

Justicia de Género

Tribunal Constitucional y AOE una victoria ciudadana

Presentación

Desde 1987, DEMUS trabaja en contra de las prácticas discriminatorias y la violación de los derechos humanos de las mujeres. Su labor está encaminada a lograr la plena autonomía de las mismas.

En ese caminar, DEMUS considera relevante difundir las resoluciones del sistema de justicia que constituyen hitos en la vida cotidiana de las mujeres. Una de ellas es, sin duda, la sentencia del Tribunal Constitucional relacionada a la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) de noviembre de 2006. Se trata de una resolución que, tal y como lo explica la Dra. Jeannette Llaja en el artículo que también se anexa, consideró como plenamente constitucional la norma que ordena al Ministerio de Salud a informar y proveer gratuitamente la AOE; y cuya interpretación debe ser aplicada por los jueces y juezas del sistema de justicia. Se trata además de una sentencia que fue producto del uso novedoso de las garantías constitucionales en la defensa de los derechos humanos de las mujeres.

Con esta publicación DEMUS espera contribuir a que las mujeres peruanas puedan ejercer plenamente sus derechos y hacerlos valer ante cualquier instancia que el sistema democrático ha creado, incluyendo el sistema de justicia.

DEMUS,
Estudio para la Defensa
de los Derechos de la Mujer
Jr. Caracas 2624 - Jesús María
4631236

Lima, marzo 2008

Esta publicación ha sido posible gracias
al apoyo de la Fundación Ford e Hivos



Tribunal Constitucional y A

Índice

1. La obligación de informar y distribuir la Anticoncepción Oral de Emergencia – AOE, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Cumplimiento.

Dra. Jeannette Llaja

Pág. 3

2. Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Anticoncepción Oral de Emergencia.

Pág. 9

OE una victoria ciudadana

La obligación de informar y distribuir la Anticoncepción Oral de Emergencia – AOE, a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional en un Proceso de Cumplimiento.

Jeannette Llaja Villena

I. El caso

- El 5 de agosto de 2002, 38 mujeres comprometidas con la defensa de los derechos humanos de las mujeres remitieron al Ministro Carbonne una carta notarial solicitándole cumplir con las normas administrativas (RM. 465-99-SA/DM – Normas de Planificación Familiar- en concordancia con la RM. 399-2001-SA/DM) que le ordenaban informar y proveer la AOE en los establecimientos de salud. La carta notarial es un requisito formal para iniciar un proceso de cumplimiento. Recordemos que en las gestiones de los ministros Luis Solari y Fernando Carbonne existía una resistencia explícita a cumplir con esta disposición jurídica; es más, el 28 de mayo de 2002, el Ministro Carbonne publicó en diversos diarios de circulación nacional un comunicado donde pretendía justificar su comportamiento.
- El 18 de setiembre de ese mismo año, 11 de las 38 de mujeres que presentaron la carta notarial interpusieron una demanda de cumplimiento ante el Poder Judicial, todas patrocinadas por DEMUS, Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer y el Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán.
- El 16 de junio de 2004, el Séptimo Juzgado Civil de Lima declaró fundada la demanda y ordenó al Ministerio de Salud cumplir con lo establecido en las normas mencionadas. El Ministerio de Salud apeló la sentencia.
- El 23 de marzo de 2006, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima, declaró la sustracción de la materia, sin pronunciarse sobre el fondo, argumentando que las normas cuyo cumplimiento se solicitaba habían sido reemplazadas por la Resolución Ministerial 536-2005-MINSA – Norma Técnica de Planificación Familiar. En ese momento ya habían pasado más de 3 años y medio desde la interposición de la demanda.
- El 13 de noviembre de 2006, ante el recurso de agravio constitucional presentado por 4 de las demandantes, el Tribunal Constitucional declaró fundada

la demanda y ordenó que el Ministerio de Salud ponga “la información sobre la AOE al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos (...) Igualmente, deberá cumplir el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos”¹.

II. La sentencia y la constitucionalidad de informar y proveer la AOE.

El Tribunal Constitucional, órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad², declaró fundada la acción de cumplimiento presentada por ciudadanas feministas contra el Ministerio de Salud, y le ordenó cumplir con su obligación de informar y distribuir gratuitamente la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE). El tribunal, asumiendo como plenamente constitucional la distribución de este método anticonceptivo, recordó que esta obligación también le corresponde a las Direcciones Regionales de Salud, y en general a todos los establecimientos públicos de salud, entre los que encontramos a ESSALUD, las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú.

Si bien el proceso de cumplimiento tiene como objetivo que las normas legales y los actos administrativos se cumplan y no la evaluación de la constitucionalidad de las normas (función propia del proceso de inconstitucionalidad o de la acción popular); lo cierto es que el Tribunal Constitucional no solo ejerce el control concentrado de la Constitución sino también el control difuso. César Landa, actual presidente del Tribunal Constitucional, señala que el “ejercicio del control difuso, por parte del Tribunal Constitucional, es aplicable a las acciones de garantías constitucionales que le compete resolver”³, criterio que es compartido por el máximo interprete de la Constitución, el que considera al control difuso, no solo como un “poder” del juez sino también como un “deber” consustancial al Estado Constitucional⁴. Tomando en cuenta estos elementos, podemos señalar que en el proceso de cumplimiento que estamos analizando, el Tribunal Constitucional consideró plenamente constitucional la norma que ordena al Ministerio de Salud informar y proveer gratuitamente la AOE, de lo contrario la hubiera inaplicado.

En este caso, el Tribunal Constitucional tuvo conocimiento de diferentes posiciones institucionales. Recibió los *amicus curiae* de la Defensoría del Pueblo, la Asociación Acción de Lucha Anticorrupción “Sin Componenda”, la Organización Mundial de la Salud (OMS), la Organización Panamericana de la Salud (OPS), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA), la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología, y el Colegio Médico del Perú. Asimismo, tuvo presente la posición del Ministerio de Salud y, aún reconociendo el “carácter laico del Estado Peruano”⁵, consideró oportuno solicitar las posiciones institucionales de las iglesias (Iglesia Católica, Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días

¹ Sumilla elaborada por el Tribunal Constitucional de la sentencia bajo análisis. <<http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia-sentencias.shtml?x=1677>>

² Art. 1 de la Ley 28301, Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

³ Landa, César. Tribunal Constitucional y Estado Democrático. Lima, Palestra Editores, 2003. Pág. 275.

⁴ Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del 11 de mayo de 2005 en el Proceso de Amparo presentado por Jorge Luis Borda Urbano contra la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. (EXP. 1680-2005-PA/TC). Fundamento Nro. 10.

⁵ Antecedente h.4) de la sentencia en análisis.

OE una victoria ciudadana

y la Asociación de Testigos de Jehová). Para el Tribunal Constitucional, en base a esta información, se ha “determinado que en el estado actual de la medicina los efectos del AOE son anticonceptivos”⁶.

Por otro lado, y respecto al cumplimiento de la norma que obliga al Ministerio de Salud a informar y proveer gratuitamente la AOE, el Tribunal señaló que el Ministerio de Salud no estaba cumpliendo la Norma Técnica de Planificación Familiar, ya que los actos realizados por este sector respecto a la AOE “solo en apariencia demuestran el cumplimiento del *mandamus*, no pudiendo ser considerados, en consecuencia, como actos destinados a efectivizar la norma”⁷. En ese sentido, indicó que “la mínima actividad del Ministerio de Salud, de un lado, repartir las Guías Nacionales —que en rigor no satisfacen el requisito de la información masiva— y de otro lado, iniciar un reparto que luego es detenido, evidencian una omisión material”⁸. Por ello, este colegiado determinó que el MINSA debe poner la información sobre la AOE al alcance de ciudadanas y ciudadanos, así como colocar permanentemente a su disposición los insumos de este método, al igual que otros métodos anticonceptivos.

