Una píldora que cayó de madura. Reflexiones sobre la liberación del anticonceptivo oral de emergencia a la luz de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0238-2021-PA/TC

A pill that fell ripe. Reflections on the release of the emergency oral contraceptive in the light of the Constitutional Court ruling in Case N° 0238-2021-PA/TC.

✍ Luis R. Sáenz Dávalos*

I. CONSIDERACIONES INTRODUCTORIAS

Tras la expedición de la sentencia en la que el Tribunal Constitucional se pronuncia validando la distribución o reparto gratuito del anticonceptivo oral de emergencia, varias son las reflexiones que pueden extraerse.

* Asesor de despacho en el Tribunal Constitucional. Docente de Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional. Miembro Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional.

Revista Peruana de Derecho Constitucional N° 15, 2023, enero-junio, pp. 493-511.

Una de las más llamativas o simbólicas parece ser la de constatar, que en un país como el nuestro, los casos que por una u otra razón enfrentan a corrientes de pensamiento contrapuestas, requieren para ser resueltos un periodo extremadamente largo, tanto así que aunque parezca exagerado –y tal vez esa sea la razón del título principal por el que hemos optado– es esta una causa que prácticamente llego a su fin, no tanto por la importante definición que contiene sino por la extensión casi desmesurada de litigio en que se tradujo, originando que la respuesta termine siendo consecuencia más de su prolongada longevidad que de su rigurosa sensatez.

Casi veintiún años de larga controversia jurisdiccional dividida en tres procesos constitucionales, parecen indicar que la discusión ha quedado finalmente cerrada. Por lo menos eso es lo que se espera antes que reminiscencias estructuradas a partir de razones incompatibles con el Derecho.

Otra de las reflexiones que a nuestro modo de ver merece ser enfocada es aquella que apunta a una sana pero imprescindible crítica a ciertas apreciaciones manejadas en la sede judicial sobre lo que representan ciertos institutos procesales.

Es lo que de alguna forma se evidencia en la sorprendente coincidencia entre lo resuelto por primera y segunda instancia judicial particularmente durante la tramitación del último de los procesos constitucionales y en el que a pesar de apreciarse una sustancial diferencia en el sentido de lo decidido no parece observarse una idea muy precisa de lo que representa el régimen procesal conocido como amparo contra amparo, lo que llama poderosamente la atención, pues no estamos hablando de un modelo jurisprudencial novedoso, sino de uno que cuenta con más veinte años de desarrollo casuístico, incluidos dos precedentes y buena parte de doctrina jurisprudencial vinculante.

Tal parece que o no se conoce adecuadamente el tema o tal vez siendo conscientes de lo que este realmente significa, se le ha utilizado como pretexto ya sea para enfrentar de manera antojadiza la polémica suscitada, ya sea para eludir un tema de notable interés. Si es lo primero preocupa por razones esencialmente jurídicas, si es lo segundo, dice mucho del franco temor que aún suscitan ciertas causas sensibles para los ojos de la magistratura judicial. Afortunadamente el Tribunal Constitucional ha puesto una dosis de cordura en este extremo, haciendo lo que de él precisamente se espera e interpretando adecuadamente el alcance de sus propios pronunciamientos.

La última de las reflexiones y que es en definitiva la principal nos conduce directamente al tema de fondo cuyo tratamiento por parte de la sentencia es digno de saludar y digámoslo de verdad, hasta de aplaudir. Sin embargo, siendo muy importante lo que se ha hecho en términos argumentativos, bien pudo aprovecharse la ocasión para corregir algunos excesos de concepto en los que lamentablemente el propio Tribunal Constitucional había incurrido años atrás. No habiendo ocurrido esto último, habrá que esperar futuros casos en los que el supremo Colegiado termine por depurar su propia perspectiva jurisprudencial.

El objeto del presente trabajo, procurará detenerse en los aspectos enunciados en la lógica de esclarecer los antecedentes del caso y los derroteros por los que finalmente se ha optado.

II. LA POLÉMICA SOBRE EL ANTICONCEPTIVO ORAL DE EMERGENCIA. UN CAMINO DE IDAS Y VENIDAS Y DE SUCESIVOS PROCESOS

Los antecedentes de la controversia son como se ha dicho, algo lejanos.

Efectivamente, hacia el último tramo del año 1999, fue expedida por el Ministerio de Salud la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM, de fecha 22 de setiembre de 1999, mediante la cual se aprobaron las denominadas normas de planificación familiar con el propósito de contribuir a poner a disposición de mujeres y hombres del Perú la más amplia información y servicios de calidad en la lógica de que estos últimos puedan concretizar como mejor convenga, sus ideales reproductivos.

Tiempo después y concordante con dicho pronunciamiento, sería también emitida la Resolución Ministerial N° 399-2001-SA/DM de fecha 13 de julio del 2001, conforme a la cual se ampliarían las normas sobre planificación familiar incorporándose por vez primera al Anticonceptivo Oral de Emergencia (en adelante AOE) como uno de los métodos rigurosamente anticonceptivos, lo que, desde tal perspectiva, habilitó su distribución en todos los hospitales del Estado y centros de salud públicos.

Cabe puntualizar que cuando el Ministerio de Salud adoptó estas decisiones, no fue por un tema en estricto discrecional, mucho menos personal, como en principio se llegó a pensar sino tras un detenido y arduo estudio en el que

participaron diversas organizaciones y especialistas tanto en planificación familiar como en políticas de salud[1].

