados. Es importante resaltar que el papel interpretativo de estas disposiciones no solo radica en autoridad nacional sino de acuerdo a lo dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución, es decir, de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los Tratados y Acuerdos internacionales sobre la misma materia y ratificados por el Perú. Además, se deberá tener en cuenta también las interpretaciones que de ellos realizan los tribunales internacionales competentes, entre ellos la Comisión y Corte Interamericana de Derechos Humanos, según lo dispuesto por el artículo quinto del Código Procesal Constitucional.

En sede internacional el derecho a la vida es inherente a toda persona humana y es reconocido desde su concepción, en este sentido, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo I establece que “Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; así mismo, la Declaración Universal de Derechos Humanos en su artículo 3, reconoce que “Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 6º, establece que “El derecho a la vida es inherente a la persona humana y este

⁸³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Estudio introductorio de la Constitución Política del Perú*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 13era ed., Lima, 2019, p. 32

derecho estará protegido por la ley, no pudiendo ser privado arbitrariamente por nadie. De igual forma, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica dispone en su artículo 4º, inciso 1), que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida, este derecho estará protegido por la ley, y, en general, a partir del momento de la concepción. Manifiesta también que nadie podrá ser privado de ella arbitrariamente. Este mismo documento, en su artículo 5º, inciso 1), agrega que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”; y, en el artículo 11º, inciso 1), establece que “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”. Asimismo, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 en el párrafo 3 del Preámbulo insta a la debida protección legal del niño, “considerando que este, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, tanto antes como después del nacimiento”. Respecto a esta última definición se presenta una polémica a nivel jurídico en determinar si se debe o no tutelar la vida intrauterina, de existir. Como diría Forero, el momento de la concepción actualmente es de conocimiento universal, ya que forma parte de los estudios básicos de la Biología Humana (...) 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”⁸⁴. Además, manifiesta que la dignidad ontológica del ser humano no nacido constituye la misma fundamentación de los derechos humanos, que en este sentido “[...] se debe reconocer para todo ser que descienda del hombre, y a partir del primer momento de su existencia natural, sin que sea lícito añadir cualquier criterio adicional”⁸⁵.

No obstante, últimamente a nivel internacional se ha realizado una redefinición del concepto de “concepción” no solo a través de sentencias de la CIDH sino también a través de organismos internacionales que entienden como más factible la protección jurídica de la vida, de manera gradual, en tanto que en los primeros estadios de su desarrollo no adquiere total individualidad, indivisibilidad, ni capacidad de supervivencia. Una de las tesis más conocidas es la Teoría de la implantación, la misma que es sostenida por organizaciones como OMS y FIGO, sin embargo, también existen otras teorías planteadas por especialistas en la materia

⁸⁴ FORERO MEDINA, Andrés; SANDOVAL GAITÁN, Pedro Alfonso. *La defensa de la vida humana en Colombia: una visión laica, jurídica y cultural*. Colombia: Universidad de La Sabana, 2009, p. 61

⁸⁵ *Ibidem*.

que proponen justificar la protección gradualista del ser humano en base a los criterios anteriormente expuestos. Estas se describirán brevemente para poder realizar un análisis más completo:

- a) T. de la Fecundación: Explica el origen de una nueva vida a partir de la fusión de los pronúcleos o gametos femeninos y masculinos. Esta teoría fue la acogida por la Comisión Constituyente de nuestro país al momento de formular el Artículo 2 de la actual Constitución, distintos representantes de la Comisión Permanente dieron su voto a favor para considerar al Derecho a la Vida como aquel que encabezaría el listado de derechos fundamentales atribuidos a la persona humana y constitucionalmente reconocidos. Es así como Ysisola Farfán proponía que el derecho a la vida se plantearía como prioridad en la agenda; por su parte Mercenaro Frers estableció que el criterio de bienestar, como extensión del derecho a la vida, debía estar fundamentado en una integridad y no solamente en una de las dimensiones de la persona, ya sea física, emocional, espiritual o psíquica. En sus palabras se manifiesta que “cuando se discute hoy día lo que es derecho de las personas, tanto a nivel constitucional como civil, se habla de bienestar integral, para dar a entender que no solamente nos estamos refiriendo a algunos de los aspectos puntuales de ese bienestar, sino a su totalidad. También él mismo pone en discusión la protección del concebido en relación al Derecho a la vida, para lo cual realiza una comparación con lo dispuesto en el texto constitucional anterior planteando la eliminación de ficciones respecto de la frase “El concebido se le considera nacido para todo lo que le favorece”.

El constituyente entendió que la creación de las ficciones respecto de este tema resultaba innecesaria ya que, para ese entonces, momento en el que se elaboraba la actual Constitución, nuestro Código Civil ya reconocía a cuatro sujetos de derecho: El concebido, la persona natural, la persona jurídica inscrita y la no inscrita⁸⁶. Mercenaro menciona a Fernández Sessarego como referente de aquella teoría moderna que incluye al concebido en la categoría de persona en tanto es reconocido sujeto de derecho ya que la personalidad jurídica no puede sustituir al ente ni a la “aptitud o capacidad que le es inherente”, es decir, la capacidad de goce. Esta pertenece a la naturaleza misma de la persona y el derecho no puede actuar sobre ella reconociéndole derechos solo a partir del momento de su nacimiento. Para

⁸⁶ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. *Debate Constitucional Pleno- 1993*. Redacción, Diseño, Diagramación y Edición: Diario de los Debates, Tomo I, Lima, 1998, pp. 59 [consulta: 14 de mayo 2020]. Recuperado de: http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/DebConst-Pleno93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf

Sessarego, todos los seres humanos tienen innata la capacidad de gozar de todos los derechos naturales que les corresponde en virtud de su propia calidad ontológica de ser humano⁸⁷.

- b) T. de la Anidación: Con esta teoría se postula una diferenciación entre dos fases en el desarrollo de la vida humana, la primera referida al proceso preimplantatorio en el que se constataría la fusión de los gametos sexuales individuales formando organismos pluricelulares, pero sin llegar a considerarlos vida humana; y la segunda fase postula el inicio de la vida humana en tanto se comprueba una existencia individualizada por poseer cualidades diferenciales en relación al primer estadio de su desarrollo. Algunos autores también agregan a esta teoría el hecho de que, si el embrión no llegase a implantarse en el endometrio de la mujer, este finalmente no tendría la posibilidad de subsistir.

Para Varsi, negar la calidad de individuo al embrión sólo porque puede dividirse, implica confundir el concepto de individualidad con el de indivisibilidad, es decir, siempre habrá una individualidad con una potencialidad de divisibilidad cada vez menor, lo que no invalida que en todo momento, antes y después de una división con separación de células como sucede con las hipótesis de los gemelos homocigóticos o univitelinos, los mosaicos genéticos o las quimeras genéticas, se pueda hablar de un individuo que será único, es decir, que responde a la cualidad de unidad, y uno solo, a la de unicidad⁸⁸. Aunado a ello, es importante resaltar que en toda etapa particular de desarrollo existen distintas fases en la evolución de un ser vivo, lo que no repercute en absoluto en la naturaleza de su ser, así, por ejemplo, una mariposa antes de llegar a su estadio final pasa por distintas fases de desarrollo para lo cual al mismo ser podemos denominarlo huevo, larva u oruga, pupa, o mariposa, dependiendo en la etapa en la que se encuentre. Además, la dependencia del individuo se refleja no únicamente en la fase preimplantatoria sino que incluso después de la anidación el cigoto continúa dependiendo de la madre para su alimentación, como también lo hace durante los primeros años de su vida extrauterina.

- c) Otras teorías: Algunos autores, sin embargo, manifiestan que el inicio de la vida no se encuentra ni desde la fecundación ni desde la implantación, sino que proponen otros mecanismos que sobretodo se fundan en criterios utilitaristas o circunstanciales más que en la propia existencia o viabilidad del feto. Para algunos, la vida debería entenderse desde el momento en que existe actividad cerebral del embrión, de manera que, si no posee cerebro ni sistema nervioso, no puede ser capaz de adquirir consciencia ni sentir

⁸⁷ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. ¿Qué es ser “persona” para el derecho? En AMEAL, Oscar J (Dir.); GESUALDI, Dora M. *Derecho Privado. Libro Homenaje a Alberto J. Bueres*. HAMMURABI: Buenos Aires, 2001, p. 129 y ss. ISBN 9508910771

⁸⁸ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *Derecho Genético*, Lima: GRIJLEY, 2001, p.101.

dolor, por lo que no puede ser sujeto de intereses propios⁸⁹. Se considera entonces que, al ser la intelección y la sensibilidad, propiedades sistemáticas del individuo, no podría hablarse de ser humano si no se ha alcanzado una suficiencia constitucional. Para los que defienden esta tesis, existirían dos tipos de obligaciones con el feto, una de nivel primario, respecto a la no maleficencia y justicia; y otra de nivel secundario o posterior, la establecida por cada sujeto moral autónomo conforme a su proyecto de vida y su ideal de perfección y felicidad. Con esta teoría, basta la suficiencia constitucional para que la protección pueda ser privada y pública, antes de este estadio, la protección es una decisión privada, de individuos y parejas según su particular idea del bien⁹⁰.

Al acoger esta tesis, se estaría reduciendo la personalidad solo a algunas dimensiones de la persona, la física e intelectual, de manera que esta misma medida que se aplicaría para individualizar el momento del inicio a la vida, podría ser utilizada para determinar el momento de la muerte. Es decir, si existe una verdad biológica en el hecho de que la vida se funda en la progresividad de su desarrollo, cualquier norma positiva nacional o internacional que manifieste lo contrario sería antijurídica debido a la íntima conexión entre los atributos de la persona y sus derechos, por ende, no podría aceptarse ningún retroceso en esta materia. O se amplía la descripción del derecho en cuanto a su alcance, o se mantiene; lo que no puede existir, en materia de derechos humanos, es el retroceso, porque afecta el principio liminar de la progresividad, y ello es mucho más claro cuando se trata de normas *ius cogens*, porque estas normas jurídicas no pueden ser susceptibles de derogación por voluntad convencional, tal como resolvió la Corte Internacional de Justicia, en el caso “Guinea Bissau vs. Senegal” del 31 de julio de 1989⁹¹.

Respecto a la inocuidad de la PDS, si bien hasta el momento no se ha llegado a un diagnóstico concluyente sobre sus efectos, si se ha demostrado que el tercer efecto “anti-implantatorio” no se encuentra descartado en su totalidad, ya que aun cuando existen estudios que afirman la inexistencia de este efecto, hay otros que no llegan a descartarlo de manera definitiva, especialmente cuando en casi todos los estudios realizados se ha encontrado por lo menos una leve modificación del endometrio tras su ingesta. En este contexto y considerando que la ciencia jurídica se encuentra al servicio del hombre, entender los términos de “personalidad” y “persona” resultan esenciales para proteger un derecho que no nace con la vigencia de la norma, sino que le precede. En palabras de Ferrara, la personalidad es “(...)

⁸⁹ FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo. *Derecho Civil de la Persona- Del genoma al nacimiento*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2001, p.123-131.

⁹⁰ TORRE DÍAZ, Francisco Javier de la. *El embrión humano en la fase...*, op. cit. pp.120-121.

⁹¹ JUSTO CALLO, Jenny E. *La Píldora del Día Siguiente...*, op. cit. p. 147.

parte de una noción más integral de cualquier ente, y sólo constituye un rasgo distintivo del mismo, no la sustancia principal”⁹². Así mismo, Sessarego interpreta sus palabras indicando que ambos conceptos son diferentes ya que no es posible confundir “el peso” con el “objeto pesado” ni el “color” con el “objeto coloreado”. Para ellos, entender la cualidad abstracta o aptitud del ente y el sustrato, es decir, el ente en sí mismo, es necesario para entender que la noción de personalidad no puede sustituir ni al “ente” que es sujeto de derecho, es decir, a la persona; ni a la “capacidad” o aptitud que le es inherente. Si se es persona se es capaz, de manera que la capacidad de goce pertenece a la naturaleza misma de la persona, y no se concibe persona alguna que no tenga plena capacidad de goce, es decir, que no posea naturalmente la aptitud para ser sujeto de derecho. En ese sentido, el derecho sólo puede, mediante el aparato formal-normativo, limitar o restringir la capacidad de ejercicio o de obrar, más nunca la capacidad de goce, impropriamente también conocida como capacidad de derecho⁹³.

En la posición que defiende el derecho a la vida como la que defiende el derecho a la libertad sexual y reproductiva de la mujer existen fines constitucionalmente legítimos ya que en ambas se buscan proteger derechos fundamentales, en el primer caso la dignidad personal de un ser humano desde la vida intrauterina, y en el segundo caso, se busca garantizar el derecho a que la vida de ninguna mujer deba ser puesta en peligro por razones de embarazo. Sin embargo, de acuerdo a la regla de ponderación que busca resolver conflictos de derechos establece que cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”⁹⁴, esto quiere decir que tendrá que darse una comparación entre el grado de realización u optimización del fin constitucional y la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, para finalmente determinar si la distribución gratuita de la PDS es una medida idónea y conforme a derecho. El análisis de los argumentos relatados durante el proceso se abordará en el capítulo subsiguiente.

⁹² FERRARA, Francesco. Teoría de las personas jurídicas, Editorial Reus, Madrid, 1929, p. 320.

⁹³ FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. *¿Qué es ser persona...*, op. cit. p. 10.

⁹⁴ ALEXY, Robert. Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales (traducción de Carlos Bernal Pulido), *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 66, 2002, pág. 40

Capítulo 2

Análisis del caso “píldora del día siguiente

2.1 Síntesis de los hechos y dinámica de la STC del expediente N°02005-20009 PA/TC

Antes de abordar el caso concreto, resulta necesario conocer el contexto previo al hecho jurídico, ya que solo así podrá entenderse la necesidad de recurrir a la vía judicial para solucionar el conflicto existente, incluso antes de solicitar la protección jurisdiccional.

Durante los gobiernos de Alan García (1985-1990)⁹⁵ y Alberto Fujimori (1990- 2000) se aprobaron programas de planificación familiar que introducían métodos de salud reproductiva como parte de las políticas de gobierno. Durante este último mandato, el Estado asumió una parte creciente de su financiamiento –que hasta entonces había dependido mayormente de la cooperación internacional no-reembolsable–; los anticonceptivos y la consulta se ofrecieron en forma gratuita, y la compra de anticonceptivos fue incluida en los presupuestos operativos de los fondos públicos⁹⁶. La novedad de la anticoncepción oral de emergencia- AOE no se hizo esperar mucho ya que mediante Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM se reguló el uso de este método como política de salud incorporada a las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar del Ministerio de Salud, principalmente con el fin de prevenir el embarazo no deseado y sus graves consecuencias, sin embargo, esto no tuvo mayor acogida que la sola redacción.

En mayo del 2002, la Defensoría del Pueblo toma acción al atender la queja del Comité Consultivo en Anticoncepción de Emergencia, en la que se daba cuenta de que el Ministerio de Salud no había cumplido con implementar la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM, de fecha 13 de julio de 2001, que incorporó la anticoncepción oral de emergencia (AOE) a los métodos anticonceptivos contemplados en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar⁹⁷. Tal es así que durante el Gobierno de Alejandro Toledo se empezaron a implementar pautas para las políticas de salud haciendo un énfasis estratégico sobre una perspectiva que promovía el "respeto por la vida humana iniciada desde la

⁹⁵ Durante el primer gobierno aprista (1986-1991) se dieron los pasos iniciales para institucionalizar y ampliar la oferta pública de programas de planificación familiar. En 1986, el entonces Instituto Peruano de Seguridad Social (IPSS) se implementó, con el apoyo de la USAID, el primer programa con rango de programa especial dependiente de la presidencia ejecutiva, lo que le permitió gozar de autonomía administrativa y presupuestal. A fines de ese mismo año, el Ministerio de Salud, con el apoyo del UNFPA y de la USAID, convocó a un equipo técnico para organizar el primer programa nacional de planificación familiar. Los insumos y los anticonceptivos fueron proporcionados por ambas instituciones de cooperación multilateral y bilateral respectivamente. Véase, ARAMBURÚ, Carlos. Idas y vueltas: los programas de planificación familiar en el Perú. En: *Revista Latinoamericana de Población* [en línea] año. 8, n.14, Enero-Junio 2014, p.94 [fecha de consulta: 17 de Mayo 2020]. Recuperado de: <http://revistarelap.com/index.php/relap/article/view/96/118>

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ ADJUNTÍA PARA LOS DERECHOS DE LA MUJER (Coord.). Informe N° 78. Serie de Informes Defensoriales, Defensoría del Pueblo: Lima, 2003, p.5.

fecundación", ante ello, muchas organizaciones de mujeres, ONGs del sector salud y de desarrollo, ONGs internacionales, profesionales de la salud y académicos empezaron a movilizarse para exigir una educación sexual para adolescentes, el acceso a anticonceptivos, la atención post-aborto para casos violencia familiar.

Corría el año 2003 y aún no se ejecutaban políticas públicas en referencia a la AOE, sólo se había adoptado un proyecto denominado "Estrategia Perú Vida", implementada por el MINSA, que velaba por el derecho del niño a nacer, la estimulación prenatal, la salud materna y la paternidad responsable⁹⁸. El 12 de septiembre de ese mismo año, mediante Resolución Suprema N°007-2003-SA, el Dr. Vidal Rivadeneyra constituyó una Comisión de Alto Nivel para emitir un informe científico-médico y jurídico sobre los mecanismos de acción, la tasa de efectividad, características, modo de uso, efectos secundarios y otras recomendaciones de la anticoncepción oral de emergencia, también llamada Píldora del día Siguiente. Once de los catorce integrantes de la comisión, suscribieron un Informe en el que se concluía que la AOE incorporada a las Normas del Programa de Planificación Familiar, poseía pleno sustento constitucional y legal, en ese sentido se recomendaba mediante tal documento la distribución gratuita, a fin de garantizar el derecho de las personas a decidir cuándo y cuántos hijos tener, eligiendo el método de planificación familiar que consideren más adecuado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 6° de la Constitución.

Adicional a ello, se recomendaba también la edición y distribución de un nuevo manual de Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar que incluía las observaciones hechas en tal comité; así como, la orientación a las personas interesadas a fin de que, en tanto el Ministerio de Salud no cumpla con lo señalado, evalúen la conveniencia de interponer una Acción de Cumplimiento con la finalidad de que el Ministerio de Salud aplique la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM⁹⁹. Es en este escenario que la ONG "Acción de Lucha Anticorrupción" interpone demanda de amparo contra el Ministerio de Salud con el objeto de que dicha dependencia estatal se abstenga de: a) iniciar el programa de distribución gratuita de la denominada "Píldora del Día siguiente" en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios, b) de distribuir bajo etiquetas promocionales, proyectos que el Poder Ejecutivo pretenda aprobar y ejecutar

⁹⁸ ROUSSEAU, Stephanie. Las políticas de salud reproductiva en el Perú: reformas sociales y derechos ciudadanos en Revista de Estudios Feministas [online] Florianópolis, vol.15, n° 2, Mayo-Agosto 2007, pp. 325-326 [consulta: 27 de Mayo 2020]. ISSN 1806-9584. Recuperado de: <http://revistarelap.com/index.php/relap/article/view/96/118>

⁹⁹ Resolución Defensorial N° 040-2003/DP.

respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República.

El Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima toma conocimiento de la demanda el 29 de octubre del 2004 y pide el apersonamiento de las partes, la Procuradora Pública del Ministerio de Salud recurrió al llamado y dedujo excepciones de falta de legitimidad para obrar de la demandante, de caducidad y de falta de agotamiento de la vía administrativa. Así mismo, en cuanto al fondo, solicita que sea declarada improcedente y/o infundada, por considerar que el Ministerio de Salud dispuso por Resolución Suprema N° 007-2003-SA, de fecha 11 de septiembre de 2003, la conformación de una Comisión de Alto Nivel para sustentar la viabilidad constitucional y legal en la implementación de dicha política pública. Adicional a ello afirma que, mediante Resolución Defensorial N° 040-2003-DP, se concluye que los mecanismos de acción del AOE son similares a las pastillas de uso regular.

Con fecha 17 de agosto del 2005, dicho juzgado, declarada infundadas las excepciones propuestas y fundada en parte la demanda, fundamentalmente por considerar que la distribución del AOE podría significar una amenaza sobre el derecho a la vida del concebido al no haberse descartado de forma palmaria el “tercer efecto” de dicho fármaco. En segunda instancia, se apersonan al proceso y solicitan ser considerados en la condición de *amicus curiae* diversas entidades y organizaciones, como: La Defensoría del Pueblo, La Academia Peruana de la Salud, La Organización Panamericana de la Salud, El Colegio Médico del Perú, El estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer (DEMUS), Instituto Peruano de Paternidad Responsable (INNPARES) y Centro de Promoción y Defensa de los Derechos Sexuales y Reproductivos (PROMSEX), La Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFA), *Populación Research Institute*, La Coordinadora Nacional Unidos por la Vida y la Familia (CONUVIFA) y La Asociación Nacional de Médicos Católicos del Perú, evidenciando por un lado un grave atentado al derecho a la igualdad (no discriminación), al libre desarrollo de la personalidad, a los derechos sexuales y reproductivos, y por otro lado, al derecho a la vida. La Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con fecha 27 de noviembre del 2008, revoca la sentencia apelada en el extremo en que se declara fundada la demanda y declara infundados los otros extremos, tanto el que señala que se estaría vulnerando el derecho a la vida por tener el AOE carácter abortivo, como el que pedía ordenar al Ministerio de Salud excluir al citado AOE de sus programas de planificación familiar.

En cuanto a la legitimidad procesal, aun cuando en las anteriores instancias judiciales se había emitido un pronunciamiento sobre las excepciones deducidas por la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales de la entidad, el TC quiso referirse también a la

figura de “interés difuso” que se habría configurado en tanto que la cuestión controvertida no trataba de un interés exclusivo y excluyente a la demandante sino que traspasaba dicho interés particular, ingresando al ámbito del interés común. Sobre ello, Aguirrezabal Grünstein realiza una triple categorización de intereses presentados con características similares: su supra individualidad y su naturaleza indivisible: 1) Los intereses difusos, serían aquellos intereses supraindividuales de naturaleza indivisible de los que son titulares sujetos indeterminados unidos por circunstancias de hecho; 2) los intereses colectivos, también son de naturaleza supraindividual e indivisible, con la diferencia de que a los titulares de esos intereses los une un vínculo jurídico y 3) los intereses individuales homogéneos, son aquellos de naturaleza individual y de titularidad exclusiva pero con un origen fáctico común. Además, añadiendo a lo dicho por el TC, la autora separa la relación existente entre “interés difuso” e “interés público” ya que, para ella, no siempre la pluralidad de sujetos a los que se refiere el interés difuso corresponde a la generalidad o totalidad de los miembros de una sociedad, ni tampoco el bien objeto del interés debe ser necesariamente de relevancia general. Manifiesta que el interés difuso presenta además una característica que no presenta el interés público, y que está constituida por su posibilidad de fragmentación, puesto que de él emana el reconocimiento de situaciones jurídicas atribuibles a sujetos individuales o a organizaciones¹⁰⁰.

Sin embargo, el TC argumenta su postura de considerar que se trataría de un interés jurídico general al afirmar que en el presente caso se estaría evaluando la posibilidad de distribuir un fármaco que podría afectar la vida de cualquier ser humano y que por tanto obliga al Estado a asumir dicha protección conforme lo que prescribe el artículo 1° de la Constitución Política del Perú. Considera además que, en ese ámbito de especial protección, desde luego alcanza en general a los consumidores y que, por lo tanto, en virtud del artículo 65 de la Constitución, el Estado se encuentra en la obligación de defender el interés de aquellos que harían uso y disfrute de tal producto, garantizando el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado, en bien de la salud y de la seguridad de la población¹⁰¹.

Es en base a este último argumento que se toma en consideración en el análisis de fondo, el derecho a recibir información, además de los anteriormente mencionados como el

¹⁰⁰ AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M. Algunas precisiones en torno Los Intereses supraindividuales (colectivos y difusos). En: *Revista Chilena de Derecho* [online] Santiago: Abril 2006, vol. 33, N° 1, p. 81. [consulta: 20 de Julio de 2020]. ISSN 0718-3437. Recuperado de: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v33n1/art05.pdf>

¹⁰¹ Sentencia del Exp. N° 02005-2009-AA, f.3.

derecho a la determinación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía, el derecho a la vida y el derecho a la igualdad.

2.2 De la interpretación de la STC del Expediente N°02005-2009-PA/TC

En Lima, a los 16 días del mes de octubre de 2009, el Tribunal Constitucional en sesión de Pleno Jurisdiccional, dicta sentencia sobre el Caso “Píldora del día Siguiete”. El derecho a la vida en nuestro país nunca había sido reevaluado en vía judicial hasta la interposición de una demanda de amparo presentada por la ONG “Lucha Anticorrupción” contra el Ministerio de Salud, que obligó al Tribunal Supremo a revisar algunos conceptos que hasta el momento no habían sido cuestionados.

Dicha demanda tenía principalmente dos pretensiones que buscaban la abstención de las siguientes prácticas: 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 dispensaba de manera gratuita; b) De distribuir respecto del Método de Anticoncepción Oral de Emergencia, sin previa consulta del Congreso de la República. Al respecto, el Ministerio de Salud, a través de Pilar Mazzetti, ex titular de dicha cartera, justificó la distribución gratuita del fármaco en tanto que viene siendo distribuido en establecimientos privados desde el 2001 y que por tanto no habría justificación para prohibir su acceso a través de algún programa de ayuda social a las personas con escasos recursos. Además, la Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud manifiesta que la restricción en el uso del Anticonceptivo Oral de Emergencia constituye un asunto de salud pública, en tanto impide a las mujeres de escasos recursos contar con opciones para evitar embarazos no deseados.

Según lo expresado en líneas anteriores, en segunda instancia logran apersonarse al proceso distintas organizaciones en la condición de *amicus curiae* para poder dar su apreciación sobre la inocuidad de tal fármaco, entre todos los argumentos, destacaron los siguientes:

- a) Que el Anticonceptivo Oral de Emergencia es un método anticonceptivo que evita las consecuencias de embarazos no deseados, que incrementan la mortalidad materna.
- b) Que la accesibilidad del AOE es un asunto de salud pública que le compete al Estado.
- c) Que su provisión atenta contra el derecho de las personas a acceder a una gama amplia de métodos anticonceptivos.

Ahora bien, estas afirmaciones que se mantuvieron durante el desarrollo del proceso, serán materia de análisis en el presente capítulo y serán enmarcadas principalmente en tres principios constituyentes del derecho fundamental a la vida humana, regulado en el artículo

2.1 de nuestra Constitución Política: Los principios *Pro Homine*, *Pro Debilis* y Precautorio. Es importante resaltar que el reconocimiento de los derechos fundamentales no parten de un reconocimiento positivo, sino que brotan de una connotación ética y axiológica, manifestados en concreciones positivas como la dignidad humana que en nuestra Nación está proyectada como “el fin supremo de la sociedad y del Estado”¹⁰².

Cuando hablamos de derechos fundamentales, es evidente que, a raíz de su condición de derechos subjetivos, requieran de una interpretación jurisprudencial y doctrinal que nos acerque a un concepto hermenéutico unívoco. Para ello, es necesario considerar que las normas constitucionales no pueden ser vistas como partes aisladas de un todo, sin interrelación, ya que ello podría dar como resultado conclusiones incongruentes y fallos injustos.

2.2.1 Sobre los principios *pro homine*, *pro debilis* y *precautorio*

En la Sentencia, materia de análisis, el Colegiado identifica al principio *pro homine* como un principio hermenéutico que informa el contenido de los derechos humanos y que es aplicable a una pluralidad de normas, con la finalidad de que tal norma iusfundamental sea garantizada de la manera más efectiva y extensa posible; desplegando de ella una mayor eficacia.