III. La sentencia y su relevancia para los derechos humanos de las mujeres.

Si bien la sentencia no hace hincapié en los derechos de las mujeres que se ven afectados con la no distribución de la AOE, como si lo hace el voto concordante del Magistrado Mesías Ramírez; nos encontramos frente a una resolución trascendente para el ejercicio del derecho de las mujeres a contar con la más amplia gama de métodos anticonceptivos. Este derecho está vinculado a diferentes derechos constitucionales entre los que se encuentra el libre desarrollo de la personalidad⁹ (art. 2 inc.1), la salud (art. 7) y la libertad de decidir cuándo y cuántos hijos tener (art. 6). Asimismo, se trata de un derecho reconocido por la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), tratados internacionales de derechos humanos que de acuerdo a lo establecido por el Tribunal Constitucional detentan rango constitucional¹⁰.

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), estipula en su artículo 16(1) e) que los Estados “...asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres... los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos” (resaltado nuestro).

La CEDAW también indica en su artículo 12(1) que es obligación de los Estados “asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la **planificación de la familia**” y en su artículo 14(2)(b) la obligación de asegurar que la mujer rural

⁶ Fundamento Nro. 22 de la sentencia en análisis.

⁷ Fundamento Nro. 20 de la sentencia en análisis.

⁸ Ibidem.

⁹ Tal como acertadamente lo establece el Magistrado Mesías Ramírez en su voto concordante en el presente caso.

¹⁰ Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del 25 de abril de 2006 en el Proceso de Inconstitucionalidad presentado por el Colegio de Abogados de Arequipa y Colegio de Abogados del Cono Norte de Lima contra el artículo 22 inciso c) de la Ley 26397, Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura. (Exp. 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC). Fundamento B. Numeral 1. Sub numeral. 1.1.

Tribunal Constitucional y A

tenga “acceso a servicios adecuados de atención médica, inclusive información, asesoramiento y servicios en materia de **planificación de la familia**” (resaltado nuestro).

En ese sentido el Comité de la CEDAW, en su Recomendación General Nro. 24, establece la obligación de los Estados de abstenerse de “poner trabas a las medidas adoptadas por la mujer para conseguir sus objetivos en materia de salud.”¹¹, y considera que un Estado viola sus obligaciones cuando un gran número de parejas que desean limitar el número de sus hijos no tienen acceso a ningún tipo de anticonceptivos o no los utilizan¹².

Es por ello, que en enero del año 2007, el Comité de la CEDAW señaló que “urge al Estado peruano a “aumentar la provisión de información y servicios de planificación familiar a mujeres y niñas, **incluyendo la anticoncepción de emergencia**”¹³ (resaltado nuestro).

Por su parte la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), en su artículo 24(2) (F) establece que los Estados, como parte de sus obligaciones relacionadas con el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, deben “Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de **planificación de la familia**” (resaltado nuestro).

Es por ello, que en su Observación General Nro. 4, el Comité de Derechos del Niño, “insta a los Estados partes a (...) elaborar y ejecutar programas que proporcionen acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva, **incluida la planificación familiar, los contraceptivos** y las prácticas abortivas sin riesgo cuando el aborto no esté prohibido por la ley”¹⁴ (resaltado nuestro); y en marzo de 2006, le señaló al Estado peruano que “garantice el acceso a los servicios de salud reproductiva a todos los adolescentes y lleve a cabo campañas de sensibilización para informar plenamente a los adolescentes sobre sus derechos en materia de salud reproductiva, y en particular sobre la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y los embarazos precoces”¹⁵ (resaltado nuestro).

Finalmente, el Comité que monitorea el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado que “es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, **incluido el acceso a la planificación de la familia**”¹⁶ (resaltado nuestro). En ese sentido, el Comité recomienda a los Estados partes que “se supriman las barreras que se oponen al acceso de la mujer a los servicios de salud, educación e información, en particular en la esfera de la salud sexual y reproductiva”¹⁷.

Por todo lo mencionado, queda claro que contar con servicios de planificación familiar, y concretamente con métodos anticonceptivos como la AOE, es un derecho frente al Estado. En ese sentido, la sentencia que se analiza contribuye de manera trascendente al efectivo ejercicio de este derecho.

¹¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Recomendación General 24: La mujer y la Salud (artículo 12). 1999. Párrafo 14.

¹² Ibid. Párrafo 17.

¹³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. Observaciones Finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer al Sexto Informe Periódico del Perú. CEDAW/C/PER/CO/6. 2007. Párrafo 25.

¹⁴ Comité de Derechos del Niño. Observación General Nro. 4: La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño. CRC/GC/2003/4. 2003. Párrafo 31.

¹⁵ Comité de Derechos del Niño. Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño al Tercer Informe Periódico del Perú. CRC/C/PER/CO/3. 2006. Párrafo 52.

¹⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general Nro. 14: Derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. 2000. Párrafo 14.

¹⁷ Ibid. Párrafo 21.

IV. La obligación de los jueces de actuar conforme a esta sentencia del Tribunal Constitucional.

En el caso que analizamos, el Tribunal basándose en diversos informes ha determinado “que en el actual estado de la medicina los efectos del AOE son anticonceptivos”, por lo que aplicó al caso concreto la norma que ordena que las personas sean informadas y reciban gratuitamente este método anticonceptivo.

Como ha señalado el Tribunal Constitucional, citando al Chief Justice Jhon Marshall¹⁸ “El poder de interpretar la ley (...), necesariamente implica el poder de determinar si una ley es conforme con la Constitución”¹⁹. En este caso, el Tribunal Constitucional interpretó que la norma que ordena la provisión y distribución gratuita de la AOE es constitucional, de lo contrario la hubiera declarado inaplicable, en ejercicio de su poder-deber de control difuso.

La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional y el Código Procesal Constitucional²⁰ establecen la obligación de todos los/as magistrados/as de interpretar las normas conforme a las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional. El primero explícitamente señala:

“Los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad”²¹.

Esta obligación de los jueces y tribunales deviene del reconocimiento de que el Tribunal Constitucional “a través de sus sentencias, en su condición de supremo intérprete de la Constitución (artículo 201° de la Constitución y 1° de la Ley N.° 28301 —Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC)—), no sólo cumple una función de valoración, sino también de pacificación y ordenación”²².

Tal es la trascendencia de la obligación de los jueces, que el mismo Tribunal Constitucional ha señalado que es posible iniciar un segundo proceso constitucional (amparo contra amparo), para restablecer el orden jurídico, cuando las instancias judiciales actúan al margen de la doctrina constitucional establecida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Se entiende por doctrina constitucional aquellas interpretaciones constitucionales de la ley, realizadas en el marco de su labor de control de constitucionalidad²³.

Por todo lo mencionado, es prioritario que magistrados/as conozcan y apliquen la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional; no solo por la responsabilidad que su incumplimiento acarrearía, sino porque su inaplicación significa la afectación de derechos humanos de las mujeres.

¹⁸ Jhon Marshall, al redactar la opinión de la Corte Suprema Norteamericana en el Leanding Case Marbury v. Madison.

¹⁹ Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del 11 de mayo de 2005 en el Proceso de Amparo presentado por Jorge Luis Borda Urbano contra la sentencia de la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. (EXP. 1680-2005-PA/TC). Fundamento Nro. 10.

²⁰ Art. VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

²¹ Primera disposición final y transitoria de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

²² Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del 8 de noviembre de 2005 en el Proceso de Amparo presentado por Pedro Andrés Lizana Puelles contra la sentencia de la Segunda Sala Especializada en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura. (EXP. 5854-2005-PA/TC). Fundamento Nro. 9.

²³ Tribunal Constitucional Peruano. Sentencia del 19 de abril de 2007. Proceso de Amparo presentado por la Dirección Regional de Pesquería de La Libertad contra la resolución expedida por la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República. (EXP. 4853-2004-PA/TC). Fundamento Nro. 15.