Pese a esta preliminar decisión de pacífica distribución de lo que para ese momento era un indudable método anticonceptivo, de pronto y sin mayor explicación se dio marcha atrás, sin que mediara pronunciamiento formal alguno por parte del Estado se decidió que ya no iba el reparto del Anticonceptivo Oral de Emergencia. La razón implícita de fondo no era otra que la polémica generada en aquellos días por algunos sectores de opinión que alegaban un carácter supuestamente nocivo por parte de dicho fármaco, apoyada en la aseveración de que además de retrasar la ovulación e impedir el proceso de migración espermática (típicos alcances de la mayor parte de anticonceptivos ordinarios) generaba también un tercer efecto sobre el endometrio o capa interna del útero y que este último no era otra cosa que un atentado contra la vida del concebido, en otras palabras, un indiscutible aborto.

Lo curioso del caso es que la discusión así planteada no era promovida por los organismos científicos especializados que en todo caso eran los llamados a pronunciarse sobre el tema (Organización Mundial de Salud, Organización Panamericana de la Salud, entre otros), sino por personas y organizaciones decididamente vinculadas a ciertas corrientes de pensamiento ortodoxo, respetables sin duda, pero no precisamente pertenecientes a instituciones representativamente oficiales. Sin embargo también era cierto que algunos sectores científicos no oficiales se sumaron a esta postura generalizándose desde ese momento una fuerte controversia, de manera muy similar a la que sobre idéntica materia, se había suscitado en otras latitudes[2].

Ante tal estado de cosas y al no efectivizarse los mandatos contenidos en las resoluciones ministeriales antes mencionadas, desde los predios de la sociedad civil se promovería con fecha 18 de setiembre del 2002 un proceso constitucional de cumplimiento por parte de doña Susana Chávez Alvarado y un numeroso grupo de ciudadanas quienes consideraban que la renuencia del Estado a cumplir sus propios mandatos formales resultaba totalmente violatoria de los derechos

1 Cfr. Al respecto, Ministerio de Salud. *Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar*; Dirección General de Salud de las Personas. Dirección de Programas Sociales; Imprenta Producciones Gráficas Peruanas S.R.L.; Mayo del 2000.

2 Un interesante inventario del debate a nivel de diversos países de latinoamérica lo encontramos en Villanueva Flores, R. (2008). *La anticoncepción oral de emergencia. El debate legal en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, UNFPA, ASDI.

reproductivos de las mujeres y en particular de los derechos de aquellas pertenecientes a los sectores más vulnerables no solo por su estado de pobreza extrema sino por ser en una gran cantidad de casos de mujeres víctimas de abuso sexual y de correlativos embarazos no deseados, motivo por el que sobre todo para ellas era urgente el acceso al AOE.

Paralelo al inicio de este proceso constitucional y ante la evidente discusión suscitada, desde el Estado se convocaría a diversos especialistas a fin de dilucidar sobre la veracidad o no de las objeciones planteadas con relación a los efectos del AOE. Se recabarían al respecto los informes tanto de la Comisión de Alto Nivel designada por el Ministerio de Salud mediante Resolución Suprema N° 007-2003-SA del 11 de setiembre del 2003, como el Informe evacuado por la Comisión Consultiva del Ministerio de Justicia acompañado por Oficio N° 516-2004-JUS/DM. Por su parte, la Defensoría del Pueblo, emitiría el Informe Defensorial N° 78 dedicado en particular a la Anticoncepción Oral de Emergencia[3]. En todos estos documentos la posición a favor del carácter no abortivo del AOE resultaba concluyente y se respaldaba en la sólida información científica hasta ese momento existente.

No obstante ello y al encontrarse en trámite el antes citado proceso, el Estado quedaría a las expensas de lo que allí se resolviera. En tanto tal situación se produjera, evaluó la conveniencia de actualizar las normas sobre planificación familiar, lo que en efecto se produjo con la emisión de la Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA de fecha 14 de julio del 2005 que dejó sin efecto la Resolución Ministerial N° 465-99-SA/DM empero manteniendo la totalidad de sus postulados esenciales[4].

Tiempo después y con fecha 13 de noviembre del 2006, el Tribunal Constitucional, en ese momento integrado por los Magistrados Víctor García Toma, Magdiel Gonzales Ojeda, Javier Alva Orlandini, Juan Vergara Gotelli, César Landa Arroyo y Carlos Mesía Ramírez, emitiría su esperada sentencia final en el marco del Expediente N° 7435-2006-AC/TC. Esta ejecutoria, dicho sea de paso, sería adoptada por unanimidad[5] y mediante la misma se tomaría una postura claramen-

3 Defensoría del Pueblo. (2003). *La anticoncepción oral de Emergencia*; Serie Informes Defensoriales; Informe N° 78.

4 Cfr. Ministerio de Salud. (2005). *NT N° 032-MINSA/DGSP-V.01 Norma Técnica de Planificación Familiar*; Dirección General de Salud de las Personas, Estrategia Sanitaria Nacional de Salud Sexual y Reproductiva; Talleres de Hilmart S.A.

5 La sentencia del Tribunal Constitucional, emitida en este primer proceso, vendría a clarificar las cosas, pues el derrotero seguido hasta ese momento en sede judicial había sido en estricto cambiante. De una resolución de primera instancia que declaraba fundada la demanda (resolución

te estimatoria estableciendo en forma concluyente que conforme a la información científica recabada y que a esas alturas comprendía, informes y pronunciamientos de los más calificados organismos nacionales e internacionales, el Anticonceptivo Oral de Emergencia tenía los efectos de todo anticonceptivo común y corriente y por tanto no tenía incidencia abortiva alguna, motivo por el que no se justificaba de ninguna manera el incumplimiento de los mandatos exigidos, los que ahora debían entenderse como referidos a las nuevas resoluciones ministeriales que regulaban la misma materia que originalmente regulaban las resoluciones originalmente invocadas[6].