Antes de llegar a analizar cada principio en concreto, es necesario hacer énfasis en el rol de defensa del derecho constitucional frente a los derechos humanos. Si bien, toda Constitución en un Estado Constitucional de Derecho es completamente vinculante, en la medida que sus contenidos obligan de modo efectivo a sus destinatarios, también es cierto que quien realice el control constitucional debe tener una serie de atribuciones que representen una suerte de energía correctora para neutralizar los excesos, públicos o privados, que contradigan dichos mandatos constitucionales, y ese titular es el Tribunal Constitucional. Es importante resaltar que, este órgano crea las normas directamente estatuidas- porque estas ya fueron creadas por el Constituyente- sino que solo las reconoce, es por ello que, de encontrar una inadecuación no podrá dejarla sin efecto con carácter general, sino que únicamente podrá inaplicarla a la hora de resolver un determinado problema jurídico.¹⁰³

Ahora bien, las razones que la demandante alega para solicitar la reconsideración de la posición del Tribunal Constitucional, en su Sentencia del año 2009, fueron:

¹⁰² Artículo 1° de la Constitución y Sentencia del Expediente N° 01417-2005-PA, fundamento 2.

¹⁰³ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad. En: *Estudios Constitucionales* (en línea) Chile, Año17, N° 2, 2019, p. 24. [fecha de consulta: 19 de octubre 2020]. ISSN 07180195. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v17n2/0718-5200-estconst-17-02-00015.pdf>

- a) Informes de la OMS, en la que se negaba la existencia del tercer efecto (alteración del endometrio e inhibición de la implantación).
- b) La Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Caso Artavia Murillo v. Costa Rica), en la que se crea la categoría jurídica de “pre embrión” a fin de no atribuirle la condición de persona y sujeto de derecho, al ser humano concebido antes de la implantación.

Si bien el fundamento 52 de la referida sentencia, establece la posibilidad de una revisión a futuro siempre y cuando se llegare a producir la certeza de la inocuidad del fármaco, los niveles de consenso no han descartado este tercer efecto aludido, más aún si tenemos en cuenta la interpretación que dejó sentado el Tribunal Constitucional en dicha sentencia como precedente; al considerar que aun cuando habían estudios recientes que descartaban el efecto anti-implantatorio, también existían documentos que informaban lo contrario como la posología de uno de los compuestos de anticoncepción de emergencia por excelencia, denominado “*Plan B*”.

El Tribunal Constitucional menciona históricamente el tratamiento del concebido en el ordenamiento jurídico, en el que se expresa que: “Al concebido se le reputa nacido para todo lo que le favorece”, establecido en el Código Civil desde 1852 hasta el actual, de 1984. Así mismo, menciona el Decreto Legislativo N° 346- Ley de Política Nacional de Población, en su artículo IV inciso I del Título Preliminar que “el concebido es sujeto de derecho desde la concepción”.

Si bien de todo este conjunto de normas no se define en qué momento del proceso vital se produce la concepción, si existe un documento denominado “La Salud Integral; Compromiso de Todos- Modelo de Atención Integral de Salud”, aprobado por Resolución Ministerial N° 719-2009-SA/DM de 10 de junio de 2003, que el Tribunal selecciona como “marco conceptual referencial” fijando el momento de la concepción a partir de la fecundación. Cita: “Cada Programa de Atención Integral de Salud por Etapa de la Vida, contiene un grupo objetivo diferenciado por cada etapa de vida los cuales se constituyen de la siguiente manera: Programa de Atención Integral de Salud del Niño, que comprende desde la fecundación hasta los 9 años...”

El artículo 4.1 de la Convención menciona que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”¹⁰⁴; y sin embargo, el problema jurídico que se le presenta al Tribunal en este

¹⁰⁴ Ver Anexo N° 6

caso, es determinar ¿cuál es el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la vida? Y ¿cuáles serían las consecuencias que sobre la vida generaría la Píldora del día siguiente?, ante ello Luis Castillo hace referencia a los fundamentos 50 y 38 de la misma sentencia, los cuales revelan una acertada concreción interpretativa a la norma directamente estatuida.¹⁰⁵ Para dar respuesta a la cuestión, el TC no ha intentado resolver un asunto científico indicando desde cuando habría o no vida, sino uno de naturaleza jurídica que sí es de su competencia.¹⁰⁶

Lo curioso de todo esto es que, antes de la emisión de la sentencia del caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs Costa Rica, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya se había pronunciado sobre el derecho a la vida, como presupuesto necesario para garantizar el libre ejercicio y disfrute de todos los demás derechos, como es en los casos de los Hermanos Gómez-Paquiyaury vs. Perú, el del Penal Miguel Castro vs. Perú y el Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. En dichas sentencias la Corte no entró a redefinir el concepto de vida, poniendo un límite sobre quienes sí podrían gozar de él y quienes no; simplemente aplicaron la norma. Es importante resaltar que los “valores” y “bienes” no necesariamente coinciden pues los valores por su excesiva amplitud y vaguedad, admiten diversos enfoques. En el caso de los derechos humanos es necesario tener en cuenta que hay un sistema de valores de base que no son jurídicos por naturaleza y que, por lo tanto, no es fácil establecer un orden de importancia entre ellos o un consenso en su definición porque son inconmensurables, difíciles de concretar, amplios, ambiguos y todos tienden a ser igualmente últimos. En ese sentido, como menciona Pereira Menaut en este ejemplo: si Nelson antes de dirigir a sus hombres a Trafagal les hubiera propuesto un debate o consenso sobre los términos de “Inglaterra” y sobre el “deber”, probablemente nunca hubieran ganado la batalla. Lo que se debía hacer era ejecutar, de acuerdo a una base mínima. De la misma manera menciona que si proclamamos el valor “vida” y no nos ponemos de acuerdo en el fondo sobre la vida ni sobre lo que es una persona humana, puede servir para defender la calidad de vida de una mujer frente al derecho a la vida del nasciturus. Cuestión que pasa en el presente caso¹⁰⁷.

La tarea del derecho no consiste en redefinir los “valores” o centrarse en ellos, de llegarse a una positivación de valores, se cargaría a los Tribunales nacionales e internacionales con la tarea de decidir que se entendería por “vida”, “valor”, “honor”,

¹⁰⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Vida y Razonabilidad. En: *Ius Humani- Revista de Derecho* [online] vol. 06, 2017, p. 40 [consulta: 10 agosto 2020] ISSN: 1390-440X. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7190599>

¹⁰⁶ *Ibidem*

¹⁰⁷ Véase, PEREIRA MENAUT, Antonio. *En defensa de la Constitución*, Lima: Palestra, 2011, p. 522.

“persona”, la cual no es su función¹⁰⁸. Es importante recordar que podría terminar politizándose el derecho si los jueces en lugar de tomar en cuenta los bienes jurídicos exigibles en el caso en concreto ponderan “valores”, cuestión que se traduce en discusiones interminables y que en su mayoría dejan de ser jurídicas. De esta manera, el reconocimiento del concepto de tales valores no le corresponde a la ciencia del Derecho, simplemente le corresponde reconocer lo ya existente a través de criterios meta jurídicos y que posteriormente fueron concretados en normas como el artículo 2.1 de la Constitución Peruana, los artículos 27.2 y 29.c de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁰⁹.

Castillo hace un análisis argumentativo y explica cómo al problema jurídico que se pretende resolver le es aplicable el art. 2.1 de la Constitución, el cual dispone que el concebido es sujeto de derecho para todo en cuanto le favorece. Dicha norma directamente estatuida tiene elementos abiertos que exigen ser concretados, de manera que si toda persona tiene derecho a la vida y el concebido es sujeto de derecho para lo que le favorece, entonces, el concebido sería sujeto del derecho a la vida, y esto sin pretender zanjar ninguna discusión científica porque son dos materias diferentes.¹¹⁰ Si bien vemos que tanto el sentido teleológico de las disposiciones internacionales como nacionales apuntan a un resguardo de la vida humana desde la concepción, entendida esta desde el estadio de la fecundación, el juez nacional deberá hacer el máximo esfuerzo por armonizar sendas leyes con el fin de no debilitar la protección efectiva de los derechos humanos.

Respecto al Principio *Favor Debilis o Pro Debilis*, sería una manifestación de Principio Pro Homine con la salvedad de amparar a la parte más vulnerable o que evidencia una mayor desprotección frente a otro sujeto procesal, respecto a ello, la Sentencia señala que ante situaciones de derechos fundamentales en conflicto debe tenerse especial consideración a la parte que se encuentra en una situación de inferioridad frente a la otra, este principio generalmente ha sido utilizado en el ámbito laboral con el concepto de pro operario o trabajador y también se podría notar en las situaciones jurídicas comerciales de consumo por la asimetría informativa que padece el consumidor. Sin embargo, al tratarse de Derechos Humanos es bastante difícil ponderar no sólo la importancia de dos derechos humanos sino la condición de dos sujetos de derecho, por ello aun cuando el Tribunal haya optado por este criterio debería ser reevaluado en el sentido de armonizar los derechos en supuesto conflicto.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.523

¹⁰⁹ Se prohíbe la suspensión de derechos como el Derecho a la Vida, así como la interpretación en el sentido de “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano”.

¹¹⁰ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Vida y Razonabilidad..., op.cit, p.41.

Schötz, al referirse a la aplicación de este principio en el ámbito privado, dice que se podrá aplicar el principio favor debilis dependiendo el caso en concreto y evaluando (a criterio del interprete) si corresponde ajustar las prestaciones a favor del sujeto débil de la relación, por existir duda suficiente¹¹¹.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales son realidades pre jurídicas que tienen igual peso e importancia ¿Cómo se resolvería un caso que apela a la defensa de la dignidad de una mujer violada – identificada como población vulnerable- frente al derecho a la vida de un niño por nacer que igualmente se encuentra en desprotección? Hoy, en día es bastante común que los tribunales tanto nacionales como internacionales opten por la visión conflictivista de los derechos humanos como si estos pudieran entrar en oposición entre sí, teniendo en cuenta que forman parte de un todo, una integridad pre-jurídica (la persona humana). Así, las posturas conflictivistas contemplan dos formas de realización que se dan a través de la jerarquía y la ponderación de derechos. Ruiz Miguel, es un ejemplo de la propuesta de jerarquización, al afirmar que existen libertades jerárquicamente superiores a otras. De esta manera, la supremacía de un derecho sobre otro dependerá del sistema político que lo determine, de manera que puede servir perfectamente a cuestiones ideológicas.

Por otro lado, está también la llamada “ponderación de derechos”, mecanismo desarrollado en el ámbito anglosajón y que consiste en calcular el “valor” de los derechos o bienes jurídicos en conflicto, a fin de determinar cuál de ellos “pesa” más en ese caso en concreto, quedando el otro desplazado. Ahora bien, dentro de este criterio está muy ligado otro mecanismo de solución que es el “principio de proporcionalidad”, que al contrario de lograr una ponderación o jerarquización abstracta, de lo que se trata es de establecer un orden de preferencia relativo al caso en concreto, por ello se trataría de una jerarquía móvil que no conduce a la invalidez de uno de los bienes o derechos constitucionales en conflicto, sino a la preservación de ambos, por más que inevitablemente ante cada conflicto haya que reconocer la primacía a uno u otro¹¹². Sobre el principio de proporcionalidad se ahondará en los capítulos subsiguientes. Finalmente, el Principio precautorio que menciona la Sentencia, ha sido tomado como pauta o recurso de análisis en tanto que el AOE se trata de un producto que

¹¹¹ FERNÁNDEZ CUBAS, Andrea. *La incorporación de los principios pro homine, pro actione y pro debilis y el reforzamiento a los derechos fundamentales de las personas* [en línea]. Tesis para optar el título de Abogado. Trujillo, Perú: Universidad Privada Antenor Orrego, 2020 [consulta: 07 septiembre 2020]. Disponible en: <https://repositorio.upao.edu.pe/handle/20.500.12759/7039?mode=full>

¹¹² Cfr. CASTILLO, Luis. ¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? En: *Cuestiones Constitucionales de la Universidad Autónoma de México* (en línea), Distrito Federal: enero- junio 2005, núm. 12, pp. 105-107. [consulta: 7 septiembre 2020] ISSN: 1405-9193. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/885/88501204.pdf>

puede afectar a la salud del ser humano y la salud humana es uno de los ejes fundamentales de este principio.

Ahora bien, este principio surge teniendo como fin la protección del medio ambiente y la biodiversidad, en ese sentido su concepto ha sufrido una profunda evolución en tanto que dentro de ese ecosistema primario que se pensaba proteger, también se encontraba el ser humano. Luis Facciano indica que son tres los elementos que caracterizan al principio de precaución: a) La incertidumbre científica; b) la evaluación del riesgo de producción de un daño; c) el nivel de gravedad del daño (el cual debe ser grave e irreversible)¹¹³.

En el caso en concreto, el Tribunal admite esta pauta interpretativa haciendo referencia al denominado tercer efecto, que no sólo dañaría a la persona gestada sino a la gestante. Además, una de las características importantes de este principio es el de la inversión de la carga de la prueba, a través de la cual los creadores del producto o los promotores de tales procesos deberían demostrar indubitablemente que estos elementos no constituyen un peligro o dañan la salud del ser humano. El Tribunal además cita que anteriormente, a través de su Sentencia N° 3510-2003-PA, indicó que, si bien el elemento esencial de este principio era la falta de certeza científica para aplicarlo, aun cuando no sea imprescindible demostrar plenamente la gravedad y realidad del riesgo, sí resulta exigible que haya indicios razonables y suficientes de su existencia y que su entidad justifique la necesidad de adoptar medidas urgentes, proporcionales y razonables.

Siguiendo la línea anterior, Castillo afirma que el Tribunal Constitucional no se equivoca en la concreción de la norma directamente estatuida, artículo 2.1 de la Constitución, en relación con el fundamento 50 de la Sentencia, el cual guardaría no sólo una coherencia formal sino también una justificación material en tanto que desde el punto de vista científico y jurídico sólo bastaría que el daño sea probable, aunque no cierto, para que surja la exigencia de prevención. Así, asumiendo que la persona tiene un especial valor, este principio lograría conseguir la mejor protección de los derechos fundamentales y bienes jurídico-constitucionales, en el caso concreto.¹¹⁴

Lo importante e interesante de este caso es que en el convergen distintos derechos tanto el derecho a la vida del concebido como también el derecho a la autodeterminación reproductiva y salud de la madre, por ejemplo. En ese sentido, lo prudente después de todo será formular razones no para determinar cuál derecho pesa más en un caso concreto sino para

¹¹³ CAFFERATTA, Néstor A. El principio precautorio. En: *Gaceta Ecológica*, no 73, 2004, p. 5-21.

¹¹⁴ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Vida y Razonabilidad... op.cit, p.44.

sostener cuál de las pretensiones planteadas es producto del ejercicio razonable del derecho fundamental invocado, y así no se puedan justificar dos ejercicios contradictorios entre sí.¹¹⁵

2.2.2 Sobre la decisión judicial y la flexibilización del principio de congruencia procesal

Siguiendo con el análisis de la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Exp. N° 0205-2009-PA/TC, es importante detenerse en la decisión que la autoridad declara. En primer lugar, ordena al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del día siguiente”; y por otro lado, dispone que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen el denominado fármaco, incluyan en su posología, la advertencia de que dicho producto podría inhibir la implantación del óvulo fecundado. Respecto a esta última disposición, es que se hará el análisis.

Si bien el máximo intérprete, al momento de emitir su fallo, cumple con pronunciarse sobre lo peticionado por la demandante; esto es: a) Que el Ministerio de Salud se abstenga de iniciar el programa de distribución de la PDS en todas las entidades públicas, asistenciales, policlínicos y demás centros hospitalarios; b) Que, se abstenga de distribuir proyectos promocionales sobre el mismo; al momento de sentenciar, también incluye una tercera disposición que puede ser cuestionada, y que puede ser la raíz de la mal llamada “discriminación” alegada por la denunciante, Violeta Cristina Gomez Hinojosa, en su demanda de amparo contra amparo en sede judicial. El Tribunal Constitucional, al fallar de esta manera, ha debido tener en cuenta dos posibles cuestionamientos: a) Que la decisión de ordenar a las entidades privadas (laboratorios) una acción concreta, no formaba parte del petitorio; b) Que las entidades privadas (laboratorios), no tendrían calidad de sujetos procesales en el presente proceso. Al respecto podría surgir la pregunta de si el Tribunal Constitucional podría pronunciarse más allá de lo pedido, ordenando acciones a sujetos que no forman parte del proceso, esto en virtud del principio de congruencia procesal, íntimamente relacionado con el derecho a la debida motivación de las resoluciones y al principio *iura novato curia*, regulado en el segundo párrafo del artículo VII del Título Preliminar del Texto único Ordenado (TUO) del Código Procesal Civil (CPC)¹¹⁶.

El artículo 8) del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional regula el principio *iura novit curia* en materia constitucional y establece que el órgano jurisdiccional competente debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo hayan solicitado erróneamente, esto en virtud de la máxima de

¹¹⁵ *Ibidem*, p.49.

¹¹⁶ Concordante con los artículos 50° inciso 6) y 122° inciso 4) del mismo cuerpo legislativo.

que el juez conoce el derecho, sin embargo, aun cuando el operador jurisdiccional esté en la obligación de hacerlo, esto no significa que deba permitirse y dar cobertura constitucional a una actuación arbitraria, ya que su facultad tiene límites que derivan de los hechos alegados por las partes y al petitorio, el cual no puede ser modificado¹¹⁷.

Existe también otro principio constitucional denominado “principio de queja deficiente”, según el cual el juez debe adecuar las pretensiones de los quejosos, a fin de otorgarles la protección que sus derechos fundamentales requieran en el supuesto que se advierta un error u omisión en el petitorio de la demanda, sin que ello signifique la necesidad de inventar hechos o de sustituir a la parte procesal en su pretensión¹¹⁸. Tanto el principio de queja deficiente como el principio *iura novit curia* implican una flexibilización de la exigencia de congruencia procesal que demanda toda actividad resolutoria, sin embargo, la diferencia radicaría en que el primero se refiere a una adecuación de los hechos, mientras que el segundo, se refiere a la adecuación del derecho, frente a vicios u omisiones que pueda tener la *causa petendi*. El principio de congruencia procesal delimita el contenido de las resoluciones judiciales de acuerdo al sentido y alcance de las peticiones formuladas por las partes, de manera que no haya afectación al debido proceso. Ahora bien, nuestra constitución incluye este criterio como parte de la observancia del debido proceso y tutela jurisdiccional efectiva, reconocido en el inciso 3) del artículo 139°, el cual es protegido también por la Corte Interamericana de Derechos humanos, en su artículo 8, que lo extiende a “cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional”¹¹⁹.

Sobre el principio de motivación de las resoluciones, la Corte Suprema se ha manifestado en el sentido que esta debe exigir una coherencia entre lo pedido y lo resuelto, de esta manera, hacer lo contrario, sería incurrir en una indebida motivación expresada en su variante de motivación sustancialmente incongruente, que se produce cuando se modifica o altera el debate procesal sin dar respuesta a las pretensiones planteadas por las partes, lo que implica poner en estado de indefensión a las partes¹²⁰. Por tanto, es importante resaltar que por la naturaleza del proceso constitucional y de la función que desarrolla el Tribunal

¹¹⁷ Expediente N° 0616-2003-AA/TC, del 06 de junio de 2005, fundamento 5.

¹¹⁸ Cuando se habla de “adecuar las pretensiones” nos estamos refiriendo a la capacidad que tiene el juez para otorgar lo pedido sobre la base de una calificación de la causa diferente a la que hicieron las partes. Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Procesos constitucionales y principios procesales en MARTINEZ PUENTE, M. (Ed.), *Derecho procesal constitucional* (en línea) Ediciones legales: Lima, 2011, pp. 126-127. [consulta: 14 de septiembre 2020] Recuperado de: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/2090/Procesos_constitucionales_principios_procesales.pdf?sequence=1

¹¹⁹ Cfr. Corte IDH, Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001, Serie C No. 71, párr. 71.

¹²⁰ Cfr. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA. Casación: N° 1897-2014- Sala Civil Transitoria de Lima Norte, considerando 6

Constitucional- como máximo intérprete de la Constitución-, este cuenta con prerrogativas distintas a las podrían tener otras instancias y/o procedimientos ordinarios.

Así manifiesta Campos Torres que, por estar destinado a la defensa de los derechos fundamentales de las personas, el sistema de administración de justicia constitucional no puede aplicar de forma automática e irreflexiva, los criterios y principios de solución del proceso civil al constitucional, amparándose en la aplicación supletoria del Código Procesal Civil, provocando indefensión o mínima tutela al derecho fundamental lesionado y afectándose también al propio sistema democrático y constitucional¹²¹. Por ello, en relación con la Teoría General del Proceso y la naturaleza del Derecho Constitucional, es importante observar criterios que permitan equilibrar la rigurosidad del principio para que no se caiga en un excesivo formalismo. Si bien, los procesos constitucionales representan- por su naturaleza- la tutela urgente que exige la protección de los derechos fundamentales, en concreto el proceso de amparo, es un mecanismo de protección especial que tiene una doble finalidad: 1) Lograr su protección efectiva de los derechos humanos constitucionalizados; 2) proteger la vigencia efectiva de la Constitución, y con ella, el Estado constitucional de derecho.

Respecto al primer punto, es clara la protección por su naturaleza meta positiva, en la medida que este tipo de derechos procuran conseguir el mayor grado de perfeccionamiento personal; y por otro lado, el segundo punto es importante en la medida que su concreción constitucional, le da razón de ser al documento que recoge estos derechos humanos positivados. El Tribunal Constitucional por su parte, como garante de constitucionalidad, puede ir más allá de lo pedido básicamente por dos razones. La primera, porque al crear normas constitucionales adscriptas a las normas directamente estatuidas, estas interpretaciones vinculan; la segunda, porque para el Tribunal Constitucional, más que resolver el caso en concreto está la finalidad de garantizar la protección de todos los derechos fundamentales dentro del ordenamiento jurídico. Por tanto, si el supremo órgano ha identificado en este caso, que existe la afectación de un derecho que puede ir más allá de los alcances del petitorio, por ese deber de garante, podría pronunciarse al respecto y emitir órdenes y/o exhortaciones a sujetos que no participan dentro del proceso.

Con cierto matiz, Figueroa Gutarra se refiere al principio de autonomía procesal, al indicar que plantearla no debería significar la derrota de los elementos formales del proceso, sino que, por el contrario, debe apuntar a que, a través de ella, se cumple uno de los

¹²¹ CAMPOS TORRES, Joseph G. El juez civil y la flexibilización del principio de congruencia procesal en los procesos constitucionales de Amparo. En: *Derecho & Sociedad* (en línea), n° 20, mayo-2003, p. 22 [consulta: 11 de octubre 2020]. Recuperado de: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17285>

propósitos de los procesos constitucionales: La vigencia efectiva de los derechos fundamentales, la cual no puede ser excesivamente parametrada, o en su defecto, no puede responder a tesis onerosamente formales¹²². Ahora, si bien este autor cita correctamente una de las razones fundamentales por las que el Tribunal Constitucional cuenta con la facultad de flexibilizar el principio de congruencia procesal; lo cierto es que realiza un matiz al extender este criterio incluso a órganos jurisdiccionales del Poder Judicial que velen por la defensa de los derechos humanos, en la medida que- explica- ese deber concierne a todos los jueces. Por tanto, aun cuando defiende la plena vigencia de la Constitución, la teoría que defiende alude a una aplicación horizontal de la autonomía procesal, lo cual no parece ser lo más adecuado.

La flexibilización de este principio exige una utilización prudencial por parte de los jueces del Tribunal, en la medida que debe ser invocada de manera excepcional y no ordinaria. Es verdad que el máximo intérprete debe procurar la plena vigencia de la Constitución, como uno de sus fines primarios; sin embargo, esto no podría significar el uso indiscriminado de esta fórmula. Respecto a ello, Zagrebelsky entiende que el derecho procesal no puede ser únicamente expresión de mera legalidad, sino que también debe ser una proclama de legitimidad, de los derechos contenidos en la Constitución¹²³. Esto en virtud a la tutela de urgencia que reclaman los procesos constitucionales, en concreto los que versan sobre derechos fundamentales.

Otro cuestionamiento que tendría que realizarse al respecto es: Si consideramos que las decisiones del Tribunal Constitucional son interpretaciones vinculantes ¿Cómo podrían diferenciarse entre los efectos generales que pueda tener tal decisión, con la inclusión- dentro de ella- de sujetos procesales que no forman parte del proceso? Definitivamente, si las decisiones del Tribunal son vinculantes, entonces habría mayor razón de extender las recomendaciones ex parte, con la finalidad de garantizar más y mejor los derechos fundamentales afectados, en todos sus niveles. Ahora, una cosa es que sin ningún motivo se incluya a un sujeto procesal sin darle la oportunidad de participar en el proceso, y otra muy diferente, es que en el caso en concreto se haya podido observar una evidente vulneración del derecho, por otro sujeto que- aunque no forma parte del proceso- lo esté afectando flagrantemente. En caso contrario, ¿qué clase de garante de la Constitución y de los derechos fundamentales sería aquel que solo se pronuncia ante el caso concreto y que, ante una

¹²² FIGUEROA GUTARRA, Edwin. El principio de autonomía procesal. Notas para su aplicación material. En: *Pensamiento Constitucional* (en línea) Lima, N° 19, 2014, p. 332. [fecha de consulta: 19 de octubre 2020]. ISSN 10276769. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/12532/13092>

¹²³ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derecho, justicia*. Madrid: Editorial Trotta, 1995, p. 9.

manifiesta vulneración de derechos fundamentales, pueda dejar cabos sueltos sólo por regirse rigurosamente a lo solicitado en el petitorio?

Pues, justamente por la posición que este órgano tiene como supremo intérprete de la Constitución, y porque no hay otro más que el que pueda interpretarla, es que puede tener ciertas prerrogativas que los tribunales en sede judicial, no tendrían. En sintonía con lo anteriormente explicado, si se asume cierta flexibilización del principio de congruencia procesal incluso al punto de resolver *ultra petita* y *ex partes*, ¿con esto no se estaría vulnerando la presunción de inocencia al atribuir hechos a un sujeto, cuando dentro del proceso no se ha probado? En lo que respecta a esta pregunta, se debe recordar la peculiaridad de los procesos de amparo y es que debe haber una manifiesta vulneración de los derechos fundamentales, es decir, una amenaza real y cierta, lo cual justifica que no exista una etapa probatoria como tal, sino que la única prueba que se puede introducir es la documental, en virtud de la propia naturaleza del proceso constitucional, esto es, que sea célere y eficaz a efectos de proteger oportunamente los derechos fundamentales en juego. En virtud de ello, el Tribunal al momento de atribuir un hecho a un sujeto que no ha participado directamente del proceso, pero que ha sido traído al debate en la medida que, al momento de identificar el componente, se puede ver que cuenta con registro y licencia para su venta en DIGEMID; es evidente que no haría falta mayor prueba que esta¹²⁴.

Con todo lo expuesto, queda una última pregunta: ¿Fue realmente la demanda de amparo el mejor mecanismo para proteger el derecho vulnerado? Todo esto viene a raíz de que en la segunda demanda interpuesta por la Sra. Violeta Gómez Hinojosa se manifiesta que el Tribunal Constitucional incurrió en discriminación por sólo censurar la distribución en el ámbito público, más en el privado se sigue comercializando, por lo que no sería congruente con la supuesta protección del derecho que dice alegar. Si bien no es la finalidad de la presente investigación entrar a analizar a detalle la posible solución, sin embargo, la autora considera necesaria su mención para que en lo sucesivo se pueda tomar en cuenta no sólo para su estudio, sino también para su aplicación en las instancias encargadas que tienen la finalidad de resguardar y velar por la protección de los derechos fundamentales, como lo es el Tribunal Constitucional, en el caso peruano.