Tribunal Constitucional y A

AOE una victoria ciudadana

2 - Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la Anticoncepción Oral de Emergencia*

EXP. N.º 7435-2006-PC/TC

LIMA

SUSANA CHÁVEZ

ALVARADO Y OTRAS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 13 días del mes de noviembre de 2006, el Pleno del Tribunal Constitucional, con la asistencia de los magistrados García Toma, Presidente, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Vergara Gotelli, Landa Arroyo y Mesía Ramírez, pronuncia la siguiente sentencia, con el fundamento de voto adjunto, del magistrado Mesía Ramírez

ASUNTO

Recurso de Agravio Constitucional interpuesto por doña Susana Chávez Alvarado y otras contra la sentencia de la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 143, su fecha 23 de marzo de 2006, que sin pronunciarse sobre el fondo de la demanda interpuesta declaró la sustracción de la materia y el archivo de la causa.

ANTECEDENTES

a) La demanda

Con fecha 18 de setiembre de 2002, las recurrentes interponen demanda de cumplimiento contra el Ministerio de Salud a fin de que en cumplimiento de las Resoluciones Ministeriales N.os 465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM se garantice la provisión e información sobre el anticonceptivo oral de emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo. Sostienen que en virtud de la primera resolución el Ministerio de Salud aprobó las normas de planificación familiar, teniendo como objetivo el de "Contribuir a poner a disposición de mujeres y hombres del Perú la más amplia información y servicios de calidad

* La resolución se encuentra publicada en la página web del Tribunal Constitucional peruano. <<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.html>>

para que puedan alcanzar sus ideales reproductivos”; que mediante la segunda, en cambio, se ampliaron las normas de planificación familiar incorporándose el AOE como uno de los métodos anticonceptivos.

Añaden que “pese a las disposiciones señaladas, actualmente ninguno de los servicios del Ministerio de Salud informa o provee el método de Anticoncepción Oral de Emergencia”. De este modo, señalan las demandantes, se configuraría un incumplimiento que interfiere en el goce de varios derechos reconocidos en la Constitución, en los tratados de derechos humanos y en la ley. Sostienen que la falta de implementación de lo ordenado por dichas resoluciones tiene consecuencias discriminatorias, ya que “(...) aquellas mujeres con recursos económicos suficientes pueden acceder a ella acudiendo a un servicio de salud privado. Sin embargo, este método disponible para algunas mujeres se les niega a aquellas que no pueden pagar un servicio privado de salud y se ven obligadas a acudir a los servicios públicos de salud que dependen del Ministerio” de salud.

b) Inadmisibilidad de la demanda

Con fecha 25 de octubre de 2002, la demanda fue declarada inadmisibile por el Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima debido a que algunas de las demandantes no subsanaron algunos defectos formales (firma de la demanda por algunas de las demandantes) dentro del plazo otorgado por el Juzgado, ordenándose el archivamiento de la causa (fojas 45). Las recurrentes apelaron esta decisión y, mediante resolución de fecha 23 de octubre de 2003, la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima declaró nulo el auto que ordenó el archivamiento de la causa y dispuso que se vuelva a calificar la demanda, debido a que la omisión de algunas demandantes no podía afectar a las otras.

Mediante resolución de fecha 15 de enero de 2004, el Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima dispuso la admisión a trámite de la demanda y el correspondiente traslado a la parte emplazada.

c) Contestación de la demanda

Con fecha 10 de febrero de 2004 (fojas 92), el Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud contesta la demanda solicitando que sea declarada improcedente. Manifiesta que las demandantes no adjuntaron las normas administrativas cuyo cumplimiento se exige, de manera que “no existe el título expreso e inobjetable de orden legal para tal efecto”.

Del mismo modo, el Procurador Público sostiene que “(...) la llamada píldora anticonceptiva oral de emergencia no ha sido implementada porque existe incertidumbre científica respecto a los mecanismos de acción del mismo y antes de propender a su utilización el Ministerio de Salud ha solicitado información técnica adecuada puesto que el producto requiere de un alto nivel de informa-

OE una victoria ciudadana

ción para ser utilizado en forma segura, sus contraindicaciones son numerosas y puede provocar reacciones adversas de moderada intensidad que requieren un uso profesional supervisado (...). En consecuencia, considera que no existe incumplimiento o inercia de parte del Ministerio de Salud, sino más bien cautela y mesura en su implementación.

d) Resolución judicial de primera instancia

El Séptimo Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, mediante Resolución de fecha 16 de junio de 2004, declaró fundada la demanda y ordenó que el Ministerio de Salud “cumpla con lo establecido en la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, Normas de Planificación Familiar, y garantice la provisión e información de la anticoncepción oral de emergencia (AOE) incorporada por la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, en todos los establecimientos de salud a su cargo”. En su fundamentación, el *a quo* recuerda que las disposiciones cuyo cumplimiento se solicita tienen un mandato cierto y expreso, el mismo que está contenido en el punto IV, rubro *Ámbito*, de las normas del programa de planificación familiar, que en su segundo párrafo, establece: “El cumplimiento de las obligaciones aquí descritas es obligatorio para las Direcciones Departamentales de Salud, Establecimientos del Ministerio de Salud, Essalud, Fuerzas Armadas y Policía Nacional y las Organizaciones No Gubernamentales registradas en el Ministerio de Salud que realicen actividades de planificación familiar”, por lo que al no haberse acreditado el cumplimiento de la referida normativa, la demanda resulta fundada.

e) Apelación

La Procuraduría Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud apela la sentencia argumentando que la resolución cuyo cumplimiento se solicita “ya ha sido cumplida por el sector salud, al expedir, con fecha 28 de junio del 2004, la Resolución Ministerial N.º 668-2004/MINSA, de fecha 21 de junio del presente año, que aprueba las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Reproductiva”. Sostiene que al haberse incluido el método anticonceptivo oral de emergencia dentro del documento aludido, en “una primera fase” y de “acuerdo a la disponibilidad presupuestal” se repartirán 8 mil ejemplares de las Guías Nacionales, por lo que considera que en el caso de autos se habría producido la sustracción de la materia.

f) Resolución judicial de segunda instancia

La Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante resolución de fecha 23 de marzo de 2006, resolvió la apelación planteada declarando la sustracción de la materia y, sin pronunciarse sobre el fondo, dispuso el archivar el expediente de la causa. La Sala estimó que mediante la Resolución Ministerial N.º

536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, se ha dejado sin efecto la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, cuyo cumplimiento se demanda, al haberse aprobado la Norma Técnica de Planificación Familiar (NT N.º 032-MINSA/DGSP-V01), cuya finalidad es actualizar la normatividad aprobada por la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM. En consecuencia, concluye la Sala, en el caso de autos no existe un mandato vigente como requisito indispensable para que la demanda de cumplimiento sea amparada.

g) Recurso de agravio constitucional

Mediante recurso de agravio constitucional (fojas 191) de fecha 16 de junio de 2006, las recurrentes argumentan que la Sala se equivoca puesto que la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA mantiene el mismo mandato contenido en las Resoluciones Ministeriales cuyo cumplimiento se solicitaba en la demanda. En su opinión, “la nueva norma, lejos de derogar el mandato, lo explicita y desarrolla”, en la medida [en] que no sólo establece que la Anticoncepción Oral de Emergencia debe ser objeto de información y previsión para todas las personas que accedan al servicio de salud del Estado, sino porque “además especifica su mecanismo de acción, tasa de eficiencia, indicaciones, características, modo de uso, contraindicaciones, manejo de reacciones secundarias y programación de seguimiento, datos que en la norma anterior no aparecían”.

Señalan asimismo que, al declarar el archivamiento de la causa, la Sala no ha resuelto la *litis* planteada, puesto que el problema sigue latente, por lo que solicitan que el petitorio en cuestión “debe ser contextualizado y actualizado” conforme lo prevé el artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. De modo que al mantenerse vigente el mandato que no ha sido aún cumplido por el Ministerio de Salud, a criterio de los demandantes, no se habría producido la sustracción de la materia.

h) Posiciones institucionales sobre el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE)

h.1.) Amicus Curiae

Ante esta instancia se han presentado, en calidad de *amicus curiae*, las siguientes instituciones:

La Defensoría del Pueblo

La Defensora del Pueblo mediante informe presentado con fecha 25 de setiembre de 2006, se ratificó en las conclusiones del Informe Defensorial N.º 78 “La anticoncepción oral de emergencia” y señaló que la anticoncepción oral de emergencia no tiene efecto alguno después de haberse producido la implantación. Por lo tanto, no afecta el embarazo ya iniciado y, en ese sentido, no es

AOE una victoria ciudadana

abortiva. De acuerdo con la bibliografía científica la Defensoría estima que la anticoncepción oral de emergencia tiene dos efectos: prevenir la ovulación y espesar el moco cervical para dificultar la migración espermática, es decir, actúa antes de la fecundación. En ese sentido, por Resolución Defensorial N.º 040-2003/DP, publicada en el diario oficial El Peruano el 19 de diciembre de 2003, la Defensoría del Pueblo recomendó al Ministerio de Salud distribuir la anticoncepción oral de emergencia.