Así las cosas, todo hacía suponer que con el referido pronunciamiento quedaba zanjada la controversia y lo que correspondía era de inmediato proceder a la inclusión del AOE dentro de los métodos de planificación familiar y a su distribución gratuita a nivel de los hospitales o entidades de salud públicas. Las cosas sin embargo no serían así.

Por aquellos días, se difundiría la noticia de que mucho antes de la emisión de la sentencia del Tribunal Constitucional había sido promovida ante el Poder Judicial una demanda constitucional de amparo, cuyo propósito, por paradójico que resulte, era exactamente el contrario al perseguido en el proceso de cumplimiento. Esta nueva demanda que había sido interpuesta con fecha 29 de octubre del 2004 por la Organización No Gubernamental "Acción de Lucha Anticorrupción" buscaba la prohibición del reparto gratuito del AOE bajo la argumentación de que dicho fármaco resultaba presuntamente lesivo del derecho a la vida del concebido[7]. Incluso perseguiría a nivel de su petitorio, trasladar el debate al seno del Congreso de la República pues reclamaría que cualquier decisión sobre la inclusión y uso del AOE, debía requerir la consulta previa de dicho poder del Estado. En otras palabras, buscaba relativizar el análisis jurídico y más bien, politizar el tema.

emitida por el Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima con fecha 16 de junio del 2004) se pasaría a una resolución de segunda instancia que optaba por la improcedencia del reclamo sin pronunciamiento de fondo tras considerar la existencia de una supuesta sustracción de materia (resolución de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima de fecha 23 de marzo del 2006).

6 Cfr. Publicada el 20 de noviembre del 2006.

7 Puede especularse que quienes se oponían al uso del AOE, presumieron que existía toda la posibilidad de que el proceso de cumplimiento lograra su cometido y por ello buscaron neutralizar dicho efecto con otro proceso constitucional como en este caso lo fue el amparo comentado. Todo apunta a que ese fue el propósito si nos atenemos a las fechas en las que se expide la sentencia de primera instancia del proceso de cumplimiento (16 de junio del 2004), estimatoria como ya se ha dicho, y la casi inmediata interposición de esta demanda de amparo (29 de octubre del 2004).

En este segundo proceso constitucional el debate jurídico se volvería mucho más prolongado, la entidad demandante intentaría por todos los medios posibles exaltar las supuestas discrepancias científicas producidas en torno del denominado tercer efecto en el AOE. Aunque en parte lograría dicho propósito a nivel de la primera instancia judicial[8], no lo lograría a nivel de segunda instancia[9], motivo por el que la discusión, por segunda vez, pasaría al Tribunal Constitucional, que para entonces contaría con una composición de Magistrados en su mayoría reestructurada, habida cuenta que muchos de ellos recién verían el caso por vez primera (a Juan Vergara Gotelli, Carlos Mesía Ramírez y César Landa Arroyo que venían del anterior Pleno, se integrarían Ricardo Beaumont Callirgos, Fernando Calle Hayen, Gerardo Eto Cruz y Ernesto Álvarez Miranda).

Llegado el momento de resolverse el Expediente N° 2005-2009-PA/TC por parte del Supremo Intérprete de la Constitución, se emitiría sentencia final con fecha 16 de octubre del 2009, observándose en su contenido una radical división de posturas en la perspectiva de los Tribunos. Mientras que por declarar fundada la demanda (esto es, en contra del reparto gratuito del AOE) se pronunciarían los Magistrados Juan Vergara Gotelli, Carlos Mesía Ramírez[10], Ricardo Beaumont Callirgos, Gerardo Eto Cruz y Ernesto Álvarez Miranda, en contra de la misma (y en línea similar a la sostenida en el Expediente N° 7435-2006-AC/TC, es decir, argumentando de manera amplia y detallada que el AOE, no producía efectos abortivos ni vulneraba el derecho a la vida del concebido) se sumarían los votos de los Magistrados César Landa Arroyo y Fernando Calle Hayen. Con todo, la sentencia en comento dispondría en su parte resolutiva que el Ministerio de Salud se abstenga de desarrollar como política pública la distribución gratuita del AOE así como ordenar que los laboratorios que producen, comercializan y distribuyen

8 Mediante resolución emitida por el Vigésimo Noveno Juzgado Especializado en lo Civil de Lima con fecha 17 de agosto del 2005, se declararía fundada en parte la demanda por considerarse que el anticonceptivo oral de emergencia podría poner en peligro la vida del concebido, al no haberse descartado la existencia de un tercer efecto. Sin embargo, se desestimaría la demanda en el extremo en el que se solicitada la previa consulta por parte del Congreso de la República.

9 De acuerdo con la resolución expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima con fecha 27 de noviembre del 2008, se declararía fundada la demanda solo respecto del derecho a la información tras considerarse que las Guías Nacionales de Atención Integral de Salud Sexual y Reproductiva debían informar que el AOE producía una ligera alteración en el endometrio, aunque dejaría en claro que dicha alteración no era constitutiva de un aborto, lo que evidentemente no iba de la mano con el raciocinio de la parte demandante.

10 Tanto Vergara Gotelli como Mesía Ramírez cambiarían su posición en relación con la sostenida por el Tribunal Constitucional en la sentencia del Expediente N° 7435-2006-AC/TC, argumentando ahora que el AOE si resultaba supuestamente lesivo del derecho a la vida del concebido.

el citado fármaco incluyan en la posología o recetario que el mismo podría inhibir la implantación del óvulo fecundado[11].