¹²⁴ Ver Anexo N° 7 y N° 8.

2.2.3 Síntesis de los hechos y dinámica procesal del Expediente N° 30541-2014-0-1801-JR-CI-01

2.3.1 Sobre la demanda de amparo contra amparo

Después que el Pleno del Tribunal Constitucional en su Sentencia del expediente 02005-2009-PA/TC de fecha 16 de octubre de 2009 declaró fundada la demanda, ordenando al Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita a nivel nacional de la denominada “Píldora del Día Siguiente”, la Sra. Violeta Cristina Gómez Hinostroza interpone una demanda de amparo contra amparo, la cual es admitida mediante Resolución N° 06 de fecha 11 de diciembre de 2015.

Antes de su admisión, el Primer Juzgado especializado en lo Constitucional de Lima indicó mediante Resolución N° 01 de fecha 22 de julio de 2014 que tratándose la controversia sobre un amparo contra amparo, deberá tenerse en cuenta las reglas vinculantes de observancia obligatoria, planteadas por el Tribunal Constitucional en la STC N° 00917-2007-PA/TC, las cuales son las siguientes: 1) Su procedencia se condiciona a los casos en que la vulneración constitucional resulte evidente o manifiesta, 2) Su habilitación sólo opera por una sola y única oportunidad, 3) Resulta pertinente tanto contra resoluciones judiciales estimatorias como contra las desestimatorias, 4) Su habilitación se condiciona a la vulneración de uno o más derechos constitucionales independientemente de la naturaleza de los mismos, 5) Procede en defensa de la doctrina vinculante establecida por el Tribunal Constitucional, 6) Se habilita en defensa de los terceros que no hayan participado en el proceso constitucional cuestionado y cuyos derechos han sido vulnerados, así como respecto del recurrente que por razones extraordinarias no pueda acceder el agravio constitucional, 7) No es pertinente como mecanismo de defensa de los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional, y 8) No procede en contra de las decisiones emanadas del Tribunal Constitucional.

En la Resolución N° 01 que declara improcedente la demanda, se argumenta que, si se entiende que estos criterios de procedencia son vinculantes para poder admitir la demanda a trámite, era evidente que de acuerdo al último criterio no podría tramitarse. Sin embargo, la recurrente apela y la Primera Sala Civil mediante el Auto de Vista contenido en la Resolución N° 03, declara nula la resolución de primera instancia y admite a trámite la demanda. Ahora bien, la Primera Sala Civil sustenta el cambio de posición advirtiendo que si bien es cierto en un sentido literal lo esgrimido por el A-quo es correcto, también es cierto que dicha interpretación importa una desavenencia e inobservancia a lo dispuesto en los artículos II, III Y V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, a la Primera Disposición Final

de la Ley N° 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú.

Así mismo, indica que este caso tiene la calidad de *sui generis* pues se trataría de una “situación especial” en la medida que expresamente el propio Tribunal Constitucional en el fundamento 52) de la sentencia mencionada, indica que era posible un cambio de posición en esta materia si se demostraba la inocuidad del fármaco. Esta instancia concluyó que a la fecha se había llegado a los niveles de certeza requeridos de acuerdo a la Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA y a la Sentencia de la Corte IDH, respecto al Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs Colombia, en el que se indica que el embrión no puede ser considerado persona, y por ende tampoco sujeto titular de derechos puesto que dicha situación comenzaba cuando el mismo se implanta en el útero de la madre; interpretación que no fue tomada en cuenta por el Tribunal, máxime si esta situación resultaba necesaria para que el juez de conformidad con lo dispuesto en el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

Respecto a ello es importante resaltar que no necesariamente todos los fundamentos del Tribunal en su sentencia sean materialmente válidos, esto es porque como ya se había indicado antes, el operador jurídico que interpreta las disposiciones constitucionales para formular una norma constitucional adscrita, se limita a mostrar una voluntad preexistente (la del constituyente).¹²⁵ En el caso en concreto, tendría que verse si la disposición formalmente constitucional, expuesta en el fundamento 52; es materialmente inconstitucional en tanto contradiga alguna norma constitucional directamente estatuida a la cual se adscribe.

Si bien el Tribunal Constitucional indica en dicho fundamento que ninguna de sus decisiones pretende ser inmutable, es claro que se equivoca al manifestar las razones. Teniendo en cuenta que sólo pueden ser revisadas las decisiones que fueron emitidas en un proceso irregular, es decir, cuyo desarrollo o resolución vulneró cualquier derecho fundamental; está claro que este no es el caso, por lo que no se adecuaría a lo estipulado en el último párrafo del artículo 200 de la Constitución, el cual, refiriéndose al principio de razonabilidad y proporcionalidad, deja fuera cualquier posibilidad de revisión de la sentencia, en el caso concreto.

En su escrito de demanda, la recurrente sostiene en sus argumentos, lo siguiente:

- Que, los fundamentos de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el 2009, han perdido vigencia y sustento jurídico.

¹²⁵ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La relación entre el derecho nacional...op.cit, p.18.

- Que, la definición de concebido pronunciada en la sentencia – y que forma parte del sustento jurídico- ha perdido vigencia al diferir sustancialmente de la noción jurídica establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Que a nivel médico y científico existe certeza de que la PDS no puede provocar el aborto del concebido.
- Que no hay fundamento jurídico para prohibir su distribución.

En efecto, la Primera Sala Civil no se equivoca al indicar que ninguna norma- incluso las normas constitucionalmente adscritas a las normas directamente estatuidas-, deberían ser tomadas únicamente en sentido literal; se equivoca cuando hace una ponderación entre las normas adscriptas y las contenidas en el Código Procesal Constitucional, puesto que ambas tienen la misma fuerza vinculante. Lo que se tendrá que ver entonces, no será que norma es vencedora o vencida, sino como ambas pueden armonizarse para resolver, de mejor manera, el caso en concreto.

Como se sabe, el amparo contra amparo es una concreción del amparo contra resoluciones judiciales y una resolución judicial puede ser cuestionada a través de un proceso de amparo cuando ha sido obtenida a través de un proceso irregular, en caso contrario no procedería¹²⁶. Ahora bien, ¿Cuándo se podría decir que nos encontramos ante un proceso judicial “regular” o “irregular”? ¿Cómo se podría concretar lo “regular o irregular” para llegar a una admisión de una demanda de amparo contra amparo, de manera correcta?

En el caso concreto, la accionante alega que la decisión el Tribunal ha vulnerado los derechos colectivos de las “mujeres con capacidad de procrear”, por la misma naturaleza vinculante de la Resolución, lo cual, a su parecer, es razón suficiente para considerarla injusta. Además de ello indica que la definición de concepción y sus efectos establecidos por el TC en su sentencia del 2009, es contraria a los parámetros fijados por la Corte IDH en el Caso Artavia Murillo y otros vs Costa Rica, y que ahora, si existen suficientes elementos que producen una certeza de la inocuidad del fármaco. Luis Castillo respecto a lo que se denominaría proceso judicial irregular, lo identifica como aquel cuyo desarrollo o resolución vulnera cualquier derecho fundamental, ya sea uno de naturaleza procesal, refiriéndose al debido proceso formal; u otro derecho fundamental que involucre la dimensión material del debido proceso¹²⁷.

¹²⁶ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Las Reglas de Procedencia del Amparo contra Amparo creadas por el Tribunal Constitucional. En: *Jus Jurisprudencia*, N° 3, agosto- 2007, p. 20.

¹²⁷ *Ibíd*em, p. 7.

Si se quiere concretar estas afectaciones de derechos fundamentales, en el ámbito formal, tendríamos derechos como: 1) Ser juzgados por juez competente (artículo 139.4 de la Constitución), la motivación de resoluciones (artículo 139.5 de la Constitución), la pluralidad de instancias (artículo 139.6 de la Constitución), la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada (artículo 139.13 de la Constitución), el derecho de defensa (artículo 139.14 de la Constitución); y en el ámbito material: principios como la justicia (artículo 44 de la Constitución), el principio de razonabilidad y proporcionalidad en todo el proceso (último párrafo del artículo 200 de la Constitución), y el principio de dignidad humana (artículo 1 de la Constitución)¹²⁸.

Como bien indica Castillo, cuando el operador jurídico interpreta las disposiciones constitucionales para formular la norma constitucional directamente estatuida, no añade nada a la voluntad declarada del Constituyente a lo largo de todas las disposiciones, simplemente saca a la luz una tal voluntad¹²⁹. En ese sentido, la demandante al indicar que- al momento de interponer la demanda- existía una vulneración de los derechos colectivos de las mujeres con capacidad de procrear, en tanto que, los criterios de interpretación que había establecido el Tribunal habían quedado obsoletos, y que por lo tanto, se debía revisar la Sentencia emitida por el Tribunal, teniendo en cuenta su fundamento 52), y las nuevas pruebas que confirmaban la inocuidad del fármaco; si se hace un análisis, la recurrente no está cuestionando un vicio propio ni del proceso ni de la resolución decisoria del Expediente 02005-2009-PA/TC; sino que en base a elementos nuevos, pretende modificar el pronunciamiento emitido por el Tribunal, alegando una supuesta vulneración a los derechos colectivos de las mujeres con capacidad de procrear.

Sobre los derechos colectivos, Grijalva sostiene que son derechos humanos específicos, cuyos receptores pertenecen a un grupo concreto, y aunque son diversos, no son opuestos a los derechos humanos individuales¹³⁰. Pareciera que esta definición de derechos colectivos, son en realidad privilegios, ya que, si entendemos a los derechos humanos como bienes humanos positivados, no podrían predicarse solo de un sector o de un grupo humano, sino de toda la humanidad. En tal caso, apelar a una protección especial de un grupo humano, en desmedro del contenido esencial de los derechos fundamentales resultaría manifiestamente injusto.

¹²⁸ *Ibíd.*

¹²⁹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La relación entre el derecho nacional... op,cit. p.18

¹³⁰ GRIJALVA JIMENEZ, Agustín. ¿Qué son los Derechos Colectivos? En *ÁVILA ORDOÑEZ, María y CORREDORES LEDESMA, María (Ed). Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Quito, 1º Edición, diciembre 2009, p.5. ISBN: 978-9978-92-785-4

Volviendo a lo entendido por “proceso judicial regular”, Castillo indica que no puede haber un proceso judicial que sea calificado de “debido”, “regular” o “justo” si en él o como consecuencia de él, se vulnera un derecho constitucional. Ahora bien, solo será procedente una demanda de amparo si efectivamente se evidencia la vulneración del debido proceso en su dimensión material¹³¹. Así mismo, el Tribunal Constitucional no sólo cuenta con el precedente vinculante STC N° 00917-2007-PA/TC- que impide la utilización de la figura de amparo contra amparo para resoluciones emitidas por el Tribunal-, sino que también hace mención en otra sentencia sobre la posibilidad de interpretar la procedencia de este tipo de demandas a la luz del segundo párrafo del artículo 200.2 de la propia Constitución, donde se establece un límite a la procedencia de este tipo de demandas (amparo contra amparo) contra resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular¹³².

De esta manera, la correcta interpretación que debe darse al precedente vinculante contenido en la STC N° 00917-2007-PA/TC, en concordancia con el artículo 5) inciso 6), es que efectivamente no pueden existir procesos de amparo contra resoluciones judiciales que hayan respetado de modo escrupuloso el debido proceso y la tutela procesal efectiva¹³³, lo cual si se dio en el presente caso. El hecho de que se permita la modalidad de amparo contra amparo, por una finalidad garantista de asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales; no quiere decir que se obvie su excepcionalidad. De esta manera deben cumplirse dos criterios: a) Que exista vulneración del contenido constitucional de un derecho fundamental; b) que esa vulneración sea manifiesta. En el caso en concreto, no se cumple con ninguno de ellos¹³⁴.

2.3.2 Sobre la medida cautelar solicitada

La Sentencia del Expediente citado falla inaplicando los fundamentos interpretativos respecto a la “concepción” establecidos por el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, por “ser contraria en la actualidad a los estándares establecidos por la Corte Interamericana, así como por haberse disipado la “duda razonable” establecida en dicha sentencia. Así mismo, declara fundada la demanda interpuesta por la recurrente revirtiendo lo anteriormente dictaminado por el Tribunal, y ordenando la distribución gratuita del Anticonceptivo Oral de Emergencia, denominada Píldora del Día Siguiente.

¹³¹ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Las Reglas de Procedencia.... Op, cit, p. 22.

¹³² Sentencia del Tribunal Constitucional del Expediente N° 3846-2004-PA/TC, fundamento 4.

¹³³ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Las Reglas de Procedencia.... Op, cit, p. 23.

¹³⁴ *Ibíd*em, p. 25.

Antes de la emisión de dicho fallo contenido en la Resolución N° 47 de fecha 02 de julio de 2019, se presentó en junio del 2016, una medida cautelar en cuaderno aparte para que se autorice la distribución gratuita de dicho fármaco, así mediante Resolución N° 01 de fecha 20 de junio de 2016, el Juzgado declara inadmisibile la pretensión cautelar solicitada por la recurrente y ordena a que se subsane los siguientes defectos: a) Precisar el tipo de medida cautelar que pretende, b) Sustentar debidamente cada uno de los requisitos exigibles teniendo en cuenta la medida cautelar que se pretende.

La parte actora por su parte indicó que la medida cautelar solicitada se circunscribe a lo establecido en las normas procesales constitucionales contenidas en los artículos 15 y 16 del Código Procesal Constitucional, que regulan y reconocen la posibilidad de solicitar medidas cautelares dentro de un proceso de amparo, las mismas que no señalan ninguna restricción a especificidad para solicitar medidas cautelares en algún tipo de amparo, y que en todo caso debe adecuarse la exigencia de las formalidades previstas en el Código al logro de los fines de los procesos constitucionales. Es claro que, como lo indicó el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, la recurrente ignoró que en los procesos constitucionales también existe una aplicación supletoria de las normas contenidas en el Código Procesal Civil, específicamente las señaladas en el Título IV de su Sección Quinta, en el que instaba a tener en cuenta lo normado para medidas cautelares en los procesos ordinarios civiles. De esta manera, tanto en los procesos civiles como constitucionales, la función que cumplían era la misma: Asegurar la eficacia y efectividad de una decisión final, con la diferencia de que ambos procesos versaran sobre materias diferentes.

Samuel Abad menciona que el proceso cautelar se caracteriza por 3 aspectos fundamentales¹³⁵:

- a) Sus efectos jurídicos permanecen hasta que se expida el fallo definitivo (provisoriedad)
- b) Puede ser modificado en la medida que el cambio de las circunstancias así lo aconseje (variabilidad)
- c) Está subordinado a la expedición final, es decir opera como un instrumento para evitar el peligro que puede generar la demora en la expedición de la sentencia. No es un fin en sí mismo (instrumentalidad)

Además, debe tenerse en cuenta que uno de los criterios característicos de estos mecanismos de garantía es el *Inaudita Parte*, a través del cual el recurrente puede solicitar la medida cautelar sin audiencia del afectado para así poder evitar una posible frustración de lo

¹³⁵ ABAD YUPANQUI, Samuel. La medida cautelar en la acción de amparo En *CARNELUTTI, Francesco. Derecho y Proceso*, Buenos Aires: E.J.E.A, 1990, p. 382

solicitado, sin embargo, este criterio es criticado por muchos juristas en la medida que debe ser posible el levantamiento de la medida cautelar, como medida de protección ante el uso ilegítimo de tal instrumento ya que ayudaría a garantizar la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Debido Proceso. Aunque esta institución no esté regulada en el Código Procesal Civil como tal, su uso deviene en necesario ya que aplicando los principios procesales en función de la característica de provisoriedad, se podría garantizar un mejor acceso a la justicia teniendo en cuenta que la otra parte no puede oponerse en su admisión al no haber sido ni siquiera notificado.

Si bien al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al demandado, este recién allí podrá apersonarse al proceso para formular oposición, la cual puede ser amparada sin efecto suspensivo. Calamandrei, indica que, respecto de la provisoriedad, la medida cautelar se concede a base de una sola fase de cognición sumaria, la cual podrá ser modificada o revocada por la misma autoridad que dictó la providencia, siempre que se hayan verificado nuevas circunstancias que aconsejen su levantamiento o ineficacia¹³⁶. Sin embargo, ¿qué pasa cuando el acto jurisdiccional nació viciado, en la medida que no correspondía su otorgamiento por no haberse cumplido los requisitos señalados en el Código Procesal Civil en su artículo 611?

Pasaremos a analizar entonces si efectivamente se cumplió con los requisitos estipulados en la norma y si el acto fue inválido desde su nacimiento.

A. De la casi certeza del derecho invocado: De lo expuesto en la norma, en concreto del artículo 611° del Código Procesal Civil, se indica como cláusula abierta la suficiente apariencia jurídica que debe tener el derecho que se reclama, sin embargo, teniendo en cuenta que en el caso concreto se trataría de una tutela anticipada, se tendría que ver algún criterio que permita anticipar la certeza del derecho que se reclama, de modo que la decisión del órgano jurisdiccional termine siendo justificada y razonada.

Yaya Zumaeta, considera este criterio en orden de atención prioritaria para la calificación y concesión de las medidas cautelares, de manera que, si no se aprecia la cuasi certeza de la existencia del derecho invocado, termina resultando inoficioso apreciar los otros criterios como: el peligro en la demora y la adecuación¹³⁷. Ahora bien, existen otros autores nacionales que sostienen que este criterio no necesariamente debe exigir la comprobación de certeza sino únicamente la probabilidad. Para, Monroy

¹³⁶ *Ibíd*em; p. 177.

¹³⁷ YAYA ZUMAETA, Ulises. La contracautela: Requisito de ejecución de las medidas cautelares. En: *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*. Centro de Investigaciones del Poder Judicial, Lima, 2014, p.102.

Palacios, la verosimilitud no sugiere que el Juez evalúe la fundabilidad de la pretensión, sino que solo se necesitaría un sustento jurídico que la haga, por lo menos, probable¹³⁸. Si bien, Vilela Carbajal coincide en que el proceso cautelar no debería ser un pre juzgamiento, si considera necesario que haya una apariencia de fundabilidad de la pretensión principal ¹³⁹, de manera que aunque- en el proceso cautelar- el Juez no se pronuncie sobre el fondo, si se deberá asegurar el resultado de una sentencia final.

En el Perú, sin embargo, se ha desnaturalizado la concepción clásica de la medida cautelar que solo tiene como fin el aseguramiento de la decisión, para adoptar una propia a las medidas anticipadas, las cuales sí buscan otorgar parcial o totalmente la pretensión principal. Así, el proceso cautelar no busca garantizar en sí mismo el derecho, del cual no se tiene certeza hasta que se dictamine, sino más bien se trata de revertir la situación de una puesta en peligro por un mal inminente. Es de práctica común que dicha concepción clásica no se entienda tan bien por la desnaturalización propia de una identificación de las medidas anticipadas con las cautelares, así, aunque el fin de ambas sea asegurativo- no dirimente- constan de unas diferencias concretas que merecen ser detalladas.

Cuando se habla de medidas anticipadas, se debe entender que, a diferencia de las medidas cautelares, estas no son provisorias. Su finalidad es directamente satisfacer, y de manera anticipada, los efectos de la pretensión principal; y aunque los presupuestos para concederla pareciera que fueran los mismos, hay diferencias tangibles entre una y otra. En el caso en concreto, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima entiende a la medida innovativa solicitada como tutela anticipada, ya que esta opera en una situación excepcional por lo que sus presupuestos serían mucho más estrictos. De esta manera, no sería apropiado apelar a una “verosimilitud” sino a una “casi certeza del derecho”, no a un “peligro en la demora” sino a un “peligro irreparable e inminente”, así como la adecuación, que tendrá vocación de permanencia hasta que se dicte la sentencia.

La concepción clásica de las medidas cautelares, con la que coinciden tanto autores nacionales como internacionales, es que para determinar la “verosimilitud” se debe acreditar por lo menos que el derecho que se reclama existe real, legal y jurídicamente, para lo cual será necesario recurrir a diferentes métodos de razonamiento jurídico que den como resultado una sólida motivación. Cabe resaltar que, si para determinar verosimilitud se necesitan de métodos de razonamiento, mucho más será para

¹³⁸ MONROY PALACIOS, Juan José. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima, Comunidad, 2002, p. 173.

¹³⁹ Cfr. VILELA CARBAJAL, K. Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa del Consumidor. En: *Revista Actualidad Civil*, N° 5, 2014, p. 275

determinar la casi certeza del derecho (en el caso de medidas anticipadas). La debida motivación no es sinónimo de discrecionalidad, injusticia o arbitrariedad, sino que aun teniendo en cuenta la libertad interpretativa del Juez se deberán evaluar ciertas reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia; que servirán como límites en el ejercicio decisorio del juez. Por ello, el ejercicio de motivación no sólo estará reservado para la emisión de cualquier resolución judicial en un proceso ordinario, sino que, con mayor razón, en el otorgamiento de medidas cautelares por tratarse de acciones extraordinarias o excepcionales que sólo se habilitarán en la medida que los requisitos expuestos en el artículo previamente citado, se cumplan.

Salas Villalobos, desarrolla una propuesta que permite identificar pautas para determinar la verosimilitud del derecho invocado, de manera que más adelante sea menos probable dar pie a debates innecesarios sobre “conflictos de derecho” en vía judicial¹⁴⁰. El primer factor que menciona es la base legal del derecho invocado, a través del cual se debe analizar la correcta adecuación del hecho fáctico con la legalidad del derecho invocado, teniendo en cuenta el sentido de la norma- criterio teleológico- y no sólo atendiendo a una interpretación positivista de la misma. Adicional a ello, el siguiente factor a tener en cuenta será la confirmación de *última ratio* cautelar, de esta manera se debe comprobar que la medida cautelar solicitada es la única existente y posible para reparar el derecho vulnerado. Y finalmente, el último factor será la concreción del daño aparente, de modo que este pueda ser identificable de manera concreta y directa.

En el caso concreto, la actora sostiene su pretensión citando los fundamentos 52 y 53 de la Sentencia obtenida en cuaderno principal, a través de la cual el Tribunal menciona que la decisión no es inmutable, pues deja establecida la posibilidad de variar la decisión en caso exista niveles de consenso que evidencien la inocuidad del Anticonceptivo Oral de Emergencia. Además, hace referencia al Caso “Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica”, mediante la cual se reinterpreta el término de concepción, contradiciendo incluso fuentes objetivas de estudio como son los manuales de Embriología; cuestión que por la técnica profesional que ostenta, tal criterio no podría ser sometido a la sola interpretación jurisdiccional. De otro lado, se presenta como sustento del pedido cautelar, la Nota Descriptiva N° 244 de la Organización Mundial de la Salud (OMS), actualizada a febrero de 2016, en la que se refuerza la supuesta

¹⁴⁰ Cfr. SALAS VILLALOBOS, Sergio R. Factores para determinar la verosimilitud del derecho invocado en las medidas cautelares. En: *Revista Lex de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Lima, v.5, n.4, mayo 2020 p. 198-199. [consulta: 16 de noviembre de 2020] ISSN 2313-1861. Disponible en: <https://revistas.uap.edu.pe/ojs/index.php/LEX/article/view/1976>.

inocuidad argumentando que el AOE no sería eficaz una vez implantado el embrión y que por lo tanto “no podía provocar aborto”.

En la misma línea, la recurrente cita la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna, en la que menciona que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución reconoce, se deben interpretar de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los demás tratados y acuerdos internacionales sobre la materia, ratificados por el Perú. Añadiendo también que, el Tribunal Constitucional en la STC N° 0014-2014-PI-TC acumulada (fundamento 11) y STC N° 04058-2012-PA/TC (fundamento 16), ha mencionado que las decisiones de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos constituyen pauta interpretativa del derecho jurídico peruano en aplicación del control de convencionalidad.

Finalmente, la actora advierte que lo decidido por el Tribunal constituiría una “discriminación por condición económica” en la medida que dicho fármaco seguiría expidiéndose en el ámbito privado, sin llegar a estar al alcance de “personas de escasos recursos”, lo cual configuraría un trato desigual que contravendría lo estipulado en el artículo 2 inciso 2 de la Carta Constitucional, como también afectaría también los derechos a la salud y al libre desarrollo de la personalidad. Teniendo en cuenta los criterios metodológicos para determinar si efectivamente hay una casi certeza del derecho pretendido, sin que la sola mención de una supuesta afectación de derechos sea fundamento suficiente para otorgar medidas cautelares, pasaremos a analizar punto por punto en contraste con los 3 criterios ya mencionados: Base legal del derecho invocado, confirmación de última ratio, concreción del daño aparente.

- i) **Base legal del derecho invocado:** La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna, artículos 3°, 11° y 24° del Pacto de San José; y artículos 1°, 2° inciso 2 y 7° de la Constitución. Respecto a este criterio se debe tener en cuenta la adecuación de las situaciones fácticas con las disposiciones normativas afectadas. En el caso en concreto, la recurrente menciona que la no distribución gratuita del AOE afectaría el artículo 1 de nuestra Carta Política, en tanto que se vería afectado el derecho a la dignidad de las mujeres, ya que este garantiza la libertad general de actuación del ser humano en relación con su libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, menciona la afectación del artículo 2 inciso 2 debido a que la decisión del Tribunal Constitucional solo afecta a las “mujeres pobres”, en razón de que dicho producto solo podría encontrarse en establecimientos privados, generando así una discriminación por condición económica, además, menciona que se afectaría también

el derecho a la salud, comprendido en el artículo 7°. para ello cita además algunos precedentes del Tribunal Constitucional, como la Sentencia N° 0032-2010-PI/TC, fundamento 22, a través del cual indica que:” (...) la afectación al derecho a la salud, incide en el pleno ejercicio de la vida privada y dignidad de la persona, (...) lo que significa la capacidad de desenvolverse con plena libertad para la construcción de un propio sentido de vida material en ejercicio de su autonomía moral.

Por otro lado hace referencia a dos documentos internacionales, el primero la decisión de fecha 28 de noviembre de 2012, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso “Artavía Murillo y otros (fecundación in vitro) vs Costa Rica”; y el segundo documento se trataría de una Nota Descriptiva N° 244 de la Organización Mundial de la Salud (OMS); sendas publicaciones reforzarían la supuesta inocuidad que pretende alegar la demandante, así como la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna, y dos precedentes del Tribunal Supremo: Sentencia N° 0014-2014-PI/TC acumulada (fundamento 11) y Sentencia N° 04058-2012-PA/TC (fundamento 16), que contemplarían la interpretación de las normas internas a la luz de los Tratados de Derechos Humanos ratificados, así como la inclusión de las decisiones de la Corte Interamericana como pauta interpretativa del derecho jurídico peruano, en aplicación del control de convencionalidad.

Ahora bien, respecto al primer punto la actora pone como referencia a la Sentencia N° 0032-2010-PI/TC, fundamento 22, para justificar la afectación de su derecho, en la cual se indica que, si bien la persona tiene la capacidad de desenvolverse con plena libertad, este derecho que le asiste, no puede afectar derechos fundamentales de otros seres humanos. Cabe resaltar que, la dignidad de las mujeres que dice haberse afectado, choca también con la dignidad del ser humano nonato, por lo que en principio no habría afectación de su derecho a la libertad ya que no cabría un ejercicio ilimitado del mismo. En todo caso, lo que se estaría buscando sería una mal entendida “libertad”.