Asociación Acción de Lucha Anticorrupción "Sin componenda"

La mencionada Asociación mediante escrito de 29 de setiembre de 2006, hace conocer su rechazo a la distribución de la "píldora del día siguiente" y al aborto, así como su posición contraria a la Defensoría del Pueblo.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Organización Panamericana de la Salud (OPS)

El Representante de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) en el Perú, mediante informe presentado el 12 de octubre de 2006, señaló:

"La comunidad científica internacional coincide plenamente en que la AOE no es abortiva y no impide la implantación de un óvulo fecundado ya que no tiene efectos sobre el endometrio. Esta afirmación está respaldada por el trabajo de instituciones científicas de amplio prestigio internacional. No existe un solo estudio científico que demuestre que la AOE tiene un efecto abortivo.

El acceso a la AOE es un asunto de salud pública, en tanto que permite a las mujeres y, sobre todo a las más pobres, contar con un método anticonceptivo científicamente reconocido que contribuye a evitar los embarazos no deseados y sus consecuencias.

Como queda claramente sentado, la AOE actúa antes de que se produzca la fecundación. En virtud de ello, en el proceso de incorporación de la AOE en los servicios de salud o en la distribución comercial, resultan del todo innecesarias las discusiones sobre el momento en que se inicia la vida humana, o sobre el momento en que el producto de la fecundación es objeto de derechos. De la misma manera, en lo relativo a la AOE resulta irrelevante la definición de embarazo y en todo caso cualquier discusión sobre el aborto".

Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA)

El Representante del Fondo de Población de las Naciones Unidas en el Perú mediante informe presentado el 12 de octubre de 2006 coincidiendo con la posición de la OMS y de la OPS concluyó lo siguiente:

"El acceso a la AOE es un asunto de derechos humanos pues los derechos reproductivos garantizan que las personas cuenten con la información y pue-

dan acceder a la más amplia gama de métodos anticonceptivos; y, como se ha señalado, la salud sexual y reproductiva es un elemento esencial del derecho a la salud regulado en el artículo 12° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Cabe asimismo señalar que internacionalmente existe consenso en considerar que “la falta de atención de los derechos reproductivos de la mujer limita gravemente sus oportunidades en la vida pública y privada, incluidas las oportunidades de educación y pleno ejercicio de sus derechos económicos y políticos.”

Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología

Mediante informe de fecha 23 de octubre de 2006, la Sociedad Peruana de Obstetricia y Ginecología señala que la anticoncepción oral de emergencia contribuye en el ámbito de la salud pública a reducir la mortalidad materna y a prevenir las consecuencias de los embarazos no deseados. Igualmente, consideran que con base en la evidencia científica de nuestra época el AOE no tiene efectos sobre endometrio o que tenga efectos abortivos.

h.2.) Colegio Profesional

Colegio Médico del Perú

El Colegio Médico del Perú, mediante carta N.º 1074-SI-CMP-2006, de fecha 10 de octubre de 2006, a solicitud de este Colegiado, señaló:

“El Colegio Médico del Perú considera que la incorporación de la AOE en los Programas de Planificación Familiar que desarrolla el Ministerio de Salud resulta médica y legalmente procedente, en razón de que los estudios han ratificado que la AOE no tiene carácter abortivo”.

h.3.) Posiciones institucionales puestas en conocimiento del Tribunal por los Amicus Curiae

Ministerio de Salud

El Ministerio de Salud constituyó mediante Resolución Suprema 007-2003-SA, de fecha 11 de setiembre de 2003, una Comisión de Alto Nivel encargada de analizar y emitir un informe científico-médico y jurídico sobre la anticoncepción oral de emergencia. Dicha Comisión, con fecha 9 de diciembre de 2003, concluyó:

“1. La evidencia científica actual ha establecido claramente que los mecanismos de acción de la anticoncepción hormonal oral de emergencia impiden o retardan la ovulación e impiden la migración de los espermatozoides por espesamiento del moco cervical. Por lo tanto, actúan antes de la fecundación.

AOE una victoria ciudadana

2. Se ha probado que tales mecanismos no tienen acción adversa alguna sobre el endometrio, por lo que no se puede asignar efecto abortifaciente a la anticoncepción hormonal oral de emergencia.

3. La anticoncepción oral de emergencia, incorporada a las Normas de Planificación Familiar mediante Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, posee pleno sustento constitucional y legal.

4. La disponibilidad de la anticoncepción hormonal oral de emergencia en los servicios del Ministerio de Salud para la población de menores recursos debe ser libre, voluntaria e informada, idéntica a la que se ofrece a las usuarias de mayores recursos en las farmacias privadas de todo el país con el correspondiente registro sanitario”.

Ministerio de Justicia

El Ministerio de Justicia, mediante Oficio N.º 516-2004-JUS/ DM, de fecha 10 de junio de 2004, dirigido al Ministerio de Salud, emite un informe sobre la incorporación de la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) como método anticonceptivo en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar. En este informe se señala:

“Que si el estado actual de la medicina ha determinado que los únicos efectos de la AOE hormonal son anticonceptivos y si existen estudios suficientes y actuales que demuestren que la AOE –ingerida en la dosis recomendada- no ocasiona cambios en el endometrio que impidan la anidación o la implantación, puede concluirse que se trata de un método no abortivo y que su inclusión en las Normas del Programa Nacional de Planificación Familiar es constitucional.

Estando a lo anterior, la AOE hormonal no violaría norma constitucional o legal alguna toda vez que, según indica el Ministerio de Salud, los mecanismos de acción de la AOE hormonal son anteriores a la fecundación (pacífica y unánimemente entendida en la ciencia médica como la unión de un óvulo y un espermatozoide). Es decir, la AOE hormonal no pondría en peligro el derecho y el respeto a la vida y menos aún podría ser considerada abortiva.

Las opiniones legales no pueden –ni deben- cuestionar los resultados y conclusiones provenientes del ámbito científico ya que el objeto de la disciplina del Derecho no es el conocimiento científico y técnico de los hechos biológicos. Esa tarea le compete a la ciencia médica especializada, con vista a los avances que se van dando en ese campo.

Por las consideraciones anteriores, el Ministerio de Justicia es de la opinión de que el uso de la AOE hormonal, en tanto no afectaría la implantación del óvulo ya fecundado (es decir el anidamiento del huevo fecundado), no sería inconstitucional ni ilegal pues no atentaría contra el derecho y el respeto a la

vida consagrado en la Constitución Política del Perú, y recogido en el Código Civil, el Código de los Niños y Adolescentes, la Ley General de Salud, la Ley de Política Nacional de Población y las declaraciones y convenciones internacionales sobre Derechos Humanos. En tal sentido, la incorporación de la AOE hormonal a las Normas del Programa de Planificación Familiar es conforme con el ordenamiento jurídico nacional”.

h.4.) Posiciones institucionales de las Iglesias

Si bien el artículo 50.º de la Constitución reconoce la independencia y autonomía del Estado frente a las iglesias, esto es, el carácter laico del Estado Peruano, este Colegiado consideró oportuno solicitar y considerar las posturas de algunas Iglesias.