Esta nueva ejecutoria, originaría un gran debate en la comunidad académica más que por el cambio de posturas, por la notoria incoherencia que suponía el haber prohibido el reparto gratuito del AOE en los hospitales públicos, es decir, para las personas que carecían de recursos económicos, mientras que, por el contrario, haber garantizado su venta libre en los establecimientos de carácter privado. En otras palabras, si se entregaba gratuitamente se incurría en un atentado a la vida, si se comercializaba en cambio, se encontraba ello permitido en base a las reglas del mercado[12].

Sin embargo, esta misma sentencia, incorporaría un argumento que, como analizaremos más adelante, sería decisivo para el futuro inicio de un tercer proceso constitucional. De acuerdo con su fundamento 52 y como consecuencia del persistente esfuerzo de la entidad demandante por alegar que existían dudas sobre el carácter abortivo del AOE en base al llamado tercer efecto del que hablaban casi todas las recetas o posologías que en sus diversas presentaciones tenía dicho fármaco, llegó a sostener que la decisión mayoritaria del Colegiado se basaba en la necesidad de aplicar criterios precautorios, pero que si dichas dudas desaparecían en el futuro, el mismo Colegiado podría cambiar de opinión, no siendo por tanto dicha sentencia de carácter inmutable. A este fundamento por lo demás, se sumaría también el 62 que colocaría en cabeza de las autoridades competentes la facultad de cerciorarse hasta lograr un grado de certeza, que el AOE tiene propiedades benéficas y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos.

El enfoque así acogido suponía que en medio de todo, la discusión no quedaba en absoluto cerrada, sino que podía volverse a replantear de variarse las condiciones que generaron las dudas en la mayoría de quienes integraban el Colegiado. Y en efecto, las condiciones empezaron a variar más pronto de lo previsto, pues poco después de emitirse la sentencia del Tribunal Constitucional que aquí se ha comentado, el Ministerio de Salud, en cumplimiento de sus propios mandatos decidió efectuar las consultas ante la Organización Mundial de Salud en torno

11 Cfr. Publicada con fecha 22 de octubre del 2009.

12 Nos hemos ocupado de analizar ampliamente dicha ejecutoria en Sáenz Dávalos, L. (2010). El dilema de la píldora del día siguiente (a propósito de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 2005-2009-PA/TC), en *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*; Perú, Informe Anual del Observatorio de Sentencias Judiciales 2009, DEMUS; Articulación Regional Feminista por los Derechos Humanos y la Justicia de Género; noviembre; pp. 19-39.

del denominado tercer efecto del AOE, las que una vez absueltas por la Organización Panamericana de la Salud (como su organismo de línea) corroborando que este último no constituye un aborto al no impedir la implantación o anidación de un óvulo fecundado, dieron lugar a que la Dirección General de Salud de las Personas, la Dirección General de Medicamentos, insumos y Drogas y el Instituto Nacional de Salud del Perú, se pronuncien en forma favorable a su implementación como método anticonceptivo, lo que finalmente se vería corroborado con la emisión de la Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA de fecha 08 de marzo del 2010 que dispuso hacer de conocimiento público el carácter no abortivo del AOE y que se tomen las acciones a fin de aplicar la NT N° 032-MINSA/DGSP-V-01 Norma Técnica de Planificación Familiar aprobada por Resolución Ministerial N° 536-2005/MINSA, lo que en la práctica dejaba expedito nuevamente el reparto gratuito del AOE en los hospitales públicos.

En este contexto y a pesar de que todo parecía en ese momento clarificarse, el juez que se encontraba a cargo de la ejecución de la Sentencia emitida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC emitió un proveído mediante el cual requería al Ministerio de Salud a fin de que cumpla con ejecutar la parte resolutiva de la sentencia de amparo[13], posición que tras ser apelada sería confirmada por la instancia judicial superior[14]. El origen de esta incidencia, era directa consecuencia de la abierta oposición que la parte demandante del proceso de amparo había formulado a lo dispuesto en la antes citada Resolución Ministerial N° 167-2010/MINSA, tras considerar que la misma comportaba un desacato a la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional.

Lo curioso del caso, es que para la parte demandante todo se reducía al fallo de la sentencia que, como antes se ha precisado, prohibía el reparto gratuito del AOE y ordenaba que las recetas advirtieran de un presunto efecto contra la implantación del óvulo fecundado, pero omitía por completo las importantes –y, decisivas consideraciones– contenidas en los fundamentos 52 y 62 que dejaban en claro el carácter condicional de la misma ejecutoría. Las instancias de ejecución pese a ser conscientes de la sentencia y de lo que su contenido decía, no quisieron sin embargo involucrarse en el tema (en realidad y para ser exactos rehuyeron la discusión) y se limitaron a exigir el cumplimiento del fallo. Ante tal circunstancia y tras sucesivos requerimientos del citado mandato judicial, el Ministerio de Salud, emitiría la Resolución Ministerial 0652-2010-MINSA de fecha

13 Cfr. Resolución del 17 de mayo del 2010.

14 Cfr. Resolución del 25 de mayo del 2011.

19 de agosto del 2010 cuyo tenor dispuso que la Dirección General de Salud de las Personas y la Dirección de Medicamentos, Insumos y Drogas se abstengan de realizar cualquier actividad referida al uso del levonorgestrel como anticonceptivo oral de emergencia. De esta forma, quedaría total y absolutamente vedado el reparto gratuito del AOE.