También, indica que la dignidad de las mujeres va de la mano con su libre desarrollo de la personalidad, y ahí debemos hacer un matiz. Muchos juristas han interpretado el principio del libre desarrollo de la personalidad bajo las fórmulas contenidas en los artículos 26.2 y 29.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, sin embargo, aún hay que hacer mucho estudio al respecto ya que hasta el momento no existe un desarrollo normativo sobre ello, en nuestro país. Las declaraciones de derechos contenidas en los textos constitucionales que hacen

referencia a tal principio, en efecto, se refieren al pleno desarrollo de la personalidad humana, la cual no debe desviarse a la adopción de criterios subjetivos e ideológicos para decir que todo afecta al libre desarrollo de la personalidad.

La personalidad humana, como ha se ha explicado en líneas anteriores no es un criterio antojadizo, sino que deriva de un conjunto de axiomas (principios naturales) que conforman dicho concepto. Así, como lo explica Castillo “(...) la persona humana es una unidad ontológica, lo que quiere significar que el ser de la persona humana es una realidad que a pesar de su diversidad y complejidad no es un ente incoherente ni mucho menos contradictorio en su esencia”. Esto refuerza la idea de que la personalidad es un concepto que no se basa en percepciones subjetivas, sino que es tan objetiva como la naturaleza misma¹⁴¹.

Nuestro texto constitucional, en su artículo 2 inciso 1, el legislador constituyente hace referencia al criterio de libre desarrollo, sin ahondar mucho en el asunto, sin embargo, en el ámbito académico últimamente hay una cierta tendencia a realizar un juego de palabras con el pleno desarrollo de la personalidad y el libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, Santana Ramos señala que básicamente la diferencia se encontraría en que, en el primer caso el legislador estaría tomando en consideración un “modelo ideal de persona” que supone que sólo se puede alcanzar con el desarrollo completo de las potencialidades inherentes al individuo; por otro lado, el otro concepto haría alusión a la idea de voluntad soberana del individuo, siendo que él, y nadie más que él, decidiría cuál es el objetivo al que hay que enfocar su desarrollo personal. Este último criterio tendría el gran problema que al basarse en subjetividades, el término “libre de desarrollo de la personalidad” abriría una serie de supuestos o situaciones que podrían encajar perfectamente en la idea de libertad que tenga el individuo, siendo que esta debe- aun cuando sea diversa- enmarcarse dentro de unos límites y concretizarse de una manera objetiva.¹⁴² En la misma línea, otros textos constitucionales como la Constitución española en su artículo 10.1, indican que el postulado del libre desarrollo de la personalidad, “(...) no puede ser considerado como un derecho fundamental abierto y susceptible de ser

¹⁴¹ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *La interpretación iusfundamental...*, op. cit. p. 38

¹⁴² Cfr. SANTANA RAMOS, Emilia. Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad. En: *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* [en línea]. Gran Canaria: Departamento de Filosofía del Derecho, Número 29, 2014, p 104. [consulta: 13 de marzo 2021] Disponible en: https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/56594/1/CEFD_document.pdf

utilizado a modo de cajón de sastre para dotar de cobertura constitucional a ciertos comportamientos sociales basados en el libre albedrío individual o grupal”¹⁴³.

Ahora bien, en el presente caso tampoco podría verse una afectación a la libertad, visto desde el marco del libre desarrollo de la personalidad- si se quiere hacer la distinción- ya que el Estado solo estaría obligado a garantizar aquello que tiene relevancia no sólo individual sino también social, es decir, habría una vulneración al derecho de la libertad- respecto al libre desarrollo de la personalidad- si la entidad pública interfiriera con asuntos netamente privados como en la elección personal, afectiva o amistosa; en la manera en cómo uno elige decorar su hogar o educar a sus hijos, sino que al contrario, la entidad siempre debe ser respetuosa de esa esfera personal en la medida que el accionar público o privado no incida directamente en el ámbito social, es decir, no afecte al bien común. Por ende, decir que el Estado falla en garantizar este supuesto derecho sólo porque no expide gratuitamente algo que, por evidencia empírica, podría ocasionar perjuicios a la población sería una absoluta incongruencia ya que el negar algo que no tiene relevancia social o que no configura una necesidad para el individuo, no impide su consumo por otras vías, ni tampoco configura parte de sus obligaciones previamente instituidas.

Por otro lado, la recurrente también indica que respecto al artículo 2 inciso 2, la decisión del Tribunal Supremo solo afecta a las mujeres pobres debido a que dicho producto solo podría encontrarse en establecimientos privados, generándose una discriminación por condición económica. Respecto a esto, será necesario hacer la distinción entre discriminación y trato diferenciado justificado, ya que no toda distinción puede configurar, per se, una discriminación. Respecto a ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 4/84 menciona que “(...) no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la igualdad humana¹⁴⁴. En el caso en concreto, como bien ya se había indicado el deber del Estado no se centra en complacer todos los deseos de los ciudadanos, sino únicamente aquellas necesidades legítimas que contribuyan al desarrollo y bienestar social e individual. En ese sentido, considerar que existe discriminación hacia la

¹⁴³ SANTANA RAMOS, Emilia. *Las claves interpretativas...* op, cit. p 102.

¹⁴⁴ Corte IDH. 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. San José: s.n., 1984. pág. 16. Opinión Consultiva OC-4/84 de la Sentencia del Exp. 02437-2013-AA/TC, f. 6.

“mujer pobre” por su condición económica, es bastante sesgado ya que en la práctica no se le estaría negando un servicio público válido y legítimo, en la medida que para que el pedido particular forme parte de una política pública será necesario que este atienda al bien común.

También es cierto que sería cuestionable el hecho de que, teniendo razones suficientes para prohibir la dispensa del fármaco en el ámbito público, no haya podido ser extendida tal prohibición al ámbito privado, ya que de no ser un componente eficaz y que trae perjuicios para el no nacido y la mujer, no sería lógica su autorización en el mercado. El Tribunal Constitucional hace referencia al trato diferenciado en el caso Plaza Vea¹⁴⁵, al mencionar que en tal caso había una necesidad de la persona ciega de acceder al espacio privado, acompañado de su perro lazarillo, ya que de otro modo la persona no podía haber realizado la compra. El artículo 9 del Pacto de San José, indica que los Estados partes pueden introducir esquemas de asistencia humana, animal o intermediarios, de acuerdo a las necesidades que se buscan satisfacer¹⁴⁶. Allí es donde se aplica el criterio de que tales ajustes sean razonables y no simples caprichos o privilegios que no lleguen a solucionar el problema de raíz, sino que den una apariencia de solución, generando así la creación de nuevos problemas.

Por último, la recurrente también apela al criterio de convencionalidad que deben seguir los Estados a partir de la ratificación de un tratado, de manera que según su mirada debía darse una inclusión casi calcada y nada crítica de las decisiones de la Corte Interamericana como pauta interpretativa del derecho jurídico peruano. Dicha cuestión se explicará más extensamente en el próximo capítulo, así como también de la conveniencia de aplicar el margen de apreciación, para el caso en concreto. Entonces, con todo lo desarrollado previamente se puede ver que realmente los hechos fácticos no calzaban con las disposiciones normativas supuestamente afectadas, por lo que el primer criterio metodológico para determinar si había efectivamente casi certeza del derecho invocado— a criterio propio— resultaba insuficiente para ser tomado en cuenta por el Juzgador.

- ii) Respecto al segundo criterio:** Confirmación de última ratio. Este criterio está referido a determinar que solo una medida cautelar, en la forma que se solicite, es la

¹⁴⁵ Cfr. STC Exp. 02437-2013-PA/TC

¹⁴⁶ *Ibidem*, f. 23.

única existente y posible para la atención de una prevención de orden judicial¹⁴⁷. Respecto al caso en concreto se sabe que la medida cautelar peticionada, fue de tipo innovativa, sin embargo, existen también otras como las no innovativas, temporales sobre el fondo o aquellas para ejecución forzada. Cabe resaltar que, cuando la demandante solicita la medida no indica el tipo de medida cautelar que pretende. El Juzgado, por su parte, solicitó la subsanación del pedido, a lo que la actora respondió que en las disposiciones 15 y 16 de la Constitución, no señalaba ninguna especificidad al momento de solicitar la medida cautelar. El juzgador indica que existe una aplicación supletoria del Título IV de la Sección Quinta del Código Procesal Civil-habilitada por la misma norma suprema-, en la que se regulaban las medidas cautelares en los procesos ordinarios y que por lo tanto su pedido no podía ser genérico, sino que resultaba necesario compatibilizar lo dispuesto en el artículo 15 con el Código Civil, a efectos de hacer viable una debida calificación.

Ante ello, queda en evidencia que la recurrente no tenía un petitorio concreto, al punto que fue el Juzgado el que adecúa el petitum cautelar al tipo de medida cautelar correspondiente. Si bien, la finalidad se antepone a la formalidad del proceso, tal actuación nos da un indicio de la poca claridad que tenía la recurrente respecto a su pedido, más aún si se descubre que dentro de las opciones había otro tipo de medidas que también podían amparar su proceso.

Si bien las medidas de ejecución forzada y las temporales sobre el fondo se dan para casos concretos como embargo y desalojo, respectivamente; las de no innovar se otorgan para conservar o inmovilizar determinada situación que no era tampoco su pretensión. A pesar de ello, no es menos cierto que aún ninguna de las anteriores podía adecuarse a su pedido, las medidas innovativas reclamaban la inminencia de un perjuicio irreparable que debería haber sido sustentado de manera racional, hecho que no se dio y que se explicará más adelante. De hecho, Salas considera que, en materia constitucional, las acciones de garantía son por eminencia jurídica, la última razón para reparar un derecho vulnerado, de manera que se otorgará siempre que no exista una vía previa y apropiada para ello”¹⁴⁸.

- iii)** Finalmente, el último criterio: Concreción del daño aparente. Esto quiere decir que la afectación pueda ser identificable de manera concreta y directa. Respecto a este supuesto es necesario indicar que las medidas cautelares, al no tocar el tema de

¹⁴⁷ Cfr. SALAS VILLALOBOS, Sergio R. *Factores para determinar.....*, op.cit, p. 199.

¹⁴⁸ *Ibíd.*

fondo, por su naturaleza jurídica tiene la característica de simplicidad. Ahora bien, esta característica puede ser medida en la evaluación del proceso en curso. Nuevamente, Salas Villalobos indica que incluso cuando el debate de fondo sea complejo, si sería posible identificar el daño aparente de manera concreta y simple siempre y cuando no contenga una serie de apreciaciones y su solución no se torne compleja¹⁴⁹. Es decir, si se tratara de un caso complejo, pero aun así tenga muy bien identificada la solución no habría mayor problema, pero si para llegar a una decisión discurren una serie de apreciaciones un poco confusas, se podría correr el riesgo de establecer una serie de medidas que desnaturalizarían la simplicidad que debe caracterizar a las medidas cautelares. Si bien el recurso de la medida cautelar se da esencialmente para evitar la posible obstaculización del proceso o vulneración del derecho solicitado, tampoco esto tendría porque habilitar la posibilidad de otorgar este tipo de medidas a diestra y siniestra sin evaluar si efectivamente le corresponde al caso en concreto.

Finalmente la variedad de situaciones en un solo proceso puede volver imprecisa la determinación del objeto, para cual calza mucho el hecho que traen a colación como justificación en el petitorio de la medida, en el sentido que la negación en la distribución del AOE podría ayudar a propagar la enfermedad por el virus ZIKA ya que se había determinado a través de una Nota Descriptiva de la OMS, que era posible su transmisión sexual y que la píldora podía evitar embarazos no deseados y además su propagación, en el eventual nacimiento de un bebé. Así mismo, en la medida impuesta no había concreción ni simplicidad en el daño aparente por lo que tampoco se cumplirían con estos criterios. Por ello se puede ver que, para Salas Villalobos, no se cumplieron los factores que podrían determinar la casi certeza del derecho pretendido, teniendo en cuenta que esta no se puede dar por simple intuición del juzgador, sino que debe guiarse por ciertos parámetros que puedan calificar y hacer viable su otorgamiento.

B. Sobre el peligro inminente e irreparable: Este supuesto estaría enmarcado en un temor fundado de que el derecho invocado se frustre o sufra menoscabo durante el desarrollo del proceso principal. Según como indica Sartori¹⁵⁰, el *periculum in mora* se refiere a la

¹⁴⁹ Ibídem, p. 201.

¹⁵⁰ SARTORI, José Antonio. *El debido concepto de lo cautelar* [Resumen de presentación de la conferencia] en Seminario de Derecho Procesal Civil [en línea]. Lima: Blog de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012. [consulta: 11 de mayo 2021]. Recuperado de: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2012/01/12/el-debido-concepto-de-lo-cautelar-por-sartori/>

posibilidad de que, en caso de no adoptarse, sobrevenga un perjuicio o daño inminente que transformará en tardío, el eventual reconocimiento del derecho, fundamento de la pretensión.

Muchos autores coinciden en que la necesidad de cautelar de una pretensión tiene su base en el principio de tutela jurisdiccional efectiva. Así, Morello, Sosa y Berizonce explican que, si bien no es necesaria la plena acreditación de un posible riesgo a la justicia, si se necesita que esta resulte objetiva ya que no basta un simple temor subjetivo del solicitante, sino que debe derivar de hechos que lleve a ser apreciado, en sus posibles consecuencias, como una afectación concreta a la justicia¹⁵¹. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que el peligro en la demora no salvaguarda únicamente el reconocimiento tardío del derecho afectado sino sobre todo la imposibilidad o inoperatividad en la ejecución de la sentencia. En el proceso civil, quizás este último suceso puede verse con mayor frecuencia cuando se trata de derechos patrimoniales. Así, si hubiera alguna variación en el patrimonio del demandado o un exceso de tiempo en la emisión del dictamen, puede que la decisión llegue a ser inejecutable.

Los derechos humanos por su parte, son inmutables, esto quiere decir que no pueden ser despojados de la persona, aunque la decisión demore en efectuarse. Si bien, no acaecerá ningún perjuicio que convierta en inejecutable a la Sentencia, si es posible que el peligro en la demora este enmarcado en la vulneración de la tutela jurisdiccional efectiva y en los daños colaterales que sufra la víctima y/o terceros. Calamandrei distingue dos tipos de *periculum in mora*, que conforman una unidad y nuestro texto legal también apela a ese doble componente, el primero, está referido a una urgente necesidad de asegurar de manera preventiva la eficacia de la sentencia final, sin embargo, el segundo alude a la aceleración en vía provisoria de la satisfacción del derecho¹⁵². Cabe resaltar que lo sostenido por Calamandrei, no es compartido por Monroy Palacios, quien manifiesta que solo existiría un solo peligro en la demora en la medida que lo solicitado en la pretensión sufra un perjuicio irreparable o no durante el desarrollo del proceso. Este último autor hace su distinción más bien en los tipos de medidas cautelares por los efectos que producen. Por un lado, las no coincidentes, que serían aquellas que aseguran

¹⁵¹ MORELLO, Augusto; SOSA, Lucas y BERIZONCE, Roberto. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. La Plata: Librería Editora Platense, 4ª ed., tomo I, 2015, p. 536. ISBN 978-950-20-2696-1.

¹⁵² Cfr. CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático...*, op. cit, p.71

la eficacia de la sentencia y las coincidentes que se refiere a aquellas que adelantan lo que se decidirá en la futura sentencia¹⁵³.

Además, que la determinación de este presupuesto debe pasar también por un juicio concreto; es decir, conforme a las reglas de derecho material que haga cierta la afirmación que la parte, al solicitar la medida, no contaba con otros mecanismos para evitar el daño que alega. Para ello, se realiza una evaluación y calificación, a partir del caso en concreto atendiendo a las especiales circunstancias que rodean la situación que es sometida al proceso y teniendo en cuenta que en el Derecho Público además se exige *irreparabilidad*, en consideración al interés público comprometido. De esta manera, frente a la disyuntiva de tener que optar entre el interés de los potenciales afectados y el interés público, deberá primar este último¹⁵⁴.

C. Sobre la adecuación de la medida: Para otorgar la medida cautelar también se deberá realizar un juicio de idoneidad, en eso se basa la adecuación; que estas sean congruentes y proporcionales. El artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil indica que el juez no puede ir más allá del petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Así mismo, el principio de congruencia exige que en el otorgamiento de la medida cautelar se debe tener en cuenta también la razonabilidad y la utilidad, pues la actividad cautelar debe actuar como *última ratio* para la protección de los bienes jurídicos. El examen de proporcionalidad, en sentido estricto, no es más que la medida óptima ya que se deberán tener en cuenta los intereses en conflicto, los daños que pueda sufrir el demandante y el demandado; así como los daños que puedan sufrir terceros. Este principio, sostiene Ramos Romeu, estaría configurado por tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación¹⁵⁵.

Por tanto, aun cuando el juez- mediante el principio de proporcionalidad- realice un juicio de ponderación de intereses, su ejercicio de discrecionalidad en ningún caso deberá entenderse como arbitrariedad, sino que se exigirá que en la decisión cautelar se determine si negar la medida resultaría más gravoso, para el interés público, que concederla. Esto se traduciría en un ejercicio de razonabilidad en la facultad discrecional del Juez.

¹⁵³ Cfr. MONROY PALACIOS, Juan. *Bases para la formación...*, *op.cit.*, p. 185.

¹⁵⁴ PRIORI POSADA, Giovanni F. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. ARA, Lima, 2006, pp. 38-40. En el mismo sentido KIELMANOVICH, Jorge. *Medidas Cautelares*. Rubinzal Culzoni. Buenos Aires, 2000, p. 53

¹⁵⁵ RAMOS ROMEU, Francisco. *Las medidas cautelares civiles: Análisis jurídico económico...* Op. cit., pp.447-448.

En el caso en concreto, el Juzgado sostiene que lo peticionado en la demanda cautelar coincidía con el petitorio del proceso principal, por lo que se consideró adecuada la pretensión, así mismo, menciona que es obligación del Estado en virtud del artículo 6° de la Constitución, la elaboración de políticas públicas destinadas a una adecuada planificación familiar, las que se desarrollan y se ejecutan a través del Ministerio de la Salud; siendo así que, la distribución gratuita del AOE- de manera provisional- no podría ocasionar perjuicio al Estado mayor al que se podría generar al colectivo de mujeres a quienes estaba dirigido su consumo.

La recurrente, para señalar el cumplimiento del presente presupuesto, recurre incluso a la Constitución donde se señala claramente que la política pública que el Estado garantiza, es aquella en la que se configure una adecuada planificación, cuestión que no se cumple en la medida que dicho componente puede resultar peligroso no solo para la persona que lo consume sino también para terceros.

2.3.3 *Sobre la concreción normativa a partir del análisis del artículo 4.1 de la Convención Americana*

En nuestro país se entiende como derechos fundamentales y/o constitucionales, a aquellos derechos reconocidos a la persona humana por su condición de tal, pero que se encuentran enmarcados en un ordenamiento constitucional interno. Cuando hablamos de “Derechos humanos” nos referimos más a la esencia de tales derechos fundamentales, la cual persiste más allá de cualquier ordenamiento, vistos desde un plano axiológico o moral¹⁵⁶. Ahora bien, el ámbito internacional acoge el concepto de derechos humanos en la medida que estos son universales, y aunque exija una regulación propia, su concepto no podría estar delimitado tampoco a un acuerdo de voluntades incluso internacional. Ante la propuesta de sacrificar un derecho sobre otro, surge una tesis armonizadora que lo que busca es una adecuada protección de los derechos fundamentales.

Cabe preguntarse entonces si realmente existen los llamados “conflictos de derechos fundamentales”, en la medida que para resolverlos se necesitaría de la negación de uno respecto a otro, una antinomia en su esencia, ya que algo no puede ser y no ser a la vez. Tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es muy acogida esta visión conflictivista de derechos fundamentales, que se fundamenta básicamente en su “indeterminación” y en su “incommensurabilidad”; y que habilita la posibilidad de otorgarles ciertos “pesos” o “criterios de ponderación” atendiendo al caso en concreto. Por otro lado, hay quienes hablan de una

¹⁵⁶ Véase, CASTILLO, Luis. *¿Existen los llamados conflictos...*, *op.cit.*, p. 100.

“jerarquía móvil” que no conduce a la declaración de invalidez de uno de los bienes o valores en conflicto, ni a la formulación de uno de ellos como excepción permanente frente a otro, sino a la “preservación abstracta” de ambos, por más que inevitablemente ante cada caso en concreto sea preciso reconocer la primacía de uno sobre otro¹⁵⁷.

En el caso en concreto, a través de la Sentencia contenida en la Resolución N° 47 de fecha 02 de julio de 2019, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima en su fundamento 8) indicó que los criterios interpretativos establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el concebido y el derecho a la vida son vinculantes al Estado Peruano, en rigor a lo establecido por la Cuarta Disposición Final Transitoria de nuestra Constitución, y por los artículos 4.1, 62 y 64 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Ante ello, es necesario entender que la adhesión a los tratados que debe un país al momento de ratificar un tratado, no se da de manera automática, sino que pasa por un mecanismo de integración que culmina en la incorporación de la normativa internacional a la normativa interna, y que, al momento de ser aplicadas ya no se tratarían de normas puramente convencionales sino de normas constitucionalmente estatuidas de origen convencional.

Castillo define a las normas constitucionales directamente estatuidas como aquellas cuya formulación nace de la única gran voluntad del Constituyente de reconocer bienes humanos esenciales debidos a la persona por lo que es y vale, las cuales integran un todo armónico y sistemático.¹⁵⁸ Ahora bien, a estas normas se le añaden otras de diferente tipo llamadas “normas constitucionales adscriptas” las cuales pueden ser de origen nacional o convencional. Respecto a las primeras, la Constitución ha delegado al Parlamento, a través de la ley, y al Ejecutivo, a través de los decretos legislativos, el desarrollo directo de los preceptos constitucionales; de otro lado, también existen otros órganos que han recibido el encargo de controlar la constitucionalidad de manera indirecta o sucesiva y son los órganos judiciales como el Tribunal Constitucional y los jueces del Poder Judicial, especialmente la Corte Suprema – como última instancia en los procesos ordinarios-.¹⁵⁹

¹⁵⁷ Véase, PIETRO SANCHIS, Luis. El juicio de ponderación constitucional. En CARBONELL, Miguel (Ed.) [et al.]. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos [online], 2008; p. 102, [consulta: 5 de Julio 2021]. Recuperado de: <https://biblio.dpp.cl/datafiles/4271.pdf>

¹⁵⁸ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La relación entre el derecho nacional... op.cit, pp. 17-18; y CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La inaplicación del derecho convencional creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho a la vida del concebido En: *Revista Chilena de Derecho* [online], vol 48, N° 3, 2021, pp. 3-5 [consulta: 05 de Julio 2021]. <http://ojs.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/45889/36809>

¹⁵⁹ Véase, CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La relación entre el derecho nacional... op.cit, pp. 18-20.

Así como a nivel nacional existen normas constitucionales directamente estatuidas, en el derecho convencional también existen normas convencionales directamente estatuidas por el legislador convencional. Las normas convencionales adscriptas también poseen una doble naturaleza, por un lado, las que desarrollan las disposiciones propias de la CADH, y por otro lado, las originadas a raíz de las interpretaciones del máximo órgano controlador de la convencionalidad: La Corte IDH.¹⁶⁰

La supuesta coalición entre el derecho a la vida y los derechos reproductivos de la mujer, quedaría resuelta si se toma en cuenta- *prima facie*- que la interpretación que deben realizar tanto los tribunales nacionales como internacionales, no se trata de un juego de pesos y contrapesos, sino que parte de entender el origen y la finalidad de las normas que resguardan los Derechos Humanos, para después poder compenetrarlas desde una mirada sistemática e integradora. Es necesario entender que, en la realidad peruana desde el momento que se ratifica un tratado, las normas convencionales directamente estatuidas ingresan al sistema jurídico nacional, las cuales dejan de ser de derecho convencional a secas, para convertirse en derecho constitucional adscripto. Por tanto, el derecho constitucional peruano, quedaría dividido entre derecho constitucional directamente estatuido y derecho constitucional adscripto, los cuales a su vez se dividen por su origen, en nacional y convencional.¹⁶¹

En el caso en concreto nos encontramos con 2 dificultades: La primera, es la relativa al “conflicto de derechos” que plantea este Tribunal; y la segunda, sería entender si la concreción normativa como resultado de un control de convencionalidad, surgió correctamente. Respecto al primer punto, el surgimiento de antinomias en las concreciones de las normas directamente estatuidas son más comunes en la medida que al no tener un relevante grado de indeterminación normativa, pueden ocasionar interpretaciones diferentes, respecto de una misma norma directamente estatuida. Las contradicciones pueden surgir respecto de normas constitucionales adscriptas de origen nacional entre sí, entre normas constitucionales adscriptas de origen nacional y de origen convencional; o entre estas y una norma constitucional directamente estatuida.

Muchos jueces tienen cierta tendencia a preferir la norma convencional por razones de autoridad, en tanto que proviene de un órgano internacional; sin embargo, lo cierto es que ninguna fuente jurídica tiene la autoridad para convertir en infalible el contenido de la norma que produce; por tanto, habrá que atender más a un ajustamiento de exigencias formales y

¹⁶⁰ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La inaplicación del derecho convencional... op.cit, pp.6-8.

¹⁶¹ *Ibidem*.

materiales de justicia que representan los derechos humanos constitucionalizados.¹⁶² Desde el punto de vista lógico, tampoco es que siempre una norma constitucional adscripta estará ajustada (formal y materialmente) al objeto concretado porque aunque naturalmente nazca de una fuerza jurídica de quien la estatuye (norma directamente estatuida), esta también puede ser inconstitucional desde un punto de vista material cuando contradiga a la norma directamente estatuida a la cual se adscribe.¹⁶³ Así es como da sentido a lo afirmado anteriormente y es que su validez no depende de la fuente sino de su corrección válida al contenido esencial del derecho invocado.

La revisión de la Sentencia en el presente caso llega a raíz del fundamento 52 de la Sentencia 02005-2009-PA/TC, en la que se estableció que la decisión del Tribunal Constitucional de ninguna manera pretendía ser inmutable, dejando abierta la posibilidad de que si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la inocuidad del compuesto, evidentemente tendría que cambiarse de opinión. Ahora bien, aunque hasta el momento aún no hay consenso en materia científica, la recurrente presenta una “actualización” citando la Sentencia Artavia Murillo vs Costa Rica en el que se “redefine” el concepto de la concepción, y que, para este Tribunal, daría datos concluyentes sobre la inocuidad del fármaco.

Por tanto, por un lado, tenemos a la Corte Interamericana expresando que no hay protección jurídica del embrión sino hasta el momento de la implantación (Teoría de la implantación), y por otro lado tenemos la afirmación del Tribunal Constitucional en su fundamento 28, decantándose por considerar que la concepción de un nuevo ser humano se produce con la fusión de las células materna y paterna (Teoría de la fecundación).

Castillo da razones para afirmar que el Tribunal Constitucional está en lo correcto en la medida que los derechos fundamentales son exigibles no por su positivación, sino por el significado de la dignidad de quien los titulariza, y que, por esa dignidad, se ha de considerar a la persona como valor supremo que exige la vigencia irrestricta del derecho a la vida, por erigirse en un presupuesto ontológico. Así mismo, que en nuestro ordenamiento jurídico la vida es protegida desde la concepción y que además está dispuesto por norma internacional e interna; de manera que, con base a una ciencia médica dividida, el jurista tendrá que resolver las controversias empleando los principios de interpretación constitucional *pro homine y favor debilis*.¹⁶⁴

¹⁶² Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La relación entre el derecho nacional... op.cit, pp. 21-24.

¹⁶³ Véase, CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Vida y Razonabilidad..., op.cit, pp.31-32.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pp. 36-38.