La Iglesia Católica

La Encíclica *Evangelium vitae*, del Papa Juan Pablo II, del 25 de marzo de 1995, señaló:

“Se afirma con frecuencia que la anticoncepción, segura y asequible a todos, es el remedio más eficaz contra el aborto. Se acusa además a la Iglesia católica de favorecer de hecho el aborto al continuar obstinadamente enseñando la ilicitud moral de la anticoncepción. La objeción, mirándolo bien, se revela en realidad falaz. En efecto, puede ser que muchos recurran a los anticonceptivos incluso para evitar después la tentación del aborto. Pero los contravalores inherentes a la « mentalidad anticonceptiva » —bien diversa del ejercicio responsable de la paternidad y maternidad, respetando el significado pleno del acto conyugal— son tales que hacen precisamente más fuerte esta tentación, ante la eventual concepción de una vida no deseada. De hecho, la cultura abortista está particularmente desarrollada justo en los ambientes que rechazan la enseñanza de la Iglesia sobre la anticoncepción. Es cierto que anticoncepción y aborto, desde el punto de vista moral, son males específicamente distintos: la primera contradice la verdad plena del acto sexual como expresión propia del amor conyugal, el segundo destruye la vida de un ser humano; la anticoncepción se opone a la virtud de la castidad matrimonial, el aborto se opone a la virtud de la justicia y viola directamente el precepto divino « no matarás ».

A pesar de su diversa naturaleza y peso moral, muy a menudo están íntimamente relacionados, como frutos de una misma planta. Es cierto que no faltan casos en los que se llega a la anticoncepción y al mismo aborto bajo la presión de múltiples dificultades existenciales, que sin embargo nunca pueden eximir del esfuerzo por observar plenamente la Ley de Dios. Pero en muchísimos otros casos estas prácticas tienen sus raíces en una mentalidad hedonista e irresponsable respecto a la sexualidad y presuponen un concepto

OE una victoria ciudadana

egoísta de libertad que ve en la procreación un obstáculo al desarrollo de la propia personalidad. Así, la vida que podría brotar del encuentro sexual se convierte en enemigo a evitar absolutamente, y el aborto en la única respuesta posible frente a una anticoncepción frustrada.

Lamentablemente la estrecha conexión que, como mentalidad, existe entre la práctica de la anticoncepción y la del aborto se manifiesta cada vez más y lo demuestra de modo alarmante también la preparación de productos químicos, dispositivos intrauterinos y « vacunas » que, distribuidos con la misma facilidad que los anticonceptivos, actúan en realidad como abortivos en las primerísimas fases de desarrollo de la vida del nuevo ser humano.”

La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días

La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, mediante carta de fecha 2 de noviembre de 2006, a solicitud de este Colegiado, expresó que si bien su Iglesia no tiene una posición oficial sobre el AOE, las autoridades eclesiásticas han aconsejado a sus miembros que “sólo bajo inusuales y extenuantes circunstancias el uso de este método anticonceptivo puede ser justificado. Tales circunstancias podrían ser que la relación sexual sea el resultado de una violación o incesto o para salvar la vida de la madre”. Añaden además que “la decisión con respecto a cuántos hijos tener y cuando tenerlos es extremadamente íntima y privada y debe ser entre los esposos y el Señor”.

La Asociación de los Testigos de Jehová

La Asociación de los Testigos de Jehová, mediante carta de fecha 3 de noviembre de 2006, a pedido del Tribunal, señaló:

“Siendo que la Biblia muestra que la vida de una persona empieza después de la concepción, una cristiana evitaría cualquier anticonceptivo que impida el desarrollo de un óvulo fertilizado. Como su nombre da a entender, un AOE consiste en el uso, posterior al coito, de una droga para evitar un embarazo. Si el AOE permite la fertilización pero evita la implantación del óvulo fertilizado, es básicamente abortiva. Un indicativo de que el AOE permite la fertilización, pero evita la implantación es el significativo aumento de embarazos ectópicos (en las trompas de falopio) entre las que usan AOE.

Algunas cristianas usan píldoras anticonceptivas para prevenir la fecundación o concepción, ya que los fabricantes afirman que estas tienen varios mecanismos para evitar un embarazo, como detener la ovulación y alterar el transporte del esperma para evitar la fertilización.

Como organización, la Asociación de los Testigos de Jehová no participa en campañas de promoción u oposición a iniciativas legislativas. La Biblia señala que “cada uno llevará su propia carga de responsabilidad” (Gálatas 6:5). En consecuencia, creemos que cada cristiano debe resolver incluso preguntas

privadas y personales evaluando cuidadosamente el mecanismo de un AOE a la luz del respeto que muestra la Biblia por la santidad de la vida”.

FUNDAMENTOS

1. Delimitación del petitorio

1. Las recurrentes solicitan, mediante el presente proceso, el cumplimiento de la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, así como de la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, que al aprobar las normas sobre planificación familiar, dispusieron la incorporación del AOE como uno de los métodos anticonceptivos, así como su difusión y reparto en los hospitales y centros de Salud bajo la dirección del Ministerio de Salud.

Al interponer el respectivo recurso de agravio constitucional, han solicitado a este Colegiado que el mandato cuyo cumplimiento se solicita sea actualizado, en la medida en que aquellas normas que dieron lugar a la interposición de la presente demanda ya no se mantienen vigentes, y que similares contenidos se encuentran en la Resolución N.º 536-2005/MINSA de modo mucho más preciso.

2. Sustracción de la materia y vigencia del mandato desde la perspectiva material

2. Antes de dar solución al caso concreto, este Colegiado debe determinar si se ha producido sustracción de la materia como sostiene la recurrida, o si es posible, por el contrario, un pronunciamiento sobre el fondo.
3. La recurrida estimó que mediante la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA, de 18 de julio de 2005, se ha dejado sin efecto la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, de manera que, habiendo sido derogada la norma cuyo cumplimiento se demanda, se ha producido la sustracción de la materia porque ya no existe un mandato vigente.
4. Al respecto, debe tenerse presente que la Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM, del 25 de setiembre de 1999, aprobó las “Normas de Planificación Familiar”, las que en su numeral VII.A.1.a) señalan: “Se asegurará la libre elección y acceso informado de la persona en la opción anticonceptiva que quieran tomar. Bajo ninguna circunstancia se aplicará algún método, sea temporal o definitivo, sin su consentimiento”.

Asimismo, en el numeral VII.A.1.k), se dispuso: “La atención y provisión de información y/o de insumos de métodos anticonceptivos son gratuitas en las instituciones del sector público”.

OE una victoria ciudadana

Igualmente, el numeral IV de las referidas normas dispone que “El cumplimiento de las obligaciones aquí descritas es obligatorio para las Direcciones Departamentales de Salud, Establecimientos del Ministerio de Salud, Essalud, Fuerzas Armadas y Policía Nacional y las Organizaciones No Gubernamentales registradas en el Ministerio de Salud que realicen actividades de planificación familiar”.

5. Mediante la Resolución Ministerial N.º 399-2001-SA/DM, del 17 de julio de 2001, se ampliaron las normas de planificación familiar (aprobadas por Resolución Ministerial N.º 465-99-SA/DM), incorporándose la Anticoncepción Oral de Emergencia (AOE) como un método anticonceptivo en el numeral VIII. C.3., sobre métodos anticonceptivos orales.

En base a las normas citadas las recurrentes solicitan que el Ministerio de Salud garantice la provisión e información de la anticoncepción oral de emergencia en todos los establecimientos de salud a su cargo.

6. Este Colegiado estima que la opción de la recurrida privilegió sólo el aspecto formal del mandato, porque si bien las normas que lo contenían fueron derogadas, desde la perspectiva material o sustancial la obligación seguía vigente porque la nueva norma mantuvo las mismas obligaciones que se derivaban del mandato. En efecto, la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MIN-SA, de 18 de julio de 2005, que aprueba la “Norma Técnica de Planificación Familiar”, establece lo siguiente:

Numeral VI. A.1. a): “Se asegurará la libre elección y acceso informado de la persona en la opción anticonceptiva que quieran tomar. Bajo ninguna circunstancia se aplicará algún método sea temporal o definitivo, sin su consentimiento libre e informado”.

Numeral VI.A.1.j): “La atención y provisión de información y/o de insumos de métodos anticonceptivos son gratuitas en las instituciones del sector público”.