Ahora bien, muy al margen de la actuación del Poder Judicial en sede de ejecución y de lo decidido por el Ministerio de Salud en el ámbito administrativo, es un hecho que tampoco podía desconocerse que el debate a nivel científico médico había clarificado mucho más las cosas con el paso del tiempo. Contrario a lo que en su momento llegó a decir la sentencia de amparo emitida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC en el sentido de que las posologías o recetarios del anticonceptivo oral de emergencia hacían referencia a un tercer efecto sobre el endometrio, dicha alegación progresivamente vino siendo descartada, volviéndose en determinado momento prácticamente inexistente. La situación descrita se hizo tan evidente que los niveles de consenso en la comunidad científico médica se volvieron cada vez más sólidos. Así se corrobora de las posiciones asumidas por la Organización Mundial de la Salud y la Organización Panamericana de la Salud oportunamente recabadas por el Estado.

En tales circunstancias y con fecha 14 de julio del 2014 la ciudadana doña Violeta Cristina Gómez Hinostroza decidió promover ante el Poder Judicial una nueva demanda de amparo. De acuerdo con esta última, se solicitaba que el Ministerio de Salud replantee sus informaciones y por sobre todo, reinicie la distribución gratuita del Anticonceptivo Oral de Emergencia en todos los hospitales públicos bajo la consideración de que acorde con lo señalado por el propio Tribunal Constitucional mediante la sentencia emitida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, las objeciones sobre los presuntos efectos de dicho fármaco habían variado sustancialmente y por consiguiente, ya no existía la presunción o sospecha sobre su carácter abortivo. En otras palabras, se solicitaba, en consonancia con lo dispuesto en los fundamentos 52 y 62 de dicho pronunciamiento, una actualización de sus alcances ya que tal postura era abiertamente legitimada por su contenido. Se invocarían al respecto los derechos a la igualdad y a no ser discriminado, a la información, y a la autodeterminación reproductiva, principalmente.

Iniciado este tercer proceso constitucional se tramitaría tiempo después, una solicitud cautelar en la que se pediría el acceso provisional de toda mujer al AOE bajo consideraciones similares a las expuestas en la demanda, originándose que con fecha 19 de agosto del 2016, el Primer Juzgado Especializado en

lo Constitucional de Lima, conceda dicha petición tras estimar la existencia de una evidente verosimilitud en los derechos reclamados y un probable riesgo en la demora. Como consecuencia de dicha decisión se reiniciaría, nuevamente, la distribución gratuita del AOE quedando el tema de fondo a expensas del proceso principal que en ese momento se venía tramitando.

Llegada la ocasión de expedirse sentencia a nivel de primera instancia la demanda sería declarada fundada bajo la premisa de haberse acreditado la vulneración de los derechos fundamentales objeto de reclamo[15]. Sin embargo, dicha decisión sería revocada a nivel de segunda instancia[16] bajo consideraciones formales bastante discutibles y que luego analizaremos. Con este resultado el caso pasaría nuevamente al Tribunal Constitucional, quien para esta oportunidad se encontraría conformado por los Magistrados Constitucionales Francisco Morales Saravia, Luz Pacheco Zerga, Gustavo Gutiérrez Ticse, Helder Domínguez Haro, Manuel Monteagudo Valdéz y César Ochoa Cardich.

Finalmente y con fecha 21 de marzo del 2023, el renovado Tribunal Constitucional emitiría por mayoría su decisión en el contexto del Expediente 0238-2021-PA/TC. A favor de declarar fundada la demanda y liberar en definitiva el Anticonceptivo Oral de Emergencia por no ser este último abortivo, se pronunciarían los tribunos Francisco Morales Saravia, Helder Domínguez Haro, Manuel Monteagudo Valdez y César Ochoa Cardich. En contra de la demanda, lo harían los Magistrados Luz Pachezo Zerga y Gustavo Gutierrez Ticse[17].

Con este pronunciamiento, se cerraría en definitiva el ciclo de cuestionamientos que a nivel de procesos constitucionales se mantuvo subsistente por buena cantidad de años.

III .¿UN CASO DE AMPARO CONTRA AMPARO O UNA SENTENCIA CONSTITUCIONAL CONDICIONADA?

Uno de los temas que fue planteado como cuestión previa tanto en las instancias judiciales como a nivel de lo decidido por el Tribunal Constitucional en el marco del Expediente N° 0238-2021-PA/TC fue el concerniente con la

15 Cfr. Resolución emitida por el Primer Juzgado Constitucional de Lima con fecha 02 de julio del 2019.

16 Cfr. Resolución emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima con fecha 16 de Setiembre del 2020.

17 Cfr. Publicada el 30 de marzo del 2023.

dilucidación de si en el presente caso nos encontrábamos ante un proceso constitucional interpuesto contra otro proceso constitucional (un típico amparo contra amparo) o se trataba en cambio de un proceso constitucional totalmente autónomo en el que el Colegiado se viera obligado a revisar de alguna forma una anterior sentencia suya.

El tema procesalmente hablando no era baladí, sino verdaderamente interesante además de atípico, pero entendemos que requería un adecuado enfoque que lamentablemente no supo dispensar el Poder Judicial cuando tuvo la oportunidad de hacerlo. Su introducción en el debate, respondió de alguna manera al hecho de haberse deslizado como argumento de defensa por parte de uno de los litis consortes pasivos (ONG Acción de Lucha Anticorrupción "Sin Componenda", demandante en el proceso de amparo con Expediente N° 2005-2009-PA/TC) en la lógica de oponerse a que prosperara el presente proceso constitucional[18].

Lo primero que cabe recordar al respecto es lo que se conoce como amparo como amparo es un régimen procesal especial creado ex profeso con el propósito de habilitar la revisión mediante un proceso constitucional de las inconstitucionalidades que puedan haber sido generadas en otro proceso constitucional. El presupuesto indispensable es en consecuencia que un proceso constitucional primigenio pueda haber devenido en inconstitucional y que por consiguiente necesite ser corregido mediante un nuevo y posterior proceso constitucional[19].