Más allá de la discusión de términos y momentos en que comienza la vida, que no corresponde al derecho determinarlo, se puede ver que, en el caso concreto, hay un conflicto entre la posible afectación de la libertad reproductiva de la mujer con el derecho a la vida del concebido. Landa Arroyo y Calle Hayen, en su voto singular, realizan una interpretación constitucional a la luz del principio de proporcionalidad, en la medida que la prohibición absoluta de la distribución del AOE requiere de un test mínimo de razonabilidad o proporcionalidad, teniendo en cuenta tres sub juicios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Los críticos, tanto de la jerarquía en abstracto o en concreto, este último referido al juicio de ponderación; indican que ninguna de las dos opciones representan una solución real a los problemas de fundamentación ya que ambas conducen a la relativización de los derechos en juego. Cianciardo, Serna y Toller coinciden en esta postura¹⁶⁵. Para poder entender la interpretación armonizadora de los derechos fundamentales, es importante apelar a una unidad sistemática de derechos humanos, que radica en la coherencia de la naturaleza humana. Castillo sostiene que, si la naturaleza humana es una unidad, y los derechos humanos en cuanto tales se predicen del hombre, entonces no hay modo que ni en su formulación teórica, ni en su ejercicio práctico, tales derechos sean contradictorios entre sí o supongan contenidos incompatibles.

Otra de las razones que tiene el Tribunal Constitucional a su favor es el recuento del contenido de las diferentes posologías de los medicamentos que contienen el compuesto, de lo que se concluye que tal “tercer efecto” es por lo menos, si no seguro, muy probable. En consecuencia, si desde una perspectiva jurídica resulta relevante saber desde cuándo se ha de considerar iniciada la vida para prestarle la máxima protección posible, y que, habiendo duda científica, entonces exigiría decantarse por aquella teoría que en caso de duda favorezca más y mejor la plena vigencia del derecho a la vida.¹⁶⁶

Finalmente, de reconocer la teoría conflictivista de derechos, considerando que efectivamente la vida del concebido haya entrado en pugna con la autodeterminación reproductiva de la mujer; el camino argumentativo daría razones a favor de la vida del concebido por lo menos tan fuertes como las razones a favor del derecho de la autodeterminación reproductiva de la mujer. La ponderación aplicada al caso, o da como resultado un empate, o da como consecuencia el sacrificio de un derecho sobre otro, lo cual rompería con el principio de unidad y criterio sistemático de todas las normas

¹⁶⁵ Véase, CASTILLO, Luis. *¿Existen los llamados conflictos...?*, op.cit, pp. 109-110

¹⁶⁶ Cfr. CASTILLO CÓRDOVA, Luis. *Vida y Razonabilidad...*, op.cit, pp. 39-40.

iusfundamentales.¹⁶⁷ De lo que se trata más bien es de saber quién ha ejercido de un modo constitucionalmente correcto su derecho fundamental, con base en la concurrencia de criterios de interpretación constitucional como el criterio sistemático y el teleológico.¹⁶⁸

Aun cuando la experiencia jurídica nos invita a dejar de lado las pugnas o prelaciones normativas internas e internacionales, lo cierto es que, para avanzar hacia una mayor integración de ambos sistemas, es necesario el diálogo jurisprudencial de manera que la aplicación del control de convencionalidad sea armonizada, buscando siempre conseguir la máxima realización de la persona¹⁶⁹. De todas formas, muy a pesar de todos los argumentos que pudieron haberse generado en el debate, el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, partiendo de una visión conflictivista, decidió INAPLICAR los fundamentos interpretativos que presentó el Tribunal Constitucional en su Sentencia expedida en el expediente N° 2005-2009-PA/TC, y DECLARÓ fundada la demanda interpuesta por la recurrente, ordenando al Ministerio de Salud que informe y distribuya en forma gratuita el AOE, por haberse disipado la “duda razonable”, teniendo en cuenta los estándares de interpretación establecidos por la Corte Interamericana. Este último fundamento, nos permite dar paso a una evaluación de criterios interpretativos ya no sólo a nivel nacional sino incluso internacional, como es el caso del margen de apreciación y el control de convencionalidad.

¹⁶⁷ *Ibídem*, pp.47-51.

¹⁶⁸ *Ibídem*.

¹⁶⁹ Véase, MOSQUERA MONELOS, Susana. Perú ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos. La difícil combinación entre la defensa de los intereses del estado y los estándares internacionales de protección e los derechos humanos. En: ACOSTA, Paola (Coord.) [et al.]. *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales*. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM [online], 2012, pp. 348-349 [consulta: 05 de Julio 2021]. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/15.pdf>; y, CASTILLO CÓRDOVA, Luis. La relación entre el derecho nacional... *op.cit*, pp. 45-47.

Capítulo 3

El margen de apreciación en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos

3.1 La Doctrina del Margen Nacional de Apreciación en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho

La doctrina del margen nacional de apreciación surge a raíz de una evolución propia del Derecho Internacional Público, para definir mejor este concepto tendríamos que regresar incluso a momentos anteriores al reconocimiento de los derechos humanos y a la creación de distintos organismos internacionales que hoy en día tratan de velar por la protección de los derechos del hombre en todos sus aspectos. Al respecto, la evolución de lo que podría ser el prototipo del margen de apreciación se basaba en una discrecionalidad nacional en la que el Estado tenía la posibilidad de decidir sobre asuntos públicos, prescindiendo de la obligación de informar a sus habitantes; sin embargo, estas nociones de *arcana imperio o arcana dominationis* culminaron con el apogeo de tendencias liberales que buscaban eliminar la sujeción que los ciudadanos tenían con el monarca, en aquel entonces. Fue así como se emplea por primera vez esa discrecionalidad de Estado, en el caso Grecia v. Reino Unido de 1958-1959, con el fin de facultar a los Estados parte, de manera excepcional, en caso de guerra o peligro público que amenace la vida de la nación a derogar de manera temporal las obligaciones previstas en la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁷⁰.

Evidentemente la noción primitiva de la discrecionalidad estatal varió en gran medida con la evolución progresiva del derecho y las nuevas formas de organización estatal. Esta herramienta, ahora sustentada en la cualidad subsidiaria de intervención que tienen los tribunales regionales para garantizar la plena protección de los derechos humanos, adquiere distintos matices a la “discrecionalidad” primitiva porque ya no se trataría ahora de igualar la voluntad del soberano con el Estado, sino que sería el pueblo el que legitime al soberano y le de la autoridad de hacer efectiva la ley. Es por eso que, para la aplicación de esta doctrina, será necesaria la existencia de un Estado de derecho y sociedad democrática como fundamento de la acción estatal en la interpretación sobre derechos humanos, en la medida que dicha protección parte de las extralimitaciones que tiempo atrás tuvieron ciertos jefes de estado en los que se depositaba un poder absoluto de manera que terminaban vulnerándose derechos intrínsecos de las personas y cometándose muchas injusticias.

¹⁷⁰ CÁRDENAS CONTRERAS, Luz. *La evolución del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano de los derechos humanos como doctrina transregional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2019.

El sistema internacional nace primero como una garantía de pacificación entre Estados, ante periodos de tensión interna o externa, lo cual facilitaba una adecuada gobernabilidad y cooperación entre Estados; y termina garantizando también la protección de los derechos humanos de sus ciudadanos, que han sido reconocidos con el devenir histórico. Tal es así que Shelton, en su artículo “Una Introducción a la Historia del Derecho Internacional de Derechos Humanos”, comenta que la evolución de diferentes creencias y culturas dieron lugar a lo que actualmente conocemos como Sistema Internacional para la Protección de Derechos Humanos. Antiguamente con la existencia de religiones como el Hinduismo, Judaísmo, Budismo, Confucianismo, Cristianismo e Islamismo se introdujeron conceptos morales y responsabilidades entre personas que compartían estas creencias, esto que al inicio era propio de la intimidad de los ciudadanos, dio pie al nacimiento de criterios como la igualdad, la dignidad humana y la sacralidad de la vida, como fuentes de lo que hoy llamamos derechos humanos¹⁷¹.

En materia de derechos humanos, la protección internacional en general no aparece recién en el siglo XX, sino que anteriormente ya se habían realizado actos que resguardaban estos derechos en diferentes Estados, un ejemplo fueron los Acuerdos de Paz firmados en Munster y Osnabruck en Westfalia, que pusieron fin a la Guerra de los Treinta Años entre protestantes y católicos en diversas áreas de Europa. Estos actos fueron la base para el desarrollo de lo que hoy conocemos como libertad religiosa, posteriormente a través del Congreso de Viena (1814-1815) se reconoció que la intolerancia religiosa podía poner en peligro la paz y la seguridad internacional, tal es así que los estados que formaban parte del mismo, se comprometieron a mantener la igualdad religiosa y a asegurar la igual protección a favor de cada grupo¹⁷². En paralelo, unos años antes, con la Ilustración, surgieron pensadores que se entusiasmaron por encontrar herramientas que protejan a los ciudadanos de un territorio específico en la medida que anteriormente el monarca era quien decidía los derechos de aquellos que habitaban en un territorio, así, se llega a impulsar la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano, invitando a participar en la redacción al embajador de USA en Francia de aquel entonces, Thomas Jefferson. Esas ideas independentistas llegan a USA proclamándose así su independencia en 1776 y creando el Bill of Rights en 1791¹⁷³, cabe resaltar que, aunque ya se había creado este último documento, la DUDH se creó con

¹⁷¹ Cfr. SHELTON, Dinah. An Introduction to the History of International Human Rights Law in *Public Law and Legal Theory Working Paper*, N° 346, Strasbourg, France, July 2003, pp. 1-5.

¹⁷² *Ibidem*, p.6

¹⁷³ MOSQUERA, M. Susana, Internacionalización de los Derechos Humanos. Segunda clase del Programa de especialización en Protección Internacional de los Derechos Humanos. Universidad de Piura, 2021.

posterioridad a la DADH, lo cual resulta paradójico ya que se compiló antes en el continente americano aun cuando sus antecedentes estaban en Europa. Así, la DUDH tuvo la oportunidad de nacer de la mano de dos grandes exponentes de los DDHH como fueron Eleanor Roosevelt y Charles Malik¹⁷⁴.

Continuando con el desarrollo histórico, mientras en Europa seguían los conflictos por la libertad religiosa, en 1839, el sultán otomano Abdulmejid promulgó el Hatti-i Sherif, formuló un decreto que garantizaba los derechos legales, sociales y políticos a todos sus súbditos, y en 1856, el Islahat Fermani emitió un segundo decreto en el que garantizaba la no discriminación por motivos de religión, idioma o raza; esto en virtud de que durante este tiempo, la trata internacional de esclavos floreció, de manera que empezaron a surgir voces de oposición ocasionando levantamientos en Santo Domingo, Haití y otros lugares. Como consecuencia de los reclamos, muchos países comenzaron a emancipar a sus esclavos en respuesta a la presión pública, Cuba y Brasil fueron los últimos en abolir la esclavitud a finales de la década de 1880. Durante este contexto de desprotección del género humano en la guerra surge en 1863 el Comité de la Cruz Roja, y en 1864, la Convención de Ginebra; después de la guerra italiano- austriaca de 1864. En 1890, se negoció la Ley General para la Represión de la Trata de Esclavos Africanos que requirió tomar medidas para suprimir la trata en el mar y en el interior de las caravanas, así como enjuiciar a los traficantes de esclavos, este acuerdo fue el primero y de estándar común en la materia, para regular el comportamiento de los estados.

Respecto a la protección de personas en tiempos de guerra, el Comité Internacional de la Cruz Roja organizó una segunda conferencia de representantes en la que se negociaron puntos de la Convención de Ginebra como el mejoramiento de la condición de heridos en los ejércitos en el campo. En 1907, la Conferencia Paz de la Haya amplió el derecho humanitario al concluir nuevos acuerdos sobre tierras y guerra marina. A partir de 1914- 1919, época en la que se desarrolló la Primera Guerra Mundial aparecen los primeros acuerdos internacionales en el ámbito de protección a los grupos minoritarios; esos grupos se producen a consecuencia de las conquistas de territorio, además, desde 1963 ya se trataba de una guerra industrializada en la que las batallas se producían de manera masiva. Finalizada la Primera Guerra Mundial, en noviembre de 1918, se logra que los generales alemanes firmen un armisticio, pero a

¹⁷⁴ Este documento- la DUDH- de diciembre de 1948 debe también su aportación a la Declaración Americana sobre derechos humanos que la OEA había aprobado en mayo de ese mismo año.

Cfr. MOSQUERA, M. Susana, El control de convencionalidad como herramienta necesaria de diálogo entre la Corte IDH y el juez nacional. *Análisis y Crítica*, Gaceta Constitucional: Lima, tomo 108, julio 2016, p. 16. ISSN 1997-8812.

continuación se tiene que tomar el Acuerdo de Paz, así, lo que siguió en noviembre de 1918 a Julio 1919 fue la negociación de un tratado de paz: El Tratado de Versalles, un documento que pone fin a esta guerra y fue importante básicamente por 2 motivos: Primero, porque contenía la firma de Alemania, principal actor en la guerra; y segundo, porque en él se incorpora el Pacto de la Sociedad de Naciones (1920). Lo curioso fue que ese pacto tuvo poco éxito ya que Woodrow Wilson, presidente de USA de aquel entonces, al ser uno de los propulsores de esa iniciativa, regresa a su país para solicitarle al congreso estadounidense la ratificación de tal documento y el establecimiento de su sede en su territorio, pero siendo tal pedido rechazado porque entendían que “no era su competencia resolverle los problemas a Europa”, la sociedad de naciones se establece en Ginebra por una ventana de 20 años hasta que se desata la II Guerra Mundial¹⁷⁵.

A partir de 1939, con la declaración de facto de la II Guerra Mundial, una de las propuestas de la sociedad de naciones fue el desarme, sin embargo, no tuvo mucho éxito, igualmente se ocasionó lo que se pretendía evitar. Con el desarrollo de este evento, surgió un cambio de paradigma en la mente de muchos, en materia de Derechos Humanos, incluso después de terminada la guerra, al momento de llevar a juicio muchas extralimitaciones que surgieron en combate, aún se seguía sobreponiendo la normativa estatal con el fin de legitimar cualquier actuación bajo el slogan de “soberanía estatal”. Es por ello que, el 01 de enero de 1942 surge la Declaración de las Naciones Unidas y en 1945 se alienta la creación de las Naciones Unidas como institución, a raíz de los atentados contra la dignidad de la persona cometidos en la Segunda Guerra Mundial, entre los más conocidos: Los juicios de Núremberg. En fechas anteriores, el ordenamiento jurídico internacional sólo regulaba relaciones entre los Estados, los cuales eran sujetos de Derecho Internacional y, por lo tanto, titulares de derechos y obligaciones dentro de esta comunidad¹⁷⁶.

A partir de los tratados de Ginebra, nace el Derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario, los cuales solo se habilitan en contextos de guerra y/o conflictos armados); así como también el Derecho Internacional de DDHH, que operaría de manera subsidiaria; solo cuando la nación no proteja a sus ciudadanos. Desde 1948 hasta finales de la década de 1960, las Naciones Unidas centraron su atención en enumerar aquellos derechos cuya protección debía ser garantizada por todos los estados bajo supervisión internacional. El primer texto general de derechos humanos adoptado internacionalmente fue la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre, adoptada por resolución de la Organización de los

¹⁷⁵ *Ibidem*.

¹⁷⁶ Cfr. SHELTON, Dinah. *An Introduction to the History...* op. cit, p. 24.

Estados Unidos en Bogotá, la cual significó un estándar común para todos los pueblos y naciones, como resultado de todas estas organizaciones, comenzando por Europa, los sistemas regionales se centraron en la creación de procedimientos de reparación, estableciendo mecanismos de control para supervisar la aplicación y cumplimiento de los derechos garantizados. El sistema europeo fue el primero en crear un Tribunal Internacional de Protección de Derechos Humanos, y un procedimiento para denuncias individuales de violaciones de derechos humanos; y más de una década después, en 1959, la OEA creó una Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁷⁷.

Se creó además la Convención Americana de Derechos Humanos, firmada en 1969; así como también en 1978, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual tenía competencia para resolver casos presentados contra estados, además de dictar opiniones consultivas. Las Comisiones, otros organismos del derecho internacional, también se crearon con el fin de preparar informes de países y realizar visitas in situ a países individuales, examinando la situación de los derechos humanos en el país en particular y haciendo recomendaciones al gobierno, funciones que hasta el momento mantiene. Ahora bien, de todo el desarrollo histórico se puede ver que es propio de la Protección Internacional de Derechos Humanos, su carácter evolutivo; si bien actualmente las Naciones Unidas cuentan con organismos dedicados exclusivamente a la protección y garantía de tales derechos, no siempre fue así. Al inicio, el Organismo de Naciones Unidas se creó para asegurar la paz internacional, situación inevitable y estructural de la convivencia entre Estados; posteriormente, nace el sistema regional de derechos humanos con el fin de lograr la cooperación institucionalizada entre estados, de manera que se fomente el respeto de los derechos humanos y libertades fundamentales, como preocupación legítima de todos los estados parte de la comunidad internacional en su conjunto.

Es cierto además que cada Estado vincula, libremente, su soberanía a un sistema de control y supervisión, de ahí que radica la importancia de trabajar únicamente con Estados. Para Barbosa y Herdegen, el Estado debe estar conformado por atributos necesarios para su configuración; por una parte, la Soberanía, cualidad que se funda en la capacidad del Estado para ejercer su dominio y que está vinculada la jurisdicción nacional y competencia territorial; y por otra parte, la Nacionalidad, que según Herdegen, es la relación de reciprocidad intensa de sometimiento al derecho por una parte (nación) y de otorgamiento de protección por la otra

¹⁷⁷ *Ibíd.*, p. 15.

(ciudadanos)¹⁷⁸. De la confluencia de estos dos elementos, se configuraría el Estado de Derecho, modelo de estado adecuado para otorgar un margen de apreciación nacional sin la cual no habría concurrencia de voluntades, decisiones justas ni garantía de una sociedad democrática.

Para la aplicación del margen de apreciación se debe tener en cuenta el diálogo entre el derecho interno y el derecho internacional a partir de los principios fundadores que el Estado adapta en su ordenamiento, de esta manera sería utópico pensar que el concepto de “control de convencionalidad” se agotaría en una regla de interpretación unificada pero ciertamente opera únicamente en Estados democráticos y de Derecho. Actualmente se ha olvidado el criterio armonizador que deben tener los sistemas regionales de protección derechos humanos, y es por ello que muchos acusan a la función de supervisión de tratados (o control de convencionalidad) que inicialmente concedida a los organismos internacionales con mucha aceptación, como intromisión. Sin embargo, ¿es realmente así?

Para aclarar este dilema, se debe tener en cuenta que el sistema internacional no es centralista, sino es un sistema de coordinación que busca entender los problemas concretos de cada Estado para poder proponer una solución acorde a cada realidad. Ahora bien, es cierto que, por el mismo carácter evolutivo de la materia, ha surgido un proceso de especialización de los tratados, situación por la cual algunos ven como mejora y otros como traba, ya que, de un lado trae el perfeccionamiento en el cumplimiento, y por otro, trae problemas como la difícil integración en los diferentes países al no entender que cada uno de ellos presentan realidades distintas. Respecto a ello, en el siguiente punto haremos una comparación señalando las similitudes y diferencias de las figuras que buscan garantizar la adecuación de las normas internacionales en la normativa interna de cada Estado, teniendo en cuenta la realidad jurídica concreta.

3.2 Margen de apreciación vs control difuso de convencionalidad

No se puede hablar de margen de apreciación, sin antes referirnos al control de convencionalidad. Para Carmona Tinoco, el control de convencionalidad se trata de una forma de legitimación internacional de control judicial de leyes, actos y omisiones de las autoridades frente a los Derechos Humanos expresados tanto en la Constitución, las leyes, así como en la

¹⁷⁸ Cfr. BARBOSA DELGADO, Francisco, *El margen de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones UNAM [en línea] México: 2012, pp.13-16. [Fecha consulta: 17 de marzo 2022] Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/7.pdf> y HERDEGEN, Matthias, *Derecho Internacional público* (Trad. Marcela Anzola), Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, (Original en alemán, 2004), México, 2005, p. 66.

Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁷⁹. Considera además que esta técnica posee una doble naturaleza, una de uso supranacional o internacional, y el otro de uso doméstico, estatal o interno. El control de convencionalidad supranacional, o también llamado control concretado de convencionalidad, se refiere a cualquier procedimiento de supervisión internacional, por vía de informes periódicos, visitas in loco, quejas o procesos plenamente judiciales o cuasi jurisdiccionales, que realizan los organismos y tribunales supranacionales como los diferentes comités de la región, así como las Cortes Europea, Interamericana y africana de DDHH.

Por otra parte, el control de convencionalidad doméstico o difuso, se trata de la verificación de la adecuación de las normas internas a la Convención Americana de Derechos Humanos y estándares interpretativos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de parte de las autoridades judiciales del derecho interno. Desde este punto de vista, para García Belaunde y Palomino Manchengo, el control de convencionalidad sería un principio que busca contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales¹⁸⁰. Ahora bien, autores como Karlos Castilla precisan que el control de convencionalidad no tiene una doble naturaleza, sino que, a lo que algunos llaman como “control difuso” no es más que una interpretación de derechos y libertades acorde a los tratados, más no un “control de convencionalidad” per sé. Según este autor, lo que pedía la Corte Interamericana cuando acuñó el término de control de convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano y otros vs Chile*, era que a partir de la ratificación del tratado que los Estados firmaron, se cumplan las obligaciones adquiridas, lo cual se traduciría en únicamente aplicar las disposiciones de los tratados interamericanos velando que se respete lo establecido en la Convención¹⁸¹.

Siguiendo con su idea precisa que la idea del control de convencionalidad parte de la obligación del Tribunal Supremo Internacional Americano, de armonizar el ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, según como señaló en algún momento el presidente de la Corte Interamericana, Antonio Augusto Cançado Trindade. De allí, que dicho control resulta un ejercicio únicamente de la Corte, para

¹⁷⁹ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *Apuntes al control de convencionalidad*, [en línea]. Disponible en http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/apuntes_al_control_de_convencionalidad.pdf

¹⁸⁰ GARCÍA BELAUNDE, Domingo, y MANCHEGO PALOMINO, José. El control de convencionalidad en el Perú. En: *Pensamiento Constitucional*, N° 18, 2013, pp. 223-241

¹⁸¹ Cfr. CASTILLA, Karlos. *El control de convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco*. Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, vol. XI, 2011, pp. 606-608.

determinar si se ha cumplido o no con una obligación internacional¹⁸². Señala además que el control de convencionalidad sólo puede ser llevado a cabo por la Corte IDH, en tanto que conlleva unos elementos caracterizadores, propios del sistema internacional:

1. La Vigencia de un tratado internacional.
2. Competencia de un órgano internacional para conocer de la interpretación, aplicación y solución de controversias del referido tratado.
3. Primacía del tratado internacional sobre cualquier norma, incluida la Constitución.
4. Contraste del tratado con la totalidad de actos y hechos del Estado.
5. Determinación de incumplimiento o no de una obligación internacional
6. Determinación de responsabilidad internacional y sus consecuencias, ante el incumplimiento de una obligación internacional.

Por tanto, el autor explica que no existiría el llamado “control difuso de convencionalidad” ya que si se observan detenidamente los elementos mencionados anteriormente, estos conllevan una labor específica y sus alcances no pueden ir más allá de lo dicho por la Corte IDH, pero además, aun cuando se pida que la labor sea ejercida ex officio, la limita al marco de las competencias y regulaciones procesales propias del sistema internacional, esto es que los tribunales nacionales no determinan el incumplimiento de una obligación internacional, ni determinan la responsabilidad internacional que se derive de este¹⁸³.

Ahora bien, si bien hay características o funciones propias de los sistemas regionales de protección se debe tener en cuenta también que la idea de una primacía de los tratados por sobre las normas internas y el seguimiento casi ciego del contenido, objeto, fin e interpretaciones de los mismos, acarrearán problemas que últimamente está haciendo difícil la integración de las normas internacionales a los ordenamientos jurídicos internos. A raíz del caso Radilla Pacheco, muchos tribunales mexicanos empezaron a ser críticos respecto a la aplicación de este cuasi control de convencionalidad, de manera que los criterios hermenéuticos aplicados a las decisiones de la corte deben servir para invitar a que prevalezca la norma (interna o internacional) que mejor proteja los derechos y libertades o aquella que menos los restrinja, sin importar su procedencia. Castilla puntualiza en que la importancia está en la protección de la persona y no en el origen o interpretación de la norma, lo cual sería secundario¹⁸⁴. De esta idea confrontacional entre los tribunales regionales y nacionales, es que

¹⁸² *Ibíd.*

¹⁸³ *Ibíd.*

¹⁸⁴ Véase, CASTILLA, Karlos. *El control de convencionalidad...*, *op.cit.* pp. 622-623.

hace algún tiempo nacieron incluso ideas de retiro de la competencia contenciosa de la Corte. Si bien, el caso Barrios Altos fue un caso que exigió un control de convencionalidad concreto, en la medida que después de agotadas las vías internas se procedió a elevar la queja a vía internacional, en el fondo, es el mismo problema que enfrentamos con el control de convencionalidad difuso: La poca o casi nula receptividad de las obligaciones internacionales cuando en lugar de armonizar el derecho, se impone el cumplimiento de las normas internacionales sobre las nacionales¹⁸⁵.

Ahora bien, es cierto que para noviembre de 2010 de los 131 casos que habían llegado a la Corte IDH, 26 casos habían sido contra Perú, y sobre todo, hablaban de un Estado que no respetaba los estándares internacionales de protección de derechos humanos, en ese orden de cosas, la defensa de los intereses propios que hacía el Perú en esa época era más bien débil y defectuosa; de esta manera llegó a publicarse incluso la Resolución legislativa núm. 27152, del 08 de julio de 1999, mediante la cual se aprobó el retiro, con efecto inmediato, del reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte. Esta actitud, claramente fue tildada como incompatible a las obligaciones que el país había asumido.¹⁸⁶

Ante esto, cabe resaltar que toda modificación o reserva que se haga al momento de ratificar el tratado debe hacerse en la fase de negociación, no es posible que después se pretenda cambiar el contenido aunque se entienden las razones también de la otra parte (del Estado Peruano) al estar ya con suficientes problemas internos como para que un ente internacional, con un afán más activista que conciliador, pretenda sancionar a un país extralimitando sus funciones teniendo en cuenta incluso que las recomendaciones o sentencias que emiten estos órganos internacionales, son para lograr la plena vigencia y eficacia de la norma internacional, más no cumplen una función puramente punitiva.

Aun así, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso La Cantuta vs Perú, indica en su fundamento 35, que es necesario entender al Derecho Internacional como un derecho de integración en el que haya una relación de cooperación entre la jurisdicción internacional y constitucional en aras a la protección efectiva de los derechos humanos; la realidad es que no siempre es así en la práctica, las opiniones de la Corte cuando instan al control de convencionalidad (concreto o difuso) se traducen no tanto en una idea de

¹⁸⁵ El 8 de julio de 1999, se aprueba mediante Resolución Legislativa N° 27152, el retiro de la competencia contenciosa de la Corte en tanto que se habían emitido nueve sentencias sobre casos relacionados al Perú. Posteriormente con el gobierno de Paniagua se derogó tal resolución depositándose ante la Secretaría General de la OEA, una declaración reconociendo la competencia de la Corte. Cfr. CONGRESO DE LA REPÚBLICA, Informe Final de Derechos Humanos [en línea], Área de Trabajo N° 4, Lima, 2003, f. 4071. Recuperado de: <https://www4.congreso.gob.pe/historico/ciccor/infofinal/violaddhh.pdf>.