Numeral VIII. I: Reconoce como uno de los métodos anticonceptivos la anticoncepción oral de emergencia.

Numeral IV.: “El cumplimiento de las disposiciones aquí descritas es obligatorio para las Direcciones Regionales de Salud, establecimientos de salud públicos y privados que realicen actividades de Planificación Familiar”.

7. De una simple comparación de las normas citadas se advierte que el mandato y las obligaciones que de ella se derivan para el Ministerio de Salud subsisten y en la práctica siempre se mantuvieron. Por ello, este Colegiado considera que, en el presente caso, no se presenta el supuesto de sustracción de la materia, porque esta no sólo debe ser formal sino material, es decir, que para que aquella resulte aplicable el mandato debe ser derogado

en su integridad (material y formalmente), supuesto que no se ha dado en el caso de autos.

Adicionalmente a la razón expuesta, debe considerarse que la tramitación de la demanda fue objeto de una innecesaria dilación, por la aplicación de un excesivo formalismo del *a quo*, corregido por la Tercera Sala Civil de la Corte Superior de Lima. Sin embargo, este hecho produjo que después de un año, dos meses y quince días, la demanda recién fuera admitida. En tal sentido, persistir en la tesis de la sustracción llevaría a que las recurrentes, después de cuatro años de litigio, tuvieran que iniciar una nueva demanda de cumplimiento para exigir lo mismo que en la presente demanda, lo cual no se condice con la finalidad de los procesos constitucionales.

Sobre la base del principio de economía procesal y teniendo en cuenta que el mandato materialmente sigue vigente, este Colegiado estima que no hay sustracción de materia y que corresponde un pronunciamiento de fondo acerca de los mandatos contenidos y actualizados en la "Norma Técnica de Planificación Familiar", aprobada por la Resolución Ministerial N.º 536-2005-MINSA.

3. Análisis del caso concreto

10. El artículo 200º, inciso 6), de la Constitución Política del Perú establece que la acción de cumplimiento procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo. El Código Procesal Constitucional, por su parte, señala, en su artículo 66.º, que el proceso de cumplimiento tiene por objeto: 1) Ordenar que el funcionario o la autoridad pública renuente dé cumplimiento a una norma legal o ejecute un acto administrativo firme; y, 2) Se pronuncie expresamente cuando las normas legales le ordenan emitir una resolución administrativa o dictar un reglamento. El caso de autos se refiere al primer supuesto al tratarse del cumplimiento de normas legales.
11. Conforme al artículo 69.º del Código Procesal Constitucional, para la procedencia del proceso de cumplimiento se requerirá que el demandante haya reclamado, por medio de documento de fecha cierta, el cumplimiento del deber legal o administrativo y que la autoridad se haya ratificado en su incumplimiento o no haya contestado dentro de los diez días útiles siguientes a la presentación de la solicitud. A fojas 10 obra la carta notarial dirigida por las recurrentes al Ministro de Salud solicitando el cumplimiento de lo demandado en el presente proceso, la cual no fue objeto de respuesta. Por tanto, las recurrentes han cumplido con este requisito de procedibilidad.
12. La Procuraduría del Ministerio de Salud alega que las demandantes no adjuntaron las normas legales cuyo cumplimiento se exige. Al respecto,

OE una victoria ciudadana

este Colegiado advierte que tales normas han sido publicadas en el diario oficial “El Peruano” y en el portal electrónico del Ministerio de Salud, de manera que son de conocimiento público. Por ello, tal argumento debe rechazarse.

13. De otro lado, tratándose el presente caso del cumplimiento de normas legales de carácter general, conforme al artículo 67.º del Código Procesal Constitucional, las recurrentes tienen plena legitimidad por tratarse de la defensa de intereses difusos.
14. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 0168-2005-PC/TC, señalamos que el control de la regularidad del sistema jurídico en su integridad constituye un principio constitucional básico en nuestro ordenamiento jurídico nacional que fundamenta la constitucionalidad de los actos legislativos y de los actos administrativos (ambos en su dimensión objetiva), procurándose que su vigencia sea conforme a dicho principio. No sólo basta que una norma de rango legal o un acto administrativo sea aprobado cumpliendo los requisitos de forma y fondo que le impone la Constitución, las normas del bloque de constitucionalidad o la ley, según sea el caso, y que tengan vigencia; es indispensable, también, que aquellas sean eficaces. Por tanto, el proceso de cumplimiento tiene como finalidad proteger el derecho constitucional de defender la eficacia de las normas legales y actos administrativos (fundamentos 8 y 10).
15. Tal es la cuestión central en el presente caso, determinar si los mandatos de las normas legales cuyo cumplimiento se exige han sido eficaces o no. En el precedente citado, Exp. N.º 0168-2005-PC/TC, establecimos los siguientes requisitos que debía satisfacer el mandato previsto en una norma legal, para que pudiera ordenarse su cumplimiento: “(...) a) Ser un mandato vigente; b) Ser un mandato cierto y claro; es decir, debe inferirse indubitadamente de la norma legal; c) No estar sujeto a controversia compleja ni a interpretaciones dispares; d) Ser de ineludible y obligatorio cumplimiento; y, e) Ser incondicional, excepcionalmente, podrá tratarse de un mandato condicional, siempre y cuando su satisfacción no sea compleja y no requiera de actuación probatoria”.

Las recurrentes alegan que los mandatos cuyo cumplimiento se exige son:

- a) Asegurar la libre elección y acceso informado de la persona en la opción anticonceptiva que quiera tomar.
- b) La atención y la provisión de información y/o de insumos de métodos anticonceptivos son gratuitas en las instituciones del sector público.
- c) La anticoncepción oral de emergencia (AOE) es uno de los métodos anticonceptivos reconocidos por la norma técnica de Planificación Familiar.

d) El cumplimiento de las disposiciones descritas es obligatorio para las Direcciones Regionales de Salud y establecimientos de salud públicos y privados que realicen actividades de Planificación Familiar.

Este colegiado considera que los mandatos cumplen con los requisitos mínimos exigidos en el precedente constitucional citado.

16. La Procuraduría Pública de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud sostiene que tales mandatos ya fueron cumplidos toda vez que, con fecha 28 de junio del 2004, mediante la Resolución Ministerial N.º 668-2004/MINSA, se aprobaron las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Reproductiva”. Al respecto, sostiene que al haberse incluido información referida al método anticonceptivo oral de emergencia, dentro del documento aludido, en “una primera fase” y de “acuerdo a la disponibilidad presupuestal” se repartirán 8 mil ejemplares, por lo que los mandatos exigidos ya fueron cumplidos. De otro lado, la Defensoría del Pueblo, ha señalado que en el 2005 se inició la distribución gratuita del AOE, pero que en la actualidad el Ministerio de Salud no está cumpliendo con la distribución de aquella en los centros de salud a nivel nacional ^[1].
17. Este Colegiado estima que si bien las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Reproductiva” han sido aprobadas en junio de 2004, y pueden ser consultadas en el portal electrónico del Ministerio de Salud, es un documento de 272 páginas y, evidentemente, la información a que se refiere el mandato cuyo cumplimiento se exige, en rigor no se refiere a tales Guías, ya que estas están dirigidas a los profesionales del Sector Salud que atienden y reciben consultas de los pacientes y de las personas sobre el AOE. La información a que se refiere el mandato, evidentemente, es la que debe ser puesta a disposición de las ciudadanas y ciudadanos que lo soliciten.
18. En efecto, en una primera etapa, mayo de 2002 (fojas 13 y 14), el Ministerio de Salud, a través de un comunicado oficial, señaló sus reparos a la implementación del AOE, y si bien en junio de 2004 aprobó las “Guías Nacionales de Atención Integral de la Salud Reproductiva”, que incluye la guía que deberán usar los profesionales de la salud para informar adecuadamente a las personas sobre el uso del AOE, el Ministerio de Salud no ha probado que en la actualidad dicha información sea asequible a las personas que solicitan información sobre el AOE.
19. Con relación al segundo extremo del petitorio, referido a que el Ministerio de Salud deberá poner a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, las recurrentes han acreditado, por escrito de fecha 26 de marzo del 2006 (fojas 175), que varios hospitales ^[2] dependientes del Ministerio de Salud carecían de los insumos correspon-

^[1] Informe *Amicus Curiae* de la Defensoría del Pueblo.