La naturaleza de dicho régimen procesal es excepcionalísima, de allí que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional tras largos años de desarrollo haya ido generando reglas especiales que permitan validar su procedencia. De un total de nueve reglas hasta la fecha existentes[20], una en particular sería invocada en el caso que aquí se comenta y aquella que establecía que no procede dicha opción impugnatoria contra las decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional.

18 Cfr. Al respecto el escrito de absolución de la demanda presentado con fecha 11 de setiembre del 2017 (fs. 1282 y siguientes de los actuados).

19 Sobre el tema existe hoy en día abundante bibliografía. En nuestro caso nos remitimos a Sáenz Dávalos, L. (Coordinador). (2007). *El Amparo contra Amparo y el Recurso de Agravio a favor del Precedente*. Cuadernos de Análisis y crítica a la jurisprudencia constitucional N° 3. Palestra Editores.

20 Cfr. Sáenz Dávalos, Luis. El Amparo contra Amparo en el Perú: estado actual de la cuestión a la luz de los precedentes existentes; en Peña Gonzales, Oscar (Coordinador). (2012). *Los Precedentes Vinculantes del Tribunal Constitucional*. APECC. Asociación Peruana de Ciencias Jurídicas y Conciliación; pp. 51 y ss.

La objeción en apariencia era llamativa si lo que se buscaba mediante el proceso de amparo tramitado en el Expediente N° 0238-2021-PA/TC era directamente cuestionar lo decidido en la sentencia recaída en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC. Sin embargo, las cosas no eran exactamente así, pues en ningún momento la demandante del tercer proceso constitucional estaba reclamando desconocer a la sentencia inmediatamente anterior (la del segundo proceso), sino más bien interpretarla de acuerdo a lo que ella misma enfáticamente sostenía.

Este escenario no lo entendería del todo el Poder Judicial y se inclinaría en sus dos instancias por desarrollar sobre este punto en concreto una serie de consideraciones bastante opinables asumiendo extrañamente que de acuerdo con las mismas, sí se trataría de un amparo contra amparo.

Más allá de las importantes argumentaciones que utilizaría el Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional de Lima para evidenciar que en las actuales circunstancias las condiciones de duda sobre el efecto abortivo del AOE habían desparecido, su sentencia daría a entender que en sentido estricto o literal sí nos encontramos ante un caso de amparo contra amparo donde de alguna manera se hacía necesario cotejar la regla de improcedencia de dicho régimen procesal con lo dispuesto por diversas disposiciones del Código Procesal Constitucional (en ese momento vigente), de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y de la Constitución destinadas a fortalecer la interpretación de los derechos con sujeción a los tratados internacionales y a la propia jurisprudencia internacional.

Por otro lado y aunque efectivamente era cierto que algunos de los fundamentos contenidos en la sentencia emitida en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, devinieron con los años en contrapuestos a la jurisprudencia internacional (en particular, a la jurisprudencia derivada del Caso Artavia Murillo[21], específicamente sobre lo que representa el concebido) tal constatación, tampoco era indispensable para resolver la presente controversia ni mucho menos para establecer una inaplicación forzada de la sentencia del Tribunal Constitucional en base al desconocimiento de una de las reglas del amparo contra amparo. Era suficiente con establecer a modo de *obiter dicta* la nueva postura interpretativa y resolver la pretensión como realmente correspondía. La lógica de desafiar al Colegiado cuando no estaba en entredicho una discusión que exigiera tal postura no era probablemente el mejor de los caminos.

21 Cfr. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Situación mucho más preocupante se observaría del razonamiento utilizado en la resolución expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima. De acuerdo con este último lo que estaba en cuestión mediante el proceso constitucional interpuesto era un abierto desconocimiento de lo decidido en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, lo que llevaría a considerar el caso como uno en el que se hace plenamente aplicable la regla de prohibición del amparo contra decisiones emitidas por el Tribunal Constitucional.

Así las cosas, sorprendería que la instancia superior, pese a ser consciente de la existencia de argumentos como los establecidos en los fundamentos 52 y 62 de la sentencia, haya optado por refugiarse en un abierto formalismo, sin detenerse a examinar el carácter condicional de lo decidido en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC. Con ello no solo se evidenciaría una clara voluntad de eludir el debate de fondo, sino de desconocimiento de los supuestos para los que realmente fue creado el amparo contra amparo.

Esta postura sería abiertamente cuestionada por el Tribunal Constitucional vía su último pronunciamiento en el que dejaría claramente establecido que en el presente caso de ninguna manera nos encontrábamos ante un cuestionamiento de lo decidido en la anterior sentencia constitucional ni desde la perspectiva de lo planteado en la demanda ni desde el trámite procesal seguido en el proceso, motivo por el que no resultaba de recibo invocar la doctrina amparo contra amparo. Lo que estaba en discusión era determinar o en concreto dilucidar, si las nuevas circunstancias a las que se refirieron en su momento los antes referidos fundamentos de la anterior sentencia se habían o no configurado en la práctica.

Y efectivamente, la última de las sentencias del Tribunal lo que establecería claramente es el carácter condicional que en todo momento acompañó a la sentencia recaída en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC, habida cuenta que esta última había establecido para sí misma que la decisión que en ese momento adoptaba "de ninguna manera podría pretender ser inmutable" debiendo quedar en claro "que si en el futuro se llegase a producir niveles de consenso tales respecto de la inocuidad del *levonorgestrel* para el concebido, evidentemente tendría que cambiarse de posición" (fundamento 52), motivo por el que dispondría que "las autoridades competentes… deben efectivamente cerciorarse, hasta tener un grado de certeza, que el fármaco tiene propiedades benéficas para la salud y que no produce efectos secundarios mortales o dañinos" (fundamento 62).