¹⁸⁶ Cfr. MOSQUERA MONELOS, Susana. Perú ante el sistema interamericano... op.cit, pp. 319-322.

diálogo sino en una suerte de monólogo unidimensional, desde la Corte hacia los tribunales domésticos. Como diciéndoles qué hacer y/o actuando con una suerte de cuarta instancia¹⁸⁷.

Jorge Contesse, critica justamente esta actitud de los tribunales regionales del tipo “todo o nada”, en la que, después de un contraste de las normas locales con las internacionales, y en caso de estimar que “hay conflicto”, surge una fuerte tendencia de preferir las últimas. Esta visión no sólo se ha quedado como pauta en los sistemas regionales, sino que se ha desplazado hacia abajo- hacia los sistemas nacionales-, incitando muchas veces a realizar una sujeción a sus normas sin mayor crítica posible y entonces así, se estaría cumpliendo con la Convención. ¿Esto tiene que ser así? En febrero de 2013, García-Sayán consciente de las críticas que le venían haciendo al sistema regional interamericano en concreto, respondió afirmando que el control de convencionalidad se trataba de una especie de “diálogo interjurisdiccional”, sin embargo, en la práctica se ha visto que no hay verdadero diálogo en tanto que en lugar de prevalecer los mejores argumentos sobre el sentido y el alcance de los derechos, se trata únicamente de un ajuste acrílico a las políticas de la agenda internacional, y entonces solo así se estaría cumpliendo “cabalmente” con las obligaciones de la Convención¹⁸⁸.

Susana Mosquera respecto a ello manifiesta que, parte de la necesidad de un diálogo interjurisprudencial, es un poco la naturaleza de la Corte IDH en su función contenciosa y la evolución del SIDH; esto porque a diferencia de lo que sucede con su equivalente europeo, el proceso de integración económico americano es un conglomerado de estructuras que duplican funciones y miembros, sin que haya directa relación entre la membresía en el sistema protección de derechos humanos y la membresía en el club de la integración económica de turno, de esta manera, es entendible la necesidad de un diálogo interjurisprudencial entre los Estados y los órganos internacionales americanos, ya que no todos los estados tienen equivalente posición dentro del sistema dado que no todos ellos han reconocido con carácter general la función contenciosa de la Corte IDH, por ejemplo¹⁸⁹.

Hay que recordar, además, que las normas inscritas en los tratados son *numerus apertus*, y que, por tanto, su desarrollo debe estar nutrido de la evaluación y participación de todos los Estados. De manera que, no sólo importa la interpretación de los organismos internacionales, sino que, reconociendo que cada uno de ellos tiene un sistema jurídico y

¹⁸⁷ CONTESSE, Jorge. ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: IGLESIAS VILA, Marisa et al. *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos* [en línea]. Buenos Aires: Sela, 2013, pp. 1-31 [consulta: 1 de abril del 2022]. Disponible en http://www.law.yale.edu/documents/pdf/sela/SELA13_Contesse_CV_Sp_20130401.pdf

¹⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁸⁹ Véase, MOSQUERA, M. Susana, El control de convencionalidad como herramienta...., op. cit, pp. 17-18.

realidades distintas, pueden también estar en la calidad de mantener un margen de apreciación siempre que, en el caso específico, la norma interna proteja mejor el derecho invocado.

Habiendo dado paso al concepto de discreción estatal, evaluaremos ahora el criterio del margen de apreciación en relación con el control de convencionalidad. La primera vez que se introduce esta doctrina en sede interamericana fue a partir de la opinión consultiva solicitada por Costa Rica en relación a las reformas constitucionales en materia de ciudadanía¹⁹⁰. Posteriormente, se cita también en el caso de *Castañeda Gutman v. México*, en el que a través de una aplicación del principio de proporcionalidad, la Corte otorga deferencia internacional y ciertas esferas de discreción en su fallo, ahora bien, lo que estaría pendiente será determinar sobre qué principios y bases normativas se otorga tal teoría de la deferencia. Para Oswaldo Ruiz, los niveles de discreción nacional deben distinguirse en 3 hipótesis: 1) Si existe una decisión previa de la Corte IDH en contra del mismo Estado, en este caso la Corte estará obligada a aplicar el estándar regional anteriormente definido; 2) Si un Estado que no ha sido condenado por la Corte, pero que tiene una regla de derecho similar al de otro Estado que si lo fue; entonces el estado tendría un margen reducido de discreción toda vez que la Corte ya ha definido una regla similar que viola la Convención; 3) Si la Corte no ha decidido un asunto determinado ni ha fijado la interpretación de una regla de la Convención, en este caso las autoridades nacionales gozarían de una amplia discrecionalidad en la determinación del contenido de la regla¹⁹¹.

Ahora bien, apelar a este margen de apreciación nacional tampoco es tan fácil porque, además de ser una medida excepcional, se necesita que se cumplan ciertos requisitos específicos para el caso en concreto, se necesitan otros criterios como Estado, que deberíamos cumplir; y es el de ser un Estado Democrático y de Derecho. Frente a ello, se han considerado diferentes indicadores que miden el rango democrático y de derecho en el que nos encontramos como país y se pudo observar que de acuerdo a unos últimos estudios del World Justice Project en el año 2021, Perú se encontraba en el rango global de 87/139 evaluados, rango regional de 20/32 países evaluados, con un crecimiento de 27/40. Así mismo, en un

¹⁹⁰ La Corte se pronuncia por primera vez sobre la discreción estatal en el fundamento 59 sobre “La propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización”: “(...) En tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense.” Cfr. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, fundamento 59.

¹⁹¹ Cfr. CONTRERAS, Pablo. Control de Convencionalidad, Deferencia internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: *Ius et Praxis*, Universidad de Talca: Chile, vol.20, núm. 2., 2014, pp.259-260.

histórico de Estado de Derecho entre los años 2015-2021, se ha mantenido estable sin presentar variaciones radicales¹⁹². Este estudio¹⁹³, está conformado por 8 factores democráticos que son puestos en evaluación, entre ellos: 1) Restricciones a los poderes de gobierno, este factor mide hasta qué punto los gobernantes están obligados por la ley; 2) Ausencia de corrupción, este factor examina la ausencia de corrupción en el poder ejecutivo, legislativo, judicial, fuerzas armadas y policía; 3) Apertura del gobierno, este factor está definido por la medida en que un gobierno comparte información, rinde cuentas y fomenta la participación ciudadana; 4) Derechos Fundamentales, este factor se centra en un menú relativamente modesto de derechos que están firmemente establecidos en la Declaración Universal de las Naciones Unidas, estrechamente vinculados a la protección de los derechos humanos; 5) Orden y seguridad, este factor mide qué tan bien una sociedad garantiza la seguridad de las personas y la propiedad; 6) Cumplimiento Normativo, este factor mide el grado en que las regulaciones se implementan y se hacen cumplir de manera justa y efectiva; 7) Justicia Civil, este factor mide la posibilidad de los ciudadanos para resolver sus quejas de manera pacífica y efectiva a través del sistema de justicia civil; 8) Justicia Penal, este factor evalúa si el sistema de justicia penal es eficaz para reparar agravios y emprender acciones que garanticen un verdadero estado de derecho.

Si bien muchos han defendido la opción del criterio democrático como fundamento para otorgar un margen de apreciación a los Estados, también es cierto que otro sector de la doctrina demuestra su inquietud respecto a que muchas veces las insuficiencias del “uso genérico” del argumento democrático en el contexto internacional puede acarrear posibles decisiones injustas en tanto que la balanza se inclinaría del lado que tenga un papel preponderante en la agenda pública¹⁹⁴.

Aldao sugiere que con el propósito de reducir la posibilidad de arbitrariedades se deben ensayar algunas propuestas concretas para mejorar esos déficits jurisprudenciales. En

¹⁹² Ver Anexo N° 09

¹⁹³ WORLD JUSTICE PROJECT, WJP Rule of Law Index 2021 – Perú [consulta: 01 de abril del 2022]. Recuperado de: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/Peru>.

¹⁹⁴ Si bien el autor muestra su preocupación exclusiva por los colectivos minoritarios, lo cierto es que cuando se habla de derechos humanos, no puede verse si beneficia a un solo sector sino si este corresponde a una necesidad propia de los seres humanos. Ahora bien, en lo que coincidimos con el autor es que, en ese juego de pesos y contrapesos propios de una democracia, puede haber decisiones injustas si no se tiene en cuenta primero, el contenido mínimo del derecho invocado; antes de pasar a analizar si verdaderamente aplica su mención en el caso concreto. Se dará mayor ampliación del tema en las conclusiones. Cfr. ALDAO, Martín. Entre la deferencia y la indiferencia: margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En: *Revista Derecho del Estado* [en línea], Universidad Externado de Colombia, n° 44, septiembre- diciembre de 2019, pp. 31-55. [consulta: 05 de abril del 2022] DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.03>. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/6143/8583>

efecto, aun cuando el derecho internacional tiene características muy distintas al derecho constitucional, y una de ellas es que hay una prelación en su normativa; es verdad también que se necesitan de ciertos estándares o cierto orden, aun cuando la dinámica internacional responda más a una coordinación de normas, todas igualmente importantes entre sí. En ese caso entonces, lo que debería primar debería ser el contenido esencial del derecho invocado, aplicado al caso en concreto. Se darán algunas precisiones al respecto, más adelante.

Cabe resaltar que, en cuanto al concepto del margen de apreciación nacional, Susana Mosquera indica que nació como un rango de flexibilidad en la implementación del tratado que el TEDH concede cuando llega a su conocimiento una queja individual; en ese sentido, para que el Tribunal mencionado anteriormente acepte que la implementación del tratado, no supone un incumplimiento del tratado siempre que se cumplan los requisitos esenciales, entre ellos: la buena fe en la aplicación del tratado, el conocimiento del tratado en sede nacional, la validación de la medida que implementó el tratado en sede interna conforme a las técnicas de ponderación, el nivel de garantías democráticas que ofrece ese Estado, y el grado de progresividad que permite el tratado en relación al derecho que está en discusión. Si todo eso se cumple, entonces el TEDH dejará en libertad al Estado miembro para que avance a su ritmo en la aplicación de los derechos reconocidos en el tratado¹⁹⁵.

De esta manera, esta falsa dicotomía que acarrea la aplicación del control de convencionalidad y/o del margen de apreciación en el derecho internacional y/o nacional, podría resolverse muy fácilmente delimitando sus alcances; de manera que, sin eliminar la función prudencial de los jueces internacionales y nacionales, se pueda obtener un margen de actuación distinto y propio de la naturaleza de cada tribunal- nacional o internacional-. Así mismo, continúa la autora diciendo que aunque alcanzar niveles de gobernabilidad democrática y estándares de protección de derechos y garantías es un proceso complejo porque parece que el caudillismo tiene algo que decir en este terreno, lo cierto es que quizás – tomando el ejemplo de la Unión Europea- y aun considerando las realidades diferentes, podríamos considerar de gran utilidad no sólo la figura concreta del margen apreciación nacional como doctrina a importar, sino la más amplia referida al proceso de integración en sí, que permitan establecer parámetros de convivencia entre el orden interno e internacional.¹⁹⁶

¹⁹⁵ Cfr. MOSQUERA, M. Susana, El control de convencionalidad como herramienta..., op. cit, pp. 24-25.

¹⁹⁶ Véase, MOSQUERA MONELOS, Susana. Perú ante el sistema interamericano...op.cit, pp. 350-351.

3.3 Margen de apreciación como criterio de interpretación en el caso "Píldora del día siguiente"

Después de haber realizado un desarrollo histórico y doctrinario del control de convencionalidad y margen de apreciación, es importante también ver el desarrollo jurisprudencial respecto a esta doctrina en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que aunque es muy pobre aún, importa en la medida que será aplicado en el caso concreto, mucho más si existen pronunciamientos de la Corte u otros organismos en casos o consultas de otros Estados Partes, que puedan ser aplicados también para su evaluación. Como se ha expresado anteriormente, la aplicación del control de convencionalidad, incluso cuando se determina un margen de apreciación a los Estados, no puede ser la repetición ciega de conceptos emitidos en organismos internacionales sin tener en cuenta el contexto, la materia que se evalúa, el país en evaluación y muchos otros criterios.

En la Sentencia del Expediente N° 30541-2014 de fecha 02 de julio de 2019 emitida por el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima, se cita como argumento para solicitar el cambio en la decisión dada por el Tribunal Constitucional en el 2009, que la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos "Caso Artavia Murillo vs Costa Rica" de fecha 28 de noviembre de 2012 definió jurídicamente desde la Convención Americana de los Derechos Humanos, cómo se debía interpretar los términos "concepción, "embrión" y "persona" respecto a la protección del derecho a la vida. Se resalta además que, la aplicación de estos criterios interpretativos se realizó en virtud del "control de convencionalidad" que el Estado Peruano se encuentra obligado a garantizar al momento de emitir sus decisiones. Que, desde el momento de la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos (12 de julio de 1978), el Estado Peruano reconoció como obligatoria de pleno derecho la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para conocer cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención Americana que le sea sometido.

Indica además,-en el Capítulo III del Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA de fecha 02 de junio de 2000- , que la Corte menciona en las dos sentencias sobre competencia en los casos de Ivcher Bronstein y del Tribunal Constitucional del 24 de septiembre de 1999, que "(...)la aceptación de la competencia contenciosa de la Corte constituye una cláusula pétrea que no admite limitaciones que no estén expresamente

contenidas en el artículo 62.1 de la Convención Americana.”¹⁹⁷ Sin embargo, el contexto de esta declaración se refería a la posibilidad de retiro de la competencia de la Corte que se estaba esbozando en aquel momento, más no significa que se legitime una sumisión total a los criterios adoptados por la Corte, ya que como se explicaba anteriormente, lo que se busca es que más allá del origen de la norma, prevalezca la que proteja más y mejor el derecho invocado- en este caso, el derecho a la vida-. Además indica también que, en razón del artículo 29.a de la Convención Americana, se establece que ninguna disposición de la misma puede ser interpretada en el sentido de permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella, (...) de manera que la supresión del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la Convención, iría en contra de su objeto y propósito como tratado de derechos humanos ¹⁹⁸.

Ahora bien, como también indica la sentencia en análisis, “(...) las obligaciones relativas a la interpretación de los derechos constitucionales no sólo se extienden al contenido normativo de la Convención *strictu sensu*, sino a la interpretación que de ella realiza la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de sus decisiones (sentencias, opiniones consultivas, medidas provisionales, supervisiones de sentencias). De esta manera, entonces, se pasará a realizar un análisis detallado de la materia (derechos reproductivos, salud sexual, derecho a la vida, etc.) que hayan realizado los organismos internacionales a nivel regional, y específicamente con respecto a Perú. Para aplicar el control de convencionalidad, no hace falta citar cualquier tratado o convención que más o menos se refiera al caso en concreto, sino que, la regla consuetudinaria se inclina a que se tome mayor importancia a aquellas normas – nacionales o internacionales- que por temporalidad y especialidad sean las más garantistas de derechos. Es cierto además que, en el ámbito internacional se prevee la situación que si existe una norma anterior que ya se ha referido a un mismo caso, esta no puede ser cambiada por una más “actualizada” que pueda cambiar conceptos de manera arbitraria y que pueden atentar incluso contra las máximas de la ciencia y la experiencia, al sostener teorías como la gradualidad en el desarrollo de la vida, para su posterior reconocimiento jurídico.

Cabe resaltar al respecto que, sobre la supervisión de los instrumentos internacionales, Susana Mosquera indica que en el derecho internacional se debe tener en cuenta la relación singular con el derecho interno utilizando los criterios de subsidiariedad y

¹⁹⁷ Véase, COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Segundo Informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú: Capítulo III- Obligaciones internacionales*, Organización de los Estados Americanos, Washington DC, doc. 59 rev, II. 106, 2000.

¹⁹⁸ *Ibidem*.

complementariedad; es decir que al momento en que se firma, ratifica e incorpora una obligación internacional en el ordenamiento jurídico interno; la posición que esta norma internacional adopte dentro del sistema jurídico de ese estado puede ser muy variada, de allí que la lectura y la aplicación de los tratados de derechos humanos no siempre es sencilla, ya que posee un lenguaje abierto y no siempre la respuesta es uniforme para todos¹⁹⁹.

En el caso *Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*, con fecha 7 de abril de 1995 el señor Hermes Navarro del Valle presentó una acción de inconstitucionalidad contra el Decreto Ejecutivo que regulaba la FIV en Costa Rica, utilizando diversos alegatos sobre violación del derecho a la vida. El solicitante requirió que: i) se declarara el Decreto inconstitucional por violar el derecho a la vida; ii) se declarara inconstitucional la práctica de la fecundación in vitro, y iii) “se instruya a las autoridades públicas a mantener un control minucioso de la práctica médica, para que dichos actos no se vuelvan a producir”²⁰⁰.

Entre los argumentos que se alegaron en la acción de constitucionalidad se encuentran los siguientes: i) “el porcentaje de malformaciones en general fue mayor al registrado en la fecundación natural”; ii) “la práctica generalizada [de la FIV] violenta la vida humana [y] por las características privadas y aisladas [...] en que toma lugar dicha inseminación, cualquier reglamentación sería de difícil implementación y de difícil control por el Estado”; iii) “la vida humana se inicia desde el momento de la fecundación, por lo tanto, cualquier eliminación o destrucción de concebidos - voluntaria o derivada de la impericia del médico o de la inexactitud de la técnica utilizada - resultaría en una evidente violación al derecho a la vida contenido” en la Constitución costarricense; iv) se hizo referencia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y a la Convención sobre los derechos del niño; v) se arguyó que “el negocio de la fecundación in vitro [es] un negocio[, ...] no cura [...] una enfermedad[,] ni [es] un tratamiento de emergencia para salvar una vida”, y vi) “tan violatorio es el eliminar concebidos[,] o sea niños[,] tirándolos al basurero, como eliminarlos de forma deliberada debido a la falta de técnica en el

¹⁹⁹ Cfr. MOSQUERA M, Susana. Consideraciones sobre el cumplimiento de las obligaciones de protección del derecho a la vida que derivan de los tratados de derechos humanos. En: VERGARAY M, Raúl (Dir). *IUS360* [en línea], Portal Jurídico de IUS ET VERITAS, agosto de 2018. [consulta: 11 de agosto del 2022] Recuperado de: <https://ius360.com/consideraciones-sobre-el-cumplimiento-de-las-obligaciones-de-proteccion-del-derecho-la-vida-que-derivan-de-los-tratados-de-derechos-humanos/>

²⁰⁰ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso *Artavia Murillo Y Otros (“Fecundación In Vitro”) Vs. Costa Rica*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012 (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), fundamento 71.

proceso, pretendiendo jugar una especie de ‘ruleta rusa’ con los seis niños introducidos en la madre”²⁰¹.

El 15 de marzo de 2000, la Sala Constitucional de la Corte Suprema emitió sentencia, mediante la cual declaró “con lugar la acción [y] se anula por inconstitucional [...] el Decreto Ejecutivo No. 24029-S”, determinando que las prácticas de FIV “atentan claramente contra la vida y la dignidad del ser humano”. Además, manifestó que “[l]a normativa internacional [...] establece principios rectores sólidos en relación con el tema de la vida humana”, para lo cual citó el artículo I de la Declaración Americana, el artículo 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 4 de la Convención Americana. Finalmente, concluye que embrión humano es persona desde el momento de la concepción, por lo que no puede ser tratado como objeto, para fines de investigación, ser sometido a procesos de selección, conservado en congelación, y lo que es fundamental para la Sala, no es legítimo constitucionalmente que sea expuesto a un riesgo desproporcionado de muerte²⁰².

Entre los argumentos de la Comisión, respecto a la interpretación del artículo 4.1 de la Convención Americana en lo relevante para el caso, se señaló que dicho artículo debía ser interpretado en el sentido de otorgar una facultad al Estado para regular la protección de la vida desde el momento de la concepción, pero no necesariamente implicaba un mandato de otorgar dicha protección. Esto es porque en la doctrina internacional y derecho comparado se ha introducido un concepto de protección gradual e incremental de la vida en la etapa prenatal. Para la Comisión, la protección absoluta de este derecho interferiría con el ejercicio de otros derechos establecidos en el mismo, tales como los derechos a la vida privada, familiar, autonomía y a fundar una familia. El Estado alegó que “la posibilidad de procrear a través de las técnicas de fecundación in vitro [...] no constituye[e] un derecho reconocido dentro del ámbito de [la] libertad personal”, y que “[a]un cuando el derecho a fundar una familia incluye la posibilidad de procrear, no es a cualquier costo que el Estado debe permitir tal posibilidad”²⁰³.

Ahora bien, en el caso particular toda esta reseña anterior, es importante en la medida que en la sentencia en la que se cita el caso Artavia Murillo apelando al control de convencionalidad, se precisan únicamente las afirmaciones de la Comisión o de la Corte, más no se toma en cuenta qué dijo también el Estado Parte; pareciera entonces que dicho proceso

²⁰¹ *Ibíd.*

²⁰² *Ibíd.*, pp.72-76.

²⁰³ *Ibíd.*, p. 140.

se trató no de un dialogo jurisprudencial sino de una imposición arbitraria de criterios, según como lo indica incluso la sentencia peruana que estamos analizando: “DÉCIMO TERCERO: (...)Por lo que, se puede apreciar que la vinculatoriedad de la sentencia Artavia Murillo, obliga a nuestro ordenamiento jurídico a adecuarse al canon de convencionalidad.” Ante ello, es importante resaltar la naturaleza de los tratados de derechos humanos; y es que, al ser también normas de derecho internacional poseen los atributos y debilidades propios de este sistema, esto es que en el derecho internacional general, los tratados se presentan como normas no coactivas, condicionadas al cumplimiento de buena fe de las obligaciones asumidas por el estado parte²⁰⁴.

Para reforzar esta idea, la posibilidad de reclamar el cumplimiento de obligaciones internacionales debe ser admitida no sólo por cumplir con citar la norma internacional que aparentemente protege el derecho, sino que deben tener en cuenta también otros documentos como los informes de seguimiento en relación a la implementación interna del tratado, las observaciones generales que ayudan a explicar el contenido de sus artículos, las opiniones consultivas de carácter general y las visitas in loco para conocer los problemas concretos que dificultan el efectivo cumplimiento de las obligaciones y/o que lesionan los derechos humanos²⁰⁵.

¿Cómo se daría entonces un correcto control de convencionalidad, en el caso de la Píldora del día siguiente? Pues bien, asumiendo que la Convención señala expresamente en su artículo 1.2 que “(...) para efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”, se podría afirmar que la sentencia de la cual se sostiene el juzgado nacional para aplicar el control de convencionalidad, quedaría como inaplicable al haber, en el derecho interno, normas adscriptas y estatuidas, que son más protectoras y más compatibles incluso, con el mismo texto convencional. Emplear el margen de apreciación nacional, es consecuencia directa incluso de un control de convencionalidad que toma en cuenta el principio de subsidiariedad, al que está sometido. Nuñez Poblete, indica que el uso de esta doctrina tiene 3 dimensiones: 1) para apreciar las circunstancias materiales que ameritan la aplicación de medidas excepcionales en situaciones de emergencia, 2) para limitar el ejercicio de algunos derechos reconocidos en los instrumentos internacionales con el objeto de resguardar otros que para ser exigidos, responden también a un interés común/ bien común, 3) para definir el

²⁰⁴ Cfr. MOSQUERA M, Susana. Consideraciones sobre el cumplimiento de las obligaciones de protección del derecho a la vida que derivan de los tratados de derechos humanos. En: VERGARAY M, Raúl (Dir). *IUS360* [en línea], Portal Jurídico de IUS ET VERITAS, agosto de 2018. [consulta: 11 de agosto del 2022] Recuperado de: <https://ius360.com/consideraciones-sobre-el-cumplimiento-de-las-obligaciones-de-proteccion-del-derecho-la-vida-que-derivan-de-los-tratados-de-derechos-humanos/>

²⁰⁵ *Ibidem*.

contenido de los derechos y determinar el modo en que estos se desarrollan en el ordenamiento interno²⁰⁶.

Además, teniendo en cuenta los artículos II, III y V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, la Primera Disposición Final de la Ley N° 28301; y la cuarta Disposición Final y transitoria de la Constitución Política del Perú; se refiere a una interpretación conforme a los tratados, y por ende constitucional, a aquella que no sólo toma en cuenta los criterios clásicos de la interpretación normativa, sino que abarca una serie de principios propios de la Constitución como la función integradora, que contribuye a pacificar y ordenar las relaciones de los poderes públicos entre sí. En ese sentido, se revisará toda la data obtenida a nivel regional en razón de la aplicación del control de convencionalidad, para no someternos únicamente a lo que dice un solo organismo- la Corte Interamericana de Derechos Humanos-, sino a lo que pueden haber dicho otros organismos internacionales, respecto a la revisión de la misma materia.

Como se había expresado anteriormente, la protección de Derechos Humanos llega a la región americana como consecuencia de muchos sucesos que ya se habían vivido en zonas de Europa y Medio Oriente. En 1986, el Consejo de Europa ya se había pronunciado acerca de la utilización de embriones y fetos humanos en su Recomendación 1046, en la que se indicó que “desde la fecundación del óvulo, la vida humana se desarrolló de modo continuo, de forma que no pueden hacerse distinciones en el curso de las primeras fases embrionarias de su desarrollo”²⁰⁷. Así mismo, el artículo 18 del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Consejo de Europa, 4 de abril de 1997), prescribe que “2. Se prohíbe la constitución de embriones humanos con fines de experimentación”. Cabe entonces la siguiente pregunta: ¿Cómo se explica que el Derecho les de protección jurídica a simples células, si estos no fueran verdaderos seres humanos²⁰⁸?

En el ámbito interamericano, por su parte, existió un caso en el 2010 llamado “Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en su sentencia se desarrolla la jurisprudencia

²⁰⁶ NUÑEZ POBLETE, Manuel. Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: La experiencia latinoamericana confrontada y el *thelos* constitucional. [en línea] México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2012, p. 6 [consulta: 13 de abril del 2022]. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3160/6.pdf>

²⁰⁷ DIAZ MUÑOZ, Óscar. La vida del concebido ante al Tribunal Constitucional: comentario a la sentencia 02005-2009-PATC sobre la píldora del día siguiente. En: *Revista de derechos humanos*, Lima: Universidad de Piura, vol.1, enero-diciembre 2010, p. 150 [consulta: 13 de abril del 2022] Recuperado de: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25514.pdf>

²⁰⁸ *Ibíd*em, p. 154.

internacional en relación con el nasciturus, ya que una de las consecuencias de la falta del reconocimiento de su derecho a la propiedad, fue la muerte de 2 integrantes a quienes se les identificó como “no nacidos” o “bebés”²⁰⁹. Al respecto hubo distintas opiniones de los magistrados, ya que entre otros casos también se habían referido a la condición de persona del nasciturus. El Juez Ventura, por ejemplo, manifestó que “[l]a identidad personal tiene su punto de partida en la concepción y su construcción se prolonga durante la vida del ser humano” y el juez Cançado Trindade se refirió a las posibles consecuencias que la violencia ejercida en las mujeres embarazadas puede tener en la mente de los niños “aún antes de su nacimiento”²¹⁰.