^[2] Hospitales Arzobispo Loayza, Casimiro Ulloa, Emergencias, Hermilio Valdizán, San Bartolomé, Hipólito Unanue, Sergio Bernal, Hospital Docente de Trujillo, Hospital Carlos Monge Medrano de Juliaca. Comunicaciones de los mencionados hospitales remitidas a las recurrentes (durante los meses de junio, julio y agosto de 2005, fojas 147 a 174).

OE una victoria ciudadana

dientes al anticonceptivo oral de emergencia. Es de destacar que tal información es importante toda vez que no se trata de postas médicas sino de hospitales nacionales. Del mismo modo, la Defensoría del Pueblo ha constatado que, durante el período de abril a agosto de 2006, diversos centros de Salud de los Departamentos de Ayacucho, La Libertad y Piura no contaban con el AOE ^[3]. Esta muestra comprueba que la desatención es a nivel nacional.

20. En la sentencia recaída en el Exp. N.º 09754-2005-PC/TC, este Colegiado señaló que la omisión formal se manifiesta cuando la administración no efectúa acto alguno a fin de dar cumplimiento al mandato establecido. La omisión material, en cambio, implica la realización por parte de la administración de cierta actividad, sin que con ello se cumpla el mandato de la norma. Tales actos, solo en apariencia demuestran el cumplimiento del mandamus, no pudiendo ser considerados, en consecuencia, como actos destinados a efectivizar la norma (fundamento 25). En el presente caso, la mínima actividad del Ministerio de Salud, de un lado, repartir las Guías Nacionales -que en rigor no satisfacen el requisito de la información masiva- y de otro lado, iniciar un reparto que luego es detenido, evidencian una omisión material.
21. En efecto, este Colegiado estima que el primer extremo del petitorio debe ser amparado, en el sentido de que el Ministerio de Salud debe poner la información sobre el AOE al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos. Igualmente, las recurrentes también han probado que el Ministerio de Salud no cumple el mandato de poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos.
22. Por tanto, este Colegiado, en estricto acatamiento de las normas debidamente aprobadas por el Ministerio de Salud, de sus mandatos vigentes, del mandato constitucional de eficacia de las normas legales y de los actos administrativos, teniendo en cuenta los diversos informes *amicus curiae* así como de las instituciones involucradas (los cuales han determinado que en el estado actual de la medicina los efectos del AOE son anticonceptivos), estima que las pretensiones de las recurrentes deben ser amparadas, toda vez que se ha evidenciado que, después de cinco años y tres meses de vigencia de los mandatos exigidos, el Ministerio de Salud se ha mostrado renuente a su cumplimiento.

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

^[3] Informe *Amicus Curiae* de la Defensoría del Pueblo, donde se detalla: Ayacucho: Centro de Salud de Los Licenciados, Puesto de Salud de Huaschahura, Puesto de Salud de Rancho, Puesto de Salud de Santa Rosa de Cochabamba, Puesto de Salud de Luyanta, Centro de Salud de Ocros, Centro de Salud de Vinchos, Puesto de Salud de Occollo, Puesto de Salud de Santa Ana. La Libertad: Hospital César Vallejo, Hospital Tomás Lafora, Hospital Regional Docente de Trujillo. Piura: Puesto de Salud de Malingas, Puesto de Salud I-2 KM 50.

HA RESUELTO

1. Declarar **FUNDADA** la acción de cumplimiento; y en consecuencia, cúmplase con las resoluciones vigentes a la fecha materia de la presente demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

GARCÍA TOMA

GONZALES OJEDA

ALVA ORLANDINI

VERGARA GOTELLI

LANDA ARROYO

MESÍA RAMIREZ

OE una victoria ciudadana

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO MESÍA RAMÍREZ

Si bien comparto, en su integridad, los fundamentos jurídicos y la decisión adoptada por el Pleno del Tribunal, estimo que la sentencia pudo ser complementada y reforzada con un pronunciamiento desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

1. Los derechos constitucionales y el presente caso

Si bien es verdad que en el expediente N.º 2002-2006-PC/TC, el Tribunal Constitucional determinó que en un proceso de cumplimiento no se evalúa la violación de derechos constitucionales, también lo es que indirectamente se puede alcanzar su tutela cuando el mandato claro, concreto y vigente, dispuesto en la ley o en el acto administrativo se encuentre indisolublemente ligado al ejercicio de determinados derechos fundamentales.

En tales supuestos, el Tribunal no emite un pronunciamiento de fondo sobre tales derechos, sino que procede a un análisis del caso concreto, teniendo como referente los derechos constitucionales implicados.

En el presente caso, las accionantes han hecho patente esta estrecha vulneración cuando refieren que el incumplimiento del mandamus contenido en las normas cuyo cumplimiento se exige, estaría afectando diversos derechos de las mujeres que acuden a los centros hospitalarios del Estado.

2. Derecho de igualdad

Las demandantes manifiestan que la renuencia del Ministerio de Salud a cumplir con las Resoluciones Ministeriales conlleva una discriminación en perjuicio de las mujeres más pobres que no pueden acceder al uso del AOE mediante su compra en las farmacias. No comparto dicho criterio porque la decisión estatal de no repartir el AOE no se dirige a un sector determinado de la población sino que tiene un alcance general. No es una negativa a entregar la píldora a cierta clase de mujeres, sino que constituye una decisión de no repartirla a nadie.

No obstante, no encuentro razonable que si el AOE se vende libremente en las farmacias, el Estado se niegue a entregarlas en las dependencias estatales a las mujeres de toda condición social, económica y cultural, previa información en el marco de las políticas nacionales de salud y de planificación familiar. Más aún cuando existe normatividad vigente que obliga a ello.

La negativa del Estado de informar y poner a disposición los insumos del AOE a las personas que los necesitan puede significar, en ciertos casos, un trato injusto que puede ser conjurado con su simple expedición. En efecto, sin que se trate de un acto discriminatorio, la renuencia estatal puede tener un grado de inequidad, por decir lo menos, si se tiene en consideración:

- a) Que las mujeres de escasos recursos económicos no pueden acceder a este método en los establecimientos privados de comercialización ni en los establecimientos públicos de salud.
- b) Que se impide a las mujeres niñas, adolescentes y jóvenes con escasa o ninguna información acceder al conocimiento sobre los alcances y las bondades de los diversos métodos de planificación familiar.

3. Derecho a recibir información

La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 19.º ha establecido que toda persona tiene derecho a “investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”. Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también en su artículo 19.º, señala que la persona tiene derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito, en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento”. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 13.º, dice que toda persona tiene derecho a “buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección”.

A este elenco de instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, se suma el inciso 4) del artículo 2.º de la Constitución. En cuanto a lo que es materia del presente proceso, el derecho a la información sobre los distintos métodos anticonceptivos es el presupuesto básico para el ejercicio de los derechos reproductivos de la mujer consagrados en el artículo 6.º de la Constitución. Pero es, al mismo tiempo, un auténtico principio constitucional que obliga al Estado a brindar la información necesaria para que tanto la paternidad y maternidad se desarrollen en condiciones de responsabilidad, y para que se asuman a conciencia las implicancias y la trascendencia de traer un hijo a la sociedad. En consecuencia, el derecho a la información sobre los métodos anticonceptivos constituye una forma de concretizar el principio de dignidad de la persona humana y forma parte de los elementos esenciales de una sociedad democrática, porque posibilita el ejercicio de los derechos sexuales de modo libre, consciente y responsable.

4. Derecho a la autodeterminación reproductiva como un derecho implícito del libre desarrollo de la personalidad y autonomía

Considero que el derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la

OE una victoria ciudadana

autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción; 2) la persona con quien procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo.