No fue pues un amparo contra amparo el planteado en el caso que le tocó resolver al Tribunal Constitucional en el proceso que versa en el Expediente N° 0238-2021-PA/TC sino un amparo destinado a verificar el cumplimiento de las condiciones en su día establecidas por la sentencia del Expediente N° 2005-2009-PA/TC. Lejos de suponer entonces un desconocimiento de aquella, fue más bien una manera de asegurar que sus mandatos se efectivizaran a la luz de un nuevo escenario temporal.

IV. LO ESENCIAL DE LA SENTENCIA EMITIDA EN EL EXPEDIENTE N° 0238-2021-PA/TC. LO QUE PUDO PRECISARSE

Por razones de espacio no vamos a efectuar un desarrollo analítico de todos los aspectos abordados en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0238-2021-PA/TC. Lo esencial, sin embargo, es que esta última asumió una postura absolutamente concluyente en relación con el panorama de dudas o incertidumbres que caracterizaron a su predecesora, es decir a la sentencia del mismo Colegiado expedida en el anterior proceso de amparo.

Para nadie es un secreto que la entidad que en su día promovió el proceso constitucional que concluyó con la sentencia del Expediente N° 2005-2009-PA/TC y todos aquellos que defendieron dicha ejecutoria, exaltaron a su máxima potencia el argumento de las objeciones al Anticonceptivo Oral de Emergencia, sobre la base del llamado tercer efecto al que de plano le asignaron la equivalencia de un aborto.

A pesar de que ya por aquellos días la Organización Mundial de la Salud y los organismos oficiales representativos de la ciencia médica habían establecido que dicho tercer efecto, de producirse, solo era constitutivo de una leve alteración en el endometrio pero que de ninguna manera significaba interrumpir la anidación del ovulo fecundado cuando esta ya se había producido, nada convencería a los objetores. Para estos últimos eso era un aborto y no había vuelta que darle.

Para reforzar esta postura divulgaron la interesada idea de que la ciencia médica estaba dividida en el tema, lo cual era un evidente sofisma, pues la ciencia nunca estuvo dividida desde la perspectiva oficial. Una cosa es que algunos científicos pensaran de modo distinto a los organismos oficiales (lo cual efectivamente ocurrió, como ya lo hemos dicho en otro momento) y otra diferente afirmar que dentro de las mismas instituciones científicas oficiales no había consenso. Pero como todo sofisma necesita un elemento de apoyo y no solo aseveraciones,

utilizaron dos argumentos que serían determinantes en la generación de la incertidumbre. Las recetas o posologías médicas de algunas variantes que adoptaba el levonorgestrel (Glanique, Tibex, Postinor 2, Nostrel y Post Day) y la posición de la Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (FDA). Mientras que las primeras mencionaban (o no descartaban) un tercer efecto en el Anticonceptivo Oral de Emergencia, el segundo si se inclinaba por hacer la analogía entre el citado tercer efecto y un aborto. Desde luego y en este último caso, poco importó que se tratara de un órgano administrativo regulador de los medicamentos y no de un Centro de Investigación en Medicina, la versión servía a sus propósitos y como tal fue utilizada.

Ahora bien, sobre la base del miedo todo es posible y no fue por ello extraño que la mayoría de Magistrados que integraron el Colegiado de aquella época sostuvieran que tenían dudas y que ante dicho escenario optaban por prevenir. Sin embargo también aseveraron que tal estado de dudas no tenía porque ser permanente por lo que precisamente advirtieron la necesidad de no proclamar que su decisión era inamovible y que antes bien podía cambiar con el tiempo de demostrarse que el Anticonceptivo Oral de Emergencia no tenía los riesgos que sobre aquel se planteaban.

Fue justamente esta precisión la que finalmente sería determinante en la reciente sentencia del Tribunal Constitucional, Se comprobaría con el paso del tiempo que todo eso que se decía sobre el citado fármaco, lejos de cierto, era totalmente falso y como tal había quedado desvirtuado.

En efecto tras las reiteradas consultas a la Organización Mundial de la Salud, y tras la atenta revisión de las recetas o posologías médicas de las mismas variantes de levonogestrel que paladinamente en su día habían sido utilizadas, se comprobaría que las mismas en su versión actualizada, ya no hacían ninguna referencia del susodicho tercer efecto o, si lo hacían, descartaban por completo que se tratase de un aborto. El Colegiado, al igual como en su momento había glosado el recetario de las modalidades de levonogestrel, esta vez haría lo propio con las correspondientes al Glanique 1, Tibex, Postinor 1, Post Day, Nogestrol, Merginex Plus y Norlevo (fundamento 21).

Paralelo a ello y para que no quede atisbo de duda sobre lo que ahora se estaba determinando recogería la opinión actualizada de la misma Agencia Norteamericana para la Administración de Alimentos y Drogas (FDA) que en su momento había sido utilizada por la anterior sentencia constitucional, para dejar en

claro que a partir del 23 de diciembre del año 2022, dicho organismo había cambiado de parecer, terminando por descartar expresamente que el Anticonceptivo Oral de Emergencia produzca efecto abortivo alguno (fundamento 22).

Como habían desaparecido del escenario los argumentos que en el pasado contribuyeron a generar incertidumbres, sólo quedo refugiarse en el pretexto formal de que se trataba de un amparo contra amparo. Esto último sin embargo y según se ha dicho anteriormente, no resistiría el menor análisis y sería totalmente refutado por el Tribunal Constitucional, más allá de que el Poder Judicial, haya navegado en un mar de confusiones sobre el mismo tema.