Finalmente, durante el desarrollo normativo internacional, se ha previsto desde sus inicios la protección de la vida del no nacido y su personalidad, de manera que no sólo el artículo 1.2 del Pacto de San José así lo determina, sino también que se refuerza la idea en el artículo 4.5 del mismo texto, que prohíbe la aplicación de la pena capital a mujeres embarazadas y si se hace la comparación con los textos preparatorios del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 6.5, la razón principal que se tuvo para establecer que la pena de muerte no debiera aplicarse a una mujer embarazada fue para salvar la vida de un niño nonato inocente²¹¹. Después de realizar una interpretación textual del artículo 4.1, en la que tratados como la Convención Americana y la Convención sobre derechos del Niño (en su noveno párrafo del Preámbulo) hacen referencia expresa al no nacido y su protección legal desde su concepción, también debemos tener en cuenta la interpretación complementaria de los trabajos preparatorios de tales tratados, los cuales deben ser usados ya sea para confirmar el sentido de un tratado, o como auxilio para interpretar aquellos cuyo texto es ambiguo u obscuro, o que pueda llevar a un resultado manifiestamente absurdo o irracional²¹².

De esta manera es que el Proyecto de la Convención de Derechos Humanos siempre se hizo referencia a la protección del ser humano desde el momento de la concepción, tolerando

²⁰⁹ Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay, 24 de agosto de 2010 (Ser. C) N° 214, párr. 2. En adelante: caso Xákmok. Las decisiones de la Corte Interamericana citadas en este artículo se encuentran disponibles en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm> [Fecha de consulta: 19 de abril del 2022]

²¹⁰ Voto disidente del juez Manuel E. Ventura Robles respecto del punto resolutivo tercero en Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de la CtIDH, Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador, 1 de marzo de 2005 (ser. C) N° 120, párr. 132 (hay un error en la numeración oficial de este párrafo, ya que en realidad se trata del párr. 14), y el voto razonado del juez Cançado Trindade en Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de la CtIDH, Penal Miguel Castro Vs. Perú, 25 de noviembre de 2006 (ser. C) N° 160, párr. 61, respectivamente.

²¹¹ PAÚL DÍAZ, Álvaro. Estatus del no nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de Interpretación. En: *Revista Ius et Praxis*, vol 18, N° 1, 2012, p. 69.

²¹² *Ibidem*, p. 75.

en algunas legislaciones domesticas la prescripción del aborto, únicamente de manera excepcional. Lo cual nada tiene que ver con la situación actual del *nasciturus*. El mismo texto preparatorio, tiene un apartado en el que se detalla los alcances en la interpretación del artículo 4.1 en relación con el niño no nacido. Al respecto, menciona que los cánones de interpretación depositados en la Convención de Viena, hacen referencia a la prelación de los principios *pro homine* o “*pro person interpretation*”, en razón concretamente de este artículo²¹³. Por tanto, con todo lo dicho anteriormente, pareciera que quien realizó una interpretación no solo acorde a un correcto control difuso de convencionalidad, sino también a un control de constitucionalidad; fue el Tribunal Constitucional en su Sentencia del Expediente N° 2005-2009-PA/TC, al aplicar los principios anteriormente mencionados, cuestión que muchas veces ni la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene en cuenta.



²¹³ PAUL, Alvaro. *Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights* [online], Loyola University Chicago International Law Review, vol.9, issue 2 Spring/Summer 2012, p. 209-220 [consulta: 22 de abril del 2022]. Recuperado de: <https://lawcommons.luc.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1001&context=lucilr>

Conclusiones

Primera.- El derecho sigue a la ciencia. Cuando hablamos de derechos humanos no se ha de ignorar que se tratan de conceptos meta jurídicos, y por lo tanto, siempre se tendrá que contrastar la norma con el conocimiento práctico que tenemos de ser humano. En el presente caso, al tratarse de vida humana, en sus diferentes estadios: Embrión, feto, fecundación, concepción; nos tuvimos que remitir a diversos artículos científicos sostengan esta afirmación en la medida que la discusión académica respecto del caso, estaba dividida. Muchos autores dedicados a la ciencia jurídica siguen sosteniendo criterios “bioéticos” como son los de la gradualidad en la determinación del desarrollo y formación del ser humano, lo cierto es que desde la fecundación ya nos encontramos con un individuo único e irrepetible, el cual se manifiesta en la exclusiva información genética que desarrolla por su pertenencia a la especie humana.

Los criterios gradualistas no son una novedad para los que conocen de filosofía del derecho en tanto que filósofos como Kant, Hume, Bentham o Stuart Mill sostuvieron un relativismo ético en sus postulados, los cuales muchas veces terminan siendo contradictorios entre sí, o negando la propia razón práctica. Criterios como “maximizar el beneficio y minimizar el sufrimiento” que surgen a raíz del nacimiento de la bioética, dieron paso a legitimar criterios como la gradualidad, en tanto que no es ser humano hasta la 4, 6, 12 o 24 semana, dependiendo el ordenamiento jurídico; esto con el fin de ampliar el abanico de posibilidades a la ciencia del descarte, llegando a legitimar abortos hasta porque “ser madre” es razón de conflicto psicológico.

La idea de ver al sufrimiento como algo negativo y no necesariamente como algo connatural al ser humano, ha llevado al hombre a plantearse mecanismos jurídicos que niegan las propias ciencias exactas. El ingreso de la píldora supondría una negación de la propia responsabilidad de tener un hijo, y aunque este haya sido producto de un suceso desafortunado, la idea es que quien pague la condena sea el violador más no el niño.

Por último, si la Píldora fuera verdaderamente efectiva para reducir abortos, embarazo adolescente y mortalidad materna; entonces los números ya se hubiesen reducido; lo que sucede al contrario con países que están adelantados en esta materia, es que sigue creciendo la tendencia hacia una despoblación juvenil e infantil, para lo cual, países como Canadá ofrecen a familias latinas mudarse con el fin de repoblar ciertos lugares. No sólo por la consecuencia del aborto, sino por sentido peyorativo que últimamente se está imponiendo a la maternidad.

Por último, el jurista debe ser respetuoso y responsable no sólo para contrastar la normativa jurídica sino también debe ser capaz de realizar una aproximación estadística,

mucho más si se quiere saber con mayor certeza si lo regulado merece ser ajustado, mantenido o cambiado.

Segunda.- Respecto al fallo en la sentencia del expediente n° 2005-2009-PA/TC, la congruencia procesal y la no discriminación a las mujeres pobres. Una de las críticas que me atrevo a realizar a la sentencia del Tribunal que se emite en el presente expediente, es que deja la posibilidad abierta de realizar la siguiente pregunta: Si consideramos que el AOE tiene la cualidad de ser abortivo ¿Por qué el Tribunal Constitucional sólo prohibiría su distribución sólo en el sector público, teniendo en cuenta que atenta contra el derecho a la vida? Justamente en torno a esta interrogante surgen distintas hipótesis que posteriormente son utilizadas como fundamento en la demanda de Amparo contra Amparo, y que pondría en “duda” la decisión del Alto Tribunal por haber “discriminado” a un sector de la población.

Ante ello es importante resaltar que el máximo intérprete se limita a pronunciarse exclusivamente sobre la pretensión de prohibir la distribución gratuita en el sector público, sin embargo, también es cierto que el Tribunal Constitucional pudo haber recurrido al principio *iura novit curia*, contenido en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el mismo que establece que podría haber ido más allá de lo solicitado, en aras de proteger el derecho a la vida, por su efecto abortivo.

Si bien el procedimiento procesal exige una cualidad de congruencia en toda su actividad resolutoria, también es cierto que, por la naturaleza del proceso constitucional y de la función que este Tribunal realiza, el juez no debió aplicar de forma automática e irreflexiva los principios, sino que pudo haberse aplicado una flexibilización de este, utilizando un adecuado criterio prudencial por parte de los jueces del Tribunal, esto en virtud a la tutela de urgencia que reclaman los procesos constitucionales, y debido a que solo es invocada de manera excepcional y no ordinaria.

Tercera.- Sobre la demanda de amparo contra amparo: Sentencia del Expediente judicial 30541-2014-0-1801-JR-CI-01. Teniendo en cuenta que el proceso de amparo contra amparo, en concreto sobre resoluciones judiciales, implica la existencia de un vicio del acto jurídico (ya sea *in procedendo*: lesión de derechos fundamentales de tipo procesal- derecho a la defensa, a la prueba, al recurso a la motivación; o error *in iudicando*, referido a un juicio defectuoso sobre el fondo de la controversia, q lesiona los DDFD sustantivos), lo que entiendo deberá ser analizado será la resolución, o la forma de actuación del juez, sin que esto abra la posibilidad de presentar nuevas pruebas en el amparo que revise la sentencia anterior.

Considero que las pruebas que se presenten no serán para determinar si corresponde o no otorgar el derecho, porque no se trata de una decisión del fondo del asunto sino del juicio

que se realizó sobre el fondo o de los vicios procedimentales contenidos en la decisión. En el caso concreto, el Tribunal en su fundamento 52) manifiesta que la decisión de ninguna manera pretende ser inmutable, haciendo referencia a ese carácter vinculante de toda resolución, más no pretende que sus sentencias sean revisadas de fondo, por segunda vez, ya que se estaría afectando el principio de jerarquía y normatividad, esenciales en el derecho.

Cuarta.- Sobre la interpretación que se realiza en virtud del art. 4.1 de la Convención Americana y otras normas convencionales. Como ha quedado claro, tanto los sistemas normativos internacional y nacional son muy diferentes y tienen características específicas, sin embargo, también es verdad que tienen puntos de encuentro o similitudes en materia interpretativa. Se ha repasado durante el presente trabajo que la idea del control de convencionalidad surge como una analogía o referencia al control de constitucionalidad que realizaban los estados. Esto surgió con un fin puramente gráfico, aunque después se adaptaron también figuras como el principio de proporcionalidad cuando se hablaba de un “conflicto de derechos”. Ante ello, se debe tener en cuenta que la técnica de la proporcionalidad no implica per sé la propuesta de sacrificar un derecho sobre otro, sino que puede lograrse una adecuada protección de los derechos humanos logrando una armonización, que iría de la mano con el principio integrador y cooperador propio de los sistemas regionales.

De hecho, la idea del control de convencionalidad y el margen de apreciación parten de armonizar el ordenamiento jurídico interno con la normativa de protección de la Convención Americana, de manera que se deberá apelar entonces a una unidad sistemática de derechos humanos, que radica en la coherencia de la naturaleza humana. Se puede concluir en este aspecto que, aun entendiendo y reconociendo las cualidades distintas de los sistemas regionales y nacionales, se puede mantener unos criterios mínimos que no sólo brotan de las normas de los estados sino también de las propias normas internacionales como son la Convención Americana de Derechos Humanos, PIDCP, PIDESC, CEDAW, Convención de los Derechos del Niño, entre otros.

En cuanto al margen de apreciación, entendiendo que en la doctrina mucho se apela al carácter consensual y su desarrollo en un escenario democrático, se debe tener en cuenta que esto también puede significar ciertos peligros cuando el consenso o la adaptación de decisiones vía democrática, pueda ir incluso en contra de las necesidades esenciales de los seres humanos.

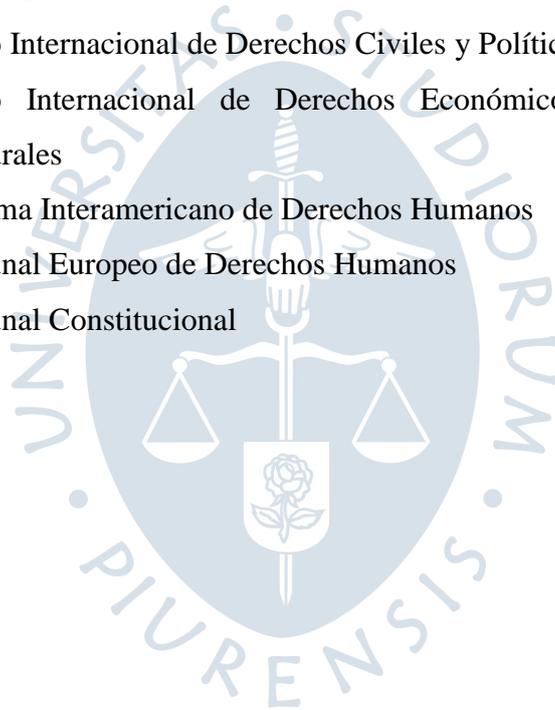
Quinta.- Apreciaciones finales. El presente trabajo ha sido desarrollado después de haber analizado las distintas perspectivas a nivel doctrinal, jurisprudencial e incluso científico, por lo que pretende pueda ser de ayuda para conflictos que se presenten en

adelante, no sólo relativos a la materia, sino también en aquellos que aun no tratándose de lo mismo, exijan la aplicación de un control de convencionalidad – y en caso lo amerite- de un margen de apreciación nacional, que permita resolver los aparentes conflictos que puedan surgir entre los derechos humanos y sus normativas, que en principio no debería suceder.



Lista de abreviaturas

CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CDN	Convención de los Derechos del Niño
CEDAW	Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CIDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
CorteIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
DIDH	Derecho Internacional de Derechos Humanos
OEA	Organización de Estados Americanos
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
SIDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TC	Tribunal Constitucional



Lista de referencias

- ABRISQUETA ZARRABE, José A., 2005. *Genética y Vida Humana. Desafíos actuales*. *CARTHAGINENSIA*, 21(40).
- AGUIRREZABAL GRÜNSTEIN, M., abril 2006. *Algunas precisiones en torno Los Intereses supraindividuales (colectivos y difusos)*. *Revista Chilena de Derecho*, 33(1), 81.
- AGULLES SIMÓ, Pau, mayo-agosto 2007. *El farmacéutico y la “píldora del día siguiente*. *Cuadernos de Bioética*, 153(63), 208.
- ALDAO, Martín, septiembre- diciembre de 2019. *Entre la deferencia y la indiferencia: margen de apreciación, democracia y situaciones de vulnerabilidad de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*. *Revista Derecho del Estado*, (44), 31-55.
- ALEGRE DEL REY, EMILIO J, Julio 2012. *Informe sobre la píldora del día siguiente* [en línea]. Cádiz. Disponible en: http://hazteoir.org/sites/default/files/adjuntos/informe-PDS_Emilio%20Jes%C3%BAAs%20Alegre%20del%20Rey.pdf.
- ALEGRE DEL REY, EMILIO J., Silvia FÉNIX-CABALLERO, y Jorge DÍAZ-NAVARRO, 2017. *Controversias sobre el mecanismo del levonorgestrel postcoital: pruebas a partir de la disminución de embarazos*. *Farmacia hospitalaria: organo oficial de expresion científica de la Sociedad Espanola de Farmacia Hospitalaria* [en línea], 41(6), 696-697. Disponible en: 10.7399/fh.10811
- ALEXY, Robert, 2002. *Epílogo a la Teoría de los Derechos Fundamentales*. *Española de Derecho Constitucional* [en línea], (66), 40. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/289390.pdf>.
- ARAMBURÚ, Carlos E., 2014. *Idas y vueltas: los programas de planificación familiar en el Perú*. *Revista Latinoamericana de Población* [en línea], 8(14), 81-103. ISSN 2175-8581. Disponible en: 10.31406/relap2014.v8.i1.n14.4
- ÁVILA ORDOÑEZ, María y María CORREDORES LEDESMA, diciembre 2009. *Los Derechos Colectivos. Hacia su efectiva comprensión y protección. ¿Qué son los Derechos Colectivos?* 1ª ed. Quito.
- AZNAR LUCEA, Justo, septiembre-diciembre 2006. *Contracepción de emergencia*. *Cuadernos de Bioética*, 17(3), 315.
- BARBOSA DELGADO, Francisco, 2012. *El margen de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática*. *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones UNAM*, 13-16.

- BUSQUETS C., Maritza y PREISLER, JESSICA Y POLI, CECILIA, 2002. *Mecanismo de acción de anticonceptivos orales: ¿Cumplen los ACO de bajas dosis con el objetivo de inhibir la ovulación?* *Revista chilena de obstetricia y ginecología* [en línea], **67**(3), 243 [consulta: 13 de abril de 2020]. Disponible en: 10.4067/S0717-75262002000300014.
- CAFFERATTA, Néstor A., octubre-diciembre, 2004. *El principio precautorio*. *Gaceta Ecológica*, (73), 5-21.
- CALAMANDREI, Piero, 2005. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Lima, Perú: ARA.
- CAMPOS TORRES, Joseph G., mayo-2003. *El juez civil y la flexibilización del principio de congruencia procesal en los procesos constitucionales de Amparo*. *Derecho & Sociedad*, (20), 22.
- CARBONELL, MIGUEL, ET AL., 2008. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional. El juicio de ponderación constitucional*. Quito, Ecuador.
- CÁRDENAS CONTRERAS, Luz, [sin fecha] . *La evolución del margen de apreciación nacional en el sistema interamericano de los derechos humanos como doctrina transregional*. Bogotá, Colombia.
- CARLSON, Bruce M., D.L. 2009. *Embriología humana y biología del desarrollo*. 4ª ed. Madrid [etc.]: Elsevier.
- CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, [sin fecha] . *Apuntes al control de convencionalidad* [en línea]. Disponible en: https://kipdf.com/apuntes-al-control-de-convencionalidad_5aad1c761723ddb41da5bb3.html_al_control_de_convencionalidad.pdf.
- CARPIO MARCOS, Edgar., 2004. *La interpretación de los derechos fundamentales*. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C.
- CASTILLA, Karlos, 2011. *El control de convencionalidad: Un nuevo debate en México a partir de la Sentencia del Caso Radilla Pacheco*. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 11, 606-608.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis., 2017. *La relación entre el derecho nacional y el derecho convencional como base del control de convencionalidad*. *Estudios Constitucionales*, (2), 24.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis., 2017. *Vida y Razonabilidad*. *Ius Humani- Revista de Derecho*, 6, 40.

- CASTILLO CÓRDOVA, Luis., 2019. *Estudio introductorio de la Constitución Política del Perú*. 13ª ed. Lima, Perú.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis., 2021. *La inaplicación del derecho convencional creado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho a la vida del concebido*. *Revista Chilena de Derecho*, 48(3).
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis., agosto 2007. *Las Reglas de Procedencia del Amparo contra Amparo creadas por el Tribunal Constitucional*. *Jus: Jurisprudencia*, (3), 20.
- CASTILLO CÓRDOVA, Luis., enero-junio 2005. *¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales? Cuestiones Constitucionales* *Revista Mexicana de Derecho Constitucional* [en línea], 1(12). ISSN 1405-9193. Disponible en: 10.22201/ij.24484881e.2005.12.5726
- CASTRO, Mauricio, Agustina de SANTIS, y GALARRAGA, FLORENCIA Y DOMINGUEZ, VIVIANA, diciembre 2018. *Acetato de Ulipristal: Restricciones de uso por riesgo de daño hepático*. *Boletín Farmacológico, Montevideo*, 9(4), 243.
- CLINICA UNIVERSIDAD DE NAVARRA, 2020. *Diccionario médico* [en línea] [consulta: 14 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.cun.es/diccionario-medico/terminos/foliculo-atresico>.
- CONTRERAS, Pablo, 2014. *Ius et Praxis*, 20(2).
- CROXATTO A, HORACIO Y ORTIZ S, MARÍA ELENA, 2004. *Mecanismo de acción del levonorgestrel en la anticoncepción de emergencia*. *Revista chilena de obstetricia y ginecología* [en línea], 69(2). Disponible en: 10.4067/S0717-75262004000200011
- CROXATTO, H.B, B. FUENTEALBA, V. BRACHE, A.M SALVATIERRA, F. ALVAREZ, R. MASSAI, L. COCHON, y A. FAUNDES, 2002. *Effects of the Yuzpe regimen, given during the follicular phase, on ovarian function*. *Contraception* [en línea], 65(2), 121-128. ISSN 00107824. Disponible en: 10.1016/S0010-7824(01)00299-2
- DIARIO EL COMERCIO, 2018. *Arequipa: registran disminución de embarazos adolescentes y aumento de abortos*. *DIARIO EL COMERCIO*.
- DIAZ MUÑOZ, Óscar, enero-diciembre 2010. *La vida del concebido ante al Tribunal Constitucional: comentario a la sentencia 02005-2009-PATC sobre la píldora del día siguiente*. *Revista de derechos humanos*, 1, 150.
- DURAND, MARTA, CRUZ HINOSTROSA, MA DE, Andrés CASTELL RODRIGUEZ, Raffaella SCHIAVON, y Fernando LARREA, 2001. *On the mechanisms of action of short-term levonorgestrel administration in emergency contraception*. *Contraception*

- [en línea], 64(4), 227-234. ISSN 00107824. Disponible en: 10.1016/S0010-7824(01)00250-5
- DURAND, Marta, Markku SEPPALA, Ma Del Carmen CRAVIOTO, Riitta KOISTINEN, GONZALES MACEDO JOSÉ, y Fernando LARREA, 2005. *Late follicular phase administration of levonorgestrel as an emergency contraceptive changes the secretory pattern of glycodeclin in serum and endometrium during the luteal phase of the menstrual cycle*. *Contraception* [en línea], 71(6), 451-457. ISSN 00107824. Disponible en: 10.1016/j.contraception.2005.01.003
- FERNÁNDEZ CUBAS, Andrea, 2020. *La incorporación de los principios pro homine, pro actione y pro debilis y el reforzamiento a los derechos fundamentales de las personas. Tesis para optar el título de Abogado*. Tesis. Trujillo, Perú.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos, 2001. *¿Qué es ser “persona” para el derecho? en “Derecho Privado”, Libro en Homenaje a Alberto J. Bueres*. [en línea] [consulta: 5 octubre 2020.605Z]. Disponible en:
http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_13.PDF.
- FIGUEROA GUTARRA, Edwin, [sin fecha] . *El principio de autonomía procesal. Notas para su aplicación material*, Pensamiento Constitucional (2014), 19.
- FIGUEROA YAÑEZ, Gonzalo, 2001. *Derecho Civil de la Persona. Del genoma al nacimiento*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- FIGUEROA ZEVALLOS, Víctor, 2019. *¿Es cierto que los primeros centímetros de la entrada vaginal son más sensibles?* [en línea]. *Diario La República*. Disponible en: <https://larepublica.pe/sexualidad/2019/07/14/la-vagina-tiene-mayor-sensibilidad-en-sus-primeros-centimetros/>.
- FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, 2018. *América Latina y el Caribe tienen la segunda tasa más alta de embarazo adolescente en el mundo* [en línea]. Disponible en: <https://lac.unfpa.org/es/news/am%C3%A9rica-latina-y-el-caribe-tienen-la-segunda-tasa-m%C3%A1s-alta-de-embarazo-adolescente-en-el-mund-1>.
- FOOD & DRUG ADMINISTRATION U.S, 2009. *Ficha Técnica PlanB* [en línea] [consulta: 14 de abril de 2020]. Disponible en: https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2009/0219981bl.pdf.
- FOOD & DRUG ADMINISTRATION U.S, 2010. *Ficha Técnica EllaOne* [en línea] [consulta: 14 de abril de 2020]. Disponible en: https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2010/022474s0001bl.pdf.

- FORERO MEDINA, Andrés y Pedro Alfonso SANDOVAL GAITÁN, 2005. *Colombia: una visión laica, jurídica y cultural*. La defensa de la vida humana. *Persona y Bioética*, 9(1), 61.
- GARCÍA BELAUNDE, DOMINGO, Y MANCHEGO PALOMINO, JOSÉ, 2013. *El control de convencionalidad en el Perú*. *Pensamiento Constitucional*, (18), 223-241.
- GARCÍA PÉREZ, Miguel A., 2006. *Los principios de la bioética y la inserción social de la práctica médica*. *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, 4(2), 341-356. ISSN 1137-2966.
- GLASIER, Anna F., Sharon T. CAMERON, Paul M. FINE, Susan J. S. LOGAN, William CASALE, Jennifer VAN HORN, Laszlo SOGOR, Diana L. BLITHE, Bruno SCHERRER, Henri MATHE, Amelie JASPART, Andre ULMANN, y Erin GAINER, 2010. *Ulipristal acetate versus levonorgestrel for emergency contraception: a randomised non-inferiority trial and meta-analysis*. *The Lancet* [en línea], 375(9714), 555-562. ISSN 01406736. Disponible en: [10.1016/S0140-6736\(10\)60101-8](https://doi.org/10.1016/S0140-6736(10)60101-8)
- GRAHAM, Sian y Ian S. FRASER, 1982. *The progestogen-only mini-pill*. *Contraception*, 26(4), 373-388. ISSN 00107824. Disponible en: [10.1016/0010-7824\(82\)90104-4](https://doi.org/10.1016/0010-7824(82)90104-4)
- GUEIMUNDI FACHADO, Josefina, 1986. *Embriología. Introducción a la ciencia de la embriología*. Habana- Cuba: Pueblo y Educación.
- HERDEGEN, Matthias, 2005. *Derecho Internacional público*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Hormone-based contraceptives* [en línea], [sin fecha] [consulta: 17 de abril de 2020]. Disponible en: <https://medlineplus.gov/ency/imagepages/17101.htm>.
- IGLESIAS VILA, MARISA ET AL, 2013. *Derechos humanos: posibilidades teóricas y desafíos prácticos. ¿La última palabra? Control de convencionalidad y posibilidades de diálogo con la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Buenos Aires: SELA.
- INSTITUTO BERNABEU, 2020. *Diccionario ginecológico* [en línea] [consulta: 14 de abril de 2020]. Disponible en: <https://www.institutobernabeu.com/es/diccionario-ginecologico/v/zona-pelucida/>.
- JUSTO CALLO, Jenny E., 2012. *La Píldora del Día Siguiente y el Tratamiento de los Derechos Humanos en el Perú*. Tesis de Maestría en Derechos Humanos. Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- KAHLENBORN, Chris y STANFORD, JOSEPH, LARIMORE, WALTER, 2002. *Postfertilization effect of hormonal emergency contraception*. *The Annals of*

- pharmacotherapy* [en línea], 36(3), 465-470. ISSN 1060-0280. Disponible en: 10.1345/aph.1A344
- KIELMANOVICH, Jorge, 2000. *Medidas Cautelares*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni.
- LALITKUMAR, P. G. L., S. LALITKUMAR, C. X. MENG, A. STAVREUS-EVERS, F. HAMBILIKI, U. BENTIN-LEY, y Kristina GEMZELL-DANIELSSON, 2007. *Mifepristone, but not levonorgestrel, inhibits human blastocyst attachment to an in vitro endometrial three-dimensional cell culture model*. *Human reproduction (Oxford, England)* [en línea], 22(11), 3031-3037. ISSN 0268-1161. Disponible en: 10.1093/humrep/dem297
- LÓPEZ GUZMÁN, José, mayo-agosto 2011. *Sesgos en la publicación sobre el mecanismo de acción de la píldora del día siguiente*. *Cuadernos de Bioética*, 22(2).
- MACHADO RODRIGUEZ, Camilo I., junio, 2009. *Introducción a la responsabilidad médica. De la deontología al bioderecho*. *Revista Derecho y Vida del Centro de Estudios sobre Genética y Derecho*, (83).
- MARTINEZ PUENTE, M., 2011. *Derecho procesal constitucional. Procesos constitucionales y principios procesales*. Lima, Perú: Ediciones legales.
- MILLAS MUR, Jaime, 2019. *Bioética en investigación: fundamentos, principios, aplicaciones. Algunos planteamientos filosóficos en el origen de las corrientes bioéticas*. 1ª ed. Lima: Universidad de Piura.
- MONROY PALACIOS, Juan José, 2002. *Bases para la formación de una teoría cautelar*. Lima, Perú: Comunidad.
- MORELLO, Augusto y SOSA, LUCAS Y BERIZONCE, ROBERTO, 2015. *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación*. 4ª ed. La Plata, Argentina: Librería Editora Platense, 1.
- MOSQUERA MONELOS, Susana, 2012. Perú ante el sistema interamericano de protección de derechos humanos. La difícil combinación entre la defensa de los intereses del estado y los estándares internacionales de protección e los derechos humanos. México: Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- MOSQUERA MONELOS, Susana, 2016. El control de convencionalidad como herramienta necesaria de diálogo entre la Corte IDH y el juez nacional. *Análisis y Crítica. Gaceta Constitucional*, 108, 16.
- MOSQUERA MONELOS, Susana, agosto 2018. Consideraciones sobre el cumplimiento de las obligaciones de protección del derecho a la vida que derivan de los tratados de derechos humanos. *IUS* 360.