En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo. Así lo tiene establecido la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en su artículo 16.º: "Todas las personas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos (...)". Este es un asunto que principalmente le compete a ella y constituye el núcleo duro de su autonomía personal; es la manifestación excelsa de su dignidad humana y de su potencialidad para ser madre. De ahí que, como principio y como derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad, y, particularmente, el derecho a la autodeterminación reproductiva es un límite a la actuación del Estado que conlleva la interdicción de cualquier política normativa destinada a impedir la decisión sobre el momento de ser madre.

No pretendo con estas interpretaciones legalizar el aborto, ya que es obvio que existen diferencias sustanciales entre el uso del AOE, que se ingiere en un lapso de incertidumbre porque la mujer no sabe a ciencia cierta si está o no embarazada; y una conducta típica, antijurídica y culpable, como es el aborto, que se consuma con la expulsión violenta del no nato. Se trata, pues, de situaciones que tienen una connotación y alcance distinto y que deben recibir del derecho penal y del orden constitucional también un tratamiento diferente.

La utilización o no del AOE es un asunto de libertad de conciencia, situación ante la cual el Estado no puede intervenir. No obstante, se puede restringir su uso en los establecimientos públicos de salud, condicionándolo a un sistema de indicaciones que es competencia del legislador determinar. Este sistema puede estar basado en los siguientes acontecimientos:

- *Motivaciones terapéuticas o médicas*; para evitar que el embarazo ocasione un grave daño para la vida o salud de la madre.
- *Motivación criminológica*; para evitar el embarazo por violación sexual.
- *Motivaciones eugenésicas*; cuando es probable que el concebido conlleve al nacimiento graves taras físicas.

Tribunal Constitucional y A

Considero que no se puede dejar de lado una realidad social y económica que representa también un grave atentado contra la dignidad. Según información proporcionada por la ENDES 2004 (Encuesta Demográfica y de Salud Familiar), el grupo más numeroso del total de mujeres en edad fértil está integrado por aquellas que frisan entre 15 y 20 años de edad y que constituyen el 19% de las mujeres en edad reproductiva. Anualmente el 12.7% de las adolescentes son madres o se encuentran por primera vez en estado de gravidez. Según datos del Instituto Nacional de Estadística e Informática, en Lima Metropolitana, en el resto de la costa así como en la selva, la maternidad adolescente ha aumentado en el período 2000-2004. Las cifras de la ENDES demuestran que el nivel educativo de las mujeres embarazadas se distribuye según los siguientes porcentajes: 33.3% sin ningún tipo de educación, 33.4% con educación primaria, el 10% tiene estudios secundarios y sólo el 3.8% tiene estudios superiores. Estas cifras demuestran la relación directamente proporcional entre embarazos no deseados y niveles educativos bajos o personas con escasa o mínima información. Tampoco cabe duda de que esta relación también tiene vinculación con mujeres pobres, ya que esta condición es el primer obstáculo para el disfrute de los derechos fundamentales a la educación y a la información.

Como dato adicional habría que señalar que en el Perú una madre adolescente en estado de gravidez corre más riesgo de experimentar una muerte posparto, hemorragias, anemia, desnutrición, retraso en el alumbramiento, bajo peso del niño. Asimismo, según fuente del Ministerio de Salud, 185 madres peruanas mueren por cada 100 mil nacidos vivos, y de este total el 15% son adolescentes.

De acuerdo con cifras recientes del Instituto Nacional de Estadística e Informática, en el año 2005 hubo 6.268 denuncias de violación de la libertad sexual, cifra promedio que se ha mantenido en los últimos siete años pero que, en comparación con 1998 ha aumentado, dado que sólo se registraron 4.677 casos. El 73% de mujeres víctimas de violación sexual son menores de 18 años de edad frente al 21% que ya alcanzaron la mayoría de edad.

Esta situación social y económica que coloca a la mujer en grave estado de indefensión no puede escapar al intérprete de la Constitución. Los derechos de la mujer no pueden defenderse en sede de la justicia constitucional si quien está llamado a defenderlos no toma en cuenta los aspectos sociales, económicos y culturales que los determinan. Los derechos fundamentales como principios que inspiran el ordenamiento jurídico, sólo adquieren su concretización como verdaderos derechos subjetivos, cuando el intérprete de la *lex legum* resuelve conflictos sociales que directamente les atañen. La Constitución no es un texto vacío, sino que es realidad social, derecho viviente. La declaración de un atributo de la persona es un simple principio que sólo adquiere contenido cuando el texto escrito de la Ley Suprema se enfrenta con la realidad. El texto muerto de la

OE una victoria ciudadana

Constitución cobra vida y se actualiza cuando su intérprete resuelve problemas concretos.

5. Derecho a la vida y a la integridad física, psíquica y moral de la mujer

La vida y la integridad de la mujer se ven seriamente amenazadas por embarazos no deseados que terminan en abortos practicados en condiciones clandestinas sin el cumplimiento de las más elementales reglas de higiene. La Organización de las Naciones Unidas ha señalado que la tasa de mortalidad materna podría disminuir entre 20% y 35% si se previenen embarazos involuntarios mediante el acceso a la planificación familiar, toda vez que constituye un derecho de las personas, tal como se regula en el artículo 10.º, inciso h), de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, el “acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluida la información y el asesoramiento sobre planificación de la familia”.

La realidad social le impone al Estado la obligación objetiva de hacer todo cuanto esté a su alcance para evitar que las mujeres mueran por abortos clandestinos. El AOE puede jugar en ese sentido un papel gravitante. Esto no significa, sin embargo, que las políticas públicas de salud en materia de planificación familiar tengan que estar basadas fundamentalmente en la utilización de este método, sino que se trata de una alternativa excepcional, cuya utilización no le corresponde al Tribunal señalar, sino a los profesionales de la salud, y cuya decisión recae en las personas involucradas.

Desde esta perspectiva, el AOE constituye, frente a los abortos terapéuticos o criminológicos, una alternativa aceptable de cara a las repercusiones que produce en la integridad física, psíquica y moral de la mujer la expulsión violenta del feto.

Considero que la violación sexual constituye un trato cruel, inhumano y degradante que atenta contra la integridad de la persona y viola no sólo la Constitución, sino también los distintos instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, que en su artículo 5.º prescribe: “nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. Así mismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que “nadie debe ser sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes”. En consecuencia, si la violación sexual afecta la esfera psíquica, social y existencial, el aborto criminológico puede obviarse como un daño adicional al grave trauma que significa un trato sexual no deseado, si se permite el uso del AOE. No es razonable, en consecuencia, que el Estado permita un doble padecimiento a las mujeres cuyo poder adquisitivo insuficiente no les permite acudir a las farmacias donde el AOE se expende libremente con la aquiescencia de la

administración pública. No se justifica, en el libre juego del mercado, la venta lícita de un método anticonceptivo con la propia negativa del Estado a poner la información del AOE y sus insumos al alcance de las personas en los supuestos descritos.

6. Derecho a la salud

Creo, finalmente, que el derecho a la salud se encuentra directamente vinculado con el derecho a la vida, cuando la política estatal de planificación familiar soslaya una realidad manifiestamente palmaria, como es la práctica de abortos indiscriminados, clandestinos e insalubres, que conllevan un incumplimiento del artículo 11.º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que a la letra dice: “toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales”.

También constituyen atentado a la salud los embarazos que ponen en riesgo la vida de la madre, los que conllevan una malformación congénita incompatible con la vida uterina; aquellos que son el resultado de un abuso sexual, o los que tienen lugar por inseminación artificial o transfusión de óvulos no consentidos, en la medida en que representan una vulneración de la integridad física, psíquica y moral.

Estos son diversos aspectos que pudieron ser desarrollados en el presente caso y si bien la mayoría estimó innecesario plantearlos, los pongo en consideración de la ciudadanía como una contribución al tema de los derechos reproductivos desde la óptica del Derecho Constitucional.

Sr. MESÍA RAMÍREZ

OE una victoria ciudadana

Diseño y Diagramación: Marisa Godínez

Impresión: Editorial Línea Andina

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2008-05702

Justicia

Tribunal Constitucional y AOE
una victoria ciudadana

de Género

Hivos