Al dejarse en claro que el Anticonceptivo Oral de Emergencia no tenía ningún efecto nocivo, el Tribunal Constitucional validaría su distribución gratuita en los hospitales del Estado y centros de salud públicos, acabando de una vez por todas con el trato discriminatorio que permitía que dicho fármaco solo pueda ser adquirido por quien tuviese recursos y en cambio negado para quien careciera de los mismos.

De esta forma se potenciaría no solo la importancia de lo que representan los derechos reproductivos en cabeza de todas las personas que pretendan ejercerlos, sino garantizando que quien corre el riesgo de una maternidad forzada a instancias de un delito de violación pueda contar con un método preventivo eficaz y oportuno.

Resta por advertir que el nuevo pronunciamiento del Tribunal Constitucional esclarecería una serie de interrogantes a la luz de lo que hoy en día se entiende por los métodos de planificación reproductiva, dejando de lado perspectivas en estricto tradicionales o a estas alturas desfasadas. Sin embargo mantendría silencio sobre algo que curiosamente y exprofeso había sido introducido por la ejecutoria del Expediente N° 2005-2009-PA/TC, concretamente, la definición de lo que se entiende por concepción.

Este último tópico, para ser consecuentes con la verdad, había generado desde hace mucho una acalorada discusión consistente en determinar desde cuando se iniciaba o contabilizaba dicha situación especial. A esta interrogante había contribuido también y en no poca medida el silencio que por largo tiempo había mantenido nuestro propio ordenamiento jurídico.

Ante ello el Tribunal Constitucional, sin que nadie se lo solicitara, buscó otorgar una respuesta vía la sentencia emitida en el anterior proceso constitucional.

Sin embargo, lo que llamaría poderosamente la atención no sería tanto que el Colegiado haya intentado adoptar una determinada posición, sino que lo haya hecho de una forma tan evidentemente contradictoria, alegando, por un lado, que sus puntos de vista se sustentaban sobre la base de los raciocinios de la ciencia médica, mientras que, por el otro, pasara a opinar extramuros de lo que esa misma ciencia médica, tan insistentemente invocada, llegaba a sostener.

De esta paradoja argumentativa ya nos hemos ocupado en un anterior trabajo[22] y no vamos volver sobre la misma. Sin embargo sí queremos destacar que si para los días en que el Tribunal Constitucional emitió la sentencia en el Expediente N° 2005-2009-PA/TC la ciencia médica había dejado en claro que la concepción se determinaba no en el momento en que se fusionaban el óvulo femenino con el espermatozoide masculino (teoría de la fecundación) sino desde el instante en que el óvulo fecundado encontraba las condiciones adecuadas que le permitieran madurar (teoría de la anidación), quedaba claro que ya nada había que dilucidar ni menos discutir. Ello no obstante el Colegiado, omitiendo lo que previamente había señalado respecto de su condicionamiento a la ciencia médica, terminaría adscribiéndose a una postura a esas alturas severamente cuestionada.

Así las cosas y con una perspectiva como la descrita, poco es lo que se contribuiría para clarificar el estado de la cuestión. Más bien se evidenciaría una expresa voluntad de inclinarse por una de las posiciones en disputa, allí donde el Derecho no era precisamente el llamado a decidir.

Lo que en todo caso sí es un tema jurídico que no debiera ignorarse a estas alturas es que desde que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se pronunció en el Caso Artavia Murillo adscribiéndose como tenía que ser a lo señalado por la ciencia médica vía la Organización Mundial de la Salud, el concepto de concepción dejó de ser lo que el Tribunal Constitucional dijo en algún momento y pasó a ser uno totalmente distinto. Conforme a este último el factor determinante cuando del concebido se trata, no es pues la fecundación sino y en definitiva el de la anidación del óvulo fecundado, lo que por consiguiente y así no le agrade a ciertas corrientes de pensamiento, permite delimitar desde cuándo o desde qué instante es que se otorga la protección subjetiva del derecho fundamental a la vida.

22 Cfr. Sáenz Dávalos, L. El dilema de la píldora del día siguiente (a propósito de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional peruano en el Exp. N° 2005-2009-PA/TC), en *Derechos de las mujeres y discurso jurídico*. pp. 26-32.

Y desde luego tampoco puede ser omitido, porque es un expreso mandato constitucional, que los derechos y libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la declaración Universal de los Derechos Humanos y con los tratados internacionales suscritos por nuestro Estado (Disposición Final Cuarta de la Constitución Política del Estado), mientras que de acuerdo con lo dispuesto por el Nuevo Código Procesal Constitucional el contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados por dicha norma no sólo deben interpretarse de conformidad con los Instrumentos Internacionales relativos a Derechos Humanos sino de manera compatible con las decisiones adoptadas por los Tribunales Internacionales sobre Derechos Humanos constituidos según los tratados de los que nuestro país forma parte (Artículo VIII del Título Preliminar del Nuevo Código Procesal Constitucional[23]).

Como ya lo hemos dicho anteriormente, no era indispensable o determinante para resolver la controversia planteada en el Expediente N° 238-2021-PA/TC, definir los alcances del derecho a la vida desde que el mismo Tribunal Constitucional descartó cualquier presunto efecto abortivo en el Anticonceptivo Oral de Emergencia, sin embargo hubiese sido perfectamente legítimo y hasta recomendable que al haberse desarrollado una postura opinable en el *obiter dicta* de la sentencia anterior, esta se hubiese precisado o mucho mejor aún, sincerado, de cara al actual estado de las cosas.

En la medida que esto último no ha ocurrido, será en todo caso en el escenario de futuras controversias donde se marcará la ruta interpretativa de nuestro actual Colegiado.

23 Similar postulado, ya lo tenía también el Artículo V del Título Preliminar del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional del año 2004.