- MOSQUERA MONELOS, Susana, enero 2021. Internacionalización de los Derechos Humanos. Segunda clase del Programa de especialización en Protección Internacional de los Derechos Humanos
- MÜLLER, A. L., C. M. LLADOS, y H. B. CROXATTO, 2003. *Postcoital treatment with levonorgestrel does not disrupt postfertilization events in the rat. Contraception*, 67(5), 415-419. ISSN 00107824. Disponible en: 10.1016/S0010-7824(03)00021-0
- NUÑEZ POBLETE, Manuel, 2012. *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: La experiencia latinoamericana confrontada y el thelos constitucional*. México: UNAM.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD -OMS, 2016. *Anticoncepción de emergencia* [en línea]. Disponible en: <http://promsex.org/oms-nota-descriptiva-n-244-anticoncepcion-de-emergencia/>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2011. *Planificación Familiar: Un manual para proveedores*. Baltimore y Ginebra: USAID.
- ORREGO VICUÑA, Fernando, 2015. *La píldora del día después. Aspectos médicos y biológicos*. 1ª ed. Santiago de Chile: Universidad de los Andes.
- ORTIZ, M. E., R. E. ORTIZ, M. A. FUENTES, V. H. PARRAGUEZ, y H. B. CROXATTO, 2004. *Post-coital administration of levonorgestrel does not interfere with post-fertilization events in the new-world monkey Cebus apella. Human reproduction (Oxford, England)* [en línea], 19(6), 1352-1356. ISSN 0268-1161. Disponible en: 10.1093/humrep/deh180
- PAÚL DÍAZ, Álvaro, 2012. *Estatus del no nacido en la Convención Americana: Un ejercicio de Interpretación. Revista Ius et Praxis*, 18(1), 69.
- PAUL DÍAZ, Álvaro., Spring/Summer 2012. *Controversial Conceptions: The Unborn and the American Convention on Human Rights. Loyola University Chicago International Law Review*, 9(2), 209-220.
- PEREIRA MENAUT, Antonio, 2011. *En defensa de la Constitución*. Primera edición. Lima, Perú: Palestra Editores S.A.C. En: *Colección jurídica / Facultad de Derecho - Universidad de Piura*.
- PFEIFFER, María Luisa, julio-diciembre 2011. *Bioética y Derechos Humanos: Una relación necesaria. Revista Red Bioética de la UNESCO*, (2), 77.
- PINEDA, Rafael I., febrero 2001. *Contracepción de emergencia, un mal llamado método contraceptivo. Cuadernos de Bioética*, 12(45), 179-193.

- PRIORI POSADA, Giovanni F., 2006. *La tutela cautelar: su configuración como derecho fundamental*. Lima: ARA.
- SADLER, T.W., 2013. *Embriología médica*. 12ª ed. Barcelona.
- SALAS VILLALOBOS, Sergio R., mayo de 2020. *Factores para determinar la verosimilitud del derecho invocado en las medidas cautelares*. *Revista LEX*, 5(4).
- SANTANA RAMOS, Emilia, 2014. *Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad*. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (29).
- SARTORI, José Antonio, 2012. *El debido concepto de lo cautelar*. *Resumen de presentación de la conferencia en Seminario de Derecho Procesal Civil*. [En línea]. Lima, Perú [consulta: 11 de mayo de 2021]. Disponible en: <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2012/01/12/el-debido-concepto-de-lo-cautelar-por-sartori/>.
- SHELTON, Dinah, July 2003. *An Introduction to the History of International Human Rights Law*. *Public Law and Legal Theory Working Paper*, (346).
- SOSA, J., 2009. *Pautas para interpretar la Constitución y los derechos fundamentales. La interpretación iusfundamental en el marco de la persona como inicio y fin del derecho*. Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- TÁVARA OROZCO, Luis, 2010. *Puesta al día sobre los mecanismos de acción de la anticoncepción oral de emergencia*. El Salvador: Comité de Derechos Sexuales y Reproductivos, y el CLAE.
- TOMÁS Y GARRIDO, GLORIA M, 2011. *Cuestiones actuales de Bioética*. 2ª ed. Pamplona: EUNSA.
- TORRE DÍAZ, FRANCISCO JAVIER DE LA, 2016. *Bioética: Vulnerabilidad y responsabilidad en el comienzo de la vida. El embrión humano en la fase de preimplantación*. Madrid: Dykinson.
- TORRES GARCÍA, Isabel, 2008. *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. San José, Costa Rica.
- TRUSSELL, James, Elizabeth G. RAYMOND, y Kelly. CLELAND, Traducido en diciembre de 2016. *Anticonceptivos de emergencia: Una última oportunidad para prevenir embarazos no deseados*. *Emergency Contraception*.
- VARSIROSPIGLIOSI, Enrique, 2001. *Derecho Genético*. 4ª ed. Lima, Perú: Grijley.
- VILELA CARBAJAL, Karla., 2014. *Las medidas cautelares en el Código de Protección y Defensa del Consumidor*. *Revista Actualidad Civil*, (5), 275.

- VIVANCO MARTÍNEZ, ÁNGELA, 2008. *LA PÍLDORA DEL DÍA DESPUÉS*. *Revista chilena de derecho* [en línea], **35**(3). Disponible en: 10.4067/S0718-34372008000300009
- WORLD JUSTICE PROJECT, 2021. *WJP Rule of Law Index 2021* [en línea] [consulta: consulta: 01 de abril del 2022]. Disponible en: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/Peru>.
- YAYA ZUMAETA, Ulises, 2014. *La contracautela: Requisito de ejecución de las medidas cautelares*. *Cuadernos de Investigación y Jurisprudencia*, 102.
- YEUNG, WILLIAM S.B, ET AL., 2002. *The effects of levonorgestrel on various sperm functions*. *Contraception* [en línea], 66(6), 453-457. ISSN 00107824. Disponible en: 10.1016/S0010-7824(02)00408-0
- ZAGREBELSKY, Gustavo, 2016. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 2a.ed. Madrid: Editorial Trotta. En: *Colección Estructuras y procesos. Serie derecho*.



Legislación Nacional y Comparada

ADJUNTÍA PARA LOS DERECHOS DE LA MUJER, 2003. *Informe N° 78. Serie de Informes Defensoriales* [en línea]. Lima, Perú. Disponible en: https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/05/informe_78.pdf.

CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, 1993. *Constitución Política del Perú, artículo N° 1*.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, 1998. *Debate Constitucional Pleno- 1993*. En: *Diario de los Debates* [en línea], p. 59 [consulta: 14 de mayo de 2020]. Disponible en: http://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/DebConst-Pleno93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf.

CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ, 2003. *Informe Final de Derechos Humanos* [en línea]. Lima, Perú. Disponible en: <https://www4.congreso.gob.pe/historico/ciccor/infofinal/violaddhh.pdf>



Jurisprudencia Nacional

- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA, 3 de junio de 2015. *Recurso de Casación contra Sentencia de fecha 06 de enero de 2014. Sala Civil Transitoria de Lima Norte. Disponible en:* https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/69d541804d34ac9293aaf3ac25b7f59d/Resolucion_1520-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=69d541804d34ac9293aaf3ac25b7f59d.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU, 06 de junio de 2005. *Caso Roberto Ato del Avellanal.*
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU, 16 de abril de 2014. *Caso Jane Margarita Cósar Camacho. Disponible en:* <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf>.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU, 16 de octubre de 2009. *Caso "Pildora del día Siguiente". Portal Oficial del Tribunal Constitucional. Disponible en:* <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU, 18 de febrero de 2005. *Caso Municipalidad Provincial de San Pablo* [consulta: 20 de agosto de 2020]. Disponible en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/03846-2004-AA.html>.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU, 20 de abril de 2006. *Caso Karen Mañuca Quiroz Cabanillas. Portal Oficial del Tribunal Constitucional. Disponible en:* [https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html#:~:text=Establece%20la%20mayor%20edad,jur%20adicos%20\(matrimonio%20adopc%20B3n\)](https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/02273-2005-HC.html#:~:text=Establece%20la%20mayor%20edad,jur%20adicos%20(matrimonio%20adopc%20B3n)).
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PERU, 8 de julio de 2005. *Caso Manuel Anicama Hernández sobre la determinación del contenido esencial. Portal Oficial del Tribunal Constitucional. Disponible en:* <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/01417-2005-AA.pdf>

Jurisprudencia de la Corte IDH y del TEDH

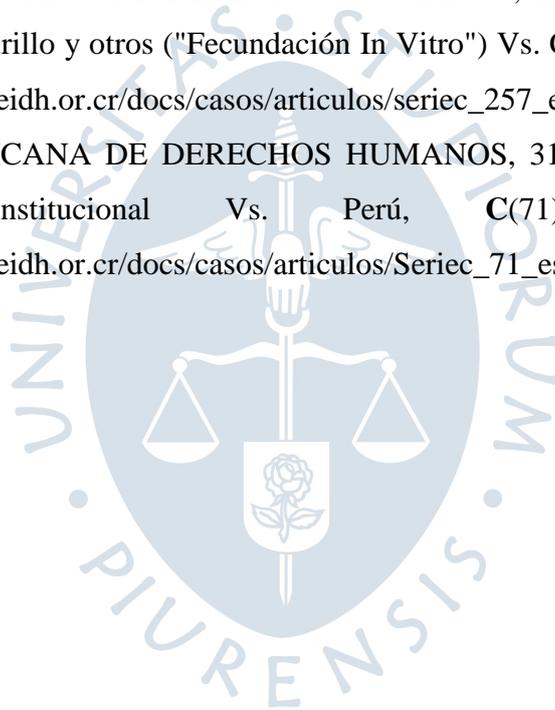
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1984. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Sentencia del Exp. 02437-2013-AA/TC.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 24 de agosto de 2010. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIDH), Comunidad Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguay [consulta: 19 de abril de 2022]. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/casos.cfm>.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 26 septiembre 2006. Caso Almonacid Arellano y otros vs Chile.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 28 de noviembre de 2012. Caso Artavia Murillo y otros ("Fecundación In Vitro") Vs. Costa Rica. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

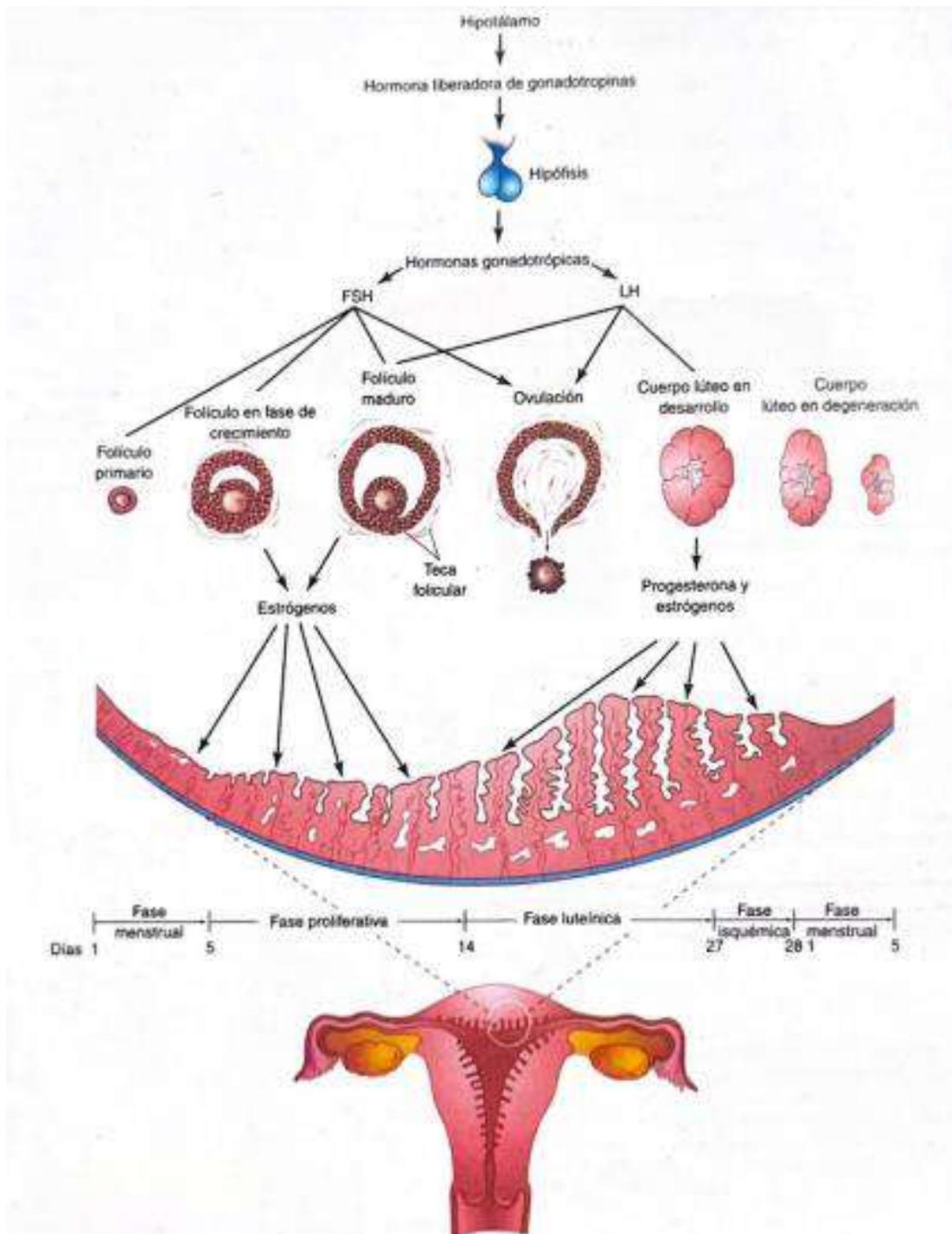
CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 31 de enero de 2001. Caso Tribunal Constitucional Vs. Perú, C(71). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf



Anexos

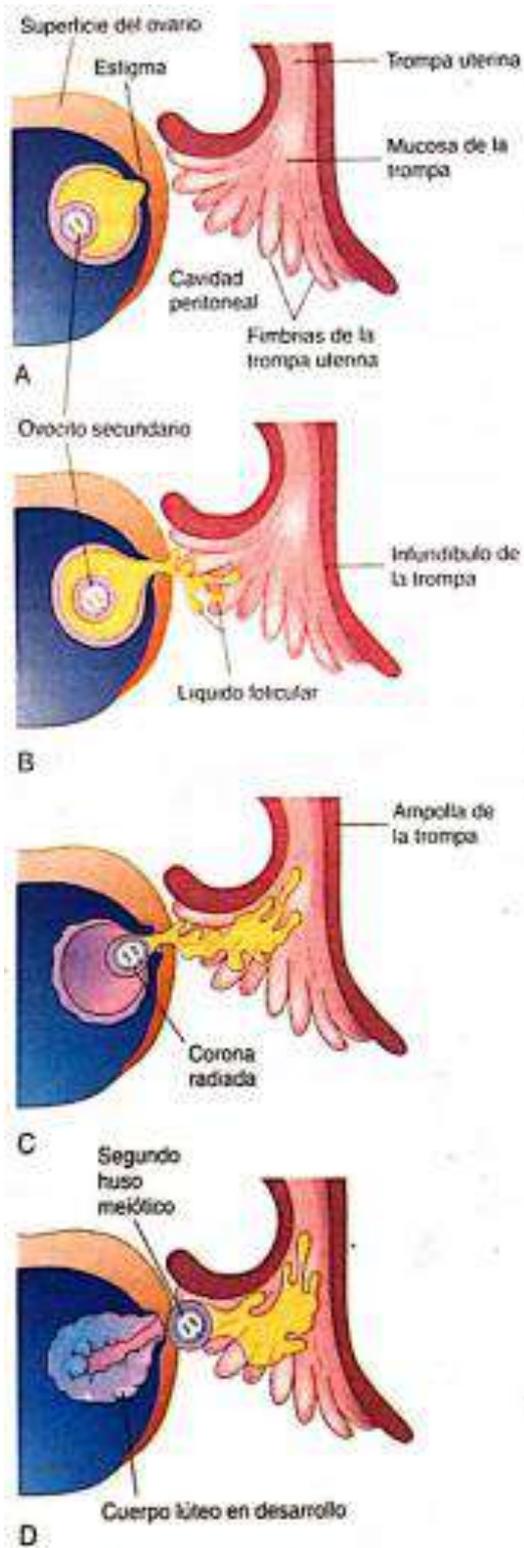


Anexo A. Representación esquemática de la interacción hormonal durante el ciclo menstrual completo



Fuente: MOORE, Keith. et al. *Embriología clínica*. 9º ed. Barcelona: ELSEIVER, 2013; p. 22.

Anexo B. Esquema del proceso de ovulación



Fuente: MOORE, Keith. et al. *Embriología clínica*. 9º ed. Barcelona: ELSEIVIER, 2013; p. 24.

Anexo C. Esquema gráfico de la primera semana de desarrollo humano

40 Parte I Embriología general

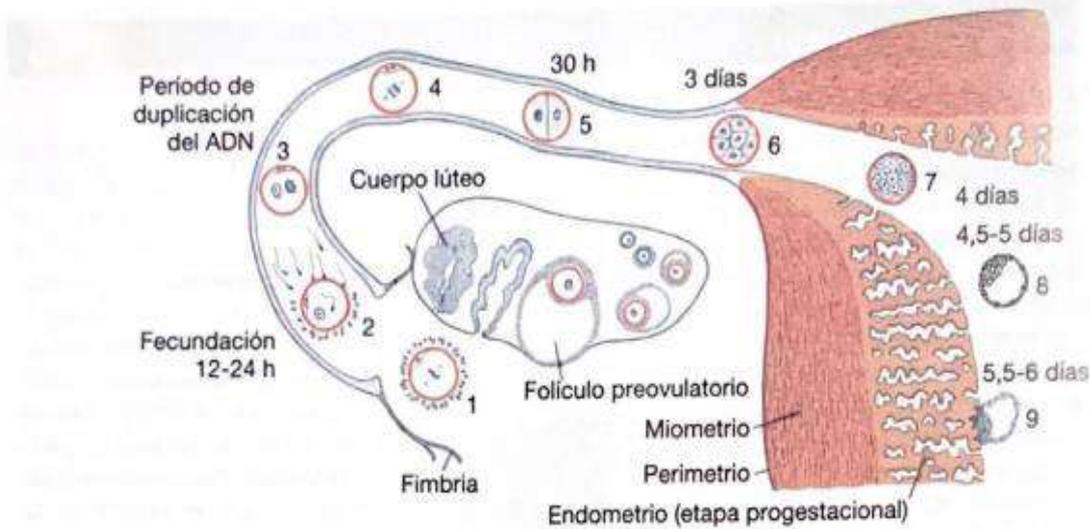


Figura 3-11. Acontecimientos que tienen lugar durante la primera semana del desarrollo humano. 1, ovocito inmediatamente después de la ovulación; 2, fecundación, aproximadamente entre 12 h y 24 h después de la ovulación; 3, fases de los pronúcleos femenino y masculino; 4, huso de la primera división mitótica; 5, fase de dos células (aproximadamente a las 30 h de vida); 6, mórula que contiene de 12 a 16 blastómeros (hacia los 3 días de vida); 7, fase de mórula avanzada acercándose a la luz del útero (cerca de 4 días de vida); 8, fase de blastocito incipiente (unos 4,5 días de vida; la zona pelúcida ha desaparecido), y 9, fase inicial de la implantación (blastocito de unos 6 días de vida). El ovario muestra las fases de transformación entre un folículo primario y un folículo preovulatorio, así como un cuerpo lúteo. El endometrio uterino se representa en la etapa progestacional.

Fuente: SADLER, T.W. *Embriología médica*. 12 ed. Barcelona: LWW. 2013. p. 40

Anexo D. Registro sanitario del fármaco Ellaone 30 mg

Detalles de productos farmacéuticos		
R.S: EE03645	R.S ANT :	FECHA VENC: 25/7/2026
SITUACION: ELLAONE 30mg	VIGENTE	
RUBRO	ESPECIALIDAD FARMACEUTICA	
TITULAR	FARMINDUSTRIA S.A.	
FABRICANTE:	CENEXI	
PROCEDENCIA:	FRANCIA	
CLASIFICACION: FARMACOLOGICA (ATC):	G03AD02 ULIPRISTAL	
CONDICION DE VENTA:	CON RECETA MEDICA	
COMPOSICION:		
POR COMPRIMIDO		
ACETATO DE ULIPRISTAL 30.000000 mg		
ACETATO DE ULIPRISTAL 30.000000 mg		
VIAS DE ADMINISTRACION:		
ORAL		
LIBERACION:		
INMEDIATA		
PRESENTACION:		
Caja de Cartón x 1 comprimido en envase blister de PVC/PE/PVDC- Incoloro y Aluminio		

Fuente: Extraído de: <https://www.digemid.minsa.gob.pe/productosfarmaceuticos/principal/pages/default.aspx>

Anexo E. Registro sanitario del fármaco Esmya 5 mg

Detalles de productos farmacéuticos



R.S:	EE00783	R.S ANT :		FECHA VENC:	27/2/2025
SITUACION:	ESMYA 5mg		VIGENTE		
RUBRO	ESPECIALIDAD FARMACEUTICA		COMPRIMIDO		
TITULAR	GEDEON RICHTER PERU S.A.C.				
FABRICANTE:	GEDEON RICHTER PLC.				
PROCEDENCIA:	HUNGRIA				
CLASIFICACION: FARMACOLOGICA (ATC):	G03AD02 ULIPRISTAL				
CONDICION DE VENTA:	CON RECETA MEDICA				
COMPOSICION:	POR COMPRIMIDO ACETATO DE ULIPRISTAL 5.000000 mg				
VIAS DE ADMINISTRACION:	ORAL				
LIBERACION:	INMEDIATA				
PRESENTACION:	Caja de cartón conteniendo 7, 14, 28 y 84 comprimidos en envase blister de PVC/PE/PVDC anaranjado a- aluminio				

Fuente: Extraído <https://www.digemid.minsa.gob.pe/productosfarmaceuticos/principal/pages/default.aspx>

Anexo F. Resumen comparativo entre las diversas fuentes que definen el término concepción

TABLA N° 01 Resumen comparativo entre diversas fuentes que definen el término concepción				
Concepción Fuente	Comparación de definiciones de concepción			
	Inicio de embarazo	Fecundación	Fecundación e implantación (proceso)	Implantación
Corte IDH				X
R. Cruz Coke 1980		X		
Real academia (18ª) 1956	X			
Real academia (22ª) 2010	X			
Merriam-Webster Dictionary 2014			X	
Dictionnaire Français		X		
Medical – Dictionary 2014		X		
Embriología médica 1999		X		
Embriología médica 1969		X		
Embriología 1999		X		
Embriología 2004		X		
Embriología 2012		X		
Ética médica 1959		X		
Wikipedia Inglés 2013		X		
Wikipedia Francés 2013		X		

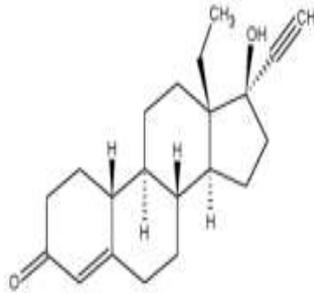
Fuente: VALDIVIESO LÓPEZ, Erika. *La “Píldora del Día Siguiente” y el Abuso del Control de Convencionalidad*. En PRADO SALDARRIAGA, Víctor, et al. (Dir.) *Diálogo con la Jurisprudencia*. GACETA JURÍDICA: Lima, agosto 2020, p. 94. ISSN: 1812-9587

Anexo G. Registro en Digemid del componente Levonorgestrel 1,5 mg**Detalles de productos farmacéuticos**

R.S:	EE10411	R.S ANT :		FECHA VENC:	29/11/2026
SITUACION:	LEVONORGESTREL 1.5mg		VIGENTE		
RUBRO	ESPECIALIDAD FARMACEUTICA		TABLETA RECUBIERTA		
TITULAR	SCR SERVICIOS DE REPRESENTACION REGULATORIA S.A.C.				
FABRICANTE:	UNICURE REMEDIES PVT. LTD.				
PROCEDENCIA:	INDIA				
CLASIFICACION: FARMACOLOGICA (ATC):	G03AC03 LEVONORGESTREL				
CONDICION DE VENTA:	CON RECETA MEDICA				
COMPOSICION:	POR TABLETA LEVONORGESTREL 1.500000 mg				
VIAS DE ADMINISTRACION:	ORAL				
LIBERACION:	INMEDIATA				
PRESENTACION:	Caja de cartón por 1 tableta recubierta en envase blíster de Aluminio/PVC incoloro.				

Fuente: Extraído de: <https://www.digemid.minsa.gob.pe/productosfarmaceuticos/principal/pages/default.aspx>

Anexo H. Información sobre prescripción médica del componente Levonorgestel 1,5 mg



CLINICAL PHARMACOLOGY

12.1 Mechanism of Action

Emergency contraceptive pills are not effective if a woman is already pregnant. Plan B One-Step is believed to act as an emergency contraceptive principally by preventing ovulation or fertilization (by altering tubal transport of sperm and/or ova). In addition, it may inhibit implantation (by altering the endometrium). It is not effective once the process of implantation has begun.

Fuente: U.S FOOD AND DRUGS ADMINISTRATION. Highlights of prescribing information, New York, julio 2009, p. 4. Recuperado de: https://www.accessdata.fda.gov/drugsatfda_docs/label/2009/021998lbl.pdf

Anexo I. Puntaje general del Estado de Derecho de Perú a lo largo del tiempo, 2015-2021

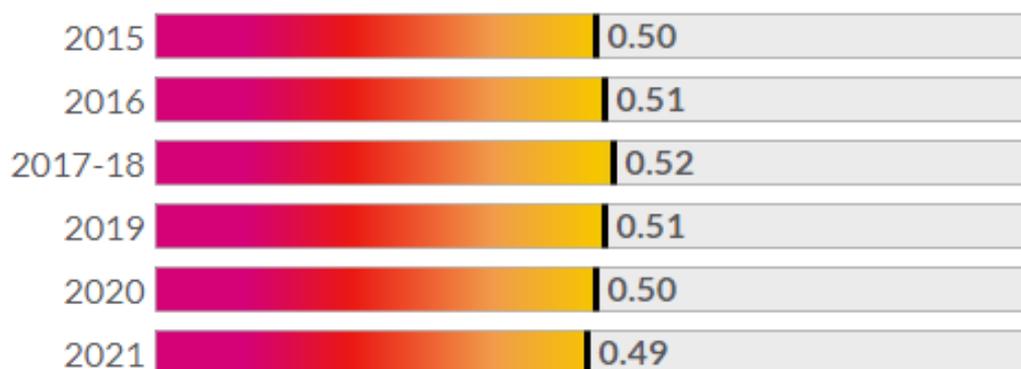


World Justice
Project

WJP Estado de Derecho Índice[®]
Índice de estado de derecho de WJP > Descripción general

Puntaje general del estado de derecho de Perú a lo largo del tiempo, 2015 - 2021

Puntuaciones de Perú para el estado de derecho general de 2015 a 2021.
(Use el menú de la izquierda para explorar otras puntuaciones).



Fuente: WORLD JUSTICE PROJECT, WJP Rule of Law Index 2021 – Perú [En línea].
Recuperado de: <https://worldjusticeproject.org/rule-of-law-index/country/Peru>. [Fecha de consulta: 01 de abril del 2